Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht

Von Prof. Dr. Ralf Michaels, Durham, NC*

I. Thema und Methode
a) Rollenverständnis, Rolle und Paradigma
b) Methode
c) Eingrenzung des Themas

II. Das Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit
a) Staatsbürger und Weltbürger
i) Dogmatik: das transnationale System der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
ii) Soziologie: die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als kosmopolitische Gemeinschaft
iii) Exkus: Grenzen der Transnationalisierung staatlicher Gerichte
b) Praktiker und Wissenschaftler
i) Der Schiedsrechtler als (Rechts-) Honoratior
ii) Der Schiedsrechtler als Professioneller und Unternehmer
iii) Der Schiedsrechtler als Wissenschaftler
iv) Der Schiedsrechtler als Rechtstheoretiker und Philosoph
v) Der Schiedsrechtler als Visionär und Träumer
c) Öffentliche und private Rolle
i) Richter oder Dienstleister
ii) Die Verbindungsthese und ihre Lücken
iii) Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit?

III. Materielles Privatrecht jenseits des Staates: Private Rechtsetzung
a) Staatsbürger oder Weltbürger
i) Juristische Faktoren: Kodifikation und Materialisierung
ii) Soziologische Faktoren: Ausbildung und Berufsbild
b) Praktiker und Wissenschaftler
i) Der Praktiker als Rechtserzeuger? Lex Mercatoria
ii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 1: Privatkodifikationen
iii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 2: Der gemeinsame Referenzrahmen
iv) Der Privatkodifikator als Professioneller und Unternehmer
v) Der Privatrechtler als Träumer
c) Öffentliche und private Rolle
i) Legitimation und Geltung
ii) Zwingende Normen

IV. Schluss

Thesen zum Referat

Summary

---

* Professor of Law, Duke University. Dies ist die überarbeitete und erweiterte Aufsatzfassung meines Vortrags vor der (damals noch so genannten) Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Vollständigkeit in den Nachweisen wäre unmöglich. Dank für wertvolle Hinweise gebührt Jan Kleinheisterkamp, Nils Jansen, Anne Peters und Reinhard Zimmermann.

I. Thema und Methode

> Darum ist es nicht Anmaaßung, sondern recht und gut, wenn jeder, der ein Herz hat für seinen Beruf und eine klare Anschauung von demselben, diese Anschauung öffentlich mittheilt und die Rechtsgelehrten dürfen darin am wenigsten zurück bleiben. Denn gerade im bürgerlichen Rechte ist der Unterschied der gegenwärtigen und der vergangenen Zeit recht augenscheinlich. Ohne Zweifel kann auch hierin im einzelnen noch viel Verkehrtes geschehen aus Unverstand oder bösem Willen. Aber die erste Frage darf doch wieder seyn: was ist recht und gut?

Diese Worte finden sich gleich zu Anfang von Savignys berühmtem Text „Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft".[1] Der Text ist fast 200 Jahre alt, und doch passt das Zitat auf mein Thema, als wäre es heute geschrieben. „Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", also Savignys Thema, das benennt Praktiker und die Rechtsdenker, die ich behandeln soll (obwohl Savigny jedenfalls im Titel unter den Praktikern die Richter und Anwälte auslässt). Wie zu Savignys Zeit ist auch heute der Unterschied im Recht, zumal dem bürgerlichen Recht, zwischen der gegenwärtigen und der vergangenen Zeit „recht augenscheinlich". Das Privatrecht löst sich vom Staat mit seinem politischen Apparat; es wird europäisiert, globalisiert, und privatisiert.[2] Die nationale Rechtsprechung sieht sich zunehmend im Wettbewerb, oder in Arbeitsteilung, mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Materielles Privatrecht wird zunehmend supranational erzeugt (insbesondere in der EU, aber auch weltweit); daneben gibt es auch die nichtstaatliche, private Erzeugung,[3] als lex mercatoria,[4] aber auch als Privatkodifikation.[5] Dieses neue, transnationale Privatrecht,[6] ist noch auf der Suche nach seiner Identität; „viel Verkehrtes [geschieht] aus Unverstand oder bösem Willen."

---

1 *Friedrich Carl v. Savigny*, Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Heidelberg: Mohr & Zimmer 1814, Neudruck Keip 1997) 1f., auch in *Hans Hattenhauer* (Hg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften (1973) 95, 98.

2 Zu Thema und Trias, siehe *Ralf Michaels/Nils Jansen*, Private Law Beyond the State. Europeanization, Globalization, Privatization, in *Nils Jansen/Ralf Michaels* (Hg.), Beyond the State? Rethinking Private Law (Mohr/Siebeck 2009) 69 ff.

3 Dazu zuletzt *Jan Smits*, Private Law 2.0. On the Role of Private Actors in a Post-National Society (Den Haag: Eleven, 2011).

4 Die Literatur ist nicht mehr zu überblicken. Für meine eigenen Zweifel daran, ob es wirklich ein autonomes System der lex mercatoria gibt, siehe *Ralf Michaels*, The True Lex Mercatoria–Global Law Beyond the State, Ind. J. of Global Leg. Stud. 14 (2007) 447 ff.

5 Zum Begriff *Catherine Kessedjian*, La codification privée, in Allegría Borràs (Hg.), E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz (1996) 135 ff.; *Ralf Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, RabelsZ 62 (1998) 580 ff.; umfassend zum Phänomen jetzt *Nils Jansen*, The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective (2010), allerdings mit Kritik am Begriff ebenda 7.

6 Der Begriff wird hier bewusst unscharf verwandt; für eine neuere Begriffsbestimmung und Theorisierung, siehe *Gralff-Peter Calliess/Peer Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code – A Theory of Transnational Private Law (2010) und *meine* Bespr. in RabelsZ (im Ersch.); siehe auch jetzt das Sonderheft 38/1 (2011) des J. Law & Soc'y zum Thema „The Challenge of Transnational

Wie 1814 ist auch heute wieder der Jurist – Praktiker wie Theoretiker – aufgerufen, „eine klare Anschauung“ von seinem Beruf, mitzuteilen. Mit dem Beruf geht es schon Savigny um mein heutiges Thema: das Rollenverständnis, das Verhältnis, das der Jurist zu seiner Disziplin einnimmt. Beruf ist dabei ein angemenssen ambivalenter Begriff: er bezeichnet sowohl Beruf als auch Berufung, sowohl Profession als auch Funktion und Legitimation des Juristen. Sowohl das Rollenverständnis als auch die tatsächlich gespielte Rolle sind also umfasst.

a) Rollenverständnis, Rolle und Paradigma

Ich möchte daher mein Thema in zweierlei Hinsicht ausweiten. Erstens möchte ich mich in meinen Ausführungen nicht auf ein Rollenverständnis beschränken, also die Frage, wie Teilnehmer am Recht selbst ihre Rolle verstehen. Isoliert ist ein solches privates Verständnis nur von anekdotischem, vielleicht biographischem Interesse. Relevant wird das Verständnis erst dann, wenn man es mit der Rolle vergleicht, die der Teilnehmer tatsächlich im Recht spielt. Das Rollenverständnis ergibt sich aus der Selbstschau, die tatsächlich gespielte Rolle dagegen aus dem Zusammenhang zur Gesellschaft, aber auch zur Disziplin. Die Rollen des Praktikers und des Akademikers innerhalb einer Disziplin lassen sich nicht ohne Verständnis der Disziplin selbst bewerten.

Damit stehen zweitens Rolle und Rollenverständnis auch in einem engeren Bezug zum Generalthema der Konferenz, dem des Paradigmas. Der Begriff des Paradigmas wird häufig mit dem Werk Thomas Kuhns verbunden.[7] Erst in jüngerer Zeit wird stärker betont, wie sehr Kuhn selbst auf früheren Erkenntnissen aufbaute, insbesondere denen des polnischen Arztes, Medizinhistorikers und Wissenschaftstheoretikers Ludwik Fleck.[8] Fleck nahm viele der Gedanken von Kuhn vorweg, so auch den des Paradigmas, der bei Fleck Denkstil heißt. Mehr noch als später Kuhn betonte Fleck aber neben dem Paradigma auch die Rolle der relevanten Akteure und ihrer Zusammenarbeit in einer Konstellation, die er Denkkollektiv nannte. Das Denkkollektiv, die teils ideal gedachte, teils tatsächlich zu beobachtende, Gruppe von miteinander im Austausch stehenden Wissenschaftlern, bringt einen gemeinsamen Denkstil hervor; dieser Denkstil andererseits ist wichtig, um die Gruppe epistemisch zusammenzuhalten. Diese Idee des Denkkollektivs wurde später wiederbelebt unter dem u.a. von Peter Haas anderen populäre gemachten Begriff der epistemischen Gemeinschaft (epistemic community),[9] sie hat auch die berufs- und wissenschaftsoziologische Theorie von Bruno Latour,

---

Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates“ (auch als Buch, hg. von *Colin Scott/Fabrizio Cafaggi/Linda Senden*, 2011).

7 *Thomas S. Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (22. Aufl. 2001; original englisch, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. 1970).

8 *Ludwik Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache: Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv (8. Aufl. 1980, zuerst 1935). Siehe dazu zuletzt *Rainer Egloff*, Evolution des Erkennens – Ludwik Flecks „Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache“, in Bernhard Pörksen (Hg.), Schlüsselwerke des Konstruktivismus (2011) 60 ff.

9 *Peter M. Haas, Introduction*: Epistemic Communities and International Policy Coordination, International Organization 46 (1992) 1 ff.

insbesondere die science and technology studies, maßgeblich beeinflusst.[10] Alle diese Ansätze sind auch für das Recht zu verwenden.[11]

Haas definiert epistemische Gemeinschaften aufgrund vierer Charakteristika: gemeinsame normative und prinzipielle Überzeugungen, gemeinsame Ansichten über Probleme und Lösungen, ein gemeinsames Verständnis von Geltung und Gewicht von Argumenten, und ein gemeinsames Projekt im weiteren Sinne.[12] Darüber hinaus ist Einigkeit nicht vorausgesetzt. Die epistemische Gemeinschaft mag bezüglich bestimmter Determinanten einig sein und sein müssen, aber das bedeutet nicht, dass nicht innerhalb der Gemeinschaft um Bedeutung und Deutungshoheit gekämpft wird.

b) Methode

Mein Themenverständnis hat methodische Relevanz in zweierlei Hinsicht. Es bedeutet erstens, dass das Rollenverständnis sich auch und gerade in Stellungnahmen zu dogmatischen Fragen zeigen muss, also in der Rolle, die Akteure tatsächlich spielen. Ich stütze mich daher, bewusst anders als Anne Peters in ihrem hervorragenden Parallelreferat zum Völkerrecht,[13] nur teilweise auf Selbstdarstellungen. Für die Verwertung von Interviews fühle ich mich nicht hinreichend ausgebildet. Andere Selbstdarstellungen sind, jedenfalls isoliert, dubios. Ernst Stiefel hat nicht völlig unrecht: „Autobiographien von Juristen und insbesondere Anwälten sind entweder langweilig oder eitel oder indiskret oder alles zusammen“[14] Neben Selbstdarstellungen bin ich daher vor allem daran interessiert, welches Rollenverständnis sich in Stellungnahmen zu dogmatischen und theoretischen Fragen des Privatrechts widerspiegeln.[15]

---

10 Zum Einfluss auch *Bruno Latour*, Learning our Political Epistemology from Ludwik Fleck, http://www.collegium.ethz.ch/fileadmin/110526_latsis_latour.mov.

