

# Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?

## Immunität

Referate und Thesen von

Andreas Paulus, Nina Dethloff,  
Thomas Giegerich, Ingeborg Schwenzer, Heike Krieger,  
Andreas R. Ziegler, Stefan Talmon, Haimo Schack

mit Diskussion

with English Summaries  
of the Reports



C.F. Müller

# Hybridisierung der Rechtsordnungen – Internationale privatrechtliche Standards

Von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley)\*, Basel

- I. Einleitung
  - II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe
    - 1. Allgemeines
    - 2. *Cause oriented-approach* vs. *breach of contract-approach*
    - 3. Erfüllungsanspruch
    - 4. Vertragsaufhebung
    - 5. Schadenersatz
    - 6. Verjährung
    - 7. Zwischenergebnis
  - III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
    - 1. Allgemeines
    - 2. Parteiautonomie und anwendbares Recht
    - 3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht
      - a) Das Prinzip *iusa novit curia* im internationalen Schiedsverfahren
      - b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren
      - c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren
    - 4. Zwischenergebnis
  - IV. Schlussbetrachtung
- Thesen  
Summary

---

\* Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley) ist Professorin für Privatrecht an der Universität Basel. Grosser Dank für ihre wertvolle Mitarbeit gebührt meiner wissenschaftlichen Assistentin Ref. iur. Lina Ali, die allein aus organisatorischen Gründen hier nicht als Co-Autorin genannt werden konnte. Alle Webseiten wurden zuletzt am 5. März 2013 abgerufen.

## I. Einleitung

Viel wurde in den letzten Jahren über die neue *lex mercatoria*,<sup>1</sup> transnationales Recht<sup>2</sup> und die Hybridisierung der Rechtsordnungen<sup>3</sup> diskutiert und geschrieben. Die Begrifflichkeit ist alles andere als klar und differenziert oft von Autor zu Autorin<sup>4</sup>. Dass freilich in der Realität eine Annäherung, Vermischung oder Hybridisierung der Rechtsordnungen stattgefunden hat und weiter stattfindet, kann nicht in Frage gestellt werden. Motor für diese Entwicklung ist dabei zweifellos die rasante Globalisierung des Handels und der Wirtschaft. Unterschiedliche nationale Regelungen wurden schon immer als Handelshemmnisse empfunden.<sup>5</sup> Führt dies im 19. Jahrhundert zur Rechtsvereinheitlichung auf nationalstaatlicher Ebene, so findet entsprechendes derzeit nicht nur auf europäischer, sondern auch auf globaler Ebene statt. Dieses Faktum soll deshalb zum Ausgangspunkt der folgenden Erörterungen genommen werden, ohne dass auf die rechtstheoretischen Quisquilien ausführlich eingegangen wird.

Gegenstand dieses Beitrages soll dabei nicht die zunehmende Verwischung der Grenzen zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht<sup>6</sup> noch die Rechtsangleichung durch die fortschreitende sogenannte Europäisierung des Privatrechts<sup>7</sup> sein, sondern vielmehr die Annäherung von *Common Law* und *Civil Law*, wie wir sie in den letzten vier bis fünf Jahrzehnten erleben konnten. In der Kürze der Zeit ist es freilich nur möglich, einen kleinen Ausschnitt sich entwickelnder internationaler privatrechtlicher Standards zu betrachten. Paradigmatisch sei hier ein, wenn nicht *das* Kerngebiet des Vertragsrechts herausgegriffen, nämlich die Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch. Harmonisierung und Vereinheitlichung des materiellen Rechts bleiben allerdings auf halbem Wege stecken, wenn sie nicht einhergehen mit einer Angleichung des Prozessrechts. Deshalb soll hier

1 Der Begriff *lex mercatoria* datiert zurück bis ins Mittelalter: Die sogenannte alte *lex mercatoria* bezeichnet die Handelsbräuche und -praktiken, die sich im 11. und 12. Jahrhundert unter Kaufleuten entwickelten und als Gewohnheitsrecht unabhängig von regionalen Grenzen maßgeblich in Westeuropa zur Anwendung gelangten. Mit den nationalen Kodifizierungen des 18. und 19. Jahrhunderts wurde der internationale Handel Gegenstand nationaler Rechtsordnungen; die alte *lex mercatoria* verlor ihren transnationalen Charakter. Die Idee eines überstaatlichen Handelsrechts jedoch blieb, und wurde im 21. Jahrhundert wieder mit Leben gefüllt. Über den genauen Gegenstand der sogenannten neuen *lex mercatoria* gehen die Meinungen wesentlich auseinander. Eine Übersicht über die verschiedentlich vertretenen Konzepte findet sich bei *Bamodu*, 10 Afr. J. Int. & Comp. L. (1998), 31 ff. Zur neuen *lex mercatoria* außerdem *Baron*, 15 Arb. Int. (1999), 115 ff.

2 *Bamodu* (Fn. 1).

3 *Tuori*, On Legal Hybrids, in *Micklitz/Svetiev* (Hrsg.), EU Working Paper LAW 2012/31, A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?, San Domenico di Fiesole 2012, S. 67 ff., verfügbar unter [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24534/Law\\_2012-31.pdf](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24534/Law_2012-31.pdf).

4 Vielfach diskutiert werden auch die Entstehung von globalem Recht und die Entstaatlichung des Rechts. Über das Phänomen des globalen Rechts *Le Goff*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. (2007), 119 ff. Zu Entwicklung und Problematik der Entstaatlichung des Rechts *Reimann*, Die Entstaatlichung des Rechts und die Rechtsvergleichung, in *Zimmermann* (Hrsg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband II, Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese, Tübingen 2008, S. 1 ff.; *Michaels*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. (2007), 477 ff.; *Michaels/Jansen*, 54 Am. J. Comp. L. (2006), 843 ff. Das Handelsrecht als „amalgam of public and private rule-making“ bezeichnend *Basedow*, 56 Am. J. Comp. L. (2008), 703 ff.

5 *McKendrick*, Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In, in *Voggenauer/Weatherill* (Hrsg.), The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Oxford 2006, S. 14 f.

6 Hierzu *van Gerven*, 5 Maastricht J. Eur. Comp. L. (1998), 7 ff.

7 Hierzu *Micklitz*, A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?, in *Micklitz/Svetiev* (Fn. 3), S. 5 ff.

außerdem auf einige prozessrechtliche Grundfragen, die entscheidend mit der Rolle des Richters im Zivilprozess zusammen hängen, eingegangen werden.

## II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe

### 1. Allgemeines

Weltweit wurde das Vertragsrecht in den letzten drei Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst durch die im Jahre 1980 verabschiedete United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Das CISG ist mit Abstand die erfolgreichste internationale privatrechtliche Konvention.<sup>8</sup> Mit derzeit 80 Mitgliedstaaten<sup>9</sup> deckt das CISG potentiell mehr als 80% des internationalen Warenhandels ab<sup>10</sup>. Darüber hinaus hat das CISG sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst. Auf internationaler Ebene können insoweit das Einheitliche Handelsrecht der Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA)<sup>11</sup>, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU<sup>12</sup> und der im Jahre 2011 vorgelegte und im Februar 2014 vom Europäischen Parlament verabschiedete Entwurf eines Common European Sales Law<sup>13</sup> sowie als *soft law* die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)<sup>14</sup>, die Principles of European Contract Law (PECL)<sup>15</sup>, der Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>16</sup> sowie die derzeit in Ausarbeitung befindlichen Principles of Asian Contract Law (PACL)<sup>17</sup> genannt werden. Auf nationaler Ebene haben sich die Kauf-

8 Vgl. *Schwenzer/Hachem*, The CISG – A Story of Worldwide Success, in *Kleineman* (Hrsg.), CISG Part II Conference, Uppsala 2009, S. 119 ff.

9 Eine stetig aktuelle Übersicht über die Vertragsstaaten des CISG findet sich unter [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html). Jüngst ist Brasilien 80. Vertragsstaat der Konvention geworden. In Madagaskar ist das Ratifikationsverfahren eingeleitet.

10 *Schlechtriem/Schwenzer*, in *Schwenzer* (Hrsg.), *Schlechtriem & Schwenzer*, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Aufl., Oxford 2010, Introduction I.

11 Acte uniforme portant sur le Droit commercial général, verfügbar unter <http://www.ohada.org/presentation-generale-de-lacte-uniforme/telechargements1.html>; vgl. *Schwenzer*, 13 Eur. J. L. Reform (2011), 373 ff.; *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163, 166 ff.

12 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF>.

13 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:de:PDF>; vgl. *Schwenzer*, 44 UCC Law Journal (2012), 457 ff.

14 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Rom 2010, verfügbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; vgl. *Bonell*, 56 Am. J. Comp. L. (2008), 1, 16 ff.

15 Principles of European Contract Law (PECL), 1999, verfügbar unter [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_part\\_I\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_part_I_og_II.htm); vgl. *Lando*, 53 Am. J. Comp. L. (2005), 379, 381.

16 Vgl. *von Bar et al.* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2009; vgl. ferner *Schlechtriem*, 10 Juridica International (2005), 27, 29, verfügbar unter [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2005\\_1\\_27.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2005_1_27.pdf).

17 Weitere Informationen zu PACL unter [http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c\\_7718/projet-commun-de-droit-des-contrats-en-asie-du-sud-est](http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_7718/projet-commun-de-droit-des-contrats-en-asie-du-sud-est).

rechte der nordischen Staaten<sup>18</sup>, die Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland von 2002<sup>19</sup>, das Vertragsrecht der Volksrepublik China und weitere ostasiatische Kodifikationen<sup>20</sup> sowie die Mehrzahl der postsowjetischen Kodifikationen in Osteuropa<sup>21</sup>, Zentralasien<sup>22</sup> und dem Baltikum<sup>23</sup> am CISG orientiert. Auch das neue japanische und koreanische Zivilgesetzbuch folgt dem CISG.<sup>24</sup> In Entwicklungsländern dient das CISG darüber hinaus dazu, Kaufleuten die Strukturen des Vertragsrechts beizubringen.<sup>25</sup>

Das CISG selbst und damit die diesem folgenden Reformen des Vertragsrechts suchen in vorbildlicher Weise unterschiedliche Ausgangspunkte des *Common Law* und des *Civil Law* einem praxisorientierten Kompromiss zuzuführen. Die unterschiedlichen Ausgangspunkte und die daraus entwickelten einheitlichen Standards seien im Folgenden für das Gebiet der Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch aufgezeigt.

## 2. Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach

Der Ansatzpunkt für Rechtsbehelfe im *Common Law* und im *Civil Law* unterscheidet sich grundsätzlich. Die Rechtsordnungen des *Civil Law* differenzieren – römisch-rechtlich beeinflusst – die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe anhand des jeweiligen Grundes der Vertragsverletzung.<sup>26</sup> Daraus entsteht die wohl bekannte Trias von Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung, deren unterschiedliche Konsequenzen nicht nur die Praxis vor erhebliche Probleme gestellt haben, sondern auch Studierenden schlechterdings nicht zu vermitteln sind. Aus dieser Trias resultierende unbefriedigende Ergebnisse haben in *Civil Law* Ländern zu manch dogmatischen Klimmzügen geführt; genannt seien insoweit nur die Abgrenzung von *peius* und *aliud*<sup>27</sup>, die positive Vertragsverletzung<sup>28</sup> oder auch die Erfindung des sogenannten weiterfressenden Mangels als deliktische Eigentumsverletzung<sup>29</sup>. Und damit nicht genug der Differenzierungsmöglichkeiten: Auch die Einordnung einer Pflicht als Haupt- oder Nebenpflicht ist für die Anwendung der jeweiligen Rechtsbehelfe unter Umständen von entscheidender Bedeutung.<sup>30</sup> Demgegenüber geht das *Common Law* von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung (*breach of contract-approach*) aus. Die jeweiligen Rechtsbehelfe

hängen nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern allenfalls von deren Intensität ab. Auch die subtile Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten ist dem *Common Law* fremd.<sup>31</sup>

Das CISG und die ihm folgenden modernen Regelungen sind bei der Struktur der Rechtsbehelfe dem *Common Law* gefolgt und haben dem Ansatz des einheitlichen Vertragsbruches zu Recht den Vorzug gegeben.<sup>32</sup> Darüber hinaus wird auch bei der Regelung der Vertragsgemäßheit, in deutschrechtlicher Terminologie der Sachgewährleistung, ein einheitlicher Ansatz verfolgt. Keine Bedeutung wird der Unterscheidung zwischen *peius* und *aliud*, einfacher Sacheigenschaft und Zusicherung, *vice caché* und *vice apparent*, *condition* und *warranty* oder *express* und *implied warranty* beigemessen. Auch Quantitäts- und Verpackungsfehler werden der Qualitätsabweichung gleichgestellt.<sup>33</sup> Dadurch ist es gelungen, ein in sich geschlossenes, auf die Bedürfnisse der Handelspraxis des 21. Jahrhunderts ausgerichtetes System zu schaffen.

Wenden wir uns nun den wichtigsten Rechtsbehelfen bei Vertragsbruch zu.

## 3. Erfüllungsanspruch

Im *Civil Law* wird als vorrangiger Rechtsbehelf der Erfüllungsanspruch angesehen. Er wurde gar als das „Rückgrat der Obligation“ bezeichnet.<sup>34</sup> Demgegenüber erscheint er im *Common Law* als Ausnahme. Nach altem englischen Recht konnte der Gläubiger bei Nichterfüllung einer Leistungspflicht durch den Schuldner – außer im Falle einer Geldschuld – grundsätzlich nur Schadenersatzansprüche geltend machen. Erst unter *equity* wurde der Rechtsbehelf der *specific performance*, das heißt der Anspruch auf Erfüllung *in natura*, für Einzelfälle entwickelt.<sup>35</sup>

Bei Ausarbeitung des CISG konnte der Graben zwischen *Common Law* und *Civil Law* in dieser Hinsicht (noch) nicht überbrückt werden. Im Ansatz durchgesetzt hat sich das *Civil Law*, so dass das CISG vom Erfüllungsanspruch als Regelrechtsbehelf ausgeht.<sup>36</sup> Einschränkungen finden sich nur für den Erfüllungsanspruch in Form von Nachlieferung und Nachbesserung<sup>37</sup>, soweit berechnete Interessen des Verkäufers dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen. Den unüberwindbaren Bedenken der Vertreter des *Common Law* gegen den Erfüllungsanspruch wurde dadurch Rechnung getragen, dass ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in Natur nur zu fällen braucht, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter das CISG fallen.<sup>38</sup> Trotz dieser unüberbrückbaren Gegensätze hat der von vielen bedauerte Mangel an Vereinheitlichung in der Praxis nicht zu divergierenden Entschei-

18 Vgl. Kjelland, Das neue Kaufrecht der nordischen Länder im Vergleich mit dem Wiener Kaufrecht (CISG) und dem deutschen Kaufrecht, Aachen 2000.

19 Schlechtriem, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2003, S. 71 ff.

20 Vgl. Bell, Sing. J. Leg. Stud. (2005), 362, 365 ff.

21 Knieper, 25 J. L. & Com. (2005), 477, 478.

22 Ebd.

23 Vgl. Kärdt, Die Neukodifikationen des Privatrechts der baltischen Staaten in vergleichender Sicht, in Heiss (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 19 ff.

24 Die englische Version des Vorschlagsentwurfs ist verfügbar unter [http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/english/index\\_e.html](http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/english/index_e.html).

25 Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales and Contract Law, Oxford 2012, Rn. 3.21.

26 Ebd., Rn. 41.05 ff.

27 Vgl. BGer, BGE 121 III 453 (Schweiz); zur Abgrenzung außerdem Fountoulakis, 7 Eur. J. L. Reform (2005), 303, 308 f.; Honsell, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 206 Rn. 2 f.

28 Zurückgehend auf Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in Dernburg (Hrsg.), Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29 ff.

29 Vgl. BGH, NJW 1992, 1225 ff. (Deutschland); BGH, NJW 1998, 2282 ff. (Deutschland); BGH, NJW 1977, 379, 381 (Deutschland); Wagner, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl., München 2009, § 823 Rn. 126 ff. mit weiteren Beispielen aus der Praxis.

30 Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 41.32 f.

31 Ebd., Rn. 41.34 ff.

32 Vgl. für das CISG: Artt. 45, 61 CISG; hierzu Müller-Chen, in Schwenger (Hrsg.), Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl., München 2013, Art. 45 Rn. 2 ff.; ders., in Schwenger, Commentary (Fn. 10), Art. 45 Rn. 2 ff.; Mohs, in Schwenger, Kommentar (Fn. 32), Art. 61 Rn. 2; ders., in Schwenger, Commentary (Fn. 10); vgl. auch Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 41.45 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 513 ff.

33 Vgl. Schwenger, in Schwenger, Kommentar (Fn. 32), Art. 35 Rn. 4; Schwenger, in Schwenger, Commentary (Fn. 10), Art. 35 Rn. 4.

34 So Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, Berlin 1936, S. 375.

35 Vgl. Zweigert/Kötz (Rn. 32), S. 477 f.; vgl. für England sec. 52(1) Sale of Goods Act 1979; vgl. für die USA § 2-711(2) U.C.C. und § 2-716 U.C.C.

36 Vgl. Artt. 46 Abs. 1, 62 CISG

37 Art. 46 Abs. 2, 3 CISG.

38 Vgl. Art. 28 CISG.

dungen und Problemen geführt.<sup>39</sup> Der Grund hierfür ist jedoch weniger in der Vernunft der Gerichte, sondern in jener der Marktteilnehmer zu sehen. Kein vernünftiger Kaufmann – auch nicht im Bereich des *Civil Law* – klagt auf Erfüllung, wenn er sich anderweitig am Markt eindecken kann. Wo dies nicht möglich, er also auf den Erfüllungsanspruch angewiesen ist, gewährt ihm aber auch das *Common Law* einen Anspruch auf *specific performance*.

Neuere Instrumente wie insbesondere PICC und PECL sehen demgegenüber eine Beschränkung des Erfüllungsanspruches in Fällen vor, in denen Schadenersatz die Interessen des Gläubigers zu befriedigen vermag.<sup>40</sup> Offen scheint derzeit allerdings die Gewährung des Erfüllungsanspruches im Falle von Geldschulden<sup>41</sup>, ging doch auch das *Common Law* mit der *action of debt* von alters her insoweit von einem Erfüllungsanspruch aus<sup>42</sup>.

#### 4. Vertragsaufhebung

Es gibt kaum einen anderen Rechtsbehelf, der sowohl im klassischen *Civil Law* als auch im *Common Law* so unnötig kompliziert und disparat ausgestaltet ist, wie die Vertragsaufhebung. Wie zu erwarten hängt die Möglichkeit des Gläubigers, den Vertrag aufzuheben, in den Systemen des *Civil Law* vom jeweiligen Grund der Vertragsverletzung ab. Unmöglichkeit führt grundsätzlich zu automatischer Vertragsaufhebung bzw. hindert das Entstehen des Vertrages, wenn sie bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt, bei Verzug muss der Gläubiger zunächst eine Nachfrist setzen, bevor er zurücktreten kann, im Falle eines Sachmangels steht entsprechend dem römisch-rechtlichen Vorbild der *actio redhibitoria* dem Käufer sofort die Wandlung zur Verfügung. In Bezug auf den Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung folgt jedoch auch das *Common Law* keinem einheitlichen Ansatz. Vielmehr kommen hier so unterschiedliche Konstrukte wie *impossibility*, *frustration* und *impracticability* oder die Unterscheidung zwischen *conditions*, *warranties* und *intermediate terms* zum Tragen.<sup>43</sup> Gemeinsam ist allen Theorien allerdings, dass sie an die Schwere der Vertragsverletzung anknüpfen.

