

Kathrin Binder/Florian Eichel (Hrsg.)

# Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts

Beiträge aus Sicht verschiedener Rechtsdisziplinen  
und Rechtsordnungen

Tagungsband zum 13. Graduiertentreffen im  
Internationalen Wirtschaftsrecht in Linz und Passau 2012



**Nomos**

ziehbar und versucht an einigen Stellen, Vorbehalte gegen die Eigenverwaltung abzubauen. Dennoch deutet Einiges darauf hin, dass die gesetzgeberischen Maßnahmen weiterhin torpediert werden und trotz der propagierten Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips die Entziehung der Eigenverwaltung der Regelfall bleiben wird. Ob die Eigenverwaltung in Deutschland von ihrem Dasein als Mauerblümchen nun in voller Blüte erstrahlen wird, bleibt abzuwarten.

Demgegenüber hat sich die Eigenverwaltung in Österreich bereits bewährt.<sup>143</sup> Das mag vielleicht auch daran liegen, dass die Eigenverwaltung weniger als Missbrauchsmöglichkeit gesehen wird, sondern als »Verrechtlichung einer Notwendigkeit der Praxis«.<sup>144</sup>

143 Konecny in: Konecny (Fn. 106), 95, 118 f.; siehe auch *Nunner-Krautgasser ZInsO* 2011, 117, 124.

144 *Riel* in: Konecny (Fn. 13), 131, 134.

## Lex Mercatoria und internationales Schiedsverfahren

Mag. Michael Nueber, Wien

### I. Einführung

Im 20. Jahrhundert, vor allem aber nach dem Zweiten Weltkrieg, veränderten sich die zwischenstaatlichen Beziehungen deutlich; dies führte auch im Handelsrecht zu vermehrten Sachverhalten mit Auslandsbezug.<sup>1</sup>

Sobald ein solcher Sachverhalt mit Auslandsbezug vorliegt, bietet das entsprechende nationale Kollisionsrecht Verweisungsnormen, die dazu dienen das anwendbare materielle Recht zu ermitteln. Doch schon die Anwendung dieses Kollisionsrechts soll gewisse Unsicherheiten in sich bergen.<sup>2</sup>

Dies und die anfänglichen Unzulänglichkeiten der nationalen Rechtsordnungen internationale handelsrechtliche Sachverhalte zu lösen, wurden seitens der Wirtschaft zunehmend als unbefriedigend empfunden. Ausgehend von der (französischen) Lehre begann die Entwicklung eines autonomen Welthandelsrechts, der Neuen Lex Mercatoria.<sup>3</sup> Diese wurde soweit weiterentwickelt, dass das autonome Welthandelsrecht inzwischen »von Amts wegen« zur Entscheidung in internationalen Schiedsverfahren herangezogen wird.<sup>4</sup>

Damit die Lex Mercatoria in diesem Sinne zur Anwendung kommen kann, wird vorwiegend durch die Schiedsgerichte der ICC<sup>5</sup> das Vorliegen eines solchen internationalen handelsrechtlichen Sachverhalts geprüft. Dieser liegt nach *Weise* dann vor, wenn zum einen Verbindungen zumindest zum Recht eines ausländischen Staates vorliegen und es sich zum anderen um eine handelsrechtliche Angelegenheit i.S.d. Fußnote 2 zu Art. 1 Abs. 1 *UNCITRAL-Model Law on International Commercial Arbitration* handelt.<sup>6</sup>

Im Zuge dieses Beitrags werden nicht nur die potentiellen Rechtsquellen des Phänomens Lex Mercatoria und dessen Reichweite behandelt, sondern der Fokus richtet sich zudem auf ausgewählte Entscheidungen der internationalen Schiedsgerichtspraxis, denen materiellrechtlich die Lex Mercatoria zugrunde liegt.

1 *Kappus*, Lex Mercatoria in Europa und UN-Kaufrechtskonvention 1980, 1990, 45.

2 *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2. Aufl. 2010, 21.

3 *Weise*, Lex Mercatoria, 1990, 14 ff. m.w.N.

4 Dazu näher unter IV.D.2.

5 International Chamber of Commerce.

6 *Weise* (Fn. 3), 17 ff.

»Nur wer die Vergangenheit kennt, hat eine Zukunft,« Wilhelm von Humboldt; dies gilt auch für das Institut der Lex Mercatoria.

Vielfach setzt eine historische Betrachtungsweise der Lex Mercatoria im Mittelalter an. Dies hat sicherlich seine Berechtigung, zumal zu dieser Zeit der Kaufmannschaft ein autonomes Recht zur Verfügung stand.

Eine genaue Analyse muss jedoch bereits im antiken römischen Recht beginnen, wo es aufgrund der Unzulänglichkeiten des *ius civile* zur Herausbildung des *ius gentium* kam.<sup>7</sup> Grob dargestellt umfasste dieses *ius gentium* die allen Völkern gemeinsamen Rechtsätze und Institutionen, die für die Beziehungen zwischen Römern und Fremden maßgeblich waren.<sup>8</sup>

Im Mittelalter wiederum begünstigten zwei wesentliche Faktoren die Entstehung einer Lex Mercatoria der »internationalen Kaufmannschaft.«

Zum einen lehnte das kanonische Recht den Handel grundsätzlich ab; so war es z.B. Christen verboten, Kreditgeschäfte abzuschließen, da das Geldkapital als unproduktiv angesehen wurde.<sup>9</sup> Dies wiederum führte zu einer vermehrten Teilnahme von Ausländern am Geldverkehr.<sup>10</sup>

Zum anderen begünstigte die Schwäche der zentralen Rechtssetzungsgewalten und die damit zusammenhängende Partikularität der Rechtsordnungen eine Internationalisierung des Handels.<sup>11</sup>

Ausgehend von England, wo die Lex Mercatoria zum ersten Mal bereits 1280 im »*Little Red Book of Bristol*« erwähnt wurde, verbreitete sich das autonome Recht der Kaufleute in Europa.<sup>12</sup>

Neben diesem eigenständigen materiellen Recht, besaß die Kaufmannschaft i.d.R. auch eine eigene Gerichtsbarkeit; so z.B. die *Piepowder Courts* in England<sup>13</sup> oder das Bozener Merkantilsmagistrat im heutigen Südtirol.<sup>14</sup>

Mit der Umstellung des europäischen Wirtschaftssystems auf den Merkantilismus und Monetarismus, und nachfolgend dem Bestreben der nationalstaatlichen Kodifikation weiter Rechtsbereiche endete der Anwendungsbereich der Lex Mercatoria nachhaltig.<sup>15</sup>

7 Spickhoff RabelsZ 56 (1992), 116, 118.

8 Meyer, Bona Fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, 1993, 51.

9 L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrecht – Universalgeschichte des Handelsrecht (1891), Teil A Nachdruck von 1973, 138 f.