11 Zu Kuhn etwa *Ralf Michaels*, Two Paradigms of Jurisdiction, Mich. J. Int'l. 27 (2006) 1003, 1022 ff.; zu Fleck *Jan C Joerden*, Zur Entstehung und Entwicklung einer rechtswissenschaftlichen Tatsache, in *Bożena Chołuj/Jan C Joerden* (Hg.), Von der wissenschaftlichen Tatsache zur Wissensproduktion: Ludwik Fleck und seine Bedeutung für die Wissenschaft und Praxis (2007) 325 ff.; zu Latour *ders.*, La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'Etat (2004).

12 *Haas* (Fn. 99) 3. Das ausführliche Zitat lautet so:
(1) a *shared set of normative and principled beliefs*, which provide a value-based rationale for the social action of community members
(2) *shared causal beliefs,* which are derived from their analysis of practices leading or contributing to a central set of problems in their domain and which then serve as the basis for elucidating the multiple linkages between possible policy actions and desired outcomes
(3) *shared notions of validity*—that is, intersubjective, internally defined criteria for weighing and validating knowledge in the domain of their expertise;
(4) *a common policy enterprise*—that is, a set of common practices associated with a set of problems to which their professional competence is directed, presumably out of the conviction that human welfare will be enhanced as a consequence.

13 *Anne Peters*, Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern (endgültiger Titel?), in diesem Band.

14 *Ernst C. Stiefel*, Eröffnungsansprache, in *Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael H. Hoeflich* (Hg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland (1993) 1, 1.

15 Zum Verhältnis immer noch lesenswert *Josef Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in Fritz Baur u.a. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag (1974) 517 ff.

Zweitens bedeutet der Zusammenhang zwischen Rolle und Paradigma, dass Rolle und Rollenverständnis nicht frei gewählt ist, sondern von bestimmten, historisch bedingten, gesellschaftlichen, ökonomischen und politischen Faktoren abhängt; auch diese wollen zumindest angedeutet werden.[16] Sowohl der Praktiker als auch der Rechtsdenker agieren nicht isoliert von der Gesellschaft (auch wenn sie das manchmal behaupten), sondern unter tatsächlichen Zwängen einerseits, unter Bedingungen des Wettbewerbs um Einkommen und Fördermittel, aber auch gesellschaftliche und berufsspezifische Anerkennung anderseits. Der Beruf „unserer Zeit" ist eben genau das: nicht ein idealisiertes oder universelles Konzept, sondern ein raum- und zeitabhängiges.

Tatsächlich ist „unsere Zeit" nicht in jeglicher Hinsicht so wie die Savignys im Jahre 1814: Zwar ist es richtig, dass wir heute, so wie zu Beginn des 19. Jahrhunderts, ein Erstarken des privaten Sektors konstituieren, ein Freimachen privater, insbesondere wirtschaftlicher Kräfte von der Kontrolle des Staates. So wird zurecht darauf hingewiesen, dass das 19. Jahrhundert eine erste Globalisierung erlebte.[17] Jene Globalisierung war aber anders als die heutige, und auch im Recht spiegelt sich die Parallele nur unvollständig wider. Im frühen 19. Jahrhundert, vor der industriellen Revolution, konnte man – vielleicht – noch ein Privatrecht vertreten, das streng vom öffentlichen Recht getrennt und nur privaten Interessen verpflichtet war.[18] Dieses Privatrecht war inhaltlich ganz weitgehend außerstaatlich, selbst da wo es formal in Form einer Kodifikation daherkam. Das 20. Jahrhundert indes hat diesen Glauben an ein unpolitisches Privatrecht zerstört. Interessenjurisprudenz und Freirechtschule in Deutschland, Rechtsrealismus in den USA, haben zu der Überzeugung geführt, dass es, jedenfalls im *staatlichen* Privatrecht jedenfalls auch um governance geht, dass das Privatrecht und damit auch der Privatrechtler auch eine politische und regulatorische Funktion erfüllt.[19] Das gilt unabhängig davon, ob man diese regulatorische Funktion im paternalistischen Eingriff in den Markt sieht, oder in der liberalen Ermöglichung optimaler Marktkonditionen, ob der Privatrechtler also social engineer ist oder ordoliberaler Nachtwächter. Privatrecht lässt sich ohne seine gesellschaftliche Relevanz nicht mehr denken. Wenn, überspitzt gesagt, im 19. Jahrhundert Staat und Gesellschaft konzeptionell getrennt werden konnten, so stehen sie im 21. Jahrhundert eher in einem

---

16 Vgl. auch *Ralf Michaels*, Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?, RabelsZ 69 (2005) 525 ff.

17 Insb. *Jürgen Osterhammel*, Die Verwandlung der Welt – Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts (2011).

18 Zur Geschichte dieser Trennung ist viel geschrieben worden; besonders hilfreich zum 19. Jahrhundert sind m.E. *Dieter Grimm*, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: *Walter Wilhelm* (Hg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte (1972) 224 ff.; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II (1988) 51 ff.; *ders*., Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in *Wolfgang Hofmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangrechtsordnungen (1996) 41 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2); für die USA insbesondere *Morton J. Horwitz*, The Transformation of American Law, 1780-1860 (1979).

19 Dazu zuletzt etwa *Fabrizio Cafaggi/Horatia Muir Watt* (Hg.), The Regulatory Function of European Private Law (2009).

Kooperationsverhältnis.[20] Dieses Kooperationsverhältnis gilt es für das transnationale Privatrecht auszuleuchten.

c) Eingrenzung des Themas

Mit diesen Überlegungen lässt sich mein Thema sinnvoll eingrenzen. Ich möchte für zwei Teilgebiete des transnationalen materiellen Privatrechts jeweils Fragen anhand von drei Dimensionen stellen. Das erste Teilgebiet betrifft die Privatisierung des Prozessrechts und darin insbesondere das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Dabei beschränke ich mich auf die Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und lasse die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus, denn die liegt irgendwo zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Das zweite Teilgebiet betrifft die Privatisierung der Setzung materiellen Privatrechts, insbesondere transnationalen Privatkodifikationen. Gemeint sind damit vor allem die Lando-Prinzipien des europäischen Privatrechts und die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, beides privat sanktionierte Restatements des allgemeinen Vertragsrechts.[21] Andere Institutionen[22] werden nebenbei behandelt oder ganz herausgelassen. Auf das dritte eigentlich relevante Teilgebiet, das internationale Privatrecht im engeren Sinne, kann ich hier nicht eingehen, obwohl richtigerweise internationales und materielles Privatrecht gemeinsam zum transnationalen Privatrecht gehören.[23]

Inerhalb jedes dieser Teilgebiete beschäftige ich mich mit dem Rollenverständnis der Akteure in jeweils drei Spannungsverhältnissen. Das erste Spannungsverhältnis betrifft die Natur der jeweiligen epistemischen Gemeinschaft und besteht zwischen nationaler und transnationaler Rolle: Inwieweit versteht sich der Jurist als Mitglied seines Staates, inwieweit als Mitglied einer transnationalen Gemeinschaft? Ein zweites Spannungsverhältnis ergibt sich direkt aus dem mir gestellten Thema und besteht zwischen den Rollen des Praktikers, des Wissenschaftlers und – insofern überschreite ich das mir gestellte Thema – des Gläubigen und Visionärs. Die Frage ist hier, ob diese Rollen einander überlappen und ob sie miteinander im Konflikt stehen. Das dritte Spannungsverhältnis schließlich betrifft das Verhältnis meines Referats zu dem von Anne Peters und besteht zwischen privater und öffentlicher Rolle: Versteht der Privatrechtler

---

20 Siehe dazu *Ralf Michaels*, The Mirage of Nonstate Governance, Utah Law Review 2010, 31-45.

21 Principles of European Contract Law (PECL); UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC); vgl. zu beiden *Michaels* (Fn 5); *Reinhard Zimmermann*, Principles of European Contract Law, in Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht (2009) 404 ff.; *Jan Kleinheisterkamp*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ebenda 1547 ff.

22 Zu europäischen Projekten *Hans-Werner Micklitz*, Review of Academic Approaches to the European Contract Law Codification Project, in Mads Andenas u.a. (Hg.), Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems (2007) 699 ff.; *Ralf Michaels*, Restatement, in Handwörterbuch (Fn 21) 1295 ff.; *Reinhard Zimmermann*, The Present State of European Private Law, Am. J. Com. L. 57 (2009) 479 ff.

23 Etwa *Robert Wai*, Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society, Harv. J. Int'l L. 46 (2005) 47 ff.; *ders*., Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes, in *Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann* (Hg.), Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation (2006) 229 ff.; *Fabrizio Cafaggi/Horatia Muir Watt*, Introduction, in *dies*. (Fn. 19) 1, 14 ff.

seine Verpflichtung gegenüber den Privatparteien oder gegenüber der Allgemeinheit? Ist seine Tätigkeit private Dienstleistung oder global governance? Wie privat ist der transnationale Privatrechtler; wie privat kann er sein?

II. Das Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit

Ich beginne mit dem Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, das sich aus mehrerlei Gründen besonders gut zum Einstieg eignet. Erstens handelt es sich um ein junges und dynamisches Gebiet, dessen Identität im Flusse ist und das seine Legitimität ständig neu nachzuweisen versucht. Dass Darstellungen des internationalen Schiedsrechts in der historischen Einleitung auf die Wurzeln ihres Themas in der Antike hinweisen, sehe ich eher als Bestätigung meiner Einschätzung: Die dargestellte Geschichte beschränkt sich fast vollständig einerseits auf Schiedsverfahren zwischen Staaten oder private Schiedsgerichtsbarkeit ohne spezifisch internationalen Aspekt.[24] Zweitens lassen sich unterschiedliche Rollenverständnisse hier gerade deshalb gut untersuchen, weil verschiedene Rollen traditionell von denselben Akteuren erfüllt werden: der typische Schiedsrechtler ist zu verschiedenen Zeiten Parteivertreter, Schiedsrichter, oder auch Wissenschaftler. Erst in jüngerer Zeit kommt es zu stärkerer Ausdifferenzierung: insbesondere, um Befangenheitsanträgen zu entgehen, beschränken sich einige führende Praktiker auf die Tätigkeit als Schiedsrichter und verzichten auf die Parteivertretung. Drittens kann ich in diesem Gebiet auf besonders gründliche rechtssoziologische Untersuchungen zurückgreifen. Aufbauend auf Bourdieu haben Yves Dezalay und Bryant Garth 1996 mit „Dealing in Virtue“ eine richtungsweisende Soziologie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vorgelegt.[25]

a) Staatsbürger und Weltbürger

Zu bestimmen ist zunächst die Position des Schiedsrechtlers zwischen Staatsverbundenheit und Globalisierung, seine Rolle zwischen Staatsbürger und Weltbürger. Diese Frage lässt sich sowohl dogmatisch als auch soziologisch angehen.

---

24 Siehe etwa *W. Lawrence Craig*, Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, Tex. J. Int'l L. 30 (1995) 1, 2-11; *Gary B. Born*, International Commercial Arbitration I (2009) 7 ff.; *Karl-Heinz Böckstiegel*, Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration, Arb. Int'l 25 (2009) 293, 294f. Mehr Konzentration auf das 20. Jahrhundert bei *Lord Mustill*, The History of International Commercial Arbitration, in *Lawrence W. Newman & Richard D. Hill* (Hg.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration (2. Aufl. 2008).