Zusätzliche Komplikationen entstehen dadurch, dass je nach der Art der Vertragsverletzung der Vertrag automatisch *ipso iure* aufgelöst wird oder die Auflösung einer entsprechenden Erklärung bedarf.<sup>44</sup> Da dem Gläubiger zumeist der Grund einer schlichten Nichtleistung nicht bekannt ist, ist er gut beraten, vorsorglich immer die Vertragsaufhebung bzw. den Rücktritt zu erklären.

Das CISG verfolgt auch im Bereich der Vertragsaufhebung einen einheitlichen Ansatz. Ob der Gläubiger den Vertrag aufheben kann, hängt primär nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern davon ab, ob diese wesentlich ist oder nicht.<sup>45</sup> Eine

wesentliche Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Gläubiger einen solchen Nachteil erleidet, dass ihm im Wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen.<sup>46</sup> Liegt (noch) kein wesentlicher Vertragsbruch vor, so kann der Gläubiger im Falle der Nichtleistung eine Nachfrist setzen und nach deren erfolglosem Verstreichen vom Vertrag Abstand nehmen.<sup>47</sup> Besteht der Vertragsbruch in der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware, steht dem Käufer diese Möglichkeit allerdings nicht offen.<sup>48</sup> Diese Gesamtregelung stellt sicher, dass ein kostenintensiver Rücktransport der Ware auf wirklich relevante Fälle beschränkt wird, und vermeidet damit wirtschaftlich unsinnige Folgen. Auch im Hinblick auf den Mechanismus der Vertragsaufhebung differenziert das CISG nicht. Vertragsaufhebung wird in jedem Fall allein durch eine entsprechende Erklärung seitens des Gläubigers bewirkt.<sup>49</sup>

#### 5. Schadenersatz

Auch beim Rechtsbehelf des Schadenersatzes sind die Ausgangspunkte von *Common Law* und *Civil Law* diametral entgegengesetzt. Im *Common Law* zieht grundsätzlich jeder Vertragsbruch einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Es gilt eine strikte Einstandspflicht, Ausnahmen hiervon mussten durch die Rechtsprechung erst in mühsamer Kärnerarbeit entwickelt werden.<sup>50</sup> Hingegen folgen auch im Bereich des Schadenersatzes die Rechtsordnungen des *Civil Law* dem römisch-rechtlichen Ansatz und gewähren diesen nur im Falle eines Verschuldens.<sup>51</sup> Im Falle von Sachmängeln wird die Schadenersatzhaftung des Verkäufers in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* noch weitergehend eingeschränkt; sie greift nur Platz, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt oder eine Eigenschaft zugesichert hat bzw. – in den zum französischen Rechtskreis gehörenden Rechtsordnungen – den Mangel gekannt hat.<sup>52</sup> Die Unzulänglichkeit des Verschuldensprinzips wurde schon früh in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* erkannt und hat die Gerichte dazu veranlasst, Zuflucht in verschiedenen dogmatischen Konstruktionen zu suchen um dieser zu begegnen. So wird im französischen Recht schon seit langem zwischen sogenannten *obligations de moyens* und sogenannten *obligations de résultat* unterschieden. Während bei einer *obligation de moyens* nur die schuldhafte Verletzung zu Schadenersatz führen soll, begründet die Verletzung einer *obligation de résultat* eine strikte Einstandspflicht.<sup>53</sup> Darüber hinaus hat die französische Rechtsprechung bereits früh den gewerblichen Verkäufer immer als bösgläubig behandelt und damit eine absolute verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung bei Sachmängeln entwickelt.<sup>54</sup> In der Schweiz, wo nach dem Wortlaut des Gesetzes der Verkäufer im Falle von Sachmängeln verschuldensunabhängig nur für

39 Vgl. etwa UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Article 28, A/cn.9/ser.c/digest/cisg/28, 8. Juni 2004, S. 2: „There is little case law on this provision; only one case has been reported thus far.“, verfügbar unter [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html).

40 Vgl. Art. 7.2.2 PICC; Art. 9:102 PECL; Art. III.-3:302 DCFR.

41 Vgl. Art. 7.2.1 PICC; Art. 9:101 PECL; Art. III.-3:301 DCFR.

42 Einzelheiten zur *action for the price* im heutigen *Common Law* bei Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 43.31.

43 Vgl. zum Ganzen ebd., Rn. 47.18 ff.

44 Ebd., Rn. 47.178 ff.

45 Artt. 49 Abs. 1 lit. a, 64 Abs. 1 lit. a CISG.

46 Art. 25 CISG.

47 Artt. 49 Abs. 1 lit. b, 64 Abs. 1 lit. b CISG.

48 Vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG.

49 Artt. 49 Abs. 1, 64 Abs. 1 i. V.m. Art. 26 CISG.

50 Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 32), S. 501 ff.

51 Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 44.63 ff.

52 Ebd., Rn. 44.77 ff.

53 Zurückgehend auf Demogue, *Traité des obligations en général*, Bd. 5, Paris 1925, Rn. 1237; vgl. auch Zweigert/Kötz (Fn. 32), S. 499 ff.; Jones/Schlechtriem, Chapter 15: Breach of Contract, in von Mehren (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Contracts in General, Tübingen 1999, Rn. 236.

54 Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 44.83 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

den „unmittelbaren“ Schaden haftet<sup>55</sup>, hat die Rechtsprechung das Verschuldensprinzip kurzerhand dadurch eingeschränkt, dass sie weite Bereiche des Mangelfolgeschadens dem unmittelbaren Schaden zuschlägt.<sup>56</sup> In Deutschland, das sich auch anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung nicht vom Verschuldensprinzip verabschieden wollte, bedurfte es des Eingreifens des Europäischen Gerichtshofs. Mit seiner Entscheidung in Sachen *Weber und Putz* hat er jedenfalls im Bereich der Mängelbeseitigung dem Verschuldensprinzip klare Grenzen gezogen und damit *de facto* einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch für Ein- und Ausbaurkosten etabliert.<sup>57</sup>

Das CISG verfolgt auch im Bereich des Schadenersatzes einen einfachen und deshalb umso überzeugenderen Lösungsansatz. Jeder Vertragsbruch zieht unabhängig von einem allfälligen Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich.<sup>58</sup> Eine Entlastung von der Schadenersatzhaftung ist jedoch vorgesehen, wenn die Nichterfüllung einer Vertragspflicht auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht.<sup>59</sup> Auch hier konnten damit *Civil Law* und *Common Law* in zeitgemäßer und den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragender Weise verschmolzen werden.

## 6. Verjährung

Im Bereich der Verjährung sind gleichfalls im Ausgangspunkt grundlegende Unterschiede zwischen *Civil Law* und *Common Law* zu verzeichnen. Der traditionelle Ansatz der *Civil Law* Kodifikationen war gekennzeichnet durch sehr lange allgemeine Verjährungsfristen, in der Regel zwischen 10 und 30 Jahren.<sup>60</sup> Basierend wiederum auf römisch-rechtlicher Tradition unterliegen jedoch Ansprüche aus Sachgewährleistung einer häufig extrem kurzen Verjährungsfrist, die zwischen 30 Tagen, 60 Tagen, sechs Monaten oder einem Jahr variieren kann.<sup>61</sup> Demgegenüber ist auch hier der Ansatz des *Common Law* einfach und klar: Alle vertraglichen Ansprüche unterliegen einer einheitlichen Verjährungsfrist, die zwischen vier und sechs Jahren beträgt.<sup>62</sup>

Einer Angleichung oder gar Vereinheitlichung der Verjährungsbestimmungen war zunächst nur wenig Erfolg beschieden. Die United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods folgte mit einer generellen vierjährigen Verjährungsfrist klar dem Vorbild des *Common Law* und fand deshalb in vielen *Civil Law* Staaten keine Akzeptanz.<sup>63</sup> In Europa führte erst die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine einheitliche zweijährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachgewährleistung

55 Art. 208 Abs. 2 OR.

56 Vgl. insbesondere BGE 133 III 257 (Schweiz); vgl. auch *Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995; kritisch *Honsell* (Fn. 27), Art. 208 Rn. 8.

57 EuGH, NJW 2011, 2269 ff. = EuGH, EuZW 2011, 631 ff. mit Anm. *Piltz*; *Lorenz*, NJW 2011, 2241 ff.

58 Artt. 45 Abs. 1 lit. b, 61 Abs. 1 lit. b CISG.

59 Art. 79 CISG.

60 *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.23 mit zahlreichen Beispielen aus nationalen Rechtsordnungen.

61 Ebd., Rn. 51.27 mit zahlreichen Beispielen aus nationalen Rechtsordnungen; zur Befristung der Mängelgewährleistung im römischen Recht *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, Tübingen 2006, S. 105 ff.

62 *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.33.

63 Vgl. Artt. 8-10 UN Limitation Convention; eine stetig aktuelle Übersicht über die Vertragsstaaten findet sich unter [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1974Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html). Zum jetzigen Zeitpunkt sind 29 Staaten der Verjährungskonvention beigetreten.

ein.<sup>64</sup> Diese war ihrerseits inspiriert durch die im CISG niedergelegte zweijährige Ausschlussfrist für die Rüge im Falle der Vertragswidrigkeit der Kaufsache.<sup>65</sup> Im letzten Jahrzehnt haben darüber hinaus eine Reihe von *Civil Law* Staaten ihr Verjährungsrecht grundlegend reformiert und sich dabei an der Regelung des Verjährungsrechts in den PECL orientiert. Kennzeichnend sind drei Ziele: die Vereinheitlichung der Verjährungsfristen, die Verkürzung der Regelverjährung und die Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Verjährungsfristen.<sup>66</sup> Die Regelverjährung beträgt nunmehr zwischen zwei und fünf Jahren und beginnt grundsätzlich erst ab Kenntnis des Gläubigers von seinem Anspruch zu laufen.<sup>67</sup> Sie wird ergänzt durch eine absolute Verjährungsfrist, die zwischen 10 und 30 Jahren ab Entstehung des Anspruchs beträgt.<sup>68</sup> Ob diese Entwicklung auch in Rechtsordnungen des *Common Law* aufgegriffen wird, erscheint als offene Frage. Derzeit jedenfalls verbleiben hier trotz gewisser Annäherungen unüberbrückbare Differenzen.

## 7. Zwischenergebnis

Fasst man diese Ergebnisse im Sinne eines Zwischenresumées zusammen, so kann zweierlei festgehalten werden: Zum einen hat das CISG die internationale und nationale Entwicklung im Bereich der Rechtsbehelfe der letzten zwei Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst und verändert. Das CISG wiederum baut in diesem Bereich zu großen Teilen auf der Rechtsbehelfsstruktur des *Common Law* auf, ohne aber dessen teilweise altertümliche Verzopftheit zu übernehmen. Dass das *Common Law* die jüngere Rechtsentwicklung so nachhaltig beeinflussen konnte, erscheint nicht verwunderlich. Gerade, aber nicht nur im Bereich der Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung sind die Rechtsordnungen des *Civil Law* stark geprägt durch römisch-rechtliches Gedankengut. Dieses hatte den Marktkauf, vornehmlich den Sklaven- und Viehkauf im Auge. Verschärfend tritt im deutschen Rechtskreis hinzu, dass es der historischen Rechtsschule und Pandektistik im 19. Jahrhundert nicht unbedingt ein Anliegen war, praxisorientierte Lösungen zu entwickeln. Es überrascht daher nicht, dass die entsprechenden Regelungen den Anforderungen vor allem eines globalen Marktes nicht mehr genügen können. Mehr denn je ist gerade auch der internationale Handel auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit angewiesen. Genau dies war und ist schon seit vielen Jahrhunderten primäres Anliegen des englischen Rechts.

64 Art. 5 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF>.

65 Vgl. Art. 39 Abs. 2 CISG.

66 Zur Reform des Verjährungsrechts in Deutschland *Leenen*, DStR 2002, 34 ff.; zur Verjährungsreform in Frankreich *Ancel*, Charakter, System und Fristen der Verjährung in Frankreich nach der Reform, in *Remien* (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, Würzburger Tagung vom 8. und 9. 5. 2009, Tübingen 2011, S. 29 ff.; für die Revisionsbestrebungen in der Schweiz vgl. außerdem den Anfang 2013 in Kraft getretenen Art. 210 OR sowie den Bericht zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements von August 2011, verfügbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ber-d.pdf>.

67 Vgl. Art. 14.201 PECL (3 Jahre); so auch PICC (Art. 10.2 Abs. 1) und DCFR (Art. III.-7:201); für zahlreiche Beispiele aus nationalen Rechtsordnungen vgl. *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.35, Fn. 95.

68 Vgl. Art. 14:307 PECL; vgl. auch Art. 10.2 Abs. 2 PICC und Art. III.-7:307 DCFR.

### III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

#### 1. Allgemeines

Im Gegensatz zum materiellen Recht ist nationales Zivilprozessrecht bislang weitgehend unbeeinflusst von allfälligen Harmonisierungs- oder gar Vereinheitlichungsbestrebungen geblieben.<sup>69</sup> Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass Prozessrecht aufs Engste mit dem jeweiligen gesellschaftlichen Verständnis von Gerechtigkeit und Fairness verbunden ist.<sup>70</sup> Von Seiten der Prozessrechtswissenschaft hat es freilich eine ganze Reihe an Vorstößen gegeben, Modelle zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes zu erarbeiten, die im Gegensatz zu ihren materiell-rechtlichen Pendanten jedoch nur von wenig Erfolg gekrönt waren. Genannt seien insoweit insbesondere die Principles of Transnational Civil Procedure, die gemeinsam vom American Law Institute und von UNIDROIT im Jahre 2004 angenommen wurden.<sup>71</sup> Auf europäischer Ebene finden sich unzählige punktuell vereinheitlichte Teilregelungen, wie insbesondere zur grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckung sowie zur internationalen Zuständigkeit, aber auch zu Zustellung, Prozesskostenhilfe, Beweisaufnahme, europäischem Vollstreckungstitel, Mahnverfahren, Verfahren für geringfügige Forderungen und Mediation.<sup>72</sup> Eine Harmonisierung des gesamten Prozessrechts ist jedoch über den bereits im Jahre 1993 vorgelegten, vielfach kritisierten Vorschlag der sogenannten *Storme-Commission* nicht hinaus gekommen.<sup>73</sup>

Anders stellt sich die Situation für das internationale Handelsschiedsverfahrensrecht dar. Die Grundlagen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit wurden bereits im Jahre 1958 mit der New York Arbitration Convention gelegt, die die Durchsetzbarkeit von Schiedsvereinbarungen und Schiedssprüchen sicher stellt.<sup>74</sup> Die New York Convention hat heute 148 Mitgliedstaaten, wenige Ausnahmen finden sich in Afrika und im Pazifik.<sup>75</sup> Nationale Gesetze zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit haben sich seit den 1980er Jahren stark am 1985 UNCITRAL Model Law on International Commer-

69 Zur Prozessrechtsvergleichung sowie zum gegenwärtigen Stand der Prozessrechtsharmonisierung von *Rhee*, Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective, in *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague 2012, S. 39 ff.; zur Prozessrechtsvergleichung außerdem *Jolowicz*, On the Comparison of Procedures, in *Nafziger/Symeonides* (Hrsg.), *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley 2002, S. 721 ff.

70 So schon 1949 *Hamson*: „[L]egal procedure is a ritual of extreme social significance. If we can appreciate the meaning of this ritual in the case of our own and even one other community, we obtain a remarkable insight into the fundamental and largely unformulated beliefs accepted by, and acceptable to, those societies; we begin to understand their collective and perhaps contrasted social sense of what is just and fair.“, bei *Jolowicz* (Fn. 69), S. 734.

71 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, verfügbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>; vgl. auch *Stürner*, 69 *RechtsZ* (2005), 201 ff.

72 Vgl. die Aufzählung bei *van Rhee* (Fn. 69), S. 53 f.

73 Für die offizielle Version des Vorschlags, wie er der Europäischen Kommission vorgelegt wurde, vgl. *Storme*, *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht 1994; kritisch etwa *Lindblom*, 5 *Eur. Rev. Priv. Law* (1997), 11 ff.; *Roth*, *ZZP* 1996, 271, 308 ff.; *Schilken*, *ZZP* 1995, 315, 330 ff.

74 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 (kurz „New York Convention“ oder „New York Arbitration Convention“), verfügbar unter <http://www.newyorkconvention.org/texts>.

75 Eine Auflistung der Vertragsstaaten findet sich unter [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

cial Arbitration<sup>76</sup> orientiert; mittlerweile folgen mehr als 90 Staaten diesem Vorbild.<sup>77</sup> Auch im Bereich der Schiedsverfahrensregeln war UNCITRAL mit den schon im Jahre 1976 vorgelegten und 2010 revidierten UNCITRAL Arbitration Rules wesentlicher Impulsgeber für eine Harmonisierung des Schiedsverfahrensrechts.<sup>78</sup> Die UNCITRAL Arbitration Rules, die ursprünglich für *ad hoc* Schiedsverfahren entworfen wurden, haben auch als Basis für zahlreiche institutionelle Schiedsgerichtsordnungen gedient.<sup>79</sup>

Darüber hinaus weisen gerade die jüngsten Revisionen des Jahres 2012 erstaunliche Konvergenzen auf.<sup>80</sup>

#### 2. Parteiautonomie und anwendbares Recht

Was zunächst die Frage des anwendbaren Rechts betrifft, so bezeugen sowohl die modernen nationalen Schiedsgerichtsgesetze als auch die modernen Schiedsgerichtsordnungen einen klaren einheitlichen Trend. Primär ist das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden. Dabei wird die Rechtswahl der Parteien als Verweisung auf die Sachvorschriften des gewählten Rechts und nicht auf seine Kollisionsregeln verstanden.<sup>81</sup> Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so steht die Bestimmung des anwendbaren Rechts grundsätzlich im Ermessen des Schiedsgerichtes. Es ist dabei heute überwiegend nicht mehr an die kollisionsrechtlichen Vorgaben des Schiedsgerichtssitzes gebunden.<sup>82</sup> Teilweise wird die Wahl des anwendbaren Rechts insoweit eingeschränkt, als das Schiedsgericht das Recht anwenden soll, mit dem die Streitsache am engsten zusammen hängt.<sup>83</sup> Bemerkenswert ist vor allem aber, dass die jüngsten Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen im Rahmen der Rechtswahl durch die Parteien nicht nur die Wahl eines nationalen Rechts, sondern auch die Möglichkeit der Wahl von sogenanntem anationalen Recht zulassen.<sup>84</sup> Darunter fallen ins-

76 Die 2006 novellierte Fassung findet sich unter [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

77 Vgl. die Auflistung unter [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

78 Die 2010 novellierte Fassung findet sich unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

79 *Born*, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Alphen aan den Rijn 2009, S. 151 f.