10 Meyer (Fn. 8), 57 f.

11 Meyer (Fn. 8), 57 f.

12 Zimmermann ZEuP 1993, 4, 31.

13 Schmitthoff RabelsZ 28 (1964), 47, 49.

14 Kappus (Fn. 1), 36 ff.

15 Blaurock ZEuP 1993, 252; Schroeder, Die lex mercatoria arbitralis, 2007, 69.

An dieser Stelle wird versucht, das autonome Welthandelsrecht rechtsdogmatisch zu untersuchen. Aufgrund des beschränkten Platzes und der schier Fülle an Literatur, werden die m.E. wichtigsten Meinungsansätze dargestellt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Vertreter der Neuen Lex Mercatoria diese vehement von der mittelalterlichen Variante abzugrenzen versuchen. Dass dies nicht ganz so einfach ist, stellt *Trakman* fest, indem er den vereinheitlichenden Charakter des mittelalterlichen *Law Merchant* als wesentlichen Faktor für dessen Verbreitung sieht; dieser soll aber auch die Neue Lex Mercatoria leiten.<sup>16</sup>

Wie bereits unter I. erwähnt, wurde die Lex Mercatoria durch die Rechtswissenschaft entwickelt und im Zuge dessen vorwiegend von den Schiedsgerichten der internationalen Handelskammer in Paris angewandt.

Bevor die Verbreitung der Lehre von einer Lex Mercatoria in den Fünfzigerjahren des vorigen Jahrhunderts begann, beschäftigte sich schon ein deutscher Jurist 1929 mit dem Phänomen des autonomen Rechts des Welthandels. *Großmann-Doerth* definiert das autonome Recht der Wirtschaft als die Gesamtheit der das Wirtschaftsleben beherrschenden Handelsbräuche, Firmenbräuche und Verbandrechtsschöpfungen.<sup>17</sup> Anhand des Seetransportrechts und dessen typischen Vertragsklauseln zeigt *Großmann-Doerth* das seiner Meinung nach selbstgeschaffene »lebendige« Recht der Wirtschaft auf, mit dem sich die Juristen auseinandersetzen lernen müssten.<sup>18</sup> In einer späteren Arbeit relativiert *Großmann-Doerth* diesen Ansatz jedoch deutlich.<sup>19</sup>

Ganz allgemein kann nach dem Zweiten Weltkrieg zwischen zwei Ansichten die Rechtsqualität einer Lex Mercatoria betreffend unterschieden werden.

Die eine wird durch *Schmitthoff* und andere vertreten, wonach es sich bei der Lex Mercatoria um ein gegenüber der staatlichen Rechtsordnung autonomes Recht handelt, welches sich auf die Autonomie des Parteiwillens stützt.<sup>20</sup>

Letztlich muss sich jedoch auch diese neue Lex Mercatoria die Duldung des Parteiwillens durch den Staat entgegenhalten lassen, weshalb immer nur eine indirekte Autonomie besteht.<sup>21</sup>

Die Gegenposition wird vorwiegend von *Goldman* und anderen vertreten, wonach es sich um ein heranwachsendes transnationales Gewohnheitsrecht handeln soll, das auf der gemeinsamen Rechtsüberzeugung einer internationalen

16 *Trakman*, The New Law Merchant: The Evolution of Commercial Law, 1983, 44.

17 *Großmann-Doerth* JW 1929, 3447.

18 *Großmann-Doerth* JW 1929, 3447, 3449.

19 *Großmann-Doerth* in: Blaurock/Goldschmidt/Hollerbach (Hg.), Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft, 2005, 77 ff.

20 *Schmitthoff* RabelsZ 28 (1964), 47, 59.

21 *Stein*, Lex Mercatoria-Realität und Theorie, 1995, 188 f.

*societas mercatorum* beruht.<sup>22</sup> Somit wird, zwar mit einigen Differenzierungen, vertreten, dass es sich bei der *Lex Mercatoria* um objektives Recht handeln soll.<sup>23</sup> Diese Ansicht wurde in der Lehre derart weiter entwickelt, dass ein besonders weitgehendes Beispiel dies verdeutlichen soll.

So ist nach *Galgano* die Globalisierung unabhängig von den staatlichen Machtverhältnissen zu betrachten, wie dies bspw. noch im Imperialismus der Fall war.<sup>24</sup> Die Protagonisten der Globalisierung sind somit nicht mehr die einzelnen Staaten, sondern multinationale Unternehmen wodurch die nationalen Gesetze entmachtet werden; diese Entwicklung führt letztlich zu einer Gesellschaft ohne Staat, die ihr eigenes supranationales Recht, die Neue *Lex Mercatoria*, erzeugt.<sup>25</sup>

Dieser Ansicht ist m.E. nicht zuzustimmen. Recht im objektiven Sinne zeichnet sich immer als eine Ordnung von Normen, die durch äußeren Zwang, der wiederum arbeitsteilig und zentral organisiert ist, durchgesetzt wird, aus.<sup>26</sup>

*Galganos* Ansatz eines von jedem staatlichen Einfluss entzogenen Rechts scheidet aber auch letztlich an dessen zwangsweiser Durchsetzbarkeit. Zwar werden Schiedssprüche aufgrund der New Yorker Konvention von 1958 nahezu weltweit vollstreckt, doch ist für deren Vollstreckbarkeit letztlich immer Staatsgewalt notwendig. Die Verfechter einer autonomen Welthandelsrechtsordnung müssen sich daher m.E. immer das Gegenargument gefallen lassen, dass es in letzter Konsequenz ohne staatliche Zwangsgewalt keine durchsetzbaren Entscheidungen gibt.

*Von Breitenstein* kritisiert die Normsetzung durch Kaufleute besonders plastisch, indem er die althergebrachten Strukturen der Kaufmannschaft aus heutiger Sicht bezweifelt und auch die provokante Frage stellt, ob nicht auch die eigene Ordnung der Mafia in die *Lex Mercatoria* integriert werden müsste.<sup>27</sup>

#### IV. Rechtsquellen

##### 1. Bedeutung

Das Wesen der Neuen *Lex Mercatoria* ist besser erfassbar, wenn man deren Rechtsquellen kennt.

22 Vgl. *Stein* (Fn. 21), 189 f. m.w.N.

23 *Stein* (Fn. 21), 190 f.

24 *Galgano* ZEuP 2003, 237.

25 *Galgano* ZEuP 2003, 237, 238 f.

26 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 31 ff.; *Bydlinksi*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 188.

27 *Von Breitenstein* in: FS Sandrock, 2000, 120.

Zu nennen sind an dieser Stelle: Der Vertrag selbst, der Handelsbrauch, Allgemeine Rechtsgrundsätze, die Schiedsgerichtspraxis, Staatsverträge, Modellgesetze, Restatements und das Völkerrecht.<sup>28</sup> Die wichtigsten dieser Grundlagen werden an dieser Stelle einer Betrachtung unterzogen.