25 *Yves Dezalay/Bryant G. Garth*, Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order (1996); teilweise zusammengefasst in *dies*., Marketing Marketing and selling transnational 'judges' and global 'experts': building the credibility of (quasi)judicial regulation, Socio-Econ. Rev. 8 (2010) 113, 118-121.

i) Dogmatik: das transnationale System der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

In der Dogmatik spiegelt sich diese Frage in zahlreichen Einzelfragen wider, insbesondere in Fragen zur Relevanz des Rechts des Sitzstaates.[26] So wird etwa die traditionelle Ansicht, das anwendbare materielle Recht sei durch die staatlichen Kollisionsnormen des Sitzstaates zu bestimmen (so auch § 1051(2) ZPO), immer wieder in Frage gestellt: der Schiedsrichter soll statt dessen selbst die adäquate Kollisionsnorm bestimmen,[27] oder gar (scheinbar) unmittelbar, unter Ausschluss aller Kollisionsnormen („voie directe"), entscheiden[28]. Auch das anwendbare Prozessrecht soll nicht notwendig dem Recht des Sitzstaates entnommen werden, sondern von den Parteien oder dem Schiedsrichter autonom bestimmt werden können.[29] Schließlich haben ausländische Gerichte Schiedssprüche anerkannt, nachdem diese durch die Gerichte des Sitzstaates aufgehoben wurden.[30]

All diese Diskussionen sind nicht nur für die Entscheidung konkreter dogmatischer Fragen relevant, die hier vernachlässigt werden können. Relevant sind sie vor allem auch bezüglich der Rolle des Schiedsgerichts, die den jeweiligen Ansätzen zugrunde liegt. Hinter der dogmatischen Frage, inwieweit das Recht des Ursprungsstaats (oder auch das des Zielstaats) auf das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch Anwendung finden, steht nämlich die rollenorientierte Frage, inwieweit der Schiedsrichter in das Rechtssystem des Ursprungsstaats eingeordnet ist, inwieweit er also nationaler Akteur ist.

---

26 Betroffen sein kann auch die Relevanz des Rechts des Anerkennungsstaates, zum Beispiel bei derVersuchen, den traditionell als staatlich verstandenen anerkennungsrechtlichen ordre public durch einen ordre public nationaler oder transnationaler Natur zu ergänzen oder gar zu ersetzen; so etwa *Norbert Horn*, Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien. Elemente eines internationalen ordre public, RabelsZ 44 (1980) 423 ff.; *Pierre Lalive*, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage internationale, Rev. Arb. 1986, 326 ff.; *ders*., L'ordre public transnational et l'arbitre international, in Liber amicorum Fausto Pocar II (2009) 599 ff.; umfassend *Lotfi Chedly*, Arbitrage commercial international et ordre public transnational (Tunis 2002).

27 Grundlegend *Berthold Goldman*, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des Cours 109 (1963) 347 ff.

28 Art. 1496 Nouveau code de procédure civile; Art. 17(1) ICC Rules; vgl. *Born* II (Fn 24) 2123 ff. In Wirklichkeit ist auch die sogenante voie directe notwendig eine Kollisionsnorm, die nur nicht klar benannt wird: *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht I (2003) § 5 Rn 74; a.A. aufgrund eines zu engen Verständnisses von Kollisionsnormen *Boris Handorn*, Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – Zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts gemäß § 1051 Abs. 1 und 2 Zivilprozessordnung (2005) 121.

29 V(1)(d) UNÜ 1958; Art. IV(4)(d) EuÜ.

30 Vor allem Cass. civ., Rev. arb. 1985, 431 m. Anm. Goldman („Norsolor"); OGH, SZ 66 Nr. 131 (S. 280) (vgl. auch OGH, ZfRV 1999, 24 = IPRax 2000, 314 und dazu *Ralf Michaels*, Anerkennung internationaler Schiedssprüche und ordre public, ZfRV 1999, 5-8); Cass. Civ., Rev. Arb. 1994, 327 m.Anm. Jarrosson = ZZPInt 3 (1998) 485 m.Anm. *Schlosser* („Hilmarton"); *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp.907 (D.D.C. 1996) = ZZPInt 3 (1998) 485, 499 m.Anm. *Schlosser* („Chromalloy"); weitere Fälle bei *Claudia Alfons*, Recognition and Enforcement of annulled foreign arbitral awards (2010) 82-118. Umfassend *Dennis Solomon*, Die Verbindlicheit von Schiedssprüchen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2007), der ebenda 275, diese Frage als „Paradigma der Integration des Schiedsspruchs in die Rechtsordnung des Ursprungsstaates" bezeichnet.

F.A. Mann, wohl der letzte strenge Vertreter der Ansicht, das Recht des Sitzstaates sei notwendig anwendbar sei, folgerte diese Ansicht auch aus der notwendig nationalen Rolle des sogenannten internationalen Schiedsgerichts: "Im Rechtssinn gibt es kein internationals Handelsschiedsgericht."[31] Wenn nun die wohl mittlerweile ganz herrschende Ansicht zum Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine solche notwendige Bindung an das Recht des Sitzorts ablehnt, so ist damit auch eine Ablehnung das Mannschen Rollenverständnisses verbunden. Dogmatisch wird das anhand der Rechtsnatur des Schiedsspruchs diskutiert: man spricht von Delokalisierung oder Denationalisierung des Schiedsspruchs.[32]

Wird also eine Verbindung zum Ursprungsstaat abgelehnt, so ist damit noch nicht entschieden, was an dessen Stelle treten soll. Die Idee, den Schiedsspruch und damit den Schiedsrichter jeglicher Rechtordnung zu entheben und nur den Vereinbarungen der Parteien zu unterwerfen (‚contrat sans loi') hat sich nicht durchsetzen können – nicht nur, weil ein Vertrag ohne Rechtsordnung nicht möglich ist, sondern auch rein praktisch, weil der Vertrag ganz regelmässig nicht alles regelt.[33] Manchmal spricht man vom „floating" Schiedsspruch, der gewissermassen über allen Rechtsordnungen schwebt und auf Eingliederung wartet, eine Situation, die Wai treffend als „transnational lift-off" bezeichnet hat.[34] Statt dessen soll der Schiedsrichter entweder in das Völkerrecht eingegliedert (das indes als öffentliches Recht nicht ganz passt) oder einer eigenen Rechtsordnung, die sich entweder aus der Gesamtschau aller bestehenden Rechtsordnungen ergeben soll oder aber durch die Schiedsgerichtsbarkeit selbst geschaffen wird. Proklamiert wird, was F.A. Mann noch für logisch ausgeschlossen hielt,[35] nämlich ein genuin internationaler Schiedsspruch – „la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale"[36]

---

31 *F.A. Mann*, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130 (1968) 97 ff.; englische Originalversion: Lex facit arbitrum, in Pieter Sanders (Hg.), International Arbitration—Liber Amicorum for Martin Domke (1967) 157 ff.

32 *Thilo Rensmann*, Anationale Schiedssprüche. Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche in nationalen Recht (1997). Zu verschiedenen Begriffen auch *Solomon* (Fn. 30) 449. Überblick bei *Pierre Mayer*, The Trend towards Delocalisation in the last 100 Years, in *Martin Hunter/Arthur Marriott/V.V. Veeder* (Hg.), The Internationalisation of International Arbitration (1995) 37 ff.

33 Zum contrat sans loi zuletzt *Jean-Paul Béraudo*, Faut-il avoir peur du contrat sans loi?, in Le droit international privé: esprit et méthodes – mélanges en l'honneur de Paul Lagarde (2006) 93-112; *Léna Gannagé*, Le contrat sans loi en droit international privé, Electronic J. of Comp. L. 11.3 (Dez. 2007) http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf, auch in *Katharina Boele-Woelki/Sjef van Erp* (Hg.), General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law (2007) 275 ff.

34 *Robert Wai*, Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization", Col. J. of Transnat'l Law 40 (2002) 209 ff.

35 *Mann* (Fn. 31) 101.

36 Cass. Civ., Rev. de I'arb. 2007, 507 („Putrabali"). Das wird gewürdigt als Beitrag zur allgemeinen Rechtstheorie von *Emmanuel Gaillard*, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2007, 697, 700 . Vgl. schon Cass civ., Rev. arb. 1994, 327, 328 (Fn 30): „la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégré dans l'ordre juridique de cet Etat."

Denationalisierung und Internationalisierung/Transnationalisierung des Schiedsspruchs sind nun zunächst einmal paradigmatische Schritte; sie betreffen den Rahmen des Denkens, nicht unmittelbar auch der Denker. Gleichzeitig haben sie aber einen Einfluss auf die Rolle der Akteure, insbesondere des Schiedsrichters. Wenn nämlich der Schiedsspruch denationalisiert ist, so ist es, jedenfalls funktional, auch das Schiedsgericht: es ist nicht mehr Teil eine Staates, sondern Teil eines „global adjudication system."[37] Der Schiedsrichter ist nicht seinem oder irgend einem Staat verpflichtet, steht aber auch nicht lediglich in einem Verhältnis zu den Parteien, sondern ist vielmehr Teil eines transnationalen Systems, in das er eingebunden ist.

ii) Soziologie: die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als kosmopolitische Gemeinschaft

Soziologisch gewendet, stellt sich die Frage dahingehend, ob die relevante epistemische Gemeinschaft, der der Schiedsrechtler angehört und die ihn prägt,[38] primär national oder transnational ist. Dabei zeigt sichm dass man von einer internationale Gemeinschaft der internationalen Schiedsrechtler, sprechen kann.[39] Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit erfüllt alle Kriterien, die Haas an eine epistemische Gemeinschaft stellt.[40] Es besteht ein gemeinsamer Glaube an die Überlegenheit privater gegenüber staatlicher Streitschlichtung. Man ist sich einig über die zentralen Probleme des Fachs, insbesondere die Autonomie vom Staat einerseits, die Einhaltung von due process andererseits. Man ist sich – im Grunde – einig über eine juristische Behandlung von Problemen, die im Prinzip vom Recht einzelner Staaten abstrakt ist.[41] Und man hat schließlich ein gemeinsames rechtspolitisches Projekt, nämlich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu einem mehr und mehr eigenständigen, aus sich selbst heraus zu rechtfertigenden Feld wird. Transnationalität ist dabei eine notwendige Voraussetzung für all diese Faktoren; dass sich die Gemeinschaft als transnationale konzipiert, ist daher geradezu notwendig für ihre Rolle.

Die Antwort folgt also fast zwangsläufig: der internationale Schiedsrichter ist transnational. Von der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist man mittlerweile oft strikt getrennt (in US-amerikanischen Kanzleien auch organisatorisch) und betont manchmal (vielleicht kontrafaktisch) die Eigenständigkeit: „International arbitration is no more a

---

37 *Charles N. Brower/Charles H. Brower, II/Jeremy K. Sharpe*, The Coming Crisis in the Global Adjudication System, Arb. Int'l. 19 (2003) 415.

38 Zu dieser ausführlich *Katherine Lynch*, The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, The Hague 2003) 94-104; ihr folgend *Gabriele Kaufmann-Kohler*, Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity, J. of Int'l Dispute Settlement 1 (2010) 295.

39 *Lynch* (Fn 38) 99f; *Thomas Schultz*, Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes, Am. J. Jurisprud. 56 (im Ersch.). Einschränkend *Reza Banakar*, Reflexive Legitimacy in International Arbitration, in *Volkmar Gessner/Ali Cem Budak* (Hg.), Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law (1998) 347, 391.

40 Oben Fn. 12.

41 Vgl. *Bruno Oppetit*, Théorie de l'arbitrage (Paris, 1998) 113-14: "par osmose, les idées, les pratiques, les jurisprudences, avant même les législations nationales et les conventions internationals, ont progressivement convergé . . . vers un consensus sur des principes, souvent très proches, d'organisation et de fonctionnement."