80 Für die Revision der ICC Arbitration Rules vgl. *Voser*, 29 *ASA Bulletin* (2011), 783 ff.; für die Revision der Swiss Arbitration Rules vgl. *Habegger*, 30 *ASA Bulletin* (2012), 269 ff.; für die Revision der CIETAC Arbitration Rules vgl. *Song*, 29 *J. Int. Arb.* (2012), 299 ff. Im Fokus der Revisionen stehen unter anderem Mehrparteien-Schiedsverfahren sowie die Steigerung der Effizienz der Verfahren.

81 *Böckstiegel*, Die Internationalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit, in *Bachmann et al.* (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Peter Schlosser, Tübingen 2005, S. 49, 53; vgl. etwa § 1051 Abs. 1 ZPO (Deutschland); § 23 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law 2006.

82 Vgl. *Born*, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Alphen aan den Rijn 2009, S. 2116 f.; Art. 21 Abs. 1 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 47 Abs. 2 CIETAC Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 3 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL Model Law 2006.

83 Vgl. § 1051 Abs. 2 ZPO (Deutschland); Art. 187 Abs. 1 IPRG (Schweiz); § 23 Abs. 2 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 33 Abs. 1 Swiss Arbitration Rules 2012.

84 Vgl. etwa § 1051 Abs. 1 ZPO (Deutschland); Art. 187 Abs. 1 IPRG (Schweiz); Art. 21 Abs. 1 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 33 Abs. 1 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 3 LCIA Arbitration Rules 1998; § 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law 2006. Die Möglichkeit der Parteien anationales Recht zu wählen wird aus der Verwendung des Begriffs „Rechtsvorschriften“ bzw. „Rechtsregeln“ (englisch „rules of law“, französisch „règles de droit“) anstelle des Begriffs „Recht“ geschlossen; vgl. hierzu *Born* (Fn. 82), S. 2143 ff.; vgl. für Deutschland *Münch*, in *Rauscher et al.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München 2008, § 1051 Rn. 12.

besondere auch die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.<sup>85</sup> Die Praxis macht allerdings von dieser Möglichkeit so gut wie keinen Gebrauch.

### 3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht

Jenseits der internationalen Angleichung der Bestimmungen der Schiedsgerichts-gesetze und Schiedsgerichtsordnungen wird das internationale Schiedsverfahren immer stärker globalisiert. Die Parteien, ihre Anwälte und die Schiedsrichter, die aufgerufen sind gemeinsam zur Lösung eines Streitfalles beizutragen, stammen oft aus unterschiedlichen Regionen der Welt, so dass hier unterschiedliche Rechtskulturen aufeinander prallen, die, um eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung zu erreichen, einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden müssen.<sup>86</sup> Das Zusammenfließen von *Common* und *Civil Law* im internationalen Schiedsgerichtsverfahren wurde von mancher Seite bereits als prozessrechtliche *lex mercatoria* bezeichnet.<sup>87</sup> Im Folgenden sei auf drei Beispiele eingegangen – das Prinzip *iura novit curia*, die Pflicht zur Dokumentenvorlage und die Zeugenbefragung.

#### a) Das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren

In allen Rechtsordnungen findet das Prinzip *iura novit curia* mehr oder weniger Anwendung. Es wird erwartet, dass der Richter das Recht, zumindest sein eigenes nationales Recht, kennt und es anzuwenden weiß. Gleichwohl unterscheiden sich *Civil Law* und *Common Law* in der Bedeutung, die diesem Prinzip zugemessen wird. In *Civil Law* Rechtsordnungen gelangt das Prinzip *iura novit curia* offen und uneingeschränkt zur Anwendung.<sup>88</sup> Im deutschen Rechtskreis ist dies nicht zuletzt auf die Pandektistik des 19. Jahrhunderts zurückzuführen.<sup>89</sup> Dagegen wird die Maßgeblichkeit des *iura novit curia* Prinzips im *Common Law* teilweise gänzlich in Abrede gestellt, jedenfalls aber nur in zurückhaltender Weise angenommen.<sup>90</sup> Hintergrund für diese unterschiedliche Haltung ist die Stellung des Richters in den jeweiligen Rechtsordnungen.<sup>91</sup> Bekanntermaßen geht das *Common Law* vom *adversarial system* aus, bei welchem dem Richter eine tendenziell passive Rolle zukommt. Es ist primär Sache der Parteien, nicht nur die Fakten, sondern auch das Recht vorzutragen.<sup>92</sup> Demgegenüber wird vor allem von *Common Law* Juristen das dem *Civil Law* zugrunde liegende Verfahrensmodell oft als „inquisitorisch“ gebrandmarkt, was zweifellos eine Überzeichnung darstellt, aber

85 Vgl. Fn. 14.

86 Kaufmann-Kohler, 36 Vand. J. Trans. L. (2003), 1313, 1323; vgl. außerdem Böckstiegel (Fn. 81), S. 49 ff.

87 Kaufmann-Kohler (Fn. 86), 1322 f.; vgl. auch Sachs, SchiedsVZ 2003, 193, 198 in Hinblick auf die Pflicht zur Dokumentenvorlage.

88 Waincymer, 28 J. Int. Arb. (2011), 201, 204.

89 Zur Entwicklung des deutschen Rechts im 19. Jahrhundert und der Pandektenwissenschaft Zweigert/Kötz (Fn. 32), S. 137 ff.

90 Vgl. Mann, 93 L. Q. R. (1977), 367, 375; vgl. auch Waincymer (Fn. 88), 204.

91 So auch Waincymer (Fn. 88), 206; zu Stellung und Aufgaben des Richters im *Civil Law* und andererseits im *Common Law* Taruffo, Chapter 7: Evidence, in Cappelletti (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen 2010, Rn. 73 ff.

92 Vgl. Craig, Common Law Principles on the Taking of Evidence, in Böckstiegel (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001, S. 9, 12 f.: „In a caricatural form, the perfect judge in common law litigation is said to limit his intervention to saying ‘good morning’ at the opening of the day’s proceeding and ‘good evening’ at its close.“; vgl. auch Stürner, ZZP 2010, 147, 150 f.

dennoch einen Kern Wahrheit enthält.<sup>93</sup> Mit zu diesen Unterschieden trägt sicher auch die Art und Weise der Rekrutierung der Richter und die Struktur der Gerichte bei.<sup>94</sup> In den Rechtsordnungen des *Common Law* ist der Richterberuf kein Karriereberuf, sondern wird typischerweise erst zu einem späteren Zeitpunkt der juristischen Karriere ergriffen. Hingegen folgt in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* der Beginn der richterlichen Karriere in unmittelbarem Anschluss an die juristische Ausbildung. Hinzu kommt eine Spezialisierung der Gerichte im *Civil Law*, aufgrund derer man von den Richtern eher juristische Spezialkenntnisse erwarten kann als von Richtern im *Common Law*, die tendenziell eher Generalisten sind.<sup>95</sup>

Gibt es schon signifikante Unterschiede im Hinblick auf die Anwendung des *iura novit curia* Prinzips in Bezug auf das eigene Recht, so gilt dies erst recht für die Anwendung ausländischen Rechts.<sup>96</sup> So wird in England und Frankreich ausländisches Recht als Tatsache behandelt, die von den Parteien im Prozess bewiesen werden muss.<sup>97</sup> Demgegenüber betrachten sowohl das deutsche und schweizerische als auch das US-amerikanische Recht die Feststellung des ausländischen Rechts als Rechts- und nicht als Tatsachenfrage, wenngleich gewisse Einschränkungen des *iura novit curia* Prinzips zu verzeichnen sind.<sup>98</sup>

Für die internationale schiedsgerichtliche Praxis muss zunächst betont werden, dass im Hinblick auf das anwendbare Recht zunächst nicht zwischen nationalem Recht und ausländischem Recht unterschieden werden kann. Da es kein nationales Recht des Schiedsgerichts gibt, handelt es sich immer um „ausländisches“ Recht.<sup>99</sup> Dementsprechend wird auch die Frage, ob das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren Anwendung findet, sehr unterschiedlich beantwortet.<sup>100</sup> Für die

93 Vgl. Craig (Fn. 92), S. 12 f.

94 Zur historischen Entwicklung der Gerichte und des Richters, der heutigen Gerichtsstruktur sowie zum Richterberuf in der heutigen Zeit in *Common* und *Civil Law* Lundmark, Charting the Divide between Common and Civil Law, Oxford 2012, S. 176 ff., 212, mit der anschaulichen Beschreibung: „In short, from a functional standpoint, it could be said that English and Welsh advocates (barristers) and American advocates (attorneys) are acting like German and Swedish judges, and that German and Swedish judges are acting like common law advocates.“

95 Gerber, Comparing Procedural Systems: Toward an Analytical Framework, in Nafziger/Symeonides (Fn. 69), S. 665, 671.

96 Vgl. Cappelletti/Garth, Chapter 1: Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, in Cappelletti (Fn. 91) International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen 1987, Rn. 26.

97 Kaufmann-Kohler (Fn. 86), 1331 f.; Alberti, Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?, in Kröll et al. (Hrsg.), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn 2011, S. 3, 9 ff.

98 Vgl. § 293 ZPO (Deutschland); Art. 16 Abs. 1 IPRG (Schweiz); Rule 44.1 U.S. Federal Rules of Civil Procedure; vgl. auch Alberti (Fn. 97), S. 7 ff.

99 Vgl. auch Kaufmann-Kohler (Fn. 86), 1331; Giovannini, International Arbitration and Iura Novit Curia – Towards Harmonization, in Fernández-Ballesteros/Arias (Hrsg.), Liber Amicorum Bernardo Cremades, La Ley 2010, S. 495, 497.

100 Kaufmann-Kohler (Fn. 86), 1331 ff. Die meisten nationalen Gesetze zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sowie die Mehrheit der institutionellen Schiedsgerichtsordnungen enthalten keine Bestimmungen zu der Frage, ob und wenn ja, wie das Prinzip *iura novit curia* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung gelangt. Ausnahmen bilden Art. 34 Abs. 2 lit. g English Arbitration Act 1996 und Art. 22 Abs. 1 lit. c LCIA Arbitration Rules 1998. Zur weitergehenden Frage, ob – die grundsätzliche Anwendbarkeit des Prinzips unterstellt – seine Anwendung im internationalen Schiedsverfahren lediglich rechtlich möglich oder aber obligatorisch ist Alberti (Fn. 97), S. 24 ff.; Giovannini (Fn. 99), S. 499 ff.



Schweiz hat das Bundesgericht seine Geltung auch für das internationale Schiedsverfahren bejaht.<sup>101</sup> Eine andere Frage ist es, ob das Schiedsgericht verpflichtet ist, möglicherweise anwendbare Bestimmungen mit den Parteien zu erörtern, weil sonst das rechtliche Gehör verletzt werden könnte.<sup>102</sup> Jenseits dieser theoretischen Grundlagen, ist es inzwischen gängige Praxis, dass die Parteien im internationalen Schiedsverfahren ausführlich zum Inhalt des anwendbaren Rechts Stellung nehmen und dieses durch Vorlage entsprechender Materials und durch sachverständige Zeugen nachweisen.<sup>103</sup>

#### b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren

In Bezug auf die Verpflichtung zur Dokumentenvorlage bestehen in *Civil Law* und *Common Law* grundlegende Unterschiede. Traditionellerweise besteht in den Rechtsordnungen des *Civil Law* keine allgemeine Verpflichtung zur Herausgabe von Dokumenten an die gegnerische Partei, damit diese ihrer Beweispflicht nachkommen kann.<sup>104</sup> Im starken Kontrast dazu steht wiederum der Ansatz im *Common Law*, der in der von kontinental-europäischen Juristen vielfach gegeißelten *pre-trial discovery* des US-amerikanischen Rechts seinen Höhepunkt findet.<sup>105</sup> In den letzten fünfzehn Jahren hat freilich von beiden Seiten eine gewisse Annäherung stattgefunden.<sup>106</sup> So hat Deutschland im Jahre 2002 die Möglichkeit des Gerichts eingeführt die Vorlage von Urkunden und sonstigen Unterlagen anzuordnen<sup>107</sup>; eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in der im Jahre 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung.<sup>108</sup> Umgekehrt wurden die Bestimmungen zur *discovery* in England im Jahre 1999 mit der Woolf-Reform eingeschränkt.<sup>109</sup>

Im internationalen Schiedsgerichtsverfahren fließen inzwischen *Common Law* und *Civil Law* Ansätze bezüglich der Herausgabe von Dokumenten zusammen.<sup>110</sup> Die meisten Schiedsgerichtsordnungen sehen die Möglichkeit der Anordnung der Dokumentenherausgabe vor, stellen diese jedoch in das Ermessen des Schiedsgerichts.<sup>111</sup> *Discovery*, wie sie dem US-amerikanischen Recht bekannt und allseits gefürchtet ist, findet in internationalen Schiedsverfahren allerdings regelmäßig nicht statt.<sup>112</sup> Der heute übli-

101 Bundesgericht, Entscheid vom 9. Februar 2009, 4A\_400/2008.

102 Hierzu *Alberti* (Fn. 97), S. 19 ff.

103 *Girsberger/Voser*, International Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Zürich 2012, Rn. 942.

104 *Kaufmann-Kohler*, SchiedsVZ 2004, 13, 14; *Craig* (Fn. 92), S. 15.

105 Zur *pre-trial discovery* *Craig* (Fn. 92), S. 14 ff.; *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 78; *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121 f.

106 *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1326 f.; *dies.* (Fn. 104), 17; *Sachs* (Fn. 87), 198.

107 Vgl. § 142 ZPO (Deutschland).

108 Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO (Schweiz).

109 Vgl. Rule 31 Civil Procedure Rules 1999 (Grossbritannien); vgl. auch *The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1995*, Kapitel 12 Rn. 37, verfügbar unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>.

110 *Elsing/Townsend*, 18 Arb. Int. (2002), 59, 61; *Wirth*, SchiedsVZ 2003, 9, 11 ff.; *Böckstiegel* (Fn. 81), S. 55; vgl. auch *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1325; vgl. zum Ganzen auch *Ylikantola*, 16 VJ (2012) 123 ff.

111 Vgl. etwa § 27 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 24 Abs. 3 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 1 lit. e LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 25 Abs. 5 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 27 Abs. 3 UNCITRAL Arbitration Rules 2010.

112 *Elsing/Townsend* (Fn. 110), 61.

che Standard wird reflektiert in den IBA Rules on the Taking of Evidence.<sup>113</sup> Danach kann eine Partei die Herausgabe von hinreichend spezifizierten Dokumenten von der anderen Partei verlangen, wenn deren Relevanz für die Entscheidung des Rechtsstreits dargelegt wird.<sup>114</sup> Sogenannte *fishing expeditions* sind damit ausgeschlossen.<sup>115</sup>

#### c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren

Entsprechend der unterschiedlichen Stellung des Richters im Zivilprozess<sup>116</sup> divergiert auch die Art und Weise der Abnahme von Zeugenbeweisen im *Civil Law* und *Common Law*. Befragung der Zeugen ist im *Civil Law* grundsätzlich dem Richter vorbehalten.<sup>117</sup> Den Anwälten war und ist in vielen Rechtsordnungen jede Beeinflussung von Zeugen standesrechtlich untersagt.<sup>118</sup> Ganz anders stellt sich auch hier die Situation im *Common Law* dar. Die Ladung und Befragung der Zeugen liegt hier grundsätzlich in der Hand der Parteien und ihrer Anwälte. Üblich ist zunächst die direkte Befragung durch die Partei, die den jeweiligen Zeugen benannt hat, gefolgt von der sogenannten *cross examination* durch die gegnerische Seite und einer nochmaligen Befragung durch die ursprüngliche Partei, die sogenannte *re-direct examination*.<sup>119</sup> Dieses Prozedere hat dazu geführt, dass sich eine umfassende Vorbereitung der eigenen Zeugen auf ihr Auftreten im Prozess durch die Parteivertreter, das sogenannte *witness coaching*, eingebürgert hat.<sup>120</sup>

Im Hinblick auf den Zeugenbeweis hat sich im internationalen Schiedsverfahren eine Praxis herausgebildet, die wiederum Elemente beider Systeme in sich aufnimmt. Zunächst ist hervorzuheben, dass entsprechend dem Verständnis im *Common Law*,<sup>121</sup> die Parteien und ihre Vertreter als Zeugen fungieren können.<sup>122</sup> Der Zeugenbeweis wird regelmäßig vorbereitet durch schriftlich niedergelegte Zeugenaussagen, die in der Regel in der mündliche Verhandlung durch die eigene Partei ersetzen. *Cross examination* und *re-direct examination* sind üblich. Allerdings steht es den Schiedsrichtern jederzeit frei, in die Zeugenbefragung durch die Parteien einzugreifen und auch eigene Fragen zu stellen.<sup>123</sup> Im internationalen Schiedsverfahrens-

113 *International Bar Association*, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration („IBA Rules 2010“), verfügbar unter [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#takingevidence](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence); zur 2010 revidierten Fassung *Kläsener/Dolgorukow*, SchiedsVZ 2010, 302 ff.; *Kühner*, 27 J. Int. Arb. (2010), 667 ff.; *von Segesser*, 28 ASA Bulletin (2010), 735 ff.

114 Art. 3 Abs. 2, 3 IBA Rules 2010.

115 Vgl. *IBA Working Party*, Commentary on the New IBA Rules of Evidence, in *Weigand* (Hrsg.), Practitioner's Handbook on International Arbitration, München 2002, S. 372, 379.

116 Vgl. oben unter III. 3. a).

117 *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 84; *Wirth* (Fn. 110), 14.

118 Vgl. etwa Art. 7 Schweizerische Ständesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands; vgl. ferner *Wirth* (Fn. 110), 13.

119 *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 83; *Craig* (Fn. 92), S. 19.

120 Hierzu umfassend *Timmerbeil*, Witness Coaching und Adversary System, Tübingen 2004.

121 Vgl. *Craig* (Fn. 92), S. 19 f.

122 Vgl. etwa Art. 25 Abs. 2 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 20 Abs. 7 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 27 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules 2010; Art. 4 Abs. 2 IBA Rules 2010; vgl. ferner *Griffin*, 17 J. Int. Arb. (2000), 19, 26 f.; *Thümmel*, AG 2006, 842, 846.

123 *Griffin* (Fn. 122), 28; *Elsing/Townsend* (Fn. 110), 62 f.; *Thümmel* (Fn. 122), 845. Vgl. § 27 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 25 Abs. 4 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 25 Abs. 3 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 25 Abs. 4 UNCITRAL Arbitration Rules 2010; explizit Art. 20 Abs. 5 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 8 Abs. 3 lit. a, b und Art. 8 Abs. 3 lit. g IBA Rules 2010.

recht ist anerkannt, dass Zeugen von der sie benennenden Partei vor der mündlichen Verhandlung befragt und vorbereitet werden dürfen.<sup>124</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz gewisser Einflüsse des *Civil Law* die heutige internationale Schiedsgerichtspraxis stark geprägt ist vom *Common Law*.<sup>125</sup> Dies gilt insbesondere für das Beweisverfahren. Die Umstände, die hierzu geführt haben, liegen maßgeblich darin begründet, dass das internationale Schiedsverfahren dem Zivilprozess im *Common Law* wesentlich näher steht als demjenigen im *Civil Law*.