##### 2. Der Vertrag

Grundsatz des gesamten Meinungsstandes zum Vertrag als einzige Rechtssetzungsautorität zwischen den Parteien ist das Institut der Parteiautonomie bzw. der Vertragsfreiheit.

Bereits *Schmitthoff* beruft sich zur Selbstständigkeit von Verträgen auf die Parteiautonomie, da die Parteien das auf ihren Vertrag anwendbare Recht nach nationalem Recht wählen können; dieses lässt aber auch zu, dass sie die Vertragsbestimmungen derart regeln, dass für die Anwendung des nationalen Rechts überhaupt kein Raum mehr bleibt.<sup>29</sup>

So sollen aufgrund der allgemein anerkannten Vertragsfreiheit einheitliche Regelungen für grenzüberschreitende Sachverhalte geschaffen werden.<sup>30</sup>

International bekannt ist dieses Phänomen auch unter dem Begriff »*self-regulatory contracts*«.

Innerhalb dieser sich selbstregulierenden Verträge hat sich eine ausgeprägte Kautelarjurisprudenz entwickelt, welche sich in zwei Kategorien unterteilen lässt.<sup>31</sup> Auf der einen Seite stehen standardisierte Musterverträge, wie zB die INCOTERMS der ICC, auf der anderen steht das Streben nach einzelvertraglicher Komplettregelung.<sup>32</sup> Wo jedoch der dogmatische Unterschied zwischen beiden Regelungsversuchen liegen soll ist m.E. unklar. Zum einen fertigen nichtstaatliche Organisationen Standardverträge für gewisse Branchen an und zum anderen versuchen die Parteien selbst durch ausführliche vertragliche Regelung ihre eigene *lex contractus* zu erzeugen. Beide Regelungswerke sind nichtstaatlicher Herkunft und haben den Sinn, das Vertragsverhältnis staatlicher Rechtsordnung zu entziehen. Zudem werden beide Arten von Verträgen erst durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien wirksam.

Die Theorie der *self-regulatory contracts* fand vor allem in der Lehre regen Zuspruch. So soll nach *Wengler* eine freie Vertragsergänzung durch die Gerichte möglich sein, ohne dass diese an bestimmte Rechtsanwendungsnormen gebun-

28 *Schroeder* (Fn. 15), 83 ff.

29 *Schmitthoff*/RabelsZ 28 (1964), 47, 69.

30 *Junge* in: FS Schlechtriem, 2003, 819.

31 *Schroeder* (Fn. 15), 84 f.

32 *Schroeder* (Fn. 15), 85; *Stein* (Fn. 21), 41.

den sind; dies soll aber nur im Zusammenhang mit typischen Verträgen des internationalen Handelsverkehrs, und wenn die Möglichkeit einer Ergänzung ausschließlich aus dem Vertrag heraus besteht, zulässig sein.<sup>33</sup>

Der Vertrag selbst soll auch nicht durch staatliches Recht seine Verbindlichkeit erhalten, sondern durch den überpositiven Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*.<sup>34</sup>

Einen frühen Ansatz vertritt *Verdross*, der den Begriff der sogenannten quasi-völkerrechtlichen Verträge ins Leben gerufen hat; ein solcher liegt dann vor, wenn ein Staat mit einem Ausländer einen Vertrag geschlossen hat, der weder als innerstaatlich noch völkerrechtlich zu qualifizieren ist.<sup>35</sup> Es entsteht somit eine dritte Vertragsgruppe, die dadurch charakterisiert ist, dass die durch diesen Vertrag begründeten Privatrechte einer durch das Einvernehmen der Parteien geschaffenen neuen Rechtsordnung, nämlich der von ihnen vereinbarten *lex contractus*, unterstellt sind.<sup>36</sup> Beispiele, die diesen Ansatz untermauern, gibt *Verdross* durch das Kirchenrecht und das interne Staatengemeinschaftsrecht;<sup>37</sup> es handelt sich dabei um Sonderrechte, die eine autonome *lex contractus* rechtfertigen.<sup>38</sup>

Der Ansatz *Verdross* ist m.E. nicht nachvollziehbar. Chronologisch später trat das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge,<sup>39</sup> welches nur auf schriftliche Verträge zwischen Staaten Anwendung findet, in Kraft und 1986 wurde das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen<sup>40</sup> angenommen.<sup>41</sup> Gerade aber im Bereich der quasi-völkerrechtlichen Verträge gibt es keine derartige Kodifikation, was den Schluss zulässt, dass die internationale Gemeinschaft kein Problembewusstsein hinsichtlich dieser Thematik und ein solches sich auch nicht aus der Praxis ergeben hat. Gewichtige Gründe sprechen daher dafür das staatliche Handeln in diesem Bereich als Privatwirtschaftsverwaltung<sup>42</sup> zu betrachten und entweder die

33 *Wengler* RabelsZ 16 (1951), 1, 14 f.

34 *Verdross* ZaöRV 18 (1957/58), 1, 640 f; *Schlesinger/Gündisch* RabelsZ 28 (1964), 2, 26.

35 *Verdross* ZaöRV 18 (1957/58), 1, 638.

36 *Verdross* ZaöRV 18 (1957/58), 1, 638.

37 Das sind Verträge, die von Beamten internationaler Organisationen bei Anstellung mit diesen geschlossen werden.

38 *Verdross* ZaöRV 18 (1957/58), 641.

39 Vienna Convention on the Law of Treaties v. 23.5.1969.

40 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations v. 21.3.1986.

41 *Zemanek* in: *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hg.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts* I, 4. Aufl. 2004, 45 ff. Rn. 240 und 250.

42 Vgl. ausführlich zur Privatwirtschaftsverwaltung *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*, 10. Aufl. 2007, Rn. 560 ff.

getroffene Rechtswahl oder das einschlägige Kollisionsrecht über materielle rechtliche Fragen entscheiden zu lassen.

Als weitere Begründung, dass Verträge nicht einer bestimmten Rechtsordnung unterliegen, wird das Argument herangezogen, dass regelmäßig die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes vereinbart wird.<sup>43</sup> An dieser Stelle sei nur auf die empirisch untersuchten Gründe für Schiedsvereinbarungen hingewiesen, wie bspw. die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens, die spezifische Fachkenntnis der Schiedsrichter, das Schiedsgericht als neutrales Forum, die Endgültigkeit des Schiedsspruchs, die Flexibilität des schiedsgerichtlichen Verfahrens und die einfache Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches aufgrund der New Yorker Konvention 1958<sup>44, 45</sup>.