‚type' of arbitration than a sea elephant is a type of elephant."[42] Differenzen innerhalb dieser traditionellen Gruppe sind wesentlich geringer als Differenzen zwischen der Gruppe und ihrer Umwelt. Dem steht nicht entgegen, wenn Dezalay und Garth zwischen dem älteren europäischen Typ des Schiedsrichters als Honoratior und dem neueren US-amerikanischen Typ des Schiedsrichters als Professionellen unterscheiden. Das ist nämlich weniger ein geographischer als vielmehr ein Generationenunterschied.[43] Die oft beschriebene Amerikanisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit[44] hat zwar zu einer Konvergenz geführt, im Ergebnis ist aber der Schiedsrichter nicht spezifisch Amerikaner; er ist Kosmopolit.[45]

Diese Gemeinschaft nun ist noch immer relativ klein und abgeschlossen, zumindest für die großen Verfahren eine relativ enge und kleine Gruppe von Akteuren.[46] Der Großteil der bedeutenden internationalen Schiedsverfahren wird von einer erstaunlich kleinen Zahl immer wieder auftauchender Schiedsrichter verhandelt: "a group of 'professional' arbitrators who,forming an exclusive club in the international arena, are automatically brought into almost any major dispute by the operation of predetermined methods."[47]. Man spricht oft von einer Kaste,[48] einem Kartell, einem Club, oder gar einer Bande[49] oder Mafia,[50] ein Begriff der sogar von Insidern verwandt wird.[51] Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist insoweit einem (stillen) Kartell vergleichbar, als man versucht, einerseits Verfahren und Mandate unter einander aufzuteilen und zuzuweisen, und andererseits den Zugang zu erschweren: Zuganzvoraussetzung ist weiterhin (oder soll es

---

42 *Jan Paulsson*, International Arbitration is not Arbitration, Stockholm Int'l Arb. Rev. 2/2008, 1, 1.

43 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 52; *Lynch* (Fn. 38) 101f

44 *Lucy Reed/Jonathan Sutcliffe*, The „Americanization" of International Arbitration?, Mealy's Int'l Arb. Rpt. 16 (2001) 36 ff.; *Elena V. Helmer*, International Commercial Arbitration: Americanized, "Civilized", or Harmonized?, Ohio St. J. on Disp. Resol. 19 (2003) 35 ff.; *Roger P. Alford*, The Americanization of International Arbitration, Ohio St. J. on Disp. Resol. 19 (2003) 69 ff.; *Eric Bergsten*, The Americanization of International Arbitration, Pace Int'l Law Rev. 18 (2005) 289 ff.; *Pedro J. Martinez-Fraga*, The American Influence on International Commercial Arbitration – Doctrinal Developments and Discovery Methods (2009); *Siegfried H. Elsing*, Incoming Tide: Die Rezeption angloamerikanischen Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit, Dt. Anwaltsspiegel 5/2010, S. 22.

45 *Shahla Ali,* Resolving Disputes in the Asia Pacific Region: International Arbitration and Mediation in East Asia and the West (2010).

46 *Catherine A. Rogers*, The Vocation of the International Arbitrator, Am.U. Int'l L. Rev. 20 (2005) 957 ff.

47 Iran-United States, Case No. A/18, 5 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 251, 336 (1984), zit. in *Detlev F. Vagts*, The International Legal Profession. A Need for More Governance?, Am. J. Int'l L. 90 (1996) 250, 250.

48 *Thomas Clay*, Qui sont les arbitres internationaux? Approche sociologique in *J. Rosell* (Hg.), Les arbitres internationaux (Éditions de la société de législation comparée, Paris 2005) 13, 22f.

49 *Clay* (vorige Fn.) 22 f.

50 *Rogers* (Fn. 46) 967.

51 Vgl. die Zitate bei *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 50: "Now why is it a mafia? It's a mafia because people appoint one another. You always appoint your friends people you know." und *Shahla Ali* (Fn) 92 ("You've heard about the 'arbitration mafia,' the self-perpetuating oligarchy which fortunately I seem to be a member of…"). Nach *Michael McIlwrath & John Savage*, International arbitration and mediation: a practical guide (2010) 255, steht MAFIA für Mutual Association For International Arbitration. Weniger wohlwollend zum Begriff *Jan Paulsson*, Ethics, Elitism, Eligibility, J. Int'l Arb. 14(4) (1996) 13, 19-20.

jedenfalls sein) wie bei einer Gilde, bei einem der Grossen des Schiedsrechts gelernt zu haben.[52]

Teilnahme an dieser Gemeinschaft setzt eine kosmopolitische Identität voraus. Der typische internationale Schiedsrechtlerer ist Kosmopolit;[53] er spricht jedenfalls englisch und französisch und oft weitere Sprachen,[54] und tritt weltweit auf. Die nationale Herkunft des Schiedsrechtlers wird dabei oft als Hindernis empfunden. Insbesondere im Prozessrecht, in dem die Unterschiede zwischen Rechtskulturen stärker sind als im materiellen Recht, wirkt sich die Herkunft und Ausbildung sowohl des Anwalts als auch des Schiedsrichters darauf aus, wie unbefangen er mit bestimmten, rechtkulturbedingten Prozessrechtsinstituten umgeht. Klaus Peter Berger etwa hat kürzlich zehn Prinzipien des deutschen Rechts aufgelistet, die bei deutschen Praktikern im deutsche Zivilprozessrecht durchdringen, und deutlich gemacht, wie das der Natur des internationalen Schiedsrechts widerspricht.[55] Das im Schiedsrecht regelmäßig geäußerte Interesse ist ein anderes: die nationalstaatliche Identität soll weitestmöglich durch eine funktionsspezifische Identität des transnationalen Schiedsrechtlers ersetzt werden.[56] Gleichzeitig zu dieser Kulturfremde wird von Schiedsrichter allerdings auch Sensibilität für die unterschiedlichen kulturellen Hintergründe der Parteien verlangt; [57] eine fast unmögliche Kombination.[58] Eine neue Studie findet, dass etwa asiatische Schiedsrechtler einen höheren Wert auf Vertraulichkeit und auf Streitschlichtung legen als ihr westlicher Kontrapart.[59] Freilich ist das, was sich da transnational gibt, doch weitgehend eine Verkörperung westlicher Prinzipien der Rechtsprechung; die Kulturunterschiede, die

---

52 *Pierre Lalive*, Sécrétaire de tribunaux arbitraux – le bon sens l'emporte, Bull. Ass. auis. arb. 1989, 1 (zit. nach Clay [Fn. 48] 26); *Charles Brower*, W(h)ither International Commercial Arbitration?, Arb. Int'l. 24 (2008) 181, 191f.

53 Siehe etwa die Einzeldarstellungen bei *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 139.

54 *Rogers* (Fn. 46) 958; *Clay* (Fn. 48) 28 f.

55 *Klaus Peter Berger*, The International Arbitrator's Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction, Arb. Int'l 25 (2009) 217 ff.; vgl. *Laurence Shore*, Arbitration, Rhetoric, Proof: The Unity of InternationalArbitration Across Cultures, in *Arthur W. Rovine* (Hg.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2009 (2010) 293 ff. Unbefriedigend, weil zu sehr auf Rechtsregeln beschränkt, sind *Guillermo Aguilar Alvarez*, To what Extent Do Arbitrators in International Cases Disregard the Bag and Baggage of National Systems?, in *Albert Jan van den Berg* (Hg.), International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (1996) 139 ff.; *Malcolm Wilkey*, The Practicalities of Cross-Cultural Arbitration, in *Stefan N. Frommel/Barry A.K. Rider* (Hg.), Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends (1999) 79 ff.

56 *Yasuhei Taniguchi*, Is there a Growing International Arbitration Culture? An Observation from Asia, in *van den Berg* (Fn. 55) 31, 38-40; *Giorgio Bernini*, Is there a Growing International Arbitration Culture?, ebenda 41, 44; *Bernardo M. Cremades*, Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration, in *Frommel/Rider* (Fn. 55) 147, 165; *Böckstiegel* (Fn. 24) 301.

57 *Ibrahim Fadlallah*, Arbitration Facing Conflicts of Culture, Arb. Int'l 25 (2009) 303 ff.

58 *Bernini* (Fn 56) empfiehlt zur Lösung des Problems "a pragmatic approach," keine sehr konkrete Hilfe.

59 *Jonathon Crook*, Leading Arbitration Seats in the Far East: A Comparative View, in *Frommel/Rider* (Fn. 55) 63, 63; *Simon Greenberg/Christopher Kee/J. Romesh Weeramantry*, International Commercial Arbitration – An Asia-Pacific Perspective (2011) 43 ff.; ausführlich *Shala F. Ali*, Resolving Disputes in the Asia-Pacific Region – International Arbitration and Mediation in East Asia and the West (2011).

überwunden werden, sind ganz weitgehend die innerhalb des Westens zwischen civil und common law.[60]

Diese transnationale epistemische Gemeinschaft ergibt sich nun nicht von selbst; sie wird aktiv gefördert. Der Vis International Commercial Arbitration Moot Court etwa, der wichtigste Moot Court zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, bringt Teams aus verschiedenen Ländern zusammen und verlangt von ihnen insbesondere, zwischen civil law und common law changieren zu können.[61] Transnationalisierung des Nachwuchses wird hier also aktiv gefördert. Auch die Schiedsrechtsabteilungen großer Rechtsanwaltskanzleien sind bunt gemischt und arbeiten zwischen den Standorten eng zusammen; ganz regelmäßig werden junge Praktiker an andere Standorte oder sogar ausländische Kanzleien ausgeliehen. Am eindringlichsten aber ergibt sich der transnationale Charakter des Schiedsrechtlers in der Wissenschaft. Die führenden Lehrbücher aus den verschiedensten Ländern – Deutschland, USA, selbst Frankreich – sind voller Verweise auf eine große Menge verschiedener Rechtssysteme[62] ausdrücklich vergleichend[63] oder sogar effektiv transnational[64] viele existieren auch in Übersetzung zumindest ins Englische.[65]

Diese Förderung der Transnationalität ist kein blosser Luxus: Eine solche epistemische Gemeinschaft ist im Interesse der Schiedsrechtsgemeinschaft: sie stärkt, bei aller bestehender Konkurrenz, den Zusammenhalt im Inneren und damit auch die Resistenz gegenüber Eingriffen durch die Staaten. Zudem ermöglicht es die Eigenständigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, der Kritik zu entgehen, die gegen die nationale Schiedsgerichtsbarkeit gebracht wird: letztere mag theoretisch entbehrlich sein angesichts der Existenz von staatlichen Gerichten; internationale Schiedsgerichtsbarkeit wird dagegen als zwingend notwendig dargestellt, weil internationle Wirtschaftsgerichte nicht

---

60 *Christian Borris*, The Reconciliation of Conflicts between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, in *Frommel/Rider* (Fn. 55) 1 ff.; vgl. *Thomas E. Carbonneau*, Judicial Approbation in Building the Civilization of Arbitration, in *Thomas E. Carbonneau/Angelica M. Sinopole* (Hg.), Building the Civilization of Arbitration (2010) 333, 333.

61 Vgl. http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html: „In the pairings of teams for each general round of the forensic and written exercises, every effort is made to have civil law schools argue against common law schools – so each may learn from approaches taken by persons trained in another legal culture. Similarly, the teams of arbitrators judging each round are from both common law and civil law backgrounds.“ Siehe auch *Daniel Girsberger*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts, in in: *Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich* (Hg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte – Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag (2005) 23 ff.

62 *Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman*, Traité de l'Arbitrage Commercial International (1996); *Mauro Rubino-Sammartano*, International Arbitration Law and Practice (2. Aufl. 2001).

63 *Jean-François Poudret/Sébastien Besson*, Droit comparé de l'arbitrage (2003); *Julian D. M. Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kroll*, Comparative International Commercial Arbitration (2003).