So kommt es häufig vor, dass nicht alle, wenn nicht gar keiner der Schiedsrichter in der Rechtsordnung beheimatet ist, deren materielles Recht auf die Streitsache zur Anwendung gelangt. Es erscheint deshalb selbstverständlich, dass es primär Sache der Parteien ist, den Inhalt des anzuwendenden Rechts, gegebenenfalls unter Beiziehung sachverständiger Zeugen, darzulegen und nachzuweisen. Dokumentenvorlage und Zeugenvorbereitung hängen im anglo-amerikanischen Zivilprozess eng mit der Idee des *one day in court*, der effizienten Gestaltung der mündlichen Verhandlung zusammen, die wiederum auf die Möglichkeit des Jury-Verfahrens auch im Zivilprozess zurückzuführen ist.<sup>126</sup> Auch insoweit weist das internationale Schiedsverfahren signifikante Parallelen auf. Man stelle sich ein Schiedsverfahren vor, bei dem die Parteien, ihre Vertreter und die Schiedsrichter aus verschiedenen Kontinenten kommen. Bereits die gemeinsame Verständigung auf einen Termin für die mündliche Verhandlung wird bei vielbeschäftigten Schiedsrichtern und Anwälten nicht einfach sein. So kann man es sich schlicht weder zeitlich noch finanziell leisten, beispielsweise am zweiten Tag der mündlichen Verhandlung diese vertagen zu müssen, weil bestimmte Beweismittel vor der mündlichen Verhandlung nicht bekannt oder verfügbar waren. Schließlich wird ein Schiedsgericht schon deshalb eher einem Verfahrensrecht zugeneigt sein, das wie das *Common Law* einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung verpflichtet ist, weil seine Entscheidung abgesehen von groben Verfahrensfehlern, anders als jene des staatlichen Gerichts, grundsätzlich endgültig ist.<sup>127</sup>

## IV. Schlussbetrachtung

Wie eingangs erwähnt, ist der Motor für die Angleichung des Privatrechts in der Globalisierung des Handels zu sehen. Wo die Industrialisierung zu Beginn des 19. Jahrhunderts vielerorts zur Kodifizierung des Privatrechts auf der Ebene der Nationalstaaten geführt hat, führt die Globalisierung im 21. Jahrhundert zu einer Angleichung des

<sup>124</sup> Vgl. Guidelines 18-25 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, 2013, verfügbar unter [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Vgl. auch Griffin (Fn. 122), 28; Thümmel (Fn. 122), 845; Wirth (Fn. 110), 13. Wie weit diese Vorbereitung im Detail gehen darf, ist jedoch unklar. Vgl. hierzu von Schlabrendorff, Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration Proceedings: The Quest for Developing Transnational Standards of Lawyer's Conduct, in Fernández-Ballesteros/Arias (Fn. 99), S. 1161 ff.

<sup>125</sup> So auch Wirth (Fn. 110), 9 ff.

<sup>126</sup> Zum sogenannten Trial-Modell Taruffo (Fn. 91), Rn. 79; zum Jury-Verfahren Craig (Fn. 92), S. 11, 18.

<sup>127</sup> So auch Wirth (Fn. 110), 11.

Privatrechts auf transnationaler Ebene, die ihrerseits jedoch nicht ohne Auswirkung auf das nationalstaatliche Verständnis bleibt. Dies geht Hand in Hand mit einer zunehmenden Privatisierung und Delokalisierung des Privatrechts und der privatrechtlichen Streitschlichtung. Dabei ist unverkennbar, dass die entstehenden einheitlichen privatrechtlichen Standards in ihren Inhalten stärker vom *Common Law* als vom *Civil Law* beeinflusst wurden. Es wäre ein Leichtes, jenseits der hier behandelten Gebiete dies auch für andere Bereiche des Privatrechts aufzuzeigen. Der Grund hierfür dürfte dabei nicht so sehr in globalen Machtstrukturen, sondern vor allem auch darin liegen, dass das *Common Law* für die aktuellen Bedürfnisse der globalisierten Rechtswelt im Ansatzpunkt besser geeignet erscheint als das *Civil Law*. Bemerkenswert ist jedoch, dass das *Civil Law* zwar nicht die Inhalte, aber doch die Form, in der vereinheitlichte privatrechtliche Standards niedergelegt werden, prägt. Harmonisierung und Vereinheitlichung ergibt sich nicht aus Fallrecht, sondern ist heute in internationalen Konventionen, Modellgesetzen, Prinzipien und Regeln zu finden. Die vordem allein im deutschen Rechtskreis bekannte Literaturgattung des Kommentars hat inzwischen auch auf internationaler Ebene Einzug gehalten.

Auch wenn vereinheitlichte privatrechtliche Standards bereits auszumachen sind, kann nicht verkannt werden, dass im Privatrecht noch weite Bereiche gänzlich unvereinheitlicht neben einander stehen. Bis zu einer echten Vereinheitlichung selbst so zentraler Bereiche wie dem allgemeinen Vertragsrecht wird es voraussichtlich noch einige Jahrzehnte dauern. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde im letzten Jahr von der Schweiz unternommen, die UNCITRAL aufgefordert hat, Wünschbarkeit und Machbarkeit einer weltweiten Vereinheitlichung des allgemeinen Vertragsrechts zu prüfen.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> *United Nations Commission on International Trade Law*, Possible future work in the area of international contract law: Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law, 45th session, New York, 25 June-6 July 2012, A/CN.9/758 (8. Mai 2012), verfügbar unter [www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html).

## Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley), Basel

### I. Einleitung

Die Privatrechtsordnungen des *Common Law* und *Civil Law* erfahren seit einigen Jahrzehnten eine bemerkenswerte Annäherung. Motor für diese Entwicklung ist die rasante Globalisierung des Handels und der Wirtschaft.

### II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe

#### 1. Allgemeines

Die im Jahre 1980 verabschiedete United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) hat sowohl die nationale als auch die internationale Entwicklung des Vertragsrechts in den letzten zwei Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst.

Das CISG sowie die ihm nachgebildeten Reformen des Vertragsrechts führen in vorbildlicher Weise unterschiedliche Ausgangspunkte des *Common Law* und des *Civil Law* einem praxisorientierten Kompromiss zu.

#### 2. Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach

Der Ansatzpunkt für Rechtsbehelfe im *Common Law* und im *Civil Law* unterscheidet sich grundsätzlich. Die Rechtsordnungen des *Civil Law* differenzieren die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe anhand des jeweiligen Grundes der Vertragsverletzung. Demgegenüber geht das *Common Law* von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung aus. Das CISG und die ihm folgenden modernen Regelungen sind bei der Struktur der Rechtsbehelfe dem *Common Law* gefolgt und haben dem Ansatz des einheitlichen Vertragsbruches zu Recht den Vorzug gegeben.

#### 3. Erfüllungsanspruch

Im *Civil Law* wird als vorrangiger Rechtsbehelf der Erfüllungsanspruch angesehen. Demgegenüber erscheint er im *Common Law* als Ausnahme. Bei Ausarbeitung des CISG konnte der Graben zwischen *Common Law* und *Civil Law* in dieser Hinsicht nicht überbrückt werden. Im Ansatz durchgesetzt hat sich das *Civil Law*; das CISG geht vom Erfüllungsanspruch als Regelrechtsbehelf aus.

#### 4. Vertragsaufhebung

Es gibt kaum einen anderen Rechtsbehelf, der sowohl im klassischen *Civil Law* als auch im *Common Law* so unnötig kompliziert und disparat ausgestaltet ist wie die Vertragsaufhebung. Das CISG verfolgt hingegen einen einheitlichen Ansatz. Ob der Gläubiger den Vertrag aufheben kann, hängt primär nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern davon ab, ob diese wesentlich ist oder nicht. Auch im Hinblick auf den Mechanismus der Vertragsaufhebung differenziert das CISG nicht. Vertragsaufhebung wird in jedem Fall allein durch eine entsprechende Erklärung seitens des Gläubigers bewirkt.

### 5. Schadenersatz

Auch beim Rechtsbehelf des Schadenersatzes sind die Ausgangspunkte von *Common Law* und *Civil Law* diametral entgegengesetzt. Im *Common Law* zieht grundsätzlich jeder Vertragsbruch einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Hingegen gewähren die Rechtsordnungen des *Civil Law* Schadenersatz nur im Falle eines Verschuldens. Das CISG verfolgt einen einfachen und deshalb umso überzeugenderen Lösungsansatz. Jeder Vertragsbruch zieht unabhängig von einem allfälligen Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Eine Entlastung von der Schadenersatzhaftung ist jedoch vorgesehen, wenn die Nichterfüllung einer Vertragspflicht auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht. Auch hier konnten damit *Civil Law* und *Common Law* in zeitgemäßer und den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragender Weise verschmolzen werden.

### 6. Verjährung

Im Bereich der Verjährung sind im Ausgangspunkt grundlegende Unterschiede zwischen *Civil Law* und *Common Law* zu verzeichnen. Trotz gewisser Annäherungen verbleiben hier jedenfalls derzeit unüberbrückbare Differenzen.

### 7. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das CISG die internationale und nationale Entwicklung im Bereich der Rechtsbehelfe der letzten zwei Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst und verändert hat. Das CISG wiederum baut in diesem Bereich zu großen Teilen auf der Rechtsbehelfsstruktur des *Common Law* auf, ohne aber dessen teilweise altertümliche Verzopfttheit zu übernehmen.

### III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

#### 1. Allgemeines

Im Gegensatz zum materiellen Recht ist das nationale Zivilprozessrecht bislang weitgehend unbeeinflusst von Harmonisierungs- oder Vereinheitlichungsbestrebungen geblieben. Von Seiten der Prozessrechtswissenschaft hat es freilich eine ganze Reihe an Vorstößen gegeben, Modelle zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes zu erarbeiten. Eine Harmonisierung des gesamten Prozessrechts ist jedoch über den im Jahre 1993 vorgelegten, vielfach kritisierten Vorschlag der sogenannten *Storrie-Commission* nicht hinaus gekommen.

Anders stellt sich die Situation für das internationale Handelsschiedsverfahrensrecht dar. Die Grundlagen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat UNCITRAL im Jahre 1958 gelegt; die New York Arbitration Convention stellt die Durchsetzbarkeit von Schiedsvereinbarungen und Schiedssprüchen sicher. Auch im Bereich der Schiedsverfahrensregeln war UNCITRAL mit den schon im Jahre 1976 vorgelegten und 2010 revidierten UNCITRAL Arbitration Rules wesentlicher Impulsgeber für eine Harmonisierung des Schiedsverfahrensrechts.

## 2. Parteiautonomie und anwendbares Recht

In Hinblick auf die Frage des anwendbaren Rechts bezeugen sowohl die modernen nationalen Schiedsgerichtsgesetze als auch die modernen Schiedsgerichtsordnungen einen klaren einheitlichen Trend. Primär ist das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden. Bemerkenswert ist, dass die jüngsten Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen im Rahmen der Rechtswahl durch die Parteien nicht nur die Wahl eines nationalen Rechtes, sondern auch die Möglichkeit der Wahl von sogenanntem anationalen Recht zulassen.

## 3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht

Jenseits der internationalen Angleichung der Bestimmungen der Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen wird das internationale Schiedsverfahren immer stärker globalisiert. Die Parteien, ihre Anwälte und die Schiedsrichter stammen oft aus unterschiedlichen Regionen der Welt, so dass hier unterschiedliche Rechtskulturen aufeinander prallen, die, um eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung zu erreichen, einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden müssen. Das Zusammenfließen von *Common* und *Civil Law* im internationalen Schiedsgerichtsverfahren wurde von mancher Seite bereits als prozessrechtliche *lex mercatoria* bezeichnet.

### a) Das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren

In allen Rechtsordnungen findet das Prinzip *iura novit curia* mehr oder weniger Anwendung. Gleichwohl unterscheiden sich *Civil Law* und *Common Law* in der Bedeutung, die diesem Prinzip zugemessen wird. In *Civil Law* Rechtsordnungen gelangt das Prinzip *iura novit curia* offen und uneingeschränkt zur Anwendung. Dagegen wird die Massgeblichkeit des *iura novit curia* Prinzips im *Common Law* nur in zurückhaltender Weise angenommen. Signifikante Unterschiede im Hinblick auf die Anwendung des *iura novit curia* Prinzips gibt es darüber hinaus in Bezug auf die Anwendung ausländischen Rechts.

Da es in der internationalen schiedsgerichtlichen Praxis kein nationales Recht des Schiedsgerichts gibt, handelt es sich immer um „ausländisches“ Recht. Es ist inzwischen gängige Praxis in internationalen Schiedsverfahren, dass die Parteien ausführlich zum Inhalt des anwendbaren Rechts Stellung nehmen und dieses durch Vorlage entsprechender Materials und durch sachverständige Zeugen nachweisen.

### b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren

In Bezug auf die Verpflichtung zur Dokumentenvorlage bestehen in *Civil Law* und *Common Law* grundlegende Unterschiede. In den letzten fünfzehn Jahren hat freilich von beiden Seiten eine gewisse Annäherung stattgefunden. Im internationalen Schiedsverfahren fließen *Common Law* und *Civil Law* Ansätze bezüglich der Herausgabe von Dokumenten zusammen. Die meisten Schiedsgerichtsordnungen sehen die Möglichkeit der Anordnung der Dokumentenherausgabe vor.

### c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren

Entsprechend der unterschiedlichen Stellung des Richters im Zivilprozess divergiert auch die Art und Weise der Abnahme von Zeugenbeweisen im *Civil Law* und *Common Law*. Befragung der Zeugen ist im *Civil Law* grundsätzlich dem Richter vorbehalten.

Ganz anders stellt sich die Situation im *Common Law* dar. Die Ladung und Befragung der Zeugen liegt hier grundsätzlich in der Hand der Parteien und ihrer Anwälte. Im internationalen Schiedsverfahren hat sich eine Praxis herausgebildet, die wiederum Elemente beider Systeme in sich aufnimmt.

## 4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz gewisser Einflüsse des *Civil Law* die heutige internationale Schiedsgerichtspraxis stark geprägt ist vom *Common Law*.

## IV. Schlussbetrachtung

Die fortschreitende Globalisierung führt im 21. Jahrhundert zu einer Angleichung des Privatrechts auf transnationaler Ebene, die ihrerseits jedoch nicht ohne Auswirkung auf das nationalstaatliche Verständnis bleibt. Dies geht Hand in Hand mit einer zunehmenden Privatisierung und Delokalisierung des Privatrechts und der privatrechtlichen Streitschlichtung. Dabei ist unverkennbar, dass die entstehenden einheitlichen privatrechtlichen Standards in ihren Inhalten stärker vom *Common Law* als vom *Civil Law* beeinflusst wurden.

Auch wenn vereinheitlichte privatrechtliche Standards bereits auszumachen sind, kann nicht verkannt werden, dass im Privatrecht noch weite Bereiche gänzlich unvereinheitlicht neben einander stehen. Bis zu einer echten Vereinheitlichung selbst so zentraler Bereiche wie dem allgemeinen Vertragsrecht wird es voraussichtlich noch einige Jahrzehnte dauern. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde 2012 von der Schweiz unternommen, die UNCITRAL aufgefordert hat, Wünschbarkeit und Machbarkeit einer weltweiten Vereinheitlichung des allgemeinen Vertragsrechts zu prüfen.

## Summary

*Hybridization of legal systems – International civil law standards*  
by Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley), Basel

### I. Introduction

During the past several decades the common law and civil law private law systems have been converging. The catalyst for this development is the rapid globalization of trade and commerce.

### II. Standardization tendencies in the substantive law of legal remedies

#### 1. General

During the last three decades the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has significantly influenced the domestic as well as the international development of contract law.

The CISG as well as the numerous private law reforms modeled after it exemplarily bridge the gap between common law and civil law by combining both systems to a practice-oriented compromise.

#### 2. Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach

The starting points for remedies in case of breach of contract differ fundamentally in civil law and common law. Civil law systems distinguish the remedies applicable according to the respective cause of the breach. In contrast, the remedial system for breach of contract in common law is based on a unitary approach. The CISG and the modern rules following its example have convincingly opted for the common law breach of contract-approach.

#### 3. Specific performance

In civil law systems the primary remedy is specific performance. In common law specific performance is rather an exception. During the drafting process of the CISG no common approach could be achieved to bridge this gap. The starting point of the CISG is derived from civil law. The CISG generally allows for specific performance.

#### 4. Avoidance of contract

There is hardly any remedy as complex and disparate in both civil law and common law as avoidance of contract. The CISG on the other hand follows a unitary approach. Under the CISG the remedy of avoidance does not depend on the reason causing the non-performance, but only on the gravity of the breach. The unitary approach is also reflected in the mechanism how avoidance occurs. In all cases avoidance must be declared by the aggrieved party.

#### 5. Damages

With regard to the remedy of damages again, civil law and common law differ fundamentally. Generally, in common law any breach of contract allows for a claim of dam-

ages. Civil law systems, on the other hand, grant damages only if the breach was due to the fault of the obligor. The CISG takes a simpler and thus more convincing approach. Every breach of contract triggers liability for damages irrespective of whether or not the breach was due to the obligor's fault or not. The obligor may be exempted from paying damages, however, if the failure to perform was due to an impediment beyond the obligor's control. Again, it has been achieved to merge civil law and common law in a modern way accommodating the needs of today's trade.

#### 6. Limitation of actions

Major differences between common law and civil law exist in the field of limitation of actions. Notwithstanding a certain convergence, at the time being the gap seems to be too big to be bridged yet.

#### 7. Preliminary conclusion

Summarizing, the CISG has had a great influence on both the international and the domestic remedial systems during the past two decades. The CISG, in turn, strongly builds upon the structure of remedies in common law, but overcomes its antiquated approaches.

### III. Standardization tendencies in procedural law, namely in the law of international arbitration

#### 1. General

In contrast to substantive law domestic civil procedure law has remained largely unaffected by harmonization or unification efforts. There have been a number of endeavors initiated mainly by academia, though. A comprehensive harmonization, however, has not exceeded the heavily criticized proposal of the so-called Storme Commission in 1993.

The situation is different with regard to the law of international commercial arbitration. The legal foundations for international commercial arbitration have been laid by UNCITRAL in 1958; the New York Convention has ensured the enforceability of both arbitral agreements and arbitral awards. UNCITRAL also took the lead in harmonizing the rules for international commercial arbitration. The 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, recently revised in 2010, were a major impulse for the harmonization of arbitration rules.

#### 2. Party autonomy and applicable law

With regard to the question of the applicable law both modern domestic arbitration laws and modern arbitration rules follow a clear uniform trend. The primarily applicable law is the law chosen by the parties. Remarkably, the most recent arbitration laws and arbitration rules allow for the parties to agree not only on national law, but also on so-called a-national law.

#### 3. Converging practice in international arbitration procedure

Apart from international convergences of arbitration laws and arbitration rules it is also the practice of international arbitration procedure itself that is experiencing signif-

icant globalization. The parties, their lawyers and the arbitrators more often than not come from different regions of the world. In order to find a solution acceptable to all parties involved, those different legal cultures have to be adequately balanced. The coalescence of common law and civil law in international arbitration has frequently been termed the *lex mercatoria* of procedural law.