Es handelt sich dabei augenscheinlich vorwiegend um Gründe verfahrensrechtlicher Natur. Rechtswahlerwägungen spielen hingegen eine m.E. untergeordnete Bedeutung, zumal die Parteien auch vor staatlichen Gerichten die Möglichkeit der freien Rechtswahl haben. In staatlichen Gerichtsverfahren ist es allerdings verboten, nicht-staatliche Normen als Vertragsrecht zu vereinbaren; in Europa bestimmt dies mittlerweile die Rom I-<sup>46</sup> und die Rom II-<sup>47</sup>-Verordnung.<sup>48</sup>

*Reimann* widmet sich der Thematik des rechtsordnungslosen Vertrages zwischen Privatrechtssubjekten besonders ausführlich. In seinen Untersuchungen zeigt er deutlich, dass weder die Privatautonomie noch die Vertragsfreiheit die Möglichkeit bieten, rechtsverbindliche Verträge außerhalb des staatlichen Rechts abzuschließen.<sup>49</sup>

Weiters ist das viel gepriesene Institut der Parteiautonomie keineswegs in allen Rechtsordnungen einheitlich, obwohl es in den meisten existiert.<sup>50</sup>

Auch auf internationaler Ebene ist der Vertrag keine originäre Rechtsquelle, da allein das Recht ihm Verbindlichkeit verleiht.<sup>51</sup>

43 *Verdross* ZaöRV 18 (1957/58), 642; vgl. aber auch *Schmitthoff* RabelsZ 18 (1964), 47, 72 ff.

44 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards v. 7.6.1959.

45 *Burger-Scheidlin* in: *Torggler* (Hg.), *Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit*, 2007, 4 Rn. 6.

46 Art. 3 Abs. 1, 3 und 4 VO 2008/593/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.7.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom I«), ABl. 2008 L 177, 6.

47 Z.B. Art. 12 VO 2007/864/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«), ABl. 2007 L 199, 40.

48 *M. Reimann* in: *Verschraegen* (Hg.), *Rechtswahl – Grenzen und Chancen*, 2010, 1, 18 ff.

49 *Reimann*, *Zur Lehre vom »rechtsordnungslosen« Vertrag*, 1970, 32 ff.

50 *Reimann* (Fn. 49), 46.

51 *Reimann* (Fn. 49), 60.

Hinsichtlich des potentiellen Anwendungsbereichs rechtsordnungsloser Verträge sind abschließend bspw. Investitionsprojekte mit Mehrparteienbeteiligung, größere Bauprojekte oder Technologietransferverträge zu nennen.<sup>52</sup>

Es soll mit der Stellungnahme *Spickhoffs* geschlossen werden, der bereits in den frühen Neunzigerjahren des 20. Jahrhunderts den rechtsordnungslosen Vertrag als nicht mehr im Vordergrund der neueren Diskussion sieht, da jeder Vertrag einer Rechtsordnung untersteht, was schon zur Beurteilung der Frage, ob dieser wirksam zustande gekommen ist oder nicht, notwendig ist.<sup>53</sup>

### 3. Handelsbrauch

»Der Handelsbrauch ist eine im Handelsverkehr für vergleichbare Geschäftsvorfälle befolgte Übung, der eine einheitliche Auffassung der beteiligten Kreise zugrunde liegt; er prägt einerseits die Bedeutung einer Erklärung oder eines Verhaltens im Sinne der Verkehrsblichkeit und führt andererseits zur Ergänzung von Verträgen durch Regelungen, die in ihnen nicht ausdrücklich erhalten, aber üblich sind; darüber hinaus wird auch noch von ‚Vertragsitten‘ gesprochen. Handelsbräuche haben demnach nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr Bedeutung; sie können aber nicht Regelungen des zwingenden Rechts außer Kraft setzen.«<sup>54</sup>

Soweit die Definition des österreichischen OGH betreffend eines Handelsbrauches i.S.d. § 346 HGB.<sup>55</sup>

Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 9 Abs. 2 UN-Kaufrecht, wonach bei fehlender Parteienvereinbarung angenommen wird, dass diese in dem Vertrag bzw. bei dessen Abschluss stillschweigend auf Gebräuche bedacht genommen haben, die sie kannten oder kennen mussten.

Die Abgrenzung zu einer Usance wiederum besteht darin, dass es sich hierbei um Vertrags- oder Geschäftsbedingungen handelt, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind.<sup>56</sup>

In der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung wird von einer unwiderleglichen Kenntnisvermutung der einschlägigen Handelsbräuche ausgegangen, die die Kenntnis der einschlägigen Gepflogenheiten des Geschäftszweiges mit einschließt und zu Lasten des Marktteilnehmers davon ausgeht, dass er geschäftserfahren ist.<sup>57</sup>

Dass Handelsbräuche im Geschäftsverkehr zu beachten sind, scheint vor allem angesichts der genannten Gesetzesbestimmungen unstrittig. Dazu muss man

52 *Stein* (Fn. 21), 42 f.

53 *Spickhoff* *RabelsZ* 56 (1992), 116, 126.

54 OGH RIS-Justiz RS0062008.

55 Nunmehr § 346 UGB; entspricht § 346 dHGB.

56 *Weiss*, *Der Handelsbrauch*, 1992, 3.

57 *Schroeder* (Fn. 15), 87 f., m.w.N.

bspw. nur die Gutachten hinsichtlich Handelsbräuchen der Wirtschaftskammer Österreich betrachten. Beachtung finden sie z.B. im Zuge der ergänzenden Vertragsauslegung, nicht aber als ausschließliche materiellrechtliche Entscheidungsgrundlage. Zudem ist auch immer zu beachten, dass Handelsbräuche branchenspezifisch sind und daher nie allgemeine Geltung beanspruchen können.

Praktisch relevant erscheint, dass die Anwendung eines Handelsbrauches immer ausdrücklich vertraglich ausgeschlossen werden muss, wenn man sich diesem, als im entsprechenden Verkehrskreis tätiger Unternehmer, nicht unterwerfen will.<sup>58</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass es sich bei einem Handelsbrauch immer um Tatsachen und nicht um (Gewohnheits-)Recht handelt; eine entsprechende *opinio iuris* fehlt.<sup>59</sup>

### 4. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Das Vertragswerk und der Handelsbrauch decken wegen ihrer hohen Spezialisierung nicht alle Problembereiche des internationalen Wirtschaftsverkehrs ab; daher greift man auch auf sogenannte allgemeine Rechtsgrundsätze zurück.<sup>60</sup>

Will man einen Überblick erlangen, was unter diesen allgemeinen Rechtsprinzipien zu verstehen ist, kann man auf die kompakte Auflistung *Landos* zurückgreifen.<sup>61</sup> Es fallen darunter *pacta sunt servanda*, das Recht den Vertrag im Fall einer wesentlichen Vertragsverletzung zu beenden, *bona fides*, *clausula rebus sic stantibus*, das Verbot von Rechtsmissbrauch, Haftung aus *culpa in contrahendo*, die Unwirksamkeit durch Bestechung erlangter Vertragszusagen und der Grundsatz der freien Rechtswahl.<sup>62</sup>

*Schlosser* bezeichnet diese Grundsätze, etwas polemisch, als Plattheiten.<sup>63</sup> Vorsichtiger formuliert es *Esser*, indem er zwar von allgemeinen Rechtsprinzipien ausgeht, allerdings dogmatische Gemeinsamkeiten oft vermisst.<sup>64</sup> Diese sollen jedoch durch die immer stärker angenäherten sozialen Standards und Wertvorstellungen überwunden werden.<sup>65</sup>

58 BGH NJW 1966, 502.

59 *Krejci*, *Unternehmensrecht*, 4. Aufl. 2010, 24 f.