64 Insb. *Born* (Fn. 24).

65 Etwa *René David*, Arbitration in International Trade (1985; orig. frz.); *Klaus Peter Berger*, International Economic Arbitration (1993; orig. dt.); *Emmanuel Gaillard/John Savage* (Hg.), Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration (1999, erweitert aus der frz. Vorauflage); Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Comparative law of international arbitration (2007; orig. frz.); *Mauro Rubino-Sammartano*, International Arbitration Law and Practice (2. Aufl. 2001, orig. it.).

existieren.[66] Innerhalb des Schiedsrechtswesens besteht Konkurrenz zwischen den Akteuren. Im Verhältnis nach außen aber besteht ein Interesse des Kartells, das Schiedsrechtswesen legitim zu machen und zugleich den Zugang zu erschweren.

iii) Exkus: Grenzen der Transnationalisierung staatlicher Gerichte

Nun spricht man allerorten von Transnationalisierung des Rechts insgesamt, und man könnte meinen, die Entwicklung in der Schiedsgerichtsbarkeit sei nur Phänomen einer allgemeineren Entwicklung. Sieht man genauer hin, so trifft das nicht zu: dieser Entwicklung hat die *staatliche* Rechtsprechung relativ wenig entgegenzuhalten. Allerdings gibt es auch hier Tendenzen zur Transnationalisierung, insbesondere eine beginnende internationale Vernetzung.[67] Inhaltlich ist diese Transnationalisierung staatlicher Gerichte begrenzt auf Situationen, in denen international Einigkeit besteht oder hergestellt werden soll. Wo diese fehlt, agieren Gerichte gerade nicht als Organe der Weltgemeinschaft; sie ziehen sich aus Rücksicht auf andere Staaten auf ihr Territorium zurück. So hat etwa der US Supreme Court dafür loben, dass er in *Morrison v. National Australia Bank* darauf verzichtet hat, das US-amerikanische Finanzmarkthaftungsrecht über die Grenzen der USA hinaus anzuwenden.[68] Ähnlich hatte das Gericht vor ein paar Jahren das Kartellhaftungsrecht territorial beschränkt[69] – auch das eine Entscheidung, die in Deutschland begrüsst wurde.[70] Regulatorisch kann dieser Regulierungsverzicht freilich nur dann gerechtfertigt werden, wenn andere Regulatoren einspringen, so dass keine Unterregulierung entsteht. Diese Frage wird aber vom Gericht nicht einmal angesprochen.[71] Transnationalisierung bedeutet für Gerichte also Einschränkung, nicht Erweiterung, ihres Aktionsradius. Die Alternative des Unilateralismus gilt als unbotmäßig.

In diesem Sinne jedenfalls wird die Transnationalisierung des Privatrechts ganz weitgehend der Schiedspraxis überlassen. Im Gegenteil: Staaten bemühen sich um weitgehende Schiedsfreundlichkeit;[72] Schiedsfreundlichkeit wird als Standortvorteil gesehen.[73] „The utility of the [New York] Convention in promoting the process of

---

66 *Paulsson* (Fn. 42) 3-4.

67 Dazu etwa *Anne-Marie Slaughter*, Court to Court, Am. J. Int'l L. 92 (1998) 708 ff.; *Michael J. Kirby*, Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges, (2008) 9 Melb. J. of Int'l Law 171, 173 ff.

68 *Morrison v National Australia Bank, Ltd*, 130 S Ct 2869, 2880 (2010); *Jan von Hein*, Finanzkrise und internationales Privatrecht, in diesem Band, IV.2.

69 *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

70 Siehe die Nachweise bei *Ralf Michaels/Daniel Zimmer*, US-Gerichte als Weltkartellgerichte?, IPRax 2004, 451-457.

71 Zu Empagran *Ralf Michaels*, Empagran's Empire – International Law and Statutory Interpretation in the U.S. Supreme Court of the Twenty-First Century, in *David L. Sloss/Michael D. Ramsey/William S. Dodge* (Hg.), International Law in the U.S. Supreme Court – Continuity and Change (2011) 533, 541 ff.; zu Morrison *ders*., IPRax (im Ersch.).

72 Siehe *Catherine A. Rogers*, Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration, Mich. J. Int'l L. 23 (2002) 341, 349f m.w.N.; *West Tankers Inc v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA*, [2007] UKHL 4, No. 18 (Lord Hoffmann).

73 Zuletzt etwa *Horst Eidenmüller*, Recht als Produkt, JZ 2009, 641, 646; *Stefan Kröll*, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2009-2010, NJW 2011, 1265, 1271; *Gilles Cuniberti*, Enhancing Judicial Reputation Through Legal Transplant - Estoppel Travels to France, Am. J. Comp. L. (im Ersch.) sec. IV A..

international commercial arbitration depends upon the willingness of national courts to let go of matters they normally would think of as their own."[74] Insbesondere transnationale Tatbestände werden bereitwillig der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen.[75] Ein Wettbewerb mit der Schiedsgerichtsbarkeit findet also weitgehend, nicht statt.[76] Auch erste Versuche, in Deutschland etwa Verfahren auf englisch zu ermöglichen,[77]scheinen eher gegen englische Gerichte und ausländisches Recht als (was behauptet wird) gegen die Schiedsgerichtsbarkeit gerichtet zu sein.[78] Statt dessen erfolgt eine Funktionsabgrenzung. Anders gesagt: je mehr die Schiedsgerichtsbarkeit sich transnationalisiert, desto geringer ist der Druck auf die staatliche Gerichtsbarkeit, das gleiche zu tun.[79]

b) Praktiker und Wissenschaftler

i) Der Schiedsrechtler als (Rechts-) Honoratior

Wie steht es nun innerhalb der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit dem zweiten Spannungsverhältnis, dem Verhältnis zwischen Praxis und Wissenschaft? Für lange Zeit – etwa bis in die 1970er Jahre – war das internationale Schiedsrecht ein europäisch dominiertes Feld der Praxis; die Rechtswissenschaft hat das Feld lange ganz weitgehend ignoriert. Das hatte Gründe: Schiedsgerichtsbarkeit galt als fundamental anders als staatliches Recht, wurde geradezu als Nichtrecht, erachtet und auch beworben: Freiheit von institutionellem Zwang statt Gerichtsbürokratie, Entscheidungen nach Billigkeit und praktischen Erfordernissen statt formaler Rechtsregeln, Vertraulichkeit statt Gerichtsöffentlichkeit, Einzelfallentscheidung statt Präzedenzsystem, maximale prozessuale Flexibilität anstatt formaler Rechtsbehelfe, Geschwindigkeit, geringe Kosten.[80] Schiedssprüche wurden nicht erfüllt aus rechtlicher Verpflichtung oder gar Angst vor Vollstreckung (vor dem New Yorker Übereinkommen war die Vollstreckung in vielen Ländern äußerst schwierig) sondern als eine Sache der Ehre.

---

74 *Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories*, 315 F.3d 829, (U.S. 2003); Vgl. die Kritik von *Richard M. Buxbaum*, Public Policy, Ordre public and Arbitration: A Procedural Scenario and a Suggestion, in: *Peter Hay* u.a. (Hg.), Resolving international conflicts: liber amicorum Tibor Várady 83, 91 ff. (2009). Vgl. auch Cour d'appel Paris, 18 November 2004, *SA Thalès Air Defense v GIE Euromissile*, [2005] Revue de l'arbitrage 751 m. zust. Aufs. *Radicati di Brozolo*, „L'illicéité qui crève les yeux: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)", ebenda 529-560; Cass civ 1, 4 June 2008, *SNF v. Cytec*, Rev. arb. 473. Dank für Hinweise an *Jan Kleinheisterkamp*.

75 Siehe die Kritik bei *Jan Kleinheisterkamp*, The Review of Arbitrator's Interpretation of International Contracts – Transnational Law as a Dangerous Short-Cut. Note regarding Swiss Federal Supreme Court Decision 4A_240/2009" *ASA Bulletin* 29 (2011) 474, 479 ff.

76 So im Interview *Emanuel Gaillard*, Juriste d'Entreprise Magazine N°3 (Juillet 2009) ("Il n'y a donc aucune rivalité entre l'arbitrage et la justice étatique…"

77 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), BT-Drs17/2163; kritisch zur mangelnden Berücksichtigung der Schiedsgerichtsbarkeit *Martin Illmer*, Ziel verfehlt – Warum Englisch als Verfahrenssprache in § 1062 ZPO zuzulassen ist, ZRP 2011, 170, 172f.

78 So auch *Andreas Remmert*: Englisch als Gerichtssprache: Nothing ventured, nothing gained, ZIP 2010, 1579, 1583; kritisch auch *Illmer* (Fn. 77) 171f.

79 Siehe auch *Hermann Hoffmann/Andreas Maurer*, Bedeutungsverlust staatlicher Zivilgerichte – einem empirischen Nachweis auf der Spur, TranState Working Paper no. 133 (2010).

80 *Rogers* (Fn. 72) 350f.

In einem solchen System ist die Rolle des Schiedsrichters nicht notwendig eine spezifisch juristische; wichtiger als juristische Kompetenz sind Glaubwürdigkeit, persönliche Integrität und Verständnis für wirtschaftliche und technische Zusammenhänge.[81] So beschreibt Ottoarndt Glossner noch 1982 die Rolle des Schiedsrichters wie folgt:

> To be an arbitrator is to exercise an honourable function. It is no profession... [The arbitrator need] not be a lawyer. He can be just as well a technical expert, an engineer, but he must be a person of knowledge and high moral standards. ... It is only natural that the parties listen more intensely to somebody who speaks to them from a higher elevation of experience, knowledge, reputation. To be an arbitrator is a noble task, which challenges the whole personality, all of its intellectual and physical capacities.[82]

Wenn juristische Fähigkeit relativ unwichtig sind, was überhaupt qualifiziert nun Juristen, Rechtswissenschaftler insbesondere, besonders für diese Aufgabe? Juristen sind, zumal in der kontinentaleuropäischen Tradition, in weberscher Terminologie, Rechtshonoratioren und haben als solche die notwendige Autorität.[83] Das gilt, jedenfalls in Europa, in hohem Masse für Professoren und Richter an Obergerichten.[84] Dezalay und Garth schildern, wie die führenden internationalen Schiedsrichter älterer Generationen oft fast durch Zufall zum Schiedsrecht kamen; ihr Ansehen entspricht ihrer Position als „grand old men,“[85] eine charismatische Autorität.

ii) Der Schiedsrechtler als Professioneller und Unternehmer

Dieses Verständnis des Schiedsrichters als Honoratior änderte sich nun etwa ab den 1970er Jahren, in starkem Masse beeinflusst durch das Eindringen US-amerikanischer Praktiker auf den Markt für internationale Schiedsgerichtsbarkeit.[86] In den USA galt Schiedsrecht, national verstanden, lange Zeit als ein unattraktives Feld, sowohl finanziell als auch intellektuell. Erst als klar wurde, wie viel Profitpotenzial die internationale Schiedsgerichtsbarkeit mit sich bringt, bauten US-Firmen eigene Schiedsgerichtsbarkeits-

---

81 Vgl. *Kenneth S. Carlston*, Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes, in Liber Amicorum Domke (Fn. 31) 44, 47-49; *Rogers* (Fn. 72) 350-53; *Susan D. Franck*, The Role of International Arbitrators, ILSA J. of Transnat'l L. 12 (2006) 499, 504.