**a) The principle of *iura novit curia* in international arbitration**

The principle of *iura novit curia* is more or less known in all legal systems. The effects accorded to this principle, however, differ in civil law and common law jurisdictions. Civil law litigation systems support the principle almost unconditionally. Common law jurisdictions, on the other hand, are much less supportive of the *iura novit curia* principle. The differences in applying the *iura novit curia* principle grow even stronger with regard to foreign law.

As in international arbitration there is no national law of the tribunal, every law applied is “foreign” law. Today it is common in international arbitration practice, that the parties submit detailed opinions regarding the substantive law and support their submissions with corresponding evidence and expert witnesses.

**b) Document production in international arbitration**

Major differences between civil law and common law exist with regard to document production. Nonetheless, the past fifteen years have witnessed a gradual convergence of civil law and common law approaches. In international arbitration practice both approaches are combined. Most arbitration rules provide for some level of document production.

**c) Examination of witnesses in international arbitration**

Corresponding to the different roles of the judge in civil litigation the manner of taking evidence differs significantly in civil law and common law. In civil law litigation systems the judge is in control of the examination of witnesses. The situation is completely different in common law jurisdictions. Here, both the summoning and questioning of witnesses lie within the responsibility of the parties and their advocates. International arbitration practice, in turn, has picked up elements from both legal systems.

**4. Preliminary conclusion**

Summarizing, although certain civil law practices have found their way into international arbitration practice, today’s international arbitration proceedings are significantly shaped by common law techniques.

**IV. Conclusion**

The advancing globalization in the 21<sup>st</sup> century leads to a convergence of private law at the transnational level. This, in turn, challenges the original notion of the nation state. Private law and private law dispute resolution are becoming increasingly privatized and delocalized. It is evident that common law has played the major role in shaping the emerging harmonized private law standards.

Although there already exist harmonized private law standards it cannot be ignored that wide areas of private law are still entirely non-harmonized. A true harmonization

even of key areas as the entire contract law will probably take several decades. A first step towards this direction has been taken by Switzerland, which in 2012 called upon UNCITRAL to embark upon the question whether future work in the area of globally harmonizing general contract law is desirable and feasible.

## Diskussion

zu den Referaten Giegerich und Schwenzer

**Frau Coester-Waltjen (als Diskussionsleiterin):** Es liegen viele Wortmeldungen vor und ich würde am liebsten gleich beginnen mit Herrn Klein und Herrn Proelß, die ja heute Morgen zurückstecken mussten.

**Herr Klein:** In der Mittagspause hörten wir ein großartiges Konzert und im Beizettel stand, die Stücke der Komponisten versetzen den Hörer in eine schwebende Bewegung über die Grenzen der einzelnen Stücke hinweg. Das haben wir auch bei diesen beiden Referaten erfahren, die von großer Klarheit und systematischer Kraft waren. Dafür ganz herzlichen Dank.

Ich habe vier kurze Fragen:

Erstens, Herr Giegerich, Sie haben gesagt, die Standards lösten den geregelten Fall oder das geregelte Gebiet aus dem „domaine réservé“ heraus und hätten eine verhaltenssteuernde Wirkung. Nun haben Sie an diese Standards natürlich gewisse Anforderungen gestellt. Meine Frage ist: Wenn diese Standards als solche, ohne also bereits in hard law überführt zu sein, diese Anforderungen erfüllen, können sie dann Grundlage einer Streitentscheidung sein? Oder haben sie zumindest eine Lücken füllende Orientierungswirkung für Hard-law-Normen, die in ihrer rechtlichen Nähe stehen, aber selbst lückenhaft sind? Und wenn die Standards die von Ihnen genannten Anforderungen nicht erfüllen, welche rechtliche Bedeutung haben sie dann?

Die zweite Frage betrifft die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Sie sind ja zu Recht in unserem Kontext oft auf die Menschenrechte eingegangen. Nehmen wir die Bestimmungen der Allgemeinen Erklärung aus, die in Gewohnheitsrecht erwachsen sind oder die heute als allgemeine Rechtsgrundsätze angesehen werden können: Was ist mit dem Rest der Bestimmungen? Würden Sie sagen, dass sie Standards in Ihrem Sinne sind?

Die dritte Frage betrifft die Rolle der Staaten. Sie haben gesagt, dass den Staaten, also zunächst der Staatengemeinschaft, aber auch den einzelnen Staaten, eine erhebliche Rolle zukommt. Sie sprachen von ihrer Gewährleistungsfunktion oder der Gewährleistungsverantwortung und der Schutzverantwortung. Die Rolle des Staates hat sich ja nun intern geändert, wenn wir nur daran denken, dass sich der Staat von dem Eingriffsstaat in einen Leistungsstaat verwandelt hat. Würden Sie sagen, dass diese Entwicklung auf der internationalen Ebene eine gewisse Parallele findet?

Und die letzte Frage, die sich an beide Referenten richtet: Mir ist nicht hundertprozentig klar geworden, ob Sie beide von einem identischen Standardbegriff ausgehen, oder ob Sie meinen, dass hier gewisse Unterschiede bestehen. Ich konnte das jetzt nicht völlig nachvollziehen, auch wenn ich annehme, dass ein solcher Unterschied besteht. Herzlichen Dank.

**Herr Proelß:** Meine Frage geht an Thomas Giegerich und betrifft das Konzept der relativen Normativität, die im Vortrag als Chance für das Völkerrecht konzipiert wur-

de. Ich teile in Vielem ganz die Ansicht des Referenten; was aber diese Einschätzung anbelangt, möchte ich anhand eines Beispiels gewisse Zweifel anmelden. Das Beispiel stammt aus dem Bereich des Umweltvölkerrechts und hängt zusammen mit der Biodiversitätskonvention (CBD). Die Vertragsparteien der CBD nehmen in regelmäßigen Abständen, nämlich auf der alle zwei Jahre stattfindenden Conference of the Parties (COP), so genannte Decisions an. Der Begriff zeigt genau unser Dilemma, denn die Decisions, jedenfalls steht dazu nichts in der CBD, sind nicht rechtsverbindlich im klassischen Sinne. Nun kann man weiter überlegen, ob sie dann in die Kategorien fallen, die über relative Normativität verfügen. Es hat hier in Deutschland vor drei oder vier Jahren eine größere Kontroverse gegeben. Sie bezog sich auf eine Entscheidung, die mit dem Thema Climate Engineering zu tun hatte, also künstliche Eingriffe in natürliche Prozesse zur Abmilderung der Erderwärmung betraf. Da hat ein deutsches Ministerium gesagt: Wir sind an eine Decision der COP der CBD gebunden, mit der ein Moratorium hinsichtlich der sogenannten Eisendüngung vereinbart wurde; das ist rechtsverbindlich für uns. Diese Decision war übrigens unter deutscher Schirmherrschaft ausgehandelt worden, und zwar unter Federführung des dem so argumentierenden Ministeriums vorstehenden Ministers. Ein anderes Ministerium hat aber gesagt: Die Decision ist reines Soft Law, die ist nicht verbindlich. Jetzt stellt sich die Frage, wie passt das in unser Schema? Wie gesagt, in der CBD findet sich zur Frage der Verbindlichkeit von COP Decisions nichts. Wenn man jetzt in klassischen Kategorien denkt, könnte man allenfalls einen Estoppel erwägen, also Vertrauensschutzaspekte anführen. Nun hatten seinerzeit aber zahlreiche Staaten gesagt, hieraus entsteht kein Vertrauenstatbestand, obwohl die Decision im Konsens angenommen wurde. Also sind wir wohl auf der letzten der von Thomas Giegerich identifizierten Stufen, der Erzeugung von faktischem Befolungsdruck. In der Tat: Der faktische Befolungsdruck war erheblich, er äußerte sich u.a. in einer konzertierten Aktion zahlreicher NGO's, nachdem bekannt geworden war, dass von einem deutschen Forschungsschiff aus ein Eisendüngungsexperiment durchgeführt werden sollte. Das Ganze ist in Deutschland wirklich sehr umstritten gewesen, niemand wusste, wie es weitergehen soll. Es ging um ein ganz konkretes Experiment, deshalb die Frage: Ist relative Normativität in diesem Sinne wirklich etwas, das wir uneingeschränkt positiv einschätzen sollten, oder kann sie nicht vielmehr zu Rechtsunsicherheit führen, weil – bezogen auf meinen Fall – keiner ganz genau weiß, was ist denn das jetzt eigentlich für ein „Beschluss“ und wie müssen wir den handhaben? Insofern besteht die Gefahr, dass relative Normativität in eine Art Entscheidungsparalyse mündet. Vor diesem Hintergrund sehe ich das etwas skeptischer als Thomas Giegerich. Vielen Dank.

**Herr Maruhn:** Ich nehme nur Stellung zu dem Referat von Herrn Giegerich. Besonders gut hat mir gefallen, dass das Ganze in den Rahmen des geltenden Völkerrechts eingepasst wurde und nicht etwas frei Schwebendes neu geschaffen wurde. Trotzdem: Wie stellt sich denn etwa im Auswärtigen Amt oder einem anderen Ministerium die Gewährleistungsverantwortung konkret dar, wie lässt sie sich umsetzen? Das ist wohl in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Zeit ein bisschen kurz gekommen.

Ein weiterer Punkt, zu dem ich eine Nachfrage habe, ist das Verhältnis der Legitimitätskriterien zueinander, Thesen 17 und 18. Mir ist nicht ganz klar geworden, warum die inhaltliche Legitimität das wichtigste Kriterium sein soll.

Und als dritte Frage direkt daran anschließend: These 22 formuliert das Primat der Politik; dem schließe ich mich gerne an, mir fehlt aber die Begründung dafür. Ist das im

Demokratieprinzip verwurzelt oder welche Rechtsqualitäten hat das auch in These 22 enthaltene „Good Governance“-Prinzip? Vielen Dank.

**Herr Sassòli:** Vielen Dank für die beiden Referate. Ich bin mit allem einverstanden, was Thomas Giegerich gesagt hat, wahrscheinlich aber etwas pessimistischer über die Möglichkeit, dass es so einfach in das Völkerrecht einzuordnen ist, leider. Das alte Soft Law, dieses Phänomen kennen wir schon lange. Es wurde innerhalb internationaler Organisationen oder Unterorganen ausgearbeitet, in Anwesenheit und durch die Staaten, in Anwesenheit von NGO's, mehr oder weniger begleitet von der öffentlichen Meinung. Wo ich das Problem des neuen Soft Law, das überhandnimmt, sehe, ist: Zuerst wird erklärt, es sei nicht verbindlich und kein neues Recht und in Wirklichkeit kommen die Betroffenen einfach nicht darum herum, obwohl sie oft nichts dazu zu sagen hatten. Es wird gesagt, unabhängige Experten arbeiten diese neuen Standards aus. Zumindest in den paar Prozessen, mit denen ich vertraut bin oder an denen ich sogar teilnahm, war aber auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts gegen die Auffassung der sogenannten unabhängigen US-amerikanischen und britischen Experten keinerlei Auslegung einer Regel möglich. Das ist politisch verständlich, aber dann haben wir doch lieber Regierungsvertreter, als jemanden, auf dessen Aussagen man den Staat nicht verhaften kann, der aber in Wirklichkeit die Auffassung seiner Regierung vertritt. Dazu kommt das völlig intransparente Verfahren zur Auswahl der Experten und vielleicht das wichtigste, die Geheimhaltung des ganzen Prozesses, so dass die Zivilgesellschaft eigentlich nur das Ergebnis sieht. Das empfand ich am meisten mit diesem „Copenhagen Principles on the Handling of Detainees in International Military Operations“. Da war es absolut unmöglich zu wissen, was die machten, bis sie das Ergebnis hatten und es wurde uns erklärt, die betroffenen Staaten hätten gar nicht mitgemacht, wenn das öffentlich diskutiert worden wäre. Sie erinnern sich, das berühmte MAI, Multilaterales Abkommen für Investitionsschutz, das wurde gebodigt, wie man in der Schweiz sagt, bevor es überhaupt ausgehandelt war, doch in diesen neuen Verfahren zur Ausarbeitung von Standards könnte man das gar nicht mehr machen, weil das Ergebnis feststeht, bevor eine öffentliche Diskussion stattfinden kann. Nun gebe ich zu, die Alternative zu Soft Law ist nicht Hard Law, sondern No Law und damit ist es besser, Soft Law zu haben, aber ich würde einfach sagen, es wäre wichtig, dass wir Standards zum Verfahren der Ausarbeitung von Standards entwickeln. Eigentlich ist das doch ein gemeinsames Problem; wie lässt sich ein glaubwürdiges Verfahren zur Ausarbeitung von Standards auf ganz verschiedenen Gebieten erarbeiten.

**Herr Hector:** Herr Giegerich, vielen Dank für Ihren sehr anregenden Vortrag. Meine Anmerkung und Frage an Sie betrifft die Rückbindung der Legitimität an die demokratische Mandatierung, auf die Sie an mehreren Stellen sehr stark abgehoben haben. Das ist ein Gedanke, der uns aus dem Verfassungsrecht und aus dem Europarecht sehr vertraut ist, insoweit also seine Berechtigung hat. Aber muss man ihn für das Völkerrecht nicht in Frage stellen? Besteht nicht eine gewisse Konfliktsituation mit der Universalität des Völkerrechts? Viele Staaten in der Welt, auch mächtige, sind ja gerade nicht demokratisch strukturiert und würden sich auch nicht zur Demokratie als Quelle der Legitimität bekennen. Nun ist es gerade die Aufgabe des Völkerrechts in einem solchen Umfeld Regelungen zu schaffen, die Konflikte vermeiden und Spannungen minimieren. Jetzt lautet die Frage: Was begründet die Legitimität im Völkerrecht?



Stammt sie vielleicht weniger aus der Demokratie als aus der Befriedungswirkung, der Lösungskapazität, der Effizienz der Regelung? Das ist eine Fragestellung, die uns bei dieser Tagung dreimal begegnet: Heute Morgen haben wir die Frage schon erörtert, jetzt wieder, und morgen, wenn wir über die Immunität beraten, werden wir wieder auf ähnliche Spannungsverhältnisse stoßen. Also meine Frage ist, ausgehend von der Unvollkommenheit des Völkerrechts: Ist es nicht besser, auf überschießende politische, ideologische Begründungen zu verzichten, und stattdessen vom gemeinsamen Interesse aller Staaten an einer funktionierenden Rechtsordnung auszugehen, unabhängig vom politischen System?

**Herr Krisch:** Zwei Fragen und Anmerkungen zum Referat von Herrn Giegerich, das mir sehr gefallen hat und das ich sehr interessant fand. Die erste zum Mechanismus der Gewährleistungsverantwortung. Ich fand den Ansatz im Prinzip sehr plausibel, mir schien aber, dass die im Wesentlichen kollektive Anlage der Gewährleistungsverantwortung das Problem, aus dem die weichen Standards entstehen, praktisch reproduziert. Viele solche Standards entstehen eben aufgrund eines Problems kollektiven Handelns, das sich nicht in den klassischen Formen lösen lässt. Jetzt zu sagen, wir brauchen eine Gewährleistungsverantwortung, die eben durch solches kollektives Handeln eingelöst wird, scheint in gewisser Weise zirkulär zu sein.

Der zweite Punkt schließt sich an dem an, was Thilo Marauhn gesagt hat. Es geht um den normativen Kompass, der der Legitimitätsbeurteilung zu Grunde liegt. Ich war auch überrascht über die Prädominanz des Inhaltlichen über andere Kriterien der Legitimität und wollte fragen, woher diese kommt. Im nationalen Rahmen würden wir normalerweise nicht davon ausgehen, dass inhaltliche Legitimität Regelsetzung grundieren könnte. Warum sollte das anders im internationalen Rahmen sein, wenn wir keinen Prozess haben, der uns die inhaltliche Richtigkeit sozusagen nahelegt oder jedenfalls die verschiedenen Vorstellungen über innerliche Richtigkeit austariert.

Möglicherweise geht es hier einfach um ein pragmatisches Argument: Wir können nicht anders. Und vielleicht ist es im formalen Völkerrecht ähnlich, weil es nur auf einem dünnen Staatenkonsens beruht, der in vieler Hinsicht der heillosen Vermachtung nicht viel entgegenzusetzen hat. Aber wenn dem so ist, und wenn wir sehen, dass viele von den Standards tatsächlich heillos den Interessen der mächtigeren Staaten und Staatenbürger folgen, dann sollten wir uns vielleicht nicht darauf einlassen, das, was dort herauskommt, als legitim oder auch nur nahe der Legitimität zu beschreiben, sondern den Unterschied hervorheben und möglicherweise Standards formulieren, die unterhalb von „Legitimität“ liegen. Und wir sollten anerkennen, dass die eigentliche Arbeit an ernsthafter, starker Legitimität noch weit vor uns liegt und wahrscheinlich für den Moment utopisch ist.

**Herr Hofmann:** Meine Frage richtet sich an Thomas Giegerich: Ist das, was die Vielzahl dieser Treaty Monitoring Bodies, wie sie normalerweise genannt werden, im menschenrechtlichen Bereich im weitesten Sinne auf UNO- wie Europarats-Ebene macht, das, was umgangssprachlich oft als Standard Setting bezeichnet wird, sind solche Standards auch „Standards“ in Deinem Sinne, tragen diese von den Monitoring Bodies gesetzten Standards dann zur „Aushärtung“ bei? Unter Deinen sechs Varianten gehörten diese Standards wahrscheinlich zur Variante drei oder vier. Wenn das richtig ist, wenn diese Standards zur Konkretisierung von Hard Law Normen führen, worauf bezieht

sich dann die staatliche Gewährleistungsverantwortung? Müssen Staaten tätig werden, wenn sie der Auffassung sind, die Inhalte dieser *views* und *opinions* seien nicht gedeckt von dem völkerrechtlichen Vertrag? Der Grund für die Frage ist der, dass auf der einen Seite immer häufiger zu beobachten ist, dass Aussagen solcher Institutionen von nationalen Gerichten zur Begründung von verfassungsgerichtlichen und sonstigen Urteilen herangezogen werden. Und auf der anderen Seite gibt es das ganz konkrete Beispiel, dass die Europäische Union in ihrer Nachbarschaftspolitik bis hin zur Frage der Aufnahme neuer Mitglieder solche Aussagen solcher Institutionen als Kriterium dafür anwendet, ob solche potentiellen Mitgliedstaaten die Kopenhagen-Kriterien in einem bestimmten Bereich erfüllen. Daher noch einmal meine Fragen: Sind das überhaupt „Standards“ in Deinem Sinne, und wenn ja, worauf bezieht sich dann die staatliche Gewährleistungsverantwortung? Ich gehe dabei davon aus, dass in prozeduraler Hinsicht einschließlich der fachlichen Voraussetzungen an die Qualifikation der Personen, die in diese Gremien ernannt wurden, alles in Ordnung ist. Es geht mir tatsächlich nur um die inhaltliche Kontrolle, also die Legalität dieser Standards. Vielen Dank.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank. Herr Giegerich hat, glaube ich, das Bedürfnis, diese Fragen annähernd zu beantworten. Sie haben, Herr Giegerich, hinterher allerdings auch noch ein Schlusswort. Es gibt noch sechs weitere Wortmeldungen. Aber vielleicht geben Sie eine Art Zwischenbescheid, wäre Ihnen das lieber? Gut.

