

## **Entstehung einer „lex mercatoria“ als staatsunabhängige Rechtsquelle der globalen Wirtschaft**

**- Impulsreferat D am 29. September 2005 in Tokyo -**

### **I. Ein Streitobjekt wird besichtigt**

1. Die lex mercatoria eint die internationale Wirtschaftspraxis und spaltet die Juristenzunft.
2. Die Realität der sog. lex mercatoria ist ebenso unbestritten wie ihre rechtliche Relevanz etwa bei der Auslegung internationaler Verträge. Unbestreitbar ist auch, dass vor allem internationale Schiedsgerichte die lex mercatoria nutzen und fortbilden.
3. Der Streit, ob es die lex mercatoria überhaupt „gibt“, ist nicht ein Streit um das Vorhandensein dieser Regeln, sondern ein Streit um ihre Rechtsqualität. Die Debatte ist in hohem Maße theoretisch, jedoch zugleich notwendig.
4. Die lex mercatoria erscheint in den Augen der einen als kosmopolitischer Alleskönner, in den Augen der anderen als Hochstapler, der sich als Recht ausgibt, ohne dies zu sein. Hinter dieser überspitzten Debatte stehen Fragen wie diese:
  - Ist eine Entscheidung nach lex mercatoria Rechtsanwendung oder bloß eine ex aequo et bono getroffene „amiable composition“?
  - Setzt eine Rechtsentscheidung nach lex mercatoria voraus, dass diese „lex“ durch Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht rezipiert oder durch materielle Verweisung zum Vertragsinhalt gemacht und erst hierdurch für rechtsrelevant erklärt worden ist?
  - Können die Parteien eines Vertrags nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB die Anwendung staatlichen Rechts durch Wahl der lex mercatoria ausschließen?

- Kann lex mercatoria stärker sein als staatliches, selbst zwingendes staatliches Recht?

## **II. Über die „Wirklichkeit“ der lex mercatoria: Recht und Realität**

5. Die rechtstatsächliche Bestandsaufnahme der als „lex mercatoria“ bezeichneten Regeln ist im Detail zwar lückenhaft und wird der Realität ständig nachlaufen. Aber eine taugliche Basis ist vorhanden. Auch die Bezugnahme auf lex mercatoria in Schiedssprüchen und Urteilen ist, wenn auch nicht lückenlos, empirisch belegbar.

6. Aber die Kernfrage der lex-mercatoria-Diskussion „Ist die lex mercatoria Recht?“ entzieht sich der rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme und Beweisführung. Denn sie zielt nicht auf Fakten, sondern auf eine reine Rechtsfrage.

## **III. Die lex mercatoria auf dem rechtstheoretischen Prüfstand**

7. Nach den Maßstäben staatlichen Rechts weist die lex mercatoria eine Reihe dramatischer Defizite auf:

- Sie ist ein der inneren Systematik entbehrender Flickenteppich.
- Sie ist auch inhaltlich fragmentarisch, in weiten Bereichen nur generalklauselhaft und bleibt damit hinter der Normqualität staatlichen Rechts zurück.
- Sie entbehrt, soweit nicht durch materielle Verweisung unter individuellen Parteien zum Vertragsinhalt erhoben, der Legitimation durch demokratisch organisierte und demokratisch verantwortliche Entscheidungsträger.

Die Feststellung dieser Defizite trifft die lex mercatoria nicht als unverdienter Vorwurf, sondern sie ist das Ergebnis nüchterner Betrachtung und folgt aus der Natur der Sache.

8. Die vorhandenen Theorien über das Verhältnis der lex mercatoria zum staatlichen Recht versprechen keine Lösung der Kernfrage „Ist lex mercatoria Recht?“. Sie beschreiben nur mögliche Wirkungsweisen der lex mercatoria und sind ihrerseits nur Spiegelungen dieser hinter der lex-mercatoria-Diskussion stehenden Frage.

9. In der traditionellen Rechtsquellenlehre und in der das 19. und 20. Jahrhundert beherrschenden Methodenlehre der Rechtswissenschaft ist kein Raum für die lex mercatoria als eigenständige Rechtsquelle. Usancen können als Gewohnheitsrecht zu „Recht“ erstarken. Sie können als Handelsbräuche auch vom nationalen Recht für rechtsrelevant erklärt werden (§ 346 HGB). „Als solche“ kann die lex mercatoria hiernach nicht Recht sein. Genau diese rechtstheoretische Prämisse ist aber durch die lex-mercatoria-Diskussion in Frage gestellt.