82 *Ottoarndt Glossner*, Sociological Aspects of International Commercial Arbitration, Int'l Bus. Lawyer 10 (1982) 311, 311, auch in *Jan C. Schultsz/Albert Jan van den Berg* (Hg.), The Art of Arbitration – Essays on International Arbitration. Liber amicorum Peter Sanders (Kluwer 1982) 143, 144. Glossner selbst wird in einem Nachruf durch Karlheinz Böckstiegel charakterisiert als „als „old-style gentleman with great diplomatic skills, but also great personal warmth“: Dr. Ottoarndt Glossner 1923-2010, http://www.arbitration-icca.org/news.html. Vgl. auch *Geoffrey Beresford Hartwell*, Arbitration: The Commercial Way to Justice, in *ders*. (Hg.), The Commercial Way to Justice – The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators (1997) 7, 14f.

83 *Dezalay/Garth* (Fn. *25*) 46 und vgl. 60; zum Begriff zuerst *Max Weber*, Recht und Gesellschaft (5. Aufl. 1980) 455f; vgl. auch *Max Rheinstein*, Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf den Charakter der Rechtsordnung, RabelsZ 34 (1970) 1 ff.

84 Historisch-vergleichend wertvoll zur Rolle des Juristen in Europa *Filippo Ranieri*, Der europäische Jurist – Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe, Ius Commune 17 (1990) 9 ff.

85 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 34-37.

86 *Jacques Werner*, International Commercial Arbitrators: From Merchant to Academic to Skilled Professional, Dispute Resol. Mag. 4 Heft 3 (Spring 1998) 22 ff.; *Klaus Günther*, Anwaltsimperien, Kursbuch 155 (2004) 1 ff.

departments, aber mit bestimmten wesentlichen Kriterien. Erstens wurde die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht an die nationale angekoppelt, sondern an die international litigation. Der Schiedsrechtspraktiker US-amerikanischer Praxis ist also seiner Herkunft und Ausrichtung nach ein litigator. Zweitens erkannten US-amerikanische Schiedsrechtspraktiker, dass sie den Stand der Honoratioren europäischer Prägung schwerlich erreichen konnten und also kaum konkurrenzfähig sein konnten, wenn nicht die Konditionen des internationalen Schiedsrechts sich so änderten, dass ihre eigenen Fähigkeiten stärker hervorträten. Um auf den lukrativen Markt der Schiedsgerichtsbarkeit zu drängen, mussten sie die Konditionen des internationalen Schiedsrechts so ändern, dass ihre eigenen Fähigkeiten stärker hervortreten konnten. Die oft beschriebene Amerikanisierung des internationalen Schiedsrechts[87] – also die Prozeduralisierung des Schiedsverfahrens, die Einführung spezifisch US-typischer Prozessinstitute, die Tendenz zu adverser Verfahrensführung – wurde gezielt auch dazu betrieben, die Konkurrenzfähigkeit US-amerikanischer Anwälte zu erhöhen.[88] Möglich war das dadurch, dass der relativ informelle Charakter der internationalen Schiedsrechtspraxis weitgehend auf stillschweigender Übereinkunft beruhte und daher gegenüber prozessualen Strategien machtlos war, die diese stillschweigende Übereinkunft nicht anerkannten.

Das Ergebnis ist ein Schiedsrecht, das nicht mehr damit wirbt, dass es ganz anders ist als das nationale Gericht, sondern umgekehrt gerade damit, dass es ähnlich ist wie staatliches Recht,[89] nur besser: Institutionalisierte Schiedsverfahren bei der International Chamber of Commerce und anderen, Bindung des Schiedsrichters an gesetzliche Rechtsregeln (insbesondere zwingende Normen), Rechtssicherheit durch die Veröffentlichung von Schiedssprüchen und ein beginnendes Präzedenzfallsystem, standardisierte Prozessregeln wie die UNCITRAL model rules. Die Rolle der informellen Streitschlichtung wird von anderen Formen der „alternative dispute resolution“ übernommen, insbesondere Mediation.

In diesem System wird der moderne Schiedsrechtspraktiker genau das, was Glossner ablehnte: ein Professioneller, und zwar ein professioneller Jurist.[90] Seine Herrschaft ist, wieder in weberscher Terminologie, rational; der Schritt zur Professionalisierung entspringt dem klassischen Paradigma Max Webers.[91] Vom Schiedsrichter wird nun nicht mehr überlegene Weisheit erwartet, sondern effektives case management. Dass Karl-Heinz Böckstiegel hier oft als Vorbild genannt wird,[92] zeigt schon, dass auch Europäer sich dem Schritt nicht entziehen konnten – nicht zuletzt, weil ähnlicher Druck, Qualität über Alter zu stellen, auch von jüngeren heranwachsenden europäischen Praktikern

---

87 Oben Fn. 44.

88 Vgl. *Brower* (Fn. 52) 191.

89 *Richard B. Lillich & Charles N. Brower* (Hg.), International arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity? (1993). Vgl. *Rogers* (Fn. 72) 352-354; *Franck* (Fn. 81) 505-513.

90 *Rogers*, Vocation (Fn. 46) 960f.; Klaus Peter *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit 142 f; *Clay* (Fn. 48) 30 f.

91 *Dezalay/Garth* (Fn. *25*) 46, 60.

92 *Gerald Aksen*, On Being a Pro-Active International Arbitrator, in *Robert Briner* u.a. (Hg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (2001) 13-19.

ausgeübt wird.[93] Mit dem Schritt zur Professionalisierung einher gehen Forderungen nach konkreteren Standesregeln, die schon in den 1970er Jahren aufkamen, in neuerer Zeit aber erheblich zugenommen haben,[94] sowie eine eigene Standesvertretung (mit der International Bar Association)[95].

Gleichzeitig mit diesem Schritt erfolgt der zum Unternehmertum:[96] der moderne Schiedsrechtler ist ein Anbieter auf dem Markt für Rechtsdienstleistungen, und der Wettbewerb auf diesem Markt ist härter geworden.[97] Für Parteivertreter entspricht diese Entwicklung in weiten Teilen denjenigen in der Anwaltschaft generell. Der gleiche Trend betrifft aber auch Schiedsrichter, die ja nicht fest angestellt sind und sich daher kontinuierlich um neue Mandate bemühen müssen. Die Sorge, Schiedsrichter könnten daher ihre Unabhängigkeit verlieren und solche Parteien bevorzugen, die als repeat player sie in der Zukunft wieder berufen könnten, ist aus der innerstaatlichen Schiedsrecht bekannt.[98] Sie erscheint für die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vor allem deshalb nicht ganz unberechtigt,[99] weil Schiedsrichter typischerweise nicht von den Parteien selbst sondern von ihren Anwälten berufen werden, und diese Anwälte Hoffnung haben, selbst berufen zu werden.[100] Die Vertraulichkeit des Verfahrens macht hier die Kontrolle besonders schwierig.[101]

Letztlich wird dieser Wettbewerb in zweierlei Hinsicht durch gemeinsame Interessen der Schiedsrechtspraxis beschränkt. Erstens darf Wettbewerb nicht dazu führen, dass die internationale Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt ihre Attraktivität verliert, weil der wirtschaftliche Erfolg der Schiedsrechtspraktiker von ihr abhängt.[102] Zweitens haben

---

93 *Berger* (Fn. 90) 142 f; *Jan Paulsson*, The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method, in Liber amicorum Böckstiegel (Fn. 92) 607 ff.; *David W. Rivkin*, 21st Cebrury Arbitration Worthy of its Name, ebenda 661 ff.

94 Einflussreich *Michael Reisman*, Systems of Control in International Adjudication and Arbitration – Breakdown and Repair (1992).

95 *Rogers* (Fn. 46) 976-983.

96 *Rogers* (Fn. 46) 966 f.

97 *Yves Dezalay/Bryant Garth*, Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes, Law & Soc'y Rev. 29 (1995) 45; *Bernardo Cremades*, International Arbitration: A Key to Economic and Politcal Development, Int'l. Arb. L. Rev. 5 (1999) 145 ff.; *Lynch* (Fn 41) 102.

98 *Alexander J. S. Colvin*, An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes, J. Empirical Leg. Stud. 8 (2011) 1, 11-16.

99 Vgl. *Christopher R. Drahozal/Richard W. Naimark* (Hg.), Towards a Science of International Commercial Arbitration: Collected Empirical Research (2005) 267; *Sam Luttrell*, Bias Challenges in International Commercial Arbitration – The Need for a 'Real Danger' Test (2009) 5, 86f; ausführlich *Fatima-Zahra Slaoui*, The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification, Arb. Int'l 25 (2009) 103 ff.; *Raphaël de Vietri/Kanaga Dharmananda*, Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators – A Reply to Slaoui, J. Int'l Arb. 38 (2011) 187 ff. Vgl. auch ABA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) Rule 3.1.3.

100 *Clay* (Fn. 48) 24 f.

101 *Slaoui* (Fn 99); *Kyriaki Noussia*, Confidentiality in International Arbitration (2010) 168.

102 Ungewöhlich offen zu den finanziellen Interessen *John E. Beerbower*, International Arbitration: Can we Realize the Potential?, Arb. Int'l 27 (2011) 75, 75f.: "[T]here seems to be a belief that international arbitration is facing a crisis of confidence that could jeopardise its pre-eminent status. That belief is a cause of concern for the individuals, firms, organisations and localities that have economic interests in the success and continued growth of arbitration, including lawyers, arbitrators, arbitration, associations and administrative bodies and localities that have or hope to become major

etablierte Schiedsrechtler ein Interesse daran, ihr Kartell gegenüber Neuankömmlingen aufrechtzuerhalten. Das scheint nun bislang zu gelingen: Wenn man meint, die „arbitration mafia“ könne ihre Kontrolle nicht mehr aufrechterhalten; Führungsrollen im heutigen Markt seien auf Reputation zurückzuführen,[103] andererseits aber in der ganz überwiegenden Zahl grosser Schiedsverfahren dieselben Akteure auftreten, lässt das vermuten, dass das Kartell weiterhin besteht, dass es aber nunmehr die Reputation zur Marktabgrenzung dient. Tatsächlich wird ganz offen propagiert, die frühere „Mafia“ durch ein „elite corps of international arbitrators“ zu ersetzen, das zwar theoretisch allen offen sein soll, praktisch aber den Zugang weiterhin beschränkt,[104] eine Art Gilde also.

iii) Der Schiedsrechtler als Wissenschaftler

Wie kann man nun seinen elitären Status nachweisen? Hier tritt nun die Wissenschaft auf den Plan. Mit der wachsenden Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und ihrer Anerkennung und Behandlung in Staatsverträgen, nationaler und Modellgesetzgebung, und staatlicher Rechtsprechung, hat auch die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Schiedsrecht stark zugenommen. Der Anstoß dürften sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis zu finden sein: die Wissenschaft erkennt die Schiedsgerichtsbarkeit als interessantes und relevantes Gebiet; die Praxis umgekehrt bedarf zunehmend der Legitimisierung durch die Rechtswissenschaft.

Freilich ist es eine eigenartige Rechtswissenschaft, die hier entsteht. Die Schiedsrechtswissenschaft steht ganz überwiegend der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber positiv eingestellt: kritische Betrachtungen (wie wir sie zum nationalen Schiedsrecht recht häufig sehen) sind relativ selten. Das betrifft auch das Verhältnis zum Staat: es gibt, soweit ersichtlich, mehr Stimmen, die den Einfluss des Staates beschränken wollen als solche, die ihn ausweiten wollen. Noch ein weiteres fällt auf: eine erstaunlich hohe Anzahl an Veröffentlichungen auf, die nichts wirklich Neues bringen, sondern lediglich den Namen des Autors aufzeigen.