**Herr Giegerich:** Ich gebe Ihnen einen stichwortartigen Zwischenbescheid.

Herr Klein, ganz kurz, auch wenn Standards diese Legitimitäts- und Legalitätsanforderungen erfüllen, sind sie als solche keine Grundlage einer Streitentscheidung, außerhalb der *ex aequo et bono*-Entscheidung nach Art. 38 II IGH-Statut, die ja praktisch nicht relevant ist. Sie fließen aber natürlich ein, als Hintergrund, zur Interpretation von Hard Law, vielleicht auch zur Konkretisierung der Teilbestimmungen von Hard Law. Wenn wir im Hard Law also Anforderungen der *due diligence* haben, dann könnten natürlich konkretisierende Soft Law-Standards mit hereingenommen werden. Soweit sie nicht allein, aber in Verbindung mit dem Hard Law Grundlage für eine Streitentscheidung, und in diesem Sinne findet eine Verrechtlichung statt. Ich glaube, die Standards *müssen* auch berücksichtigt werden, jedenfalls wenn sie diese Anforderungen erfüllen. Es ist dann besser, wenn das Streitentscheidungsorgan sich an solchen legitimen Standards orientiert, als dass es sozusagen willkürlich selbst „heruminterpretiert“. Ersteres ist auch für die Staatengemeinschaft eher akzeptabel. Wenn Standards die Anforderungen nicht erfüllen, dann müsste das entsprechende Streitbeilegungsgremium ihre Anwendung eigentlich zurückweisen, also sagen, dieser Standard existiert zwar, aber er ist völkerrechtswidrig, oder dieser Standard existiert zwar, aber den hat das Unternehmen X im eigenen Interesse formuliert, und deswegen können wir ihn mangels Legitimität nicht in Betracht ziehen. Das wäre ein Teil der beschriebenen Gewährleistungsverantwortung, den das Streitbeilegungsgremium als Organ der internationalen Gemeinschaft ausübt.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte setzt, soweit sie nicht zu Hard Law erstarkt ist, meines Erachtens in der Tat Standards; ich habe sie auch in einer Fußnote als Beispiel erwähnt.

Zur Gewährleistungsverantwortung der Staaten: Diese spiegelt in der Tat eine veränderte Rolle der Staaten wider, die sich vom internen Bereich auf das Externe überträgt.

Das heißt: Diskussionen, die wir intern führen über Privatisierung und ähnliche Probleme, tauchen auf internationaler Ebene wieder auf; wir diskutieren diese Fragen jetzt auch extern im globalen Rahmen, wo sie zusätzliche Facetten haben.

Über den Standardbegriff haben wir beiden Referenten uns nie unterhalten. Es gibt auch keine allgemeinverbindliche Definition, deswegen habe ich eine eigene formuliert und bin von dieser dann ausgegangen (Lachen). Ich glaube, unsere Begriffe decken sich nicht vollständig, weil Frau Schwenger offensichtlich auch Hard-Law-Bestandteile zu den Standards zählt, was viele machen, z.B. Frau Nussberger und Herr Riedel. Es gibt etwa die Mindeststandards für die Behandlung von Ausländern im Völkergewohnheitsrecht und so weiter. Dieser Ansatz ist also durchaus verbreitet, aber ich wollte das Hard Law nicht einbeziehen, um nicht auch noch den wohlbekannten Art. 38 I IGH-Statut hier mit berücksichtigen zu müssen. Deswegen habe ich das Hard Law aus meiner Definition ausgeklammert. Aber darüber kann man natürlich streiten.

Zu Alexander Proelß: Die relative Normativität bezeichnet in der Tat nicht nur eine Chance, sondern auch ein Problem. Ich bin eigentlich kein Relativist, ich habe sozusagen mehr der Not gehorcht, als der eigenen Tugend, bin auf den fahrenden Zug aufgesprungen und versuche, diese Entwicklung auf meine Gleise zu leiten, um aus ihr Gewinn für die International Rule of Law zu ziehen. Dass das einige Verwerfungen bewirken kann, glaube ich gern. Dein Beispiel bestätigt dies. Man kann beobachten, dass die Staaten bei der Formulierung von Standards sicherzustellen versuchen, dass diese nicht aushärten können, dass also beispielsweise kein Vertrauensschutz in Bezug auf deren Einhaltung begründet wird. Ich habe Ihnen die Clause 1 des Standards ISO 26000:2010(en) im Thesenpapier abgedruckt. Diese sagt ausdrücklich, dass der Standard nicht als Beweis für Gewohnheitsrecht herangezogen werden und keine Beweislastumkehr in Bezug auf die Einhaltung der Vorgaben des WTO-Rechts bewirken soll. Teilweise sind solche Kautelen Voraussetzung dafür, dass die Staaten sich überhaupt auf Standards einigen können. Hier können in Einzelfällen viele Probleme entstehen, auf die ich in meinem Vortrag nicht eingehen konnte. Wir müssen dann versuchen, diese im Sinne der International Rule of Law zu lösen, sobald sie auftreten.

Zur konkreten Umsetzung der Gewährleistungsverantwortung, nach der Thilo Marauhn gefragt hat: Soweit die internationale Gemeinschaft insgesamt Träger dieser Verantwortung ist, bleibt es letztlich bei Appellen der Weltöffentlichkeit. Diese können aber Folgerungen haben. So ist beispielsweise die responsibility to protect durch die als World Summit tagende UN-Generalversammlung anerkannt worden. Wie viel das wert ist, kann man diskutieren, aber aus der Perspektive der International Rule of Law ist es jedenfalls besser als nichts. Auch die Konvention gegen Landminen ist nicht zuletzt aufgrund des entsprechenden Drucks der Weltöffentlichkeit zustande gekommen. Dieser sollte daher nicht unterschätzt werden. Ansonsten sind die einzelnen Staaten in ihrem Verantwortungsbereich gefragt. Entweder nehmen sie Einfluss auf die internationalen Organisationen, denen sie angehören, indem sie auch einmal eine Entscheidung durch ein Veto verhindern, wenn die Organisation bei der Standardsetzung in die falsche Richtung geht. Oder indem sie Alleingänge unternehmen, soweit diese völkerrechtlich zulässig sind, also etwa Verrechtlichungslücken schließen. Oder indem sie einen Standard nicht akzeptieren: Ein nationales Gericht lehnt etwa seine Anwendung ab, oder lehnt die zugrundeliegende Rechtswahl ab, weil der betreffende Standard völkerrechtswidrig oder illegitim ist.

Warum die inhaltliche Legitimität mir am wichtigsten ist, hat Herr Krisch gefragt. Mir kommt es auf das Endresultat an. Wenn wir einen inhaltlich gerechten Standard haben, ist es eigentlich nicht so wichtig, wie dieser zu Stande gekommen ist. Vielleicht bin ich da ein bisschen idealistisch in dem Glauben, dass ein Verfahren, das nicht in Ordnung ist, doch zu guten Ergebnissen führen kann. Aber wenn es so sein sollte, dann ist mir das Verfahren nicht so wichtig. Aber ich sagte auch, und betone das noch einmal: Ohne vernünftiges Verfahren und ohne personale Legitimität der Standardsetzer ist die Wahrscheinlichkeit viel geringer, dass der Inhalt hinterher stimmt.

Herr Sassòli fragt zu Recht danach, wie unabhängig die standardsetzenden Experten wirklich sind. Sind sie nicht vielleicht doch Regierungsvertreter? Müssen wir dafür Kriterien bilden und mehr darauf achten, dass eine vernünftige Auswahl getroffen wird, und vielleicht sogar Standards entwickeln, wie es zur Produktion von Standards kommt? So etwas gibt es ansatzweise bereits. Ich habe kurz den Anhang 3 zum TBT-Übereinkommen erwähnt: den Verhaltenskodex für die Ausarbeitung, Annahme und Anwendung von Normen (d.h. Standards in meinem Sinne). Hier gibt es also Vorbilder, und die Staaten nehmen die Problematik zunehmend ernst. Aber wir müssen noch an solchen Metastandards arbeiten, da haben Sie völlig Recht, Herr Sassòli, noch sind wir dort nicht am Ziel.

Herr Hector, demokratische Mandatierung, bin ich zu optimistisch, so etwas zu fordern? Ich halte die Staatengemeinschaft an dem fest, was sie zugesagt hat. Die Staatengemeinschaft hat im World Summit Outcome von 2005 klar gesagt, dass „democracy“ die einzige legitime Grundlage für die Ausübung von Herrschaft sei. Wir Staaten können uns zwar nicht einigen, was das genau ist, aber jedenfalls auf das Konzept einigen wir uns. Auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte steht, dass Menschen ein Recht darauf haben, Einfluss auf die Ausübung von Herrschaftsmacht in ihrem Staat zu nehmen. An diesem Versprechen halte ich die Staaten fest. Und in der Allgemeinen Erklärung werden auch freie und unverfälschte Wahlen garantiert – alle Staaten haben sich darauf geeinigt, zumindest politisch im Sinne eines Soft-Law-Standards. Daran halte ich sie fest. Was ich vor allem sagen wollte, ist, dass die Staaten das Selbstbestimmungsrecht der Völker erfüllen müssen, indem sie das letzte Wort über den Inhalt der internationalen Normenordnung in Anspruch nehmen. Dass die Staaten dann auch demokratisch legitimiert sein müssen, damit sie dies glaubwürdig tun können, steht gewissermaßen im zweiten Glied. Daran müssen wir noch etwas arbeiten (Lachen). Bis wir diesen Zustand erreicht haben, da gebe ich Ihnen Recht, Herr Hector, kann vielleicht das Allgemeininteresse an einer funktionierenden Völkerrechtsordnung die Legitimitätslücke zeitweilig ausfüllen.

Herr Krisch, zu den Mechanismen der Gewährleistungsverantwortung: Ich habe Ihre Frage über meine Antwort zu Thilo Marauhn wahrscheinlich schon zumindest teilweise beantwortet. Wenn sie durch die Staatengemeinschaft kollektiv wahrgenommen wird, gibt es in der Tat nicht mehr als den Appell der Weltöffentlichkeit und auch eventuell den nationalen Alleingang, der ein Beispiel setzen kann: Ein Staat schreitet voran, zieht andere Staaten mit, und wenn wir dann in fünfzig Staaten entsprechende nationale Gesetze haben, kommen wir vielleicht auch auf internationaler Ebene einen Schritt weiter in Richtung auf einen Konsens.

Warum die inhaltliche Legitimation mir besonders wichtig ist, habe ich auch schon erklärt.

Rainer Hofmann hat ganz zu Recht auf die Treaty Monitoring Bodies hingewiesen. Insbesondere wenn diese General Comments erlassen, die über Einzelfallentscheidungen hinausgehen, würde ich sagen, dass sie Standards setzen, und zwar Interpretationsstandards für das zugrunde liegende Vertragswerk. Diese werden einen erheblichen Einfluss auf dessen Interpretation ausüben, sind aber natürlich nicht rechtsverbindlich; die Staaten können diesen Interpretationsvorschlag ablehnen. Die Gewährleistungsverantwortung der Staaten besteht in diesem Zusammenhang einerseits darin, die richtigen Experten auszuwählen, die in derartige Gremien kommen. Zweitens haben sie letztlich auch zu reagieren, sollten die Expertengremien bei der Interpretation in die falsche (d.h. von der International Rule of Law wegführende) Richtung gehen. Die Staaten müssen dann auch deutlich machen, dass sie diese Interpretation nicht mittragen. Wenn ein erheblicher Teil der Vertragsparteien so reagiert, dann wird dieser Versuch des Expertengremiums, die Interpretation in eine bestimmte Richtung zu drängen, erfolglos bleiben, weil sie ganz offenkundig nicht vom Konsens der Vertragsgemeinschaft gedeckt ist.

**Frau Platzöder:** Herr Giegerich erwähnt in seiner Kurzfassung Art. 211 Abs. 2 des Seerechtsübereinkommens. Meine Frage ist, ob diese Vorschrift dem Soft Law zugeordnet werden kann. In Teil XII Abschnitt 5 des Übereinkommens, das dem Meeresumweltschutz gewidmet ist, wird das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationaler Gesetzgebung geregelt. In diesem Zusammenhang muss man natürlich auch Art. 211 Abs. 1 sehen. Es werden Staaten verpflichtet, schiffsbedingte Meeresverschmutzung zu regeln und zwar, ich zitiere mal die englische Fassung, „acting through the competent international organization“. In Abs. 1 werden fünf weitere Quellen der Meeresverschmutzung genannt, wobei hier Zuständigkeiten zu „competent international organizations“ begründet werden. Im ersten Fall wird die Mitwirkung internationaler Organisationen auf die International Maritime Organization (IMO) beschränkt, was aus der „legislative history“ korrekt und eindeutig hervorgeht. Damit wurde erreicht, dass die IMO aufgrund des Seerechtsübereinkommens neue Zuständigkeiten erhalten hat. Die IMO ist nicht länger darauf beschränkt, lediglich Regeln betreffend die Verkehrssicherheit auf See zu beschließen, sondern erarbeitet nunmehr auch Regeln für den schiffsbedingten Umweltschutz.

Ich möchte noch anführen, dass diese Vorschriften in enger Zusammenarbeit zwischen der amerikanischen Delegation und der Delegation der Bundesrepublik Deutschland bei den Verhandlungen des Seerechtsübereinkommens (1973–1982) erzielt werden konnten. Beiden Staaten ging es darum, Interpretation, Anwendung und Weiterentwicklung des Seeverkehrsrechts nur einer bereits seit Jahrzehnten bestehenden und bewährten internationalen Organisation anzuvertrauen, um so Gefahren einer Politisierung und Ideologisierung dieses Bereichs des Völkerrechts zu begegnen. Nach meiner Kenntnis der Materie geht es hier um eine Teilung und nicht um eine Verschmelzung oder Hybridisierung von Kompetenzen zwischen Staaten und einer internationalen Organisation. Man wird also nicht sagen können, es läge Soft Law bzw. etwas anderes als Hard Law vor. Danke.

**Frau Peters:** Vielen Dank für das Referat von Thomas Giegerich, das ich sehr weiterführend fand. Ich habe eine Nachfrage zu These 20, also zu deiner Einführung der Gewährleistungsverantwortung, die ex post für die Standardsetzung gelten soll. Die

Verantwortung ex ante hast du ja Vorsorgeverantwortung genannt. Hier sehe ich einen Anschluss zu den Referaten von heute Morgen, in denen auch zum Ausdruck kam, dass letztlich immer noch in irgendeiner Weise an die Staaten angeknüpft werden soll. Jetzt hast du gesagt, der Standard der Letztverantwortung der Staaten soll bei der Überlassung der Standardsetzung an internationale Organisationen, also an öffentlich-rechtliche Akteure strenger sein als bei privater Standardsetzung. Du hast hier eine Unterscheidung zwischen öffentlich und privat getroffen. Andererseits ist dein Thema die hybride Standardsetzung, also gerade die „public-private“ oder die trilaterale Standardsetzung (zwischen Staat – Business – NGO's zum Beispiel, wobei die letzten beiden Akteure oft übernational tätig sind). Also lautet meine Frage, warum Du eine strengere Gewährleistungsverantwortung im einen Fall forderst. Kann man die „public“ und „private“ Standardsetzung überhaupt so trennen?

**Herr Tomuschat:** Ich weiß nicht, ob es angebracht ist, noch im jetzigen Zeitpunkt Dank auszusprechen für sehr schöne Referate. Lassen sie mich nur sagen, beide Referate waren kristallklar. Ich glaube sogar, als Frau Schwenzer vorgetragen hat, von der Materie irgendetwas zu verstehen, was ich dankbar vermerke.

Ich wollte auch zu dem Leitbegriff „Gewährleistungsverantwortung“ Stellung nehmen, der ja gegenwärtig hoch im Kurs steht. Die „Integrationsverantwortung“ aus dem Lissabon-Urteil ist bei uns allen noch frisch im Gedächtnis. Ich glaube, man muss hier sehr vorsichtig sein. Meine Schwierigkeiten rühren von der Tatsache her, dass Herr Giegerich in § 3 seiner Leitsätze sämtliche Prozesse zusammenbringt, auch solche, die private Quellen haben. Das halte ich doch für einigermaßen problematisch. Natürlich, wenn sich etwa Personen im Marktgeschehen zusammenschließen und gemeinsam irgendwelche Standards verabreden, die dann leicht als Kartellabsprache dienen können, wird dies verdächtig erscheinen. Aber es gibt ja sehr viel mehr an Erscheinungsformen, es gibt private Organisationen wie etwa die ILA, den Deutschen Juristentag oder die International Commission of Jurists. Ich bin nicht überzeugt, dass sich die Aufgabe des Staates auch darauf beziehen müsste, solche privaten Initiativen zu kontrollieren und zu überwachen. Das scheint mir die Verhältnisse, wie wir sie gemeinhin verstehen – hier die Freiheit der Gesellschaft, und auf der anderen Seite der Staat, der ja doch als verdächtiger, als möglicher Eingriffsstaat erscheint – auf den Kopf zu stellen. Gesellschaftliche Initiativen sollen ja gerade von der Basis her kommen, und es soll nicht alles vom Staat überwacht werden. Hier scheint mir ein unbegrenztes Vertrauen in die Richtigkeit des Staates gleichsam im himmlischen Sinne zu obwalten, das sehr eindeutig zu weit geht. Auch die Begründung mit dem Selbstbestimmungsrecht zieht nicht, denn das Selbstbestimmungsrecht führt nicht nur zu Staatlichkeit auf der einen Seite, sondern führt auch zu gesellschaftlicher Freiheit auf der anderen Seite. Ein Volk gibt sich eine Staatlichkeit durch einen Akt der Selbstbestimmung, aber auf der anderen Seite geht damit auch die gesellschaftliche Freiheit einher, die wir nun nicht unter eine Betondecke legen dürfen. Generell – wir sind hier im völkerrechtlichen Bereich – dürfen wir nicht vom freiheitlichen demokratischen Staat westlicher Art ausgehen. Es gibt auch andere Staaten, und es hat andere Staaten gegeben, zum Beispiel in einem Teil Deutschlands, wo zwar auch Demokratie propagiert wurde, aber letzten Endes dieser so genannte demokratische Staat sämtliche privaten Initiativen nicht nur unter Kontrolle gehalten, sondern unterdrückt hat. Gut, solche gesellschaftlichen Initiativen haben natürlich auch ein Legitimitätsbedürfnis. Das hängt aber von vielfältigen Fakto-

ren ab, und es gibt selbst Einzelpersonen, die solche Standards aufstellen können. Ich erinnere da zum Beispiel an Bluntschli, der das gesamte Völkerrecht als Rechtsbuch in Lehrsätzen dargestellt hat. Sein Lehrbuch des Völkerrechts hat Ende des 19. Jh. eine ungeheure Autorität entfaltet, was auch auf die besondere Glaubwürdigkeit des Autors zurückzuführen war. Also nicht nur braucht man keine kollektive Vereinigung, die solche Standards erarbeitet, sondern wir sollten die gesellschaftliche Freiheit nicht unter umfassende staatliche Kontrolle stellen, das ist mein Plädoyer.