#### **IV. Staatliches und autonomes Recht: Rechtsetzungsmonopol des Staates?**

10. Die traditionelle juristische Methodenlehre ist als post-nationale und post-kodifikatorische Theorie in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu hoher Blüte gelangt. Sie basiert auf den Erfahrungen staatlichen, theoretisch lückenlosen und theoretisch widerspruchslosen Rechts. Folglich befasst sie sich vorwiegend mit der Auslegung und Fortbildung staatlichen, vielfach sogar kodifizierten Rechts.

11. Dem Erstarken der Nationalstaaten und dem Entstehen kodifizierten Rechts ist eine vor-nationale, vor-kodifikatorische lex mercatoria vorausgegangen, die durch die nationalen Rechte nicht wirklich verdrängt, aber seit der Kodifikationsepoche immer weniger wahrgenommen wurde. Recht wurde auf Gesetzgebungshoheit und Gesetzgebungshoheit wurde auf den Staat zurückgeführt.

12. Die angestammte Methodenlehre der Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik findet hier ihre Wurzeln ... aber auch ihre Grenzen! Das Wiederaufkommen der lex-mercatoria-Diskussion in einer Phase der Globalisierung und Entstaatlichung kann deshalb nicht wirklich erstaunen.

#### **V. Versuch einer Orientierung**

13. In der Rechtswirklichkeit hat es neben staatlich (an-)geordnetem Recht zu jeder Zeit naturwüchsiges Recht gegeben. Gesetzgebung und Rechtstheorie seit dem 19. Jahrhundert haben versucht, dieses naturwüchsige Recht in das nationale Recht zu integrieren. Dies führte zu der Annahme, Recht sei eine nationale, staatlich

verantwortete Sache und internationales Privatrecht könne nichts anderes sein als zwischen staatlichen Rechten wählendes Kollisionsrecht. Die Begrenztheit dieser Sicht wird nicht nur im Bereich der lex mercatoria, hier aber besonders deutlich, sichtbar.

14. Die lex mercatoria erinnert uns daran, dass es zu aller Zeit – auch neben staatlich geordnetem oder gar kodifiziertem Recht – naturwüchsiges Recht gibt. Es gibt einen ständigen Austausch zwischen autoritären und anarchischen Kräften im Recht, einen immerwährenden Wettstreit zwischen staatlichem und naturwüchsigem Recht. Die Rollenverteilung unter diesen Kräften wechselt von Epoche zu Epoche.

15. Die lex mercatoria ist nicht bloßes Faktum, nicht außer- oder unterrechtliches Regelwerk, sondern Bestandteil des geltenden und praktizierten Rechts. Sie steht in diesem Sinn auch nicht in einem Subsidiaritätsverhältnis zum staatlichen Recht. Aber die von ihr reklamierte „Autonomie“ stößt auf Grenzen.

16. Über die Bedeutung der lex mercatoria neben dem staatlichen Recht entscheidet die „Normqualität“ der lex mercatoria. Gemeint ist hiermit nicht „Normqualifikation“, denn lex mercatoria kann Rechtsnormen generieren. Gemeint ist „Normqualität“ im Sinne eines Qualitätswettbewerbs zwischen hochgezüchteten staatlichen Regelwerken und naturwüchsigem Recht. Hier nun fallen die Defizite der lex mercatoria – insbesondere ihr lückenhafter, auch inhaltlich fragmentarischer Charakter – ins Gewicht. Als Grundlage rechtlicher Entscheidungen taugt die lex mercatoria fast nur im Bereich der Handelsgeschäfte, aber hier kann sie auch kraft materieller Verweisung oder als bloßer Handelsbrauch zum Zuge kommen. Im übrigen muss auch ein auf lex mercatoria verweisender oder ihr sonst unterliegender Vertrag in eine umfassende Rechtsordnung gestellt sein,

- sei diese Rechtsordnung ein umfassendes Welt-Gewohnheitsrecht,
- sei diese Rechtsordnung ein kollisionsrechtlich zu ermittelndes nationales Recht.

17. Solange es kein umfassendes Welt-Gewohnheitsrecht gibt, kann deshalb die lex mercatoria trotz ihres Rechtscharakters die nationalen Rechte nicht verdrängen, also das Kollisionsrecht auch nicht ersetzen. Was im Einzelfall als „Vorrang“ der lex

mercatoria vor staatlichem Recht erscheinen mag, ist nicht Resultat einer hierarchischen Überordnung. Es kann nur Resultat einer Ergänzung oder Ausfüllung dispositiven Rechts bzw. der Lückenfüllung durch lex mercatoria sein.

18. Eine Ersetzung nationalen Rechts durch transnationales Wirtschaftsrecht setzt deshalb als Durchgangsphase eine vorherige Angleichung der nationalen Rechte durch lex mercatoria voraus. Erst wenn diese Phase durchlaufen ist, kann über echte Autonomie der lex mercatoria nachgedacht werden.