Der Grund liegt in der Autorschaft. Denn der Übergang zwischen Wissenschaftler und Praktiker ist fließend:[105] Einerseits stammt eine ungewöhnlich hohe Menge von Veröffentlichungen von Praktikern, inklusive führender Lehrbücher. Andererseits sind die Wissenschaftler, die sich mit dem Schiedsrecht wissenschaftlich beschäftigen, fast ausnahmslos auch als Schiedsrechtler tätig. Eine Außenschau auf das Schiedsrecht, also wissenschaftliche Analyse von nicht selbst Beteiligten ist, jedenfalls im juristischen Schrifttum noch immer selten. Man kann das auch anders sagen: Wissenschaft zum Schiedsrecht ist ganz überwiegend zugleich auch Ausweitung der Praxis und Werbung[106],

---

centres for arbitration proceedings. After all, international arbitration has become a big business (relatively speaking.)” Kritisch insoweit *Cathérine Kessedjian*, Is Arbitration a Service to Business or to the Legal Profession? Fordham Papers 2009 (Fn. 55) 311, 311f. Vgl. auch *Clay* (Fn.48) 18: “La philantropie est absente – ou quasiment – du monde de l’arbitrage alors qu’elle imprègne encore celui de la littérature.”

103 *R. Doak Bishop*, The Art of Advocacy in International Arbitration, in *ders*. (Hg.), The Art of Advocacy in International Arbitration (2004) 3, 5f.; *Paulsson* (Fn. 51).

104 *Paulsson* (Fn. 51) 19-21.

105 So auch *Thomas Ginsburg*, The Culture of Arbitration, Vand. J. Transnat’l L. 36 (2003) 1335, 1340.

106 Vgl. auch *Clay* (Fn. 77) 21 f.

für das Schiedsrecht im allgemeinen und den jeweiligen Autor im besonderen. Praxis, Wissenschaft und Aquise – oder public relations – verschwimmen.

Hier ein Beispiel von David McLean, früher co-chair der international dispute resolution group von Latham & Watkins. McLean macht zunächst eine scheinbar distanziert-wissenschaftliche Aussage:

> „[globalization] has necessitated a move away from traditional litigation to a new dispute resolution paradigm—international arbitration—which portends a more neutral, efficient and certain process, one which favors neither party but affords each the occasion to fully and equitably present its case, and results in an award recognized around the globe.“[107]

Erscheint hier die Überlegenheit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit natürlich, ihr Erfolg zwangsläufig, so muss wenig später um genau diesen Erfolg gekämpft werden:

> „As disputes substantively grow more complex, involve more stakeholders, and are fought for higher stakes, international arbitration must continue to offer a less time-consuming, more efficient alternative to cross-border litigation.“[108]

Mehr noch, für die Schiedsgerichtsbarkeit muss auch aktiv geworben werden:

> „ As a result, practitioners, arbitrators, and the parties themselves will need to continue to advocate for a role in the evolution of the process to ensure its efficiency and effectiveness, in even the most complicated of circumstances.“[109]

Man weiss nicht, was die Feststellung der Überlegenheit der Schiedsgerichtsbarkeit wirklich ist: analytische oder wenigstens deskriptive Wahrheit, normatives desideratum, oder bloßer Werbespruch des selbst interessierten Teilnehmers. Man weiss auch nicht, wer hier spricht – der Praktiker, der Wissenschaftler, oder der Werbende. Und man kann nicht trennen, inwieweit der Autor hier für seine Disziplin wirbt, oder für sich selbst.

Der Schiedsrechtspraktiker hat einen dreifachen Anreiz, Wissenschaft zu betreiben. Erstens ist die Verrechtlichung der Schiedsgerichtsbarkeit so weit fortgeschritten, dass sie die wissenschaftliche Aufarbeitung erfordert. In dieser Situation ist es für die interessierten Praktiker sicherer, diese Aufgabe selbst zu erfüllen, um so die Schiedsrechtsfreundlichkeit zu sichern, von der er selbst abhängt, als sie berweitwillig aussenstehenden Wissenschaftlern zu überlassen.[110]

Zweitens ist die wissenschaftliche Veröffentlichung eine der wenigen Möglichkeiten für den Praktiker, seine Kompetenz nachzuweisen. Der vertrauliche Charakter der meisten Schiedsverfahren macht es vergleichsweise schwierig, allein durch Leistung im Schiedsverfahren zu werben, was bereits etablierten Schiedsrechtlern einen

---

107 *David J. McLean*, Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration, U. Pa. J. Int'l L. 30 (2009) 1087-1097 (1089).

108 Ebenda 1096.

109 Ebenda.

110 Vgl. zu einem Versuch, kritische Stellungnahmen totzuschweigen, *Clay* (Fn. 48) 18; vgl. auch *Thomas Schultz*, Arbitration as an iPhone, or Why Conduct Academic Research in Arbitration?, J. of Int'l Dispute Settlement 2 (2011) 279, 280 f.

Wettbewerbsvorteil bringt.[111] Öffentliche Reputation lässt sich dagegen durch wissenschaftliche Tätigkeit erwerben. Das mag auch die hohe Anzahl an Veröffentlichungen und Konferenzen erklären, die häufig inhaltlich nichts Neues bringen – Catherine Kessedjian hat sie als „beauty contests“ abgetan.[112] Ein Buch mit dem Titel „Leading Arbitrators—Guide to International Arbitration“[113] etwa gibt nicht nur Studenten und allgemeinen Praktikern Zugang zum schiedsrechtlichen Wissen, es etabliert auch, in deutlicher Weise, seine Autoren als „leading arbitrators“ auf dem Markt. Gleiches gilt für die zahlreichen von grossen Anwaltsfirmen herausgegebenen Ratgeber.

Und schließlich spricht vieles für ein Interesse daran, das Komplexitätsniveau des Schiedsrechts hoch zu halten, um Außenstehende fernzuhalten. Komplexität nutzt den bestehenden Experten (dem „elite corps“); sie erzeugt eine wirksame effektive Zugangsbeschränkung. Hier besteht eine Parallele zum Eingangszitat von Savigny. Die Zivilrechtskodifikation wurde nämlich im 19. Jahrhundert von den Anwaltskammern in England und New York vor allem deshalb bekämpft, weil man um das eigene Rechtsberatungsprivileg fürchtete: der Kodex würde, so glaubte man, die anwaltliche Beratung entbehrlich machen, weil er einfach zu verstehen wäre.[114]

iv) Der Schiedsrechtler als Rechtstheoretiker und Philosoph

Damit ist der Schritt zur Wissenschaft gemacht, noch nicht aber der weitere zur Rechtstheorie und/oder -philosophie. Echte Theorien der Schiedsgerichtsbarkeit bestehen, soweit ersichtlich, hauptsächlich außerhalb der Rechtswissenschaft – Dezalay und Garth in der Soziologie,[115] Claire Cutler in der politischen Theorie.[116] Juristische Theorien dagegen betreffen die lex mercatoria als materielles Recht, selten aber die Schiedsgerichtsbarkeit selbst. Für die Rechtsphilosophie war die internationale Schiedsgerichtsbarkeit uninteressant; Schiedsrechtler beschäftigten sich in ihrem Fach nicht mit Rechtshilosophie, über einige eher allgemeine Referenzen zur Moraltheorie hinaus.[117] Selbst bei Wissenschaftlern wie Norbert Horn, die in beiden Fächern zuhause sind, ist der direkte Austausch zwischen beiden Disziplinen selten.[118]

---

111 *Rogers*, Vocation (Fn. 46) 968 f.

112 *Kessedjian* (Fn. 102) 312.

113 *Newman/Hill* (Fn. 24).

114 Zur Übertragung von Savignys Argumenten für die Rechtswissenschaft auf die Anwaltschaft in den USA, *Mathias Reimann*, The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code, Am. J. Comp. L. 37 (1989) 95, 112 f.

115 Oben Fn. 25.

116 *Claire A. Cutler*, Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy (2003).

117 Frühe Ausnahmen sind *Jerzy Jakubowski*, Reflections on the philosophy of interntaional commercial arbitration and conciliation, in Liber amicorum Sanders (Fn. 82) 175 ff.; *Bruno Oppetit*, Philosophie de l’arbitrage commercial international, J. droit int. 1993, 811 ff.; vgl. auch *Clay* (Fn. 48) 13 f.

118 *Norbert Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie (2006) Rn. 179 (S. 121 f.); vgl. *ders*., Enforcing Contractual Claims: From Schmitthoff to Investment Arbitration, in *Karl M. Meessen* (Hg.), Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and Its Tool Function in the Competition of Systems (2009) 139 ff.; *ders*., Transnationales Handelsrecht: zur Normqualität der lex mercatoria, in *Georg Bitter* u.a. (Hg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag (2009) 705 ff.

In dieses relative Vakuum stößt nun Emmanuel Gaillard mit seiner Haager Vorlesung zum Thema „Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international," mittlerweile erschienen auch als Taschenbuch und in englischer, arabischer, chinesischer und spanischer Übersetzung.[119] Gaillard ist einer der führenden französischen Praktiker und Wissenschaftler des Schiedsrechts—Professor in Paris, Leiter des litigation department von Sherman Sterling und führend in mehreren Institutionen, und schon deshalb sind seine Ausführungen relevant. Was Gaillard an unterschiedlichen Orten als der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bezeichnet, sind streng genommen drei verschiedene Legitimitätsgrundlagen: im Recht des Sitzstaates, im Recht der potentiellen Anerkennungsstaaten, oder in der Gemeinschaft aller Staaten.

Wird damit der Schiedsrichter nun zum Rechtsphilosophen? Die Antwort ist, zunächst einmal, nein. Gaillards Buch ist klar geschrieben und schon deshalb wertvoll, aber rechtsphilosophisch wenig ergiebig.[120] Die enge Verbindung zwischen Schiedsrecht und Rechtstheorie, die Gaillard darin sieht, dass zwei zentrale Themen des Schiedsrechts—die Privatautonomie und die Frage nach dem Geltungsgrund des Schiedsspruchs—wichtige Themen der Rechtsphilosophie betreffen, nämlich die Willensfreiheit und die Frage nach Legitimität und Geltung von Recht, ist rechtsphilosophisch relativ banal. Gleiches gilt für seinen Vorschlag, drei „représentations mentales"[121] zu unterscheiden – eine national, eine international, und eine transnational – und diese zwischen dem Naturrecht und verschiedenen Versionen des Rechtspositivismus zu verorten, für den, ohne große Differenzierung untereinander, Kelsen, Hart, Santi Romano, und Ost und Kerchove genannt werden.[122] Das alles kommt nicht an den Stand der betreffenden Debatten in der Rechtsphilosophie und –theorie heran, übrigens auch, insoweit diese Debatten sich mit der Schiedsgerichtsbarkeit beschäftigen. Gleichzeitig bedeutet die rechtsphilosophische Einordnung für das Schiedsrecht selbst als Disziplin, soweit ersichtlich, keinen wesentlichen Erkenntnisgewinn.[123] Und Gaillard selbst meint auch, für den Schiedsrichter sei es nicht notwendig, nicht einmal wünschenswert, beim Abfassen eines Schiedsspruchs an Philosophie zu denken.[124]

Worum also geht es wirklich? Man mag mutmaßen, dass das Schiedsrecht, zumal in der kontinentalen und französischen Tradition, und sein Repräsentant, Gaillard, eine weitere Verwissenschaftlichung des Felds für erforderlich hält. Dabei geht es allerdings mehr um die Geste als um den wirklichen Erkenntnisgewinn, mehr um die Darlegung der Verbindungen als die wirkliche Auflösung. Der Schiedsrichter wird nicht zum Rechtsphilosophen, aber er geriert sich immerhin als jemand, der mit dem Rechtsphilosophen reden kann.