60 *Schroeder* (Fn. 15), 89.

61 *Lando Int'l&Comp.L.Q.* 35 (1985), 749 f.

62 *Lando Int'l&Comp.L.Q.* 35 (1985), 749 f.; *Schlosser*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989, Rn. 200; *Kodek* in: *Verschraegen* (Fn. 48), 85, 102.

63 *Schlosser* (Fn. 62), Rn. 200.

64 *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, 336.

65 *Esser* (Fn. 64), 336.

Als Verfechter der Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze weist *Kötz* zunächst auf die völkerrechtliche Praxis hin und zieht dann den Schluss, dass zumindest im Handels- und Obligationenrecht gemeinsame Rechtsgrundsätze existieren, die immer dann angewandt werden sollen, wenn durch das Kollisionsrecht das einschlägige Sachrecht nicht ermittelt werden kann.<sup>66</sup>

So soll es im Falle ähnlicher Rechtsfamilien sogar im Erb- und Familienrecht gewisse gemeinsame Rechtsprinzipien geben.<sup>67</sup> In einem letzten Schritt will *Kötz* den staatlichen (!) Richter dazu ermächtigen, für den Fall, dass zwei Rechtsordnungen ein Problem unterschiedlich lösen würden, nach der Regel zu entscheiden, die ein internationaler Gesetzgeber aufstellen würde, wenn dieser die in Betracht kommenden Rechtsordnungen in concreto miteinander vergleichen würde.<sup>68</sup>

Hinsichtlich der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen staatlicher Gerichte und dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist diese Ansicht m.E. als katastrophal einzustufen. Es wird dem staatlichen Richter die Möglichkeit der freien Rechtsfindung geboten, ohne an bestimmte Rechtsanwendungsnormen gebunden zu sein. Durch die Bekämpfbarkeit staatlicher Gerichtsentscheidungen kann dies jedoch etwas entschärft werden. Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist dieses Problem aber durchaus präsent, da der Schiedsspruch inhaltlich nur aufgrund von *ordre public*-Widrigkeit bekämpfbar ist. Dazu näher unter IV.E.1.

Der Schiedsrichter selbst ist dazu berufen, in seinem Verfahren rechtsvergleichend festzustellen, welche gemeinsamen Rechtsprinzipien es gibt; dazu dienen ihm vorwiegend literarische Darstellungen.<sup>69</sup> Im Internet findet sich z.B. auf der elektronischen Datenbank trans-lex.org eine Auflistung der Rechtsprinzipien des autonomen Welthandelsrechts.

Ansonsten hat der Schiedsrichter die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus jenen Rechtsordnungen zu ermitteln, die einen engen Bezug zum gegenständlichen Sachverhalt haben; das sind die Rechtsordnungen der Staaten, denen die Parteien angehören und das Recht des Erfüllungsorts.<sup>70</sup>

Zudem soll die Hinzuziehung von einigen wenigen führenden Rechtsordnungen geboten sein; dabei ist zum einen auf die Bedeutung im Wirtschaftsverkehr und zum anderen auf die Verbindung zwischen *civil law* und *common law* Bedacht zu nehmen.<sup>71</sup>

66 *Kötz* RabelsZ 34 (1970), 663, 671 ff.

67 *Kötz* RabelsZ 34 (1970), 663, 673.

68 *Kötz* RabelsZ 34 (1970), 663, 674.

69 *Schroeder* (Fn. 15), 90 f.

70 *Schroeder* (Fn. 15), 93.

71 *Schroeder* (Fn. 15), 93.

Die Rechtsvergleichung hat in ihren Arbeiten durchaus allgemeine Rechtsprinzipien hervorgebracht; das ist unbestritten. Jedoch erkennt *Esser* richtig, dass diese in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet sind.<sup>72</sup>

Solche, wie der Name schon besagt, sehr allgemein gehaltene Rechtsprinzipien als materiell-rechtliche Entscheidungsgrundlage heranzuziehen, ist m.E. fahrlässig. Anhand einiger Entscheidungsbeispiele wird im folgenden Punkt gezeigt, mit welcher Selbstverständlichkeit manche Schiedsrichter Kollisionsrecht ignorieren. Oftmals sind sich die Parteien der möglichen Folgen gar nicht bewusst.

## 5. Schiedsgerichtspraxis

### a) Allgemeines

Bereits *Schmitthoff* sieht die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit als wesentlichen Wegbereiter eines autonomen Welthandelsrechts.<sup>73</sup> Dies ist damit zu begründen, dass dem Schiedsrichter im Vergleich zum staatlichen Richter ein weiterer Spielraum zu Verfügung steht, sich staatlichen Regelungen zu entziehen, da er kein »guardian of a national order« ist.<sup>74</sup>

Dass eine solche vereinheitlichte »internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit« auch gut fünfzig Jahre danach nicht existiert, verleiht der Aussage *Manns*<sup>75</sup> »Im Rechtssinn gibt es keine internationalen Handelsschiedsgerichte«, um so mehr Bedeutung.

Im Folgenden werden ausgewählte Entscheidungen der ICC-Schiedsgerichtspraxis wiedergegeben, wobei es weniger um den Sachverhalt als um die Rechtswahlentscheidungen geht.

Weiters ist immer zu beachten, dass ein Schiedsspruch, wegen des Verbots der *révision au fond*, inhaltlich nicht mehr überprüft werden kann, was den Parteien oftmals nicht bewusst sein wird oder diese nehmen es zunächst billigend in Kauf, ohne sich der Folgen im weiteren Streitfall gegenwärtig zu sein.<sup>76</sup>

72 *Esser* (Fn. 64), 336.

73 *Schmitthoff* RabelsZ 28 (1964), 47, 72.

74 *Goldstajn* in: FS Schmitthoff, 1973, 171, 182.

75 *Mann* in: FS Flume I, 1978, 593, 595.