**Herr Fitschen:** Thomas Fitschen vom Auswärtigen Amt. Als Beamter und Vertreter Deutschlands in internationalen Gremien hat mich Ihr Begriff der Gewährleistungsverantwortung vielleicht noch mehr in Unruhe versetzt als Herrn Marauhn. Aber Sie haben die Frage, die ich hätte stellen wollen – wie genau nämlich muss die Bundesregierung, z.B. das Auswärtige Amt, eigentlich Standardsetzungsprozesse beobachten, gegebenenfalls auch intervenieren? – glaube ich schon beantwortet. Ich bin Herrn Tomuschat sehr dankbar, weil er mir doch einen großen Stein vom Herzen gerollt hat indem er die Standardsetzung durch Private eben auch als Ausdruck von Freiheit unterstrichen hat. Vielen Dank.

**Frau Kaufmann:** Ich möchte an die Kommentare von Herrn Tomuschat und von Herrn Marauhn anschließen und folgende Frage stellen: Sie sprechen in These 10, Herr Giegerich, die unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte an. Nun frage ich mich, wie Sie das jüngste diesbezügliche Instrument, nämlich die UNO-Leitsätze zu Wirtschaft und Menschenrechten von 2011, in Ihr Konzept einordnen. Die drei Pfeiler, auf welchen die Leitsätze beruhen – staatliche Schutzpflicht, unternehmerische Verantwortung und access to remedy, also Wiedergutmachungsmechanismen – scheinen unterschiedliche Grade der Hybridisierung aufzuweisen. Wie beurteilen Sie dies? Daran anschließend eine ganz konkrete Frage: Bekanntlich liegt nun eine neue Strategie der Europäischen Kommission zur sozialen Verantwortung von Unternehmen vor, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, Aktionspläne zur Umsetzung der UNO-Leitsätze zu erarbeiten. Sehen Sie Möglichkeiten, wie Ihr Konzept bei dieser Umsetzungsarbeit, die verschiedenen Staaten Schwierigkeiten bereitet, nutzbar gemacht werden kann? Insbesondere wirft das Petitum eines „smart mix“ von freiwilligen Standards und verbindlichen Maßnahmen Fragen zur Hybridität auf, zu denen ich gerne mehr von Ihnen hören würde.

**Herr Weber:** Herr Giegerich, besten Dank für Ihre Ausführungen. Ich würde gerne auch noch nachdoppeln im Bereich der Internetregulierung. Sie haben ICANN erwähnt und natürlich auch das demokratische Defizit aufgezeigt, obwohl das Governmental Advisory Committee doch etwas aktiver geworden ist in den letzten Monaten. Man kann sich auch fragen, und diejenigen, die wirklich in Dubai waren, haben sich gefragt, ob es richtig wäre, die ganze Geschichte auf die ITU zu verschieben. Aber wenn wir über Standardisierungen sprechen, könnten wir da nicht auch noch stärker darauf schauen, was die verschiedenen internationalen Organisationen vom Europarat bis zur OECD mit Internet Principles, die schwerpunktmäßig auf Human Rights ausgerichtet sind, tun? Ich darf vielleicht darauf hinweisen, dass die Working Group on Enhanced Cooperation der UNO-Vertreter beschlossen hat, ein Compendium of Standards of Internet Principles zu erarbeiten – vielleicht wäre das ein Mittelweg.

Und nachdem die Fragen schon so einseitig verteilt gewesen sind und ich noch ein paar Sekunden habe, möchte ich mich gerne auch noch an Frau Schwenzer wenden. Frau Schwenzer, Sie haben mich insoweit überrascht, als ich etwas ganz anderes vom Referat erwartet hätte, als ich den Titel las, denn Sie haben mit Ausnahme der Evidence Principles of the IBA eigentlich nur über Hard Law in der Diktion, wie ich sie verwende und die wohl mit derjenigen von Herrn Giegerich übereinstimmt, gesprochen. Wir haben aber sehr viel Standards im Privatrecht beginnend von den Incoterms, die schon Dekaden alt sind, bis über die große Masse von Vertragsmustern, die standardmäßig Anwendung finden, etwa die ISDA im Bereich der swaps and derivatives, könnte man die nicht noch stärker fruchtbar machen?

**Herr Benedek:** Ich wollte bezüglich des Beitrags des Internetvölkerrechts noch ein Wort zur International Rule of Law sagen. Mich hat sehr gefreut, dass Herr Giegerich mehrere Beispiele aus diesem Bereich erwähnt hat und einer meiner Mitarbeiter, Matthias C. Kettemann, hat kürzlich seine Doktoratsarbeit über „The Future of Individuals in International Law: Lessons from International Internet Law“ veröffentlicht, wo er die Bedeutung des Internetvölkerrechts für das allgemeine Völkerrecht untersucht hat. Herr Paulus hat heute Vormittag über die Hybridisierung des Rechts auch als Ergebnis der Erweiterung der Akteure gesprochen. In dem Zusammenhang sprechen wir oft von einem Multi-Stakeholder-Ansatz. Das ist im Internetvölkerrecht sehr gängig und damit meinen wir, dass die Internetregulierung eine Sache aller betroffenen Stakeholder sein soll. In diesem Zusammenhang kann man wahrscheinlich wirklich von einer internationalen Gemeinschaft sprechen, die natürlich nur Soft Law auf einem relativ schwachen Verbindlichkeitsgrad produzieren kann.

Aber auch die Hybridität der Regelungen ist interessant, wenn etwa Europaratstexte mit zivilgesellschaftlichen Texten zusammenkommen und dann wiederum mit Texten aus Selbstverpflichtungen von Unternehmungen, die Self-regulation betreiben oder durch Co-regulation betroffen sind und ähnliches mehr. Dann wiederum hybride Institutionen wie ICANN, die Sie erwähnt haben. Ich glaube das ist eine der wenigen Organisationen, die einen Beirat haben, der aus Staaten besteht, also das Umgekehrte von dem, was sonst eigentlich üblich ist. Dieses Governmental Advisory Committee berät die ICANN und trägt damit auch zu ihrer Legitimität bei. Hier ist sehr stark der Aspekt der Legitimität durch Verfahren hervorzuheben. Etwa bei dem Prozess der Ausweitung der Generic Top Level Domains, wo mehr als 1.800 Anträge vorliegen, die jetzt gerade geprüft werden. Daher ist es schade, dass Alain Pellet nicht unter uns ist. Er ist nämlich der independent objector in diesem Verfahren. Das heißt, er kann Einwände gegen Verletzungen der Prinzipien des Völkerrechts oder des ordre public erheben und ist damit quasi ein Fürsprecher für die Rule of Law. Ich denke, wenn man diese Legitimierungsverfahren nicht ernst nimmt, wenn man also die Partizipation der Akteure nicht zulässt, dann kann leicht eine Situation eintreten, wie wir sie bei ACTA erlebt haben, wo letztlich das Abkommen daran gescheitert ist, dass es unter den Staaten allein vorbereitet wurde.

Ein letztes Wort noch zum Internet Governance Forum, weil Sie das auch erwähnt haben. Diese zeigt inwieweit die Tiefenstruktur der Soft Regulation, wenn ich das so sagen kann, geht, denn dort werden keine Beschlüsse gefasst, das ist geradezu das Prinzip. Aber es sind alle da, um sich zu orientieren und um das, was sie als Konsens feststellen, mitzunehmen und dann in ihre eigenen Gremien zu bringen und dort in

den Rechtsetzungsprozess einzuführen. Man darf jetzt natürlich nicht so idealistisch werden und vernachlässigen, dass es dabei auch immer große Konflikte gibt und dass es durch die Erweiterung der Zahl der Akteure nicht leichter wird. Aber generell ist doch festzustellen, dass dieser Standardsetzungsprozess, wie wir das auch im Referat von Herrn Giegerich sehr schön gesehen haben, an Breite und Tiefe enorm gewinnt. Dadurch entsteht auch ein Legitimierungsdruck auf die Entstehung völkerrechtlicher Normen im Allgemeinen, dem man sich immer weniger entziehen kann. Dies ist aber aus meiner Sicht positiv, denn dadurch gewinnt das Völkerrecht eine breitere demokratische Basis. Danke.

**Herr Flessner:** Frau Schwenzer hat darauf hingewiesen, dass der Grundsatz *iura novit curia* im englischen und amerikanischen Rechtskreis nicht anerkannt ist und deswegen auch zu Recht oder natürlicherweise bei den Schiedsgerichten nicht praktiziert wird. Tatsächlich muss in England auch im staatlichen Prozess, spätestens vom High Court aufwärts, auch das britische Recht selbst von den Anwälten dem Gericht vorgebracht werden. Daraus ergibt sich eine interessante Hybridisierung für das europäische Unionsrecht, das Großbritannien anzuwenden hat; sie zeigt sich neuerdings bei den kollisionsrechtlichen Verordnungen (Rom I, II usw.). In Großbritannien ist man der Auffassung, dass die Verordnungen vom britischen Gericht nur dann anzuwenden sind, wenn eine Prozesspartei es beantragt und – wenn die Verordnung auf ausländisches Recht verweist – seine Anwendung von der begünstigten Partei verlangt und sein behaupteter Inhalt dem Gericht nachgewiesen wird. In der Tat hat der europäische Gesetzgeber den einzelstaatlichen Gerichten nicht vorgeschrieben, wann und wie sie seine Kollisionsregeln anzuwenden haben, also etwa auch nur auf Antrag und auch mit Nachweis des fremden Rechts, wenn die Kollisionsnorm auf das – dem dortigen Staat fremde – Recht verweist. Die Briten sagen: Darüber konnte und wollte der europäische Gesetzgeber auch gar nicht bestimmen, weil das nicht Kollisionsrecht, sondern Verfahrensrecht ist; in unserem Zivilprozess besteht die Antrags- und Beweislast auch für das innerstaatliche materielle Recht. Hier beginnt die Hybridisierung. Der Gesetzgeber, der normalerweise im Nationalstaat auch über die Zivilprozessordnung und über das Verfahren verfügt, jetzt sogar in der Schweiz, kümmert sich als europäischer Unionsgesetzgeber um den Verfahrensaspekt seiner IPR-Regelung nicht, darf es vielleicht gar nicht. Das einheitlich gesetzte Recht fasert sich dann irgendwie auf, in einer etwas undeutlichen Form, je nachdem, wo das europäische Kollisionsrecht angewendet wird, nämlich je nachdem, wie die Gerichte dort mit internationalem Privatrecht und etwa anwendbarem ausländischen Recht arbeiten können, müssen oder wollen. Das ist ein Beispiel für faktische, aber durch Recht induzierte Hybridisierung.

Große Zweifel habe ich an Frau Schwenzers These, das Common Law sei zur Bedienung des internationalen Wirtschaftsverkehrs im Grundsatz anderen Rechtssystemen überlegen. Ich bringe nur zwei Beispiele: Der Anspruch aus einem Vertrag auf die vereinbarte Sach- oder Dienstleistung ist bekanntlich im englischen Recht hochproblematisch und wird dort gemieden. Mit derselben Zurückhaltung, man muss fast sagen Verkramphtheit, sehen die Engländer auch den Erfüllungsanspruch auf die Geldzahlung aus einem gegenseitigen Vertrag, auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Diesen Anspruch, der für einen verlässlichen internationalen Rechtsverkehr unbedingt einklagbar sein muss, überhaupt mit inneren Hemmungen und mit Kautelen zu versehen, halte ich für eine lebensfremde Behinderung von planender Wirtschaft und Kredit. Eine Überlegenheit des Common Law-Denkens ist da nicht zu erkennen.

Sodann die Vertragspraxis: Wir wissen, dass zivilrechtliche Verträge in der englischen und amerikanischen Praxis ungeheuer ausführlich und umständlich abgefasst sind und alles Mögliche, jede Einzelheit regeln. Die Praktiker können dort nicht auf allgemeine Grundsätze für das Vertragsrecht zurückgreifen, die in einem Zivilgesetzbuch niedergelegt sind, was den Juristen im Civil Law aber möglich ist und worin sie geschult werden. Dass diese englische und amerikanische Vertragspraxis dem internationalen Wirtschaftsverkehr dienlicher oder gemäßer sein soll als eine kürzere, mehr an Grundsätzen orientierte Vertragspraxis, wird in der Rechtsvergleichung, jedenfalls der wissenschaftlichen, in höchstem Maße bezweifelt. Und wieder haben wir hier ein wunderbares Beispiel von Hybridisierung. Leider kommt es nicht selten vor, dass selbst im nichtamerikanischen und nichtenglischen Wirtschaftsverkehr durch Anwälte – oft angloamerikanischer Kanzleien – zwischen Unternehmen, die in keinem Land mit englischer Sprache ihren Sitz haben, Verträge nach englischem Muster in englischer Sprache verfasst werden, in die auch noch hinein geschrieben wird, dass das Recht des (nicht-anglophonen) Staates X oder Y anwendbar sein soll. Es gibt also etwa Verträge in englischer Sprache, mit englischen Rechtsbegriffen und mit dem dahinter stehenden Common Law-Vorverständnis, die nach deutschem Recht zu beurteilen sind. Das ist Hybridisierung in Potenz! Sie verdient eigentlich eine eigene wissenschaftliche Untersuchung.

**Herr Hess:** Ich würde meinerseits gerne, Frau Schwenzer, auf Ihr anregendes Referat reagieren. Ich stimme Ihnen im Ausgangspunkt zu, dass Standards, die sich international durchsetzen, eine Annäherung zwischen Common Law und kontinentalem Recht bewirken können. Sie haben sodann gesagt, und auch insofern stimme ich Ihnen zu, dies sei in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit besonders sichtbar. Dann haben Sie jedoch ausgeführt, dass sich die Harmonisierung in den nationalen Verfahrensrechten noch nicht gleichermaßen durchgesetzt habe. Ich glaube freilich, der heutige Tag ist sozusagen fast der letzte historische Moment, an dem man das so konstatieren kann. Ich darf dazu mehrere aktuelle Beispiele nennen:

Zunächst: die Europäische Patentgerichtsbarkeit. Wenn Sie sich dort das – unlängst vorgeschlagene – Verfahren anschauen, dann finden Sie die UNIDROIT-Principles on Transnational Litigation als Modell. Diese Entwicklung ist, so denke ich, ein ganz interessantes Beispiel, welches zeigt, wie auch innerhalb der staatlichen oder innerhalb der (partiell) internationalisierten, staatlichen Gerichtsbarkeit die Rechtsentwicklung der Rechtskreise sich aufeinander zubewegt.

Das zweite Beispiel betrifft den Schutz des geistigen Eigentums. Die bald ein Jahrzehnt alte sog. Enforcement-Richtlinie (2004) zeigt, wie sich weit reichende Informations- und Auskunftsansprüche aus einer Perspektive des Common Law, soweit man das so einfach sagen kann, weltweit durchsetzen und die kontinentalen Rechtsordnungen nachhaltig verändern. In Deutschland befinden wir uns sicherlich immer noch auf der „Langen Reise in die prozessuale Moderne“, aber wir sind auch schon ein Stück weiter gekommen seit Peter Schlosser 1991 seinen bahnbrechenden Aufsatz unter diesem Titel veröffentlicht hat. Und wenn man den Blick erweitert, dann gibt es derzeit die Diskussion um die Einführung kollektiver Rechtsbehelfe in Europa. Auch dort geht es um ein Rechtsimplantat, und auch dort wird rechtspolitisch diskutiert, ob ein Regelungsmechanismus, der ursprünglich aus den USA kommt, bei aller rechtspolitischen Begeisterung so unbesehen übernommen werden kann.

Ein weiteres Rechtsimplantat (und drittes Beispiel) ist die sog. alternative dispute resolution, insbesondere die sog. Mediation. Hier ist die rechtspolitische Bilanz positiv. Ein Beispiel für eine gelungene Übernahme und Adaption anglo-amerikanischer Modelle innerhalb eines kontinentalen Prozessrechts ist die gerichtsinterne Mediation in Deutschland, die im Ergebnis nicht viel mit dem originären amerikanischen Modell zu tun hat. Dennoch handelt es sich hier um einen sehr positiven Bereich einer internationalen Inspiration, die von den lokalen „stakeholders“ (sprich: Richter) adaptiert wurde. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich nationale Verfahrensrechte in einer ganz nachhaltigen Umbruchsphase befinden – das muss gar nicht schlecht sein. Vor diesem Hintergrund hat schließlich die Prozessrechtsvergleichung in den letzten Jahren einen ungeheuren Aufschub bekommen – aber hier gibt es immer noch vielfältige Bereiche, die wissenschaftlicher Erschließung harren. Insgesamt lässt sich jedoch konstatieren: Die nationalen Prozessrechte haben sich bereits oder müssen sich im Hinblick auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen öffnen, die ihrerseits nachhaltig von der Europäisierung und der Globalisierung bestimmt werden. Sofern diese Entwicklungen zum bescheidenen und reflektierten Umgang mit dem eigenen Recht führen (denn dieses ist immer nur einer von vielen guten Lösungswegen), mag dies eine gute Entwicklung sein.

Ich möchte schließlich noch eine praktische Frage des Kollisionsrechtlers an die Kollegen aus dem Völkerrecht stellen; zu einem Thema, das mich zunehmend beschäftigt: Im Rahmen der Haager IPR-Konferenz gibt es Tendenzen, die die beiden Rechtsgebiete zusammenführen und damit beide Referate betreffen. Es geht um Folgendes: Die Haager IPR-Konferenz hat bekanntlich seit mehreren Jahrzehnten vielfältige völkerrechtliche Übereinkommen zum internationalen Rechtsverkehr erarbeitet. Diese werden von diplomatischen Konferenzen sachkundig verhandelt, sodann von Experten kommentiert, dann von den Vertragsstaaten in den nachfolgenden Jahrzehnten (mehr oder minder vollständig) ratifiziert und sind angesichts des mühseligen Rechtsetzungsprozesses schnell vom Regelungsgehalt her veraltet. Damit stellt sich das Problem einer Anpassung der überkommenen (bzw. überalterten) Übereinkommen an moderne Entwicklungen. Um ein Beispiel zu nennen: Man erarbeitete etwa im Jahr 1965 ein Übereinkommen zur Internationalen Zustellung, heute fragt man: erfasst das Übereinkommen auch den sog. electronic service (etwa Zustellungen per e-mail) – der im Jahre 1965 unvorstellbar war? Das Problem hat die Haager IPR-Konferenz längst erkannt und agiert jetzt unterhalb dieser völkerrechtlichen Aufgreifschwelle, unterhalb der förmlichen Abänderung des völkerrechtlichen Vertrages. Stattdessen gibt es offizielle Handbücher, die best practices zur Zustellung mit elektronischen Mitteln formulieren, die also weit über den ursprünglichen Normtext hinausgehen. Für diese Entwicklungen gibt es keine harte völkerrechtliche Basis, vielmehr erscheint diese Praxis als eine Form von Soft Law jenseits der Texte der völkerrechtlichen Übereinkommen. Wie können wir eigentlich diese Entwicklungen einschätzen? Die diplomatischen Konferenzen bei der Haager IPR-Konferenz billigen regelmäßig die entsprechenden „wissenschaftlichen Berichte“ der Experten zu den Übereinkommen und bemühen sich um die Schaffung einer gewissen Legitimität. Die rechtsdogmatische und rechtspraktische Frage lautet hingegen: welche Rechtsbindung können derartige, formell gebilligte Berichte eigentlich entfalten?