76 *Rechberger/Melis* in: Rechberger (Hg.), ZPO, 3. Aufl. 2006, § 611 ZPO Rn. 13.

b) Ausgewählte Entscheidungen

aa) IHK Award No. 1990 (1972)<sup>77</sup>

Es handelte sich um eine Streitigkeit einer italienischen Gesellschaft (Klägerin) aus einer Lizenzvereinbarung mit einer spanischen Gesellschaft, diese mit dem nötigen know-how zu versorgen um die italienischen Produkte in Spanien herstellen und verkaufen zu können. Die beklagte Gesellschaft nahm jedoch die Lizenz vertragswidrig nicht in Anspruch.<sup>78</sup>

Im Grunde waren durch den Schiedsrichter drei Rechtsfragen zu beantworten: ob der Vertrag rechtswirksam aufgehoben wurde, ob die Beklagte wettbewerbswidrig gehandelt hat, und inwieweit Schadenersatz dafür zusteht.

Der Schiedsrichter entschied, dass jene Fragen über die es eine vertragliche Regelung der Parteien gab, aus dem Vertrag selbst entschieden werden können, sofern die Parteienvereinbarungen nicht zwingenden Vorschriften beider (d.h. sowohl italienischer als auch spanischer) Rechtsordnungen widersprechen. In diesem Fall traf dies auf die Gültigkeit des Vertrages, Zwangsvollstreckung, Anfechtbarkeit und Vertragsanpassung zu, wobei die »general principles« des italienischen und spanischen Rechts identisch sind. Daher muss für diese Fragen vorweg nicht das anwendbare Recht bestimmt werden.

Für die restlichen Rechtsfragen, wie z.B. das potentielle wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten, wurde das anwendbare materielle Recht ermittelt, was aber in diesem Zusammenhang nicht näher interessiert.

Ohne entsprechende Parteienvereinbarung wendet hier das Schiedsgericht als Sachrecht zumindest teilweise den Vertrag selbst und allgemeine Rechtsgrundsätze beider in Frage kommender Rechtsordnungen an. Im konkreten Fall könnte man dazu veranlasst werden zu glauben, dass hier ein rechtsordnungsloser Vertrag vorliegt. Dem ist aber nicht so, da die vertraglichen Regelungen nur insoweit die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien regeln sollen, als sie nicht gegen zwingende Vorschriften beider Rechtsordnungen verstoßen. Dies ist schlicht Ausfluss privatautonomer Rechtsgestaltung.

Jedoch wird an anderer Stelle die unter IV.D. beschriebene Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze ohne entsprechende Parteienvereinbarung angewandt. Das Schiedsgericht befindet es nicht für notwendig, in diesen Punkten das anwendbare Recht zu ermitteln. Eine solche Vorgehensweise ist rechtsdogmatisch nicht zu billigen und widerspricht in dieser Form auch kollisionsrechtlichen Grundsätzen.

77 IHK Award No. 1990 (1972), Yearbook Commercial Arbitration III, 1978, 217 f.

78 Der stark verkürzte Sachverhalt findet sich in selber Form und Länge in englischer Sprache abgedruckt.

Aufgrund der starken Kürzung des Sachverhalts ist auch unklar, ob dieser Schiedsspruch im Anschluss angefochten wurde. Ob die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze ohne Parteienvereinbarung für eine *ordre public*-Widrigkeit des Schiedsspruches reicht, ist m.E. zu bezweifeln.

bb) IHK Award No 3131 (1979)<sup>79</sup> - OGH<sup>80</sup> zu Norsolor S.A. vs Pabalk Ticaret Ltd.

Der Beklagte war Handelsvertreter der Kläger für die Türkei. Streitigkeiten aus dem Handelsvertreterverhältnis waren kraft Vereinbarung der Zuständigkeit der IHK in Paris unterstellt. Der Kläger löste daraufhin den Handelsvertretervertrag, unter Einhaltung der Kündigungsbestimmungen des türkischen Rechts, auf. Der Beklagte leitete ein Schiedsverfahren gegen die Kläger wegen ausständiger Provisionen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen und Schadenersatz wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses ein. Das Schiedsgericht, mit Sitz in Wien, sprach aufgrund billigen Ermessens der Beklagten Provisionen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages und Schadenersatz i.H.v. 800.000 FF wegen Auflösung des Handelsvertretervertrages zu. Daraufhin beehrte der Kläger beim österreichischen OGH die Aufhebung dieses Schiedsspruchs.

Mit Beschluss<sup>81</sup> vom 1.2.1980 erklärte der OGH das HG Wien gem § 28 JN (Ordination) für zuständig. Die Begründung des OGH stellt sich zusammenfassend so dar, dass ein inländischer Schiedsspruch vorliege (Wien war Sitz des Schiedsgerichtes) und zudem durch diverse Abkommen die Vollstreckbarkeit sowohl in Frankreich als auch der Türkei gegeben sei.

Im Folgenden interessiert jedoch das zweite Verfahren vor den österreichischen Gerichten mehr. Von den erstgerichtlichen Erwägungen dazu sind nur jene zur Entscheidung nach Billigkeit relevant. Hätte das Schiedsgericht nämlich nach Billigkeit Gesichtspunkten entschieden, ohne hierzu ermächtigt gewesen zu sein, dann verstoße der Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften, weil das Schiedsgericht an das positive Recht gebunden ist.<sup>82</sup> In concreto habe das Schiedsgericht aber aufgrund einer »lex mercatoria« nach dem Grundsatz Treu und Glauben entschieden und keine bloße Billigkeitsentscheidung getroffen. Die

79 IHK Award No. 3131 (1979), Revue de l'arbitrage 1983/1, 525.

80 OGH GesRZ 1983, 102.

81 OGH JBl 1981, 437.

82 Dieser Aufhebungsgrund wurde nach dem SchiedsRÄG 2006 nicht in das neue österreichische Schiedsverfahrensrecht übernommen (vgl. dazu auch *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts, 2002, 136).

Festsetzung des Schadenersatzbetrages nach freier Überzeugung findet sowohl in der französischen als auch in der türkischen Rechtsordnung Deckung.

Das Gericht zweiter Instanz änderte diese Entscheidung dahingehend ab, dass es den Schiedsspruch in den Punkten zum Schadenersatz i.H.v. 800.000 FF und zur Kostenentscheidung aufhob. Die Entscheidung des Schiedsgerichts aufgrund der internationalen »lex mercatoria« sei aber kein Verstoß gegen zwingende Vorschriften i.S.d. § 595 Z. 6 öZPO, da es den Parteien per Vereinbarung freigestanden wäre, das nationale Recht zu bestimmen. Gegen die Abänderungen wandte sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils.

Der OGH führte hinsichtlich des Verstoßes gegen § 595 Abs. 6 öZPO aus, dass unter »Rechtsvorschriften« nur Vorschriften des materiellen Rechts zu verstehen sind. Von solchen zwingenden Rechtsvorschriften kann also nur gesprochen werden, wenn das Gesetz ausdrücklich oder im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften die verletzte Norm als unabdingbar, gegenteilige Vereinbarungen als unwirksam erklärt und die Parteien daher ausnahmslos an diese gebunden sind. Zudem gelten als zwingende Rechtsvorschriften auch jene allgemeinen Rechtsgrundsätze, die das Gesetz als selbstverständlich voraussetzt.<sup>83</sup>

Die Frage ob das Schiedsgericht nach billigem Ermessen vorgehen durfte, ist eine den Gang des Verfahrens und dessen Wirkung regelnde Frage, die nicht unter § 595 Z. 6 öZPO zu subsumieren sei.