**Herr Siehr:** Kurt Siehr, Zürich und Hamburg. Eine kurze Frage zu dem schönen Referat von Ingeborg Schwenzer. Was sind Swiss Proposals?

**Frau Coester-Waltjen:** Danke schön, ich gebe gleich das Wort weiter an Frau Schwenzer, die sich besonders über das letzte Stichwort freut.

**Frau Schwenzer:** Ja, ganz herzlichen Dank. Ich darf beginnen mit der Frage der Standards, die von Herrn Klein und Herrn Weber angesprochen wurde. In der Tat, wir haben uns nicht verständigt, was wir jeweils unter Standards begreifen. Ich bin für mein Referat davon ausgegangen, dass ich mir anschauen wollte, inwieweit sich im Privatrecht sich entwickelnde einheitliche Prinzipien finden. Ich habe weniger das Augenmerk darauf gelegt, ob sich diese in Hard Law oder in Soft Law finden.

Herr Weber, Sie haben darauf hingewiesen, dass es eine ganze Reihe von Soft Law Prinzipien im Privatrecht gebe. Sie haben auf Incoterms, model contracts, model clauses verwiesen, UCP 600 könnte man ebenfalls nennen. Für mich stellt sich indes die Frage: Ist das wirklich Soft Law? Denn Incoterms, UCP 600, model contracts oder model clauses, auch von der ICC für verschiedene Bereiche entworfen, werden Vertragsbestandteil nur durch Vereinbarung der Parteien. Die Parteien müssen explizit Bezug nehmen auf beispielsweise FCA Incoterm 2010, dann wird diese Incoterm Vertragsbestandteil. Dann stellt sich natürlich die Frage, was diese Incoterm bedeutet. Wir befinden uns da im Bereich des Internationalen Handelsbrauches und die Auslegung erfolgt entsprechend der Auslegung, die die ICC dieser Incoterm beigemessen hat. Von daher glaube ich, dass, wenn wir überhaupt insoweit von Soft Law sprechen können, diese Prinzipien sich doch grundlegend von dem unterscheiden, was Sie, Herr Giegerich, uns berichtet haben: Soft Law Standards, die Verbindlichkeit erheischen.

Herr Flessner, iura novit curia, ich gebe Ihnen völlig Recht, in der Praxis gibt es wahrscheinlich iura novit curia im englischen Recht nicht. Wenn Sie allerdings theoretische Ausführungen zurate ziehen, dann wird dieses Prinzip auch für das englische Recht postuliert. Wir haben im Augenblick im CISG ein größeres Problem mit dieser Frage und wir streiten uns auf internationaler Ebene. Der CISG Advisory Council versucht durch Opinions eine einheitliche Auslegung des CISG herbeizuführen; dessen Opinions werden übrigens bereits als persuasive authority von Gerichten verschiedener Staaten angewandt. Wir haben derzeit eine Opinion in Arbeit zu der Frage, inwiefern oder wann Parteien das CISG abbedungen haben. Ein wichtiger Punkt, der international unterschiedlich gesehen wird, ist das Problem „litigating under the wrong law“. Das heißt, was passiert, wenn weder die Parteien, die Parteien-Vertreter, noch die Gerichte erkannt haben, dass eigentlich das CISG zur Anwendung kommt. Die Parteien haben durch zwei Instanzen in der Regel unter nationalem Recht gestritten und in der dritten Instanz merkt plötzlich jemand, dass gar nicht nationales Recht zur Anwendung kommt, sondern eben das CISG als internationale Konvention. Vor allem australische Richter etwa haben wiederholt gesagt, die Parteien hätten nichts vorgetragen zum anwendbaren Recht, sie hätten nicht vorgetragen, dass das CISG Anwendung findet, warum sollten australische Richter jetzt plötzlich das CISG anwenden? Ich denke, die Antwort ist ganz einfach: Es ist eine völkerrechtliche Verpflichtung, das CISG anzuwenden, auch wenn die Parteien sich nicht darauf berufen haben. Hier kommt das Prinzip iura novit curia verschärft zur Geltung, und wir sind dabei, intensiv darüber zu diskutieren.

Sie haben meiner These widersprochen, dass ich das Common Law für überlegen halte, und Sie haben zwei Beispiele gebracht: das Eine der Erfüllungsanspruch bei Geldansprüchen. In der Tat, ich denke, dass eine Einschränkung des Erfüllungsanspruches auch bei Geldansprüchen für die internationale Praxis erforderlich ist. Nehmen Sie

folgendes Beispiel: Sie schließen heute einen Vertrag auf Herstellung einer Ware, der Verkäufer hat noch keinerlei Anstrengungen unternommen, sich das Material zu besorgen, geschweige denn angefangen mit der Herstellung, und morgen merkt der Käufer, dass er die Ware nicht benötigt. In allen nationalen Rechtsordnungen besteht die Möglichkeit, dass der Käufer aus diesem Vertrag heraus kommt. Wenn Sie hier einen Erfüllungsanspruch gewähren, dann geben Sie dem Verkäufer die Möglichkeit, fünf Monate lang zu produzieren und dem Käufer eine Leistung aufzuzwingen, die er zu dem Zeitpunkt schon nicht mehr gewollt hat, als für den Verkäufer durch die Vertragsaufsage noch kein Schaden entstanden ist. Wir sind auf internationaler Ebene gerade dabei, diese Frage zu diskutieren. Die UNIDROIT-Principles haben das Problem noch nicht gesehen, aber etwa die Revision des amerikanischen Uniform Commercial Code von 2003 sieht hier eine Einschränkung des Kaufpreisanspruches vor.

Die Vertragspraxis: Natürlich haben wir es hier mit Hybridisierung zu tun. Während wir vor zwanzig Jahren noch einen Millionenvertrag in deutscher Sprache von zwei Seiten geschlossen haben, ist das heute nicht mehr denkbar. Das ist vor allen Dingen auch nicht denkbar, wenn Sie auf der Gegenseite eine Phalanx von amerikanischen Anwälten sitzen haben und dann ihrerseits jetzt in Pulks auftreten – also auch in der gesamten Anwaltspraxis findet Hybridisierung statt. Aber auch in anderen Bereichen: Da man heute damit rechnen muss, dass ein Schiedsverfahren auf Englisch geführt wird, werden alle Akten bereits von Anfang an auf Englisch geführt. Oder ein anderes Beispiel: Die großen Pharmakonzerne in Basel, wo viele der Angestellten gar kein Deutsch sprechen, schreiben Bauarbeiten in Basel heute auf Englisch aus. Und die Akten werden selbstverständlich auf Englisch geführt. Interessant ist auch, dass in der Schweiz, wo früher selbstverständlich jeder die Sprache des anderen verstanden hat, inzwischen unter den großen Büros, die ein Büro in Zürich und in Genf haben, Arbeitssprache meist Englisch und nicht Deutsch oder Französisch ist. Aber wie gesagt, das hängt damit zusammen, dass auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Englisch Verhandlungssprache ist und wir die Akten auf Englisch führen müssen, um kostspielige Übersetzungen zu verhindern.

Kurt Siehr, herzlichen Dank für die Frage nach dem Swiss Proposal. Die Schweiz hat im Juli letztes Jahr bei der plenary session von UNCITRAL, der United Nations Commission on International Trade Law, den Antrag gestellt, dass UNCITRAL die „desirability and feasibility of a UNCITRAL general contract law“ prüfen möge. Der Hintergrund für dieses Proposal war die Erkenntnis, dass wir global, aber auch regional Tendenzen verzeichnen, die auf eine Harmonisierung und Vereinheitlichung ausgerichtet sind, und dass diese Tendenzen deutlich machen, dass ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung besteht. Andererseits reichen vorliegende Einheitsinstrumente nicht aus, um die wirtschaftlichen Bedürfnisse zu stillen. Einmal ist das CISG lückenhaft. Zum anderen sehen die UNIDROIT-Principles, die ich angesprochen habe, seit 2010 zwar ein allgemeines Vertragsrecht vor. Aber dort besteht zum einen das Problem, dass sie Soft Law sind und ein opting-in nicht stattfindet. Die Parteien wählen die UNIDROIT-Principles nicht, weil die darunter zu erzielenden Ergebnisse nicht vorhersehbar sind. Wir wissen nicht, was bei einem Fall, der unter UNIDROIT-Principles entschieden werden würde, herauskommt. Zum anderen hat UNIDROIT nicht die Legitimitätsfunktion, die UNCITRAL besitzt. Schließlich sind die UNIDROIT-Principles sehr stark durch das französische Recht beeinflusst und in weiten Bereichen für Common Law Lawyers nicht akzeptabel, so dass man insoweit andere Lösungen schaffen muss.

te. Regionale Rechtsvereinheitlichung ist aus Sicht der Schweiz hoch problematisch, denn sie führt dazu, dass eine dritte Schicht Rechtsregeln dazukommt. Wir haben dann domestic contracts, regional contracts and global contracts und das führt zu weiteren Handelshemmnissen, statt tatsächlich den Handel zu erleichtern, wenn etwa die AGB auf drei verschiedene Regelwerke abgestimmt werden müssen. Die Frage, die sich natürlich stellt, ist, welches Instrument in Betracht kommt für ein derartiges Unterfangen. Ich denke hier an eine Konvention, weil allein eine Konvention zu mehr Vorhersehbarkeit als ein Modellgesetz führt, das den Staaten Ermessensspielräume erhalten, das nationales Recht werden und dann vor dem eigenen nationalen Hintergrund ausgelegt werden würde und wo nicht die Verpflichtung bestünde, den internationalen Charakter bei der Auslegung zu beachten. Deshalb sollte es in Richtung Konvention gehen. Die Hoffnungen, die sich damit verbinden, sind in meinen Augen groß, denn wir haben Instrumente, mit Hilfe derer eine einheitliche Auslegung sichergestellt werden kann. Es ist zwar heute Vormittag angeklungen, dass es ein Manko vor allem des CISG sei, dass es keine einheitliche Auslegungsinstanz in Form eines obersten Gerichtes gebe, aber wir haben eine ganze Reihe von Instrumenten, die eine einheitliche Auslegung gewährleisten und die immer mehr verfeinert werden. Wir haben CLOUT, das ist ein Berichtssystem von UNCITRAL für Case Law und UNCITRAL Texts, dann haben wir den UNCITRAL Digest, der in zweiter Auflage vorliegt, wir haben etwa den CISG Advisory Council, dessen Ziel die einheitliche Auslegung ist – so etwas würde sich natürlich auch bilden, wenn wir ein allgemeines Vertragsrechtsinstrument hätten. Wir haben internationale Kommentare, die auf rechtsvergleichender Basis mittlerweile in vielen Sprachen Leitlinien für die einheitliche Auslegung zu geben vermögen.

Herr Hess, ich danke Ihnen für die wichtige Ergänzung, die Sie gemacht haben. In der Tat, man könnte auch im Prozessrecht noch eine ganze Reihe von Harmonisierungs- und Vereinheitlichungstendenzen aufzeigen. Ich war vielleicht ein bisschen zu sehr an unserer Schweizerischen Zivilprozessordnung orientiert. Wir sind ja stolz, dass es schließlich auf den ersten Januar 2011 geklappt hat, endlich eine eidgenössische Zivilprozessordnung ins Leben zu rufen. Da waren natürlich Themen wie Class Action im Vorfeld schon im Spiel, aber wir waren noch sehr weit weg davon, diese internationalen Anregungen aufzunehmen. Hier ging es erst einmal darum, einen Konsens zwischen den Kantonen in Richtung eidgenössische ZPO zu ermöglichen. Dankeschön.

**Herr Giegerich:** Ich habe nur noch fünf Minuten und muss ganz schnell machen. Ich fange an mit Frau Platzöder. Sie haben völlig Recht, Art. 211 Abs. 2 UNCLoS ist natürlich Hard Law, allerdings werden dort Soft-Law-Standards der IMO in Bezug genommen und damit verrechtlicht.

Anne Peters, warum ich die Legalitätsverantwortung bei der Hochzonung strenger sehe als bei der Privatisierung: Ich habe ein „wohl“ eingefügt, ich bin mir da nicht so sicher. Ich finde keine EGMR-Rechtsprechung dazu. Es gibt einen Fall, der mit Standards allerdings nichts zu tun hat, nämlich den Fall Appleby. Da hatte eine englische Stadt ihr Stadtzentrum an einen privaten Investor veräußert, der ein großes privates Einkaufszentrum errichtete. Als dort irgendwelche politisch Interessierten Handzettel verteilen wollten, wurde ihnen dies vom privaten Eigentümer verboten. Und dann hat der EGMR mit abweichender Meinung von Richter Maruste, aber ansonsten einstimmig, gesagt: Der Staat braucht, wenn er ein Stadtzentrum privatisiert, nicht dafür zu sorgen, dass der private Investor Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit in

gleicher Weise zulässt, wie sie früher auf dem kommunalen Marktplatz zulässig waren, solange es noch andere öffentliche Straßen gibt und damit ein Mindeststandard an Freiheit gewährleistet ist. Deswegen war ich einfach etwas vorsichtig. Als sachlichen Grund für eine solche Privilegierung der Privatisierung könnte man an Folgendes denken: Durch eine solche Privatisierung wächst das Ausmaß gesellschaftlicher Freiheit insgesamt – Herr Tomuschat hört schon aufmerksam zu, weil er diesen Punkt auch angesprochen hat. Durch diese Zunahme an Freiheit insgesamt wird vielleicht eine Privatisierung menschenrechtlich von vornherein erträglicher als die Begründung neuer Hoheitsrechte bei internationalen Organisationen.

Herr Tomuschat, Sie haben völlig Recht, Soft-Law-Standards können Ausdruck gesellschaftlicher Freiheit sein, und wir wollen natürlich auch in dieser Hinsicht keine totale Überwachung durch den Staat erleben. Ich finde nur, es beginnt kritisch zu werden, wenn Private Herrschaft ausüben. Darüber muss der Staat bzw. müssen die Staaten die Kontrolle behalten. Die Frage ist, wann fängt die Setzung von Standards an in Herrschaftsausübung auszuarten. Ich habe das mit dem Begriff der determinativen Standards auszudrücken versucht, der viele Unschärfen hat. Ich bin mir darüber im Klaren, dass die gesellschaftliche Freiheit ein hohes Gut ist und dass natürlich der Ausübung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung unter Umständen auch Freiheitsrechte entgegenstehen können. Dass also private Unternehmen, etwa wenn sie Standards setzen, staatlichen Eingriffen entgegenhalten könnten: Wir üben damit unsere Freiheit aus, deshalb darf der Staat uns das nicht verbieten. Man muss dann im Einzelfall staatliche Gewährleistungsverantwortung und individuelle Freiheit ausbalancieren. Aber Sie haben natürlich völlig Recht mit Ihrem Hinweis.

Herr Fitschen fragt nach dem Ausmaß an Verantwortung, die das Auswärtige Amt wahrnehmen müsste. Keine Sorge, aufmerksam beobachten müssen Sie die Lage erst, sobald Private anfangen, Herrschaft auszuüben. Das kommt ja meistens für die Staaten nicht von ungefähr. Entweder delegieren sie Herrschaftsmacht, dann müssen sie sowieso aufpassen, an wen sie delegieren und wie die Macht ausgeübt wird. Oder die Staaten lassen die Privatisierung der Standardsetzung geschehen bzw. provozieren private Standardsetzung sogar durch eigene Regulierungszurückhaltung, dann müssen sie ebenfalls aufpassen. Also ist die staatliche Verantwortung nicht allzu groß, aber die Regierungen müssen die Entwicklung schon unter Beobachtung halten.

Frau Kaufmann, die UNO-Leitsätze, die auf John Ruggie zurückgehen, habe ich in einer Fußnote vermerkt, aber aus Zeitgründen nicht erwähnt. Ich finde es wunderbar, dass es sie gibt, und bin dafür wirklich dankbar. Das ist so ein Fall, in dem Soft Law einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur International Rule of Law gegangen ist, hier zur Machtkontrolle der multinationalen Unternehmen. Obwohl ich für sie dankbar bin, reichen die Leitsätze letztlich nicht aus, deswegen gebe ich mich mit ihnen allein nicht zufrieden. Ich freue mich auch, wenn andere internationale Organisationen, die OECD zum Beispiel, auch die ILO (vgl. die Tripartite Declaration), in dieser Hinsicht Soft Law ausbilden. Das sind alles wichtige Schritte auf dem Weg zum Ziel, aber offensichtlich reichen sie noch nicht aus, um die Macht der Multis effektiv unter Kontrolle zu halten.

Herr Weber, zur ICANN Governance und den Internet Principles, die andere internationale Organisationen entwickeln, würde ich fast das Gleiche sagen wie zu Frau Kaufmann. Ich bin sehr dankbar, dass es solches Soft Law gibt. Zur Einhegung von Macht im Internetbereich reicht es aber möglicherweise nicht aus, vielleicht braucht man am

Ende doch noch entweder mehr Soft Law oder sogar Hard Law. Aber hier ist sicherlich eine positive Entwicklung zu verzeichnen, schon weil entsprechendes Problembewusstsein entstanden ist.

Herr Benedek: Sie haben Recht, dass der Standardsetzungsprozess sich allmählich zu verbessern beginnt. Die Staaten werden sich ihrer Gewährleistungsverantwortung langsam bewusst, und das ist ein positiver Prozess, aber man muss sie noch ein bisschen in diese Richtung drängen, damit der Prozess weitergeht.

Und dann schließlich zu Herrn Hess: Solche Handbücher der Haager IPR-Konferenz zu Best Practices würde ich in der Tat unter den Standard-Begriff subsumieren. Sie stellen Anleitungsbücher für die Interpretation der entsprechenden Konventionen dar. Wenn sie sogar von der Konferenz gebilligt werden, erhalten sie auch Legitimität durch die Parteien und könnten eventuell der Beginn der Einleitung eines neuen Hard-Law-Entwicklungsprozesses sein, also bewirken, dass man allmählich die Konvention an die modernen Entwicklungen anpasst. (Zwischenbemerkung aus dem Publikum)

Sie werden nicht von der Konferenz gebilligt? Nun gut, dann bleibt es aber dabei, dass sie den Interpretationshintergrund zur betreffenden Konvention bilden.

Vielen Dank für die vielen Anregungen, die ich bekommen habe. Ich habe sie alle fein säuberlich mitnotiert und werde versuchen, sie in die Endfassung einzuarbeiten.

**Frau Coester-Waltjen:** Recht herzlichen Dank Herr Giegerich. Es ist 18.14 Uhr, es bleibt eine Minute Zeit, um all den Vortragenden des heutigen Tages und all den Diskutanten ganz herzlich zu danken. Ich hoffe, dass wir uns morgen früh in alter Frische hier wieder im Hörsaal treffen werden.

(Applaus)