Bzgl. des Anfechtungsgrundes des § 595 Z. 5 öZPO (das Schiedsgericht überschreitet die Grenzen seiner Aufgabe) führt der OGH aus, dass das Schiedsgericht hinsichtlich der Festsetzung des Ersatzbetrages von 800.000 FF nach billigem Ermessen entschieden hat, ohne hierzu ermächtigt gewesen zu sein. Diese Billigkeitsentscheidung stellt jedoch keinen tauglichen Aufhebungsgrund gem. § 595 Z. 5 öZPO dar, da weder die Zuständigkeit noch die Sachanträge der Parteien übertreten wurden.

Vorangestellt sei, dass es sich hier um die erste Entscheidung eines nationalen Gerichtes hinsichtlich der Anwendung der Lex Mercatoria handelt, was regen Widerhall in der internationalen Lehre fand.

In Österreich wurde die Billigung des Schiedsspruches durch den OGH heftig von *Bajons* kritisiert.<sup>84</sup> Danach soll die These des Höchstgerichts, wonach der Grundsatz von Treu und Glauben sämtlichen Privatrechtsordnungen immanent sei, verfehlt sein, da es sich nur um einen in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen innewohnenden Leitgedanken handelt, der seine Funktion als Regulativ immer nur im Horizont eines bestimmten nationalen Ordnungsgefüges entfalten

83 Siehe dazu auch *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, 1973, 154.

84 *Bajons* in: FS Kralik I, 1986, 3 ff.

kann.<sup>85</sup> Aufgrund der jeweils spezifischen nationalen Konkretisierung dieses Grundsatzes kann dieser auch nicht isoliert angewandt werden, ansonsten man auf das jeweilige nationale Recht zurückgreifen könne, ohne zu einer anderen Beurteilung zu gelangen.<sup>86</sup>

Nach *Bajons* verstößt der Schiedsspruch, entgegen der Ansicht des OGH sehr wohl gegen § 595 Z. 6 öZPO (zwingende Rechtsvorschriften), da durch die Entscheidung als *amiables compositeur* kein konkretes Privatrechtssystem angewandt wird und somit die konkrete Anwendung dieser Norm unterlaufen wird.<sup>87</sup>

*Von Hoffmann* kommt in seinen Ausführungen unter Bezugnahme auf Art. VII des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit<sup>88</sup> zu dem Schluss, dass im Rahmen der Anwendung der Lex Mercatoria als Entscheidungsgrundlage Handelsbräuche zur Entscheidungsfindung stets angewandt werden können, allgemeine Rechtsprinzipien hingegen nur berücksichtigt werden können, wenn die Parteien eine Billigkeitsentscheidung vereinbart haben.<sup>89</sup> Belegstellen für diese Rechtsansicht bleibt *von Hoffmann* allerdings schuldig, heißt dann aber in einem weiteren Schritt die Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen wieder gut, indem er in concreto auf die Untauglichkeit kollisionsrechtlicher Lösungen hinweist.<sup>90</sup>

*Seidl-Hohenveldern* unterstützt die Entscheidung des OGH und betont aber, im Gegensatz zu *von Hoffmann* deutlich, dass der OGH die Anwendung der Lex Mercatoria als Anwendung von Rechtsregeln sieht und eben nicht als eine Billigkeitsentscheidung, die in diesem Fall nicht zulässig gewesen wäre.<sup>91</sup>

In seiner Anmerkung stellt *Melis* entgegen der allgemeinen Euphorie über diese Entscheidung sachlich klar, dass der OGH noch nichts über die rechtliche Qualität der Lex Mercatoria ausgesagt hat, weil dies in concreto zwar wünschenswert aber nicht notwendig gewesen ist.<sup>92</sup>

Lange wurde diese Entscheidung eines nationalen Gerichts die Lex Mercatoria betreffend erwartet. Der OGH hat sich allerdings (bewusst oder unbewusst) auf verfahrensrechtliche Aspekte beschränkt und somit eine Qualifikation des autonomen Welthandelsrechts vermieden.

85 *Bajons* (Fn. 84), 3, 24 f.

86 *Bajons* (Fn. 84), 3, 25.

87 *Bajons* (Fn. 84), 3, 27.

88 Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit 1961, öBGBI 1965/19.

89 v. *Hoffmann* IPRax 1984, 106, 107.

90 v. *Hoffmann* IPRax 1984, 106, 107 f.

91 *Seidl-Hohenveldern* RIW 1983, 868, 871.

92 OGH, Yearbook Commercial Arbitration, 1982, VII 163 mit Anm. *Melis*.

Auch an diesem Beispiel sieht man deutlich, dass die schiedsrichterliche Rechtsanwendung teils losgelöst von Parteiinteressen oder objektiven Anknüpfungspunkten stattfindet.

cc) IHK Final Award No. 3267 (1984)<sup>93</sup>

Der dieser Entscheidung vorangehende *Partial Award* wurde auch im *Yearbook of Commercial Arbitration* publiziert.<sup>94</sup> Die nunmehrige Entscheidung ist abschließend und interessiert vor allem aufgrund der Schwerpunkte *amiables compositeurs* und *Lex Mercatoria*, welche beide im Schiedsspruch behandelt werden. Da der Sachverhalt relativ unbedeutend ist, wird er aus Platzgründen ausgespart.

Das Schiedsgericht bezieht sich zunächst auf seine Entscheidung im *Partial Award*, in der allgemeine Rechtsprinzipien der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen zur Anwendung kamen und verweist darauf, dass dies als eine Bezugnahme auf die *Lex Mercatoria* gewertet wurde.<sup>95</sup> Das Schiedsrichterkollegium sieht aber keinen Grund von der bisherigen Entscheidung hinsichtlich der Rechtswahl abzuweichen.

In einem zweiten Schritt setzt sich das Kollegium mit der Thematik einer Entscheidung als *amiable compositeur* auseinander.

Danach könne ein *amiable compositeur* auch Lösungen jenseits staatlichen Rechts oder der *Lex Mercatoria* finden. Es ist nur die Frage zu stellen, wie weit der *amiable compositeur* gehen kann, vor allem wenn er mit bestimmten Regelungen des Vertrages konfrontiert ist und unter welchen Umständen er von dieser Befugnis Gebrauch machen darf. Die Schiedsrichter haben diese Fragen anhand des konkreten Rechtsstreits beantwortet, was aber an dieser Stelle zu weit führen würde.

Auch hier findet sich eine Entscheidung nach allgemeinen Rechtsprinzipien, ohne dass es dazu eine entsprechende Parteiermächtigung gäbe. Bedenklich ist m.E. die Ansicht des Schiedsgerichts, dass als *amiable compositeur* eine Entscheidung auch jenseits der *Lex Mercatoria* möglich sei. Ein m.E. völlig verfehelter Standpunkt, da z.B. Treu und Glauben ebenso als allgemeiner Rechtsgrundsatz betrachtet wird, der wiederum Bestandteil der *Lex Mercatoria* sein soll.

93 IHK Final Award No. 3267 (1984), *Yearbook Commercial Arbitration*, 1987, XII 87.

94 IHK Partial Award No. 3267 (1979), *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, VII 96.

95 Zu den im Spruch angeführten Fundstellen siehe IHK Final Award No. 3267 (1984), *Yearbook Commercial Arbitration*, 1987, XII 89.

dd) IHK Award No.13129 (2009)<sup>96</sup>

Im konkreten Sachverhalt hatten die Parteien keine (gültige) Rechtswahl getroffen. Daraufhin schlug der Kläger vor, die *Lex Mercatoria* anzuwenden, woraufhin der Schiedsrichter dies mit der Begründung ablehnte, dass er gegen etwas Derartiges Bedenken hege. Er kam schließlich zu dem Schluss, dass allgemeine Prinzipien des internationalen Handelsrechts auf den Vertrag zur Anwendung kommen sollten. Er sei sich auch durchaus bewusst, dass diese auch Inhalt der *Lex Mercatoria* sind.

Wieder wendet der Schiedsrichter allgemeine Prinzipien (des internationalen Handelsrechts) auf den Vertrag an. Eine Parteiermächtigung dazu fehlt. Das eigentümliche Vorgehen, die Anwendung der *Lex Mercatoria* auszuschließen, dann aber bewusst eine ihrer Rechtsquellen anzuwenden, ist m.E. nicht nachvollziehbar. Welche Gründe sich dahinter verbergen ist unklar.

Klar ist, dass auch in diesem Fall die *Lex Mercatoria* Entscheidungsgrundlage war.

#### V. Abschließende Stellungnahme<sup>97</sup>

Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit als wichtige Methode zur Beilegung von Streitigkeiten im (internationalen) Wirtschaftsrecht ist unbestritten. Auch die Wahl der Entscheidungsgrundlage erfolgt in einer großen Zahl der Fälle nach allgemein anerkannten Grundsätzen.

Man mag zum Phänomen der *Lex Mercatoria* stehen wie man möchte. Faktum ist, dass dieses »Rechtsinstitut« in internationalen Schiedsverfahren zum Teil als Entscheidungsgrundlage herangezogen wird. Es handelt sich dabei um Fälle mit erheblichen Streitwerten.

Die Rechtsnatur dieses autonomen Welthandelsrechts ist unklar. Dies scheint aber für die Schiedsgerichte in ihrer Entscheidungsfindung keine Rolle zu spielen. Die *Lex Mercatoria* bzw ihre Rechtsquellen dienen oftmals als einzige Entscheidungsgrundlage.

Parteien, die die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts, vor allem eines ICC-Schiedsgerichtes, vereinbaren, sollten daher, wegen der hier angeschnittenen Risiken, jedenfalls die Anwendung der *Lex Mercatoria* ausschließen oder falls möglich eine gültige Rechtswahl treffen.

96 IHK Award No. 13129 (2009), *Yearbook Commercial Arbitration*, 2009, XXXIV 231.

97 Siehe zu dieser Thematik näher *Nueber*, *Lex Mercatoria* und internationale Schiedsgerichtsbarkeit 2012 (nicht veröffentlicht).

Zu Bedenken ist schließlich, dass zumindest eine Partei meist mit dem Schiedspruch unzufrieden sein wird, dieser aber inhaltlich so gut wie nicht mehr abgeändert werden kann.

## Schiedsverfahren mit Bezug zu Brasilien, Russland, Indien und China

### Bestandsaufnahme und praktische Hinweise für die Gestaltung von Schiedsklauseln

Rechtsanwalt Dr. Stephan Balthasar, LL.M. (Cambridge), München\*

#### I. Einleitung

Die BRIC-Staaten Brasilien, Russland, Indien und China spielen im internationalen Wirtschaftsverkehr eine immer größere Rolle. Im Jahr 2008 gingen 8 % der deutschen Exporte in eines dieser Länder, im Jahr 2011 waren es bereits 11 % bzw. Güter im Wert von rund 120 Milliarden Euro.<sup>1</sup> In der kautelarjuristischen Praxis ist daher die Frage nach geeigneten Klauseln für die Streitbeilegung immer wichtiger. Dabei gilt ein Gerichtsverfahren in den BRIC-Staaten als wenig attraktiv.<sup>2</sup> Dem lässt sich auch nicht immer durch eine Gerichtsstandsklausel zugunsten anderer Jurisdiktionen abhelfen, weil ausländische Urteile in den BRIC-Staaten nicht ohne weiteres vollstreckt werden.<sup>3</sup> In der Praxis wird daher häufig eine Schiedsklausel vereinbart.

Zumindest auf den ersten Blick scheint dies bei Verträgen mit Bezug zu den BRIC-Staaten auch eine sinnvolle Alternative zu staatlichen Gerichtsverfahren zu sein. Sowohl Brasilien als auch Russland, Indien und China sind Mitgliedsstaaten des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ).<sup>4</sup> Mit dem brasilianischen Schiedsverfahrens-

\* Mein Dank gilt Christopher Style QC, London, und André Ziccardi Carvalho, São Paulo, für wertvolle Hinweise und Anregungen.

1 Stat. Bundesamt (Hg.), Export, Import, Globalisierung – Dt. Außenhandel und Welthandel (1990 bis 2008), 2010, 13; Stat. Bundesamt (Hg.), Außenhandel 2011, 2012, 2.

2 Vgl. *Agrast/Botero/Ponce*, Rule of Law Index, 2011, 29.

3 So ist die Gegenseitigkeit i.S.v. § 328 dZPO mit Russland nicht verbürgt (MünchKommZPO/Gottwald, 3. Aufl. 2008, § 328 Rn. 136) und für Indien und China unklar (siehe Stein/Jonas-Roth, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 328 Rn. 136 bzw. Glück in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr [Hg.], Hdb. des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2010, § 72 Rn. 35 jeweils m.w.N. zum Streitstand). Zur Vollstreckung deutscher Urteile in Brasilien *Kurzynsky-Singer* RabelsZ 2010, 493 ff., in Russland *Rechsteiner* RIW 2009, 695 ff., in Indien *Phadnis/Otto* RIW 1994, 471 ff. und in China *Deißner* IPRax 2011, 565 ff.

4 330 UNTS 3; dBGBI. 1961 II, 122.