---

119 *Emmanuel Gaillard*, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Rec. des Cours 329 (2008) 49 ff.; im folgenden zitiert nach der Taschenausgabe (2008).

120 Siehe auch *Ralf Michaels*, A Fuller Concept of Law Beyond the State? Thoughts on Lon Fuller's Contributions to the Jurisprudence of Transnational Dispute Resolution – A Reply to Thomas Schultz, J. Int'l Disp. Resol. 2 (2011) 417 ff.

121 Andeswo auch Philosophien (*Emmanuel Gaillard*, Three Philosophies of International Arbitration, in Fordham Papers 2009 [Fn. 55] 305 ff.) oder Repräsentationen (*ders*., Three Representations of International Arbitration, J. Int'l Disp. Resol. 1 (2010) 271 ff.).

122 *Gaillard* (Fn. 119) 23, 91.

123 So auch *Veijo Heiskanen*, Bespr., EJIL 20 (2009) 942, 945.

124 Interview, Juriste d'entreprise magazine no. 3 Juillet 2009, pp. 14-15 (15).

v) Der Schiedsrechtler als Visionär und Träumer

Die zentrale Frage bei Gaillard ist die nach dem Geltungsgrund der Schiedsgerichtsbarkeit. Während für die staatliche Gerichtsbarkeit diese Begründung im Staat selbst liegt, fehlt es bei der Schiedsgerichtsbarkeit an einer vergleichsweisen Grundlage. Gaillards Frage ist also zentral. Entschieden wird sie freilich nicht. Gaillard selbst meint, erstaunlicherweise, die Entscheidung zwischen diesen Grundlagen sei nicht eine Frage der Rationalität oder des besseren Arguments, sondern eine Frage von Visionen und quasireligiösem Glauben:

> „visions de l'institution qui, en tant que telles, relèvent du domaine du croyance, sinon de la foi, et non de celui de la vérité".[125]

Diese plötzliche Religiosität ist nun kein Einzelfall. Mauro Rubino-Sammartano beginnt das Vorwort zu seinem Lehrbuch so:

> If I am right, the best role each of us can play is that of bearer of our beliefs and ideals. If this is so, what matters is that these beliefs and ideals continue to be carried on, irrespective of who the individual bearer is. [126]

Noch drastischer liest es sich schließlich bei Julian Lew, einem führenden Schiedsrechtler:

> Do you dream? When do you dream? What do you dream about? Do you dream about international arbitration? Is there a dream for international arbitration? Is the concept of delocalised arbitration, or arbitration not controlled by national law, a dream or nightmare? [127]

Der Schiedsrechtler übernimmt also die Rolle des Visionärs, Gläubigen, Träumers, vielleicht auch Missionars. Das ist nicht irrelevant, wenn man sich überlegt, was hier mit Glauben und Vision begründet wird: nichts weniger als die Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit. Genau an diesem zentralen Punkt, an dem das Schiedsrecht legitimatorisch verankert werden müsste (und damit auch genau an dem Punkt, an dem jedenfalls die Rechtsphilosophie Antworten geben sollte), erfolgt kein Argument, sondern ein geradezu Kiergegaardscher Sprung von der Rationalität in den Glauben. Die Legitimität des Schiedsrechts selbst, und damit das Kernelement seiner Identität, ist letzten Endes, so scheint es, dem rationalen Zugang verschlossen. Damit wird also nicht Letztbegründung erreicht, sondern etwas anderes: Hier wird der gemeinsame Glaube, der die epistemische Gemeinschaft begründet und zusammenhält, formuliert.

---

125 *Gaillard* (Fn. 119) 209.

126 *Rubino -Sammartano* (Fn. 65) vii.

127 *Julian D.M. Lew*, Achieving the dream: autonomous arbitration, Arb. Int'l 22 (2006) 179, 179; wiederabgedruckt in *Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis* (Hg.), Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration (2007) 455 ff.. *Lew* macht im folgenden klar, dass für ihn die Autonomie des Schiedsspruchs der Traum ist, die Kontrolle durch das nationale Recht der Alptraum.

c) Öffentliche und private Rolle

Mit der Frage nach der Legitimation ist das wichtigste Spannungsverhältnis erreicht, nämlich das zwischen privater und öffentlicher Rolle des Schiedsrechtlers, insbesondere des Schiedsrichters. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich dogmatisch am Streit über die Grundlage der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit festmachen, wie er immer wieder in der Literatur wiederholt wird.[128] Hier geht es nicht darum, diesen Theorienstreit zu repetieren, sondern vielmehr darum, ihn daraufhin zu untersuchen, was er für das Rollenverständnis des Schiedsrichters ergibt.

i) Richter oder Dienstleister

Grundlegend sind zwei Theorien der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Nach der Vertragstheorie liegt die Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit in der Vereinbarung der Parteien, nach der Jurisdiktionstheorie liegt sie in der richterlichen Funktion des Schiedsrichter. Diese Theorien sind alt und werden im Grunde in der Diskussion nur noch konserviert; man mag auch bezweifeln, ob sich aus ihnen allein praktische Folgen ergeben.

Aufschlussreich sind diese Theorien allerdings für die Frage, on die Rolle des Schiedsrichters öffentlich oder privat ist. Dogmatisch betrifft das die Frage, woraus die Kompetenz des Schiedsrichters herzuleiten sei: aus der staatlichen Souveränität (oder einer Analogie dazu)[129] oder aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien. Kommt sie aus der staatlichen Souveränität oder auch aus dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit, so ist der Schiedsrichter Quasi-Richter und damit quasi-öffentlich tätig; kommt die Kompetenz hingegen aus dem Vertrag, so ist der Schiedsrichter ein quasi-privater Dienstleister gegenüber den Parteien. Der Quasi-Richter ist verpflichtet gegenüber dem Staat, vielleicht auch einem transnationalen Rechtssystem oder der globalen Gesellschaft. Der Dienstleister ist nur den Parteien verpflichtet. Der Quasi-Richter ist ein Teil der global governance;[130] der Dienstleister ist ein bloßer Streitschlichter.

Im traditionell-europäischen Paradigma, wie es das oben angeführte Glossner-Zitat andeutet, ist der Schiedsrichter privat benannter und verpflichteter Dienstleister. Die Professionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit hat dagegen dazu geführt, jedenfalls die Funktion des Schiedsrichters derjenigen des Richters anzugleichen. Heutige Schiedsverfahren sind oft so advers, dass gemeinsame Interessen der Parteien, die eine Dienstleistung definieren könnten, schwer auszumachen sind. Gleichzeitig bleibt der Schiedsrichter aber den Parteien in weiterem Umfang verpflichtet, als es der staatliche Richter ist. Insbesondere führt die Funktion als Quasi-Richter nicht zur Verankerung im staatlichen Rechtssystem.

---

128 Etwa *Jacqueline Rubellin-Devichi*, L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé (1965) 10-18 und passim; *Horacio A. Grigera Naón*, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration (1992) 14-18; *Lew* u.a. (Fn. 63) 71-82; *Born* I (Fn. 24) 184-189; *Lynch* (Fn. 38) 65-75; *Solomon* (Fn. 30) 288-310.

129 Obwohl herkömmlich die Jurisdiktionstheorie mit der Herleitung aus staatlicher Souveränität gleichgesetzt wird, sind beides doch unterschiedliche Problem; instruktiv *Solomon* (Fn. 30) 310-334.

130 *Christopher A. Whytock*, Litigation, Arbitration, and the Transnational Shadow of the Law, Duke J. Comp. Int'l L. 18 (2008) 449, 456f.

ii) Die Verbindungsthese und ihre Lücken

Typischerweise werden heute beide Theorien und damit auch beide Legitimationsgrundlagen – die staatliche und die privatautonome – verbunden. Auf der Theoriebene spricht man unspezifisch von einer hybriden oder gemischten Theorie. Für das Rollenverständnis ergibt sich eine Kombination beider Rollen, der als Richter und der als Dienstleister.[131] Oder, etwas genauer gesagt: die Funktion des Schiedsrichters ist die eines Richters; [132] die Grundlage für diese Funktion liegt aber in der Parteiabrede.

Diese Verbindung beider Rollen erfolgt nun sowohl von der privaten als auch von der öffentlichen Rolle her. Einerseits beruht die *private* Rolle des Schiedsrichters zwar auf der Privatautonomie; da aber die Privatautonomie ihrerseits staatlich durchgesetzt wird, ist sie mittelbar auch öffentliche Gewalt.[133] Diese Privatautonomie wird nun mehr und mehr mit gesamtgesellschaftlicher Wertschätzung aufgeladen: Indem der Schiedsrichter den Willen der Parteien durchsetzt, soll er gleichzeitig eine Rolle gegenüber der Allgemeinheit erfüllen, die – mutmaßlich – ein Interesse an privater Streitschlichtung hat. Schiedsrichter sind „the guardians of a system that is imperative for the flourishing of international trade and investment."[134] Mittelbar ist damit der Schiedsrichter nicht nur ein privater Streitschlichter, sondern zugleich gewissermaßen ein von der Allgemeinheit Beliehener: das Privatinteresse geht im Allgemeininteresse auf oder soll zumindest mit diesem kongruent sein.

Umgekehrt erfolgt die Verbindung aber auch von der öffentlichen Seite her, wie man insbesondere in der anhaltenden Diskussion zur Anwendbarkeit zwingender Normen im Schiedsverfahren sieht.[135] Früher begründete man deren Anwendbarkeit mit einer Begrenzung des Privatinteresses durch öffentliche Interessen: der Schiedsrichter war also zum Teil auch der Öffentlichkeit, typischerweise dem Staat, verpflichtet. Heute zieht man auch dafür das Privatinteresse heran, mit folgendem Argument: Indem der Schiedsrichter zwingende Normen berücksichtigt, sichert er die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs und erfüllt erst dadurch vollständig die Interessen der Parteien.[136] Hier geht also das öffentliche Interesse im Parteiinteresse auf; der Konflikt zwischen Parteiautonomie und öffentlichem Interesse wird (scheinbar) aufgelöst.[137] Und erstaunlicherweise soll genau deshalb die gerichtliche Kontrolle unwichtig werden.

---

131 *Fouchard Gaillard Goldman* (Fn. 65) 560 Rn. 1017.

132 BGHZ 98, 70, 72 („ihrer Funktion und Wirkung nach materiell Rechtsprechung"); BGHZ 159, 207, 212 und 162, 9, 16 („Rechtsprechung im weiteren Sinne"); *Rogers*, Vocation (Fn. 46) 987; Solomon (Fn. 30) 330 mit Fn 205.

133 Das ist ein altes Argument des legal realism: *Morris Cohen*, The Basis of Contract, Harv. L. Rev. 46 (1933) 553, 585-592.

134 *Franck* (Fn. 81) 521.

135 Zur Debatte etwa *Norbert Horn*, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2009, 208 ff.

136 Vgl. dazu ausführlich *Luca Radicati di Brozolo*, Arbitrage commercial international et lois de police, Rec. des Cours 315 (2006) 265, 450 ff.

137 Vgl. etwa die ironische Bermerkung bei *Alan Scott Rau*, The Arbitrator and "Mandatory Rules of Law", in *George A. Bermann/Loukas A. Mistelis* (Hg.), Mandatory Rules in International Arbitration (2011) 77, 79 Fn. 5, gegenüber *Marc Blessing*, Mandatory Rules of Law *versus* Party Autonomy in International Arbitration, J. Int'l Arb. 14-4 (1996) 23: "The 'versus' in this chapter's (*sic*) title already speaks volumes about the particular mind set here."

Das Spannungsverhältnis zwischen beiden Rollen ist damit indes nur unterdrückt und nicht wirklich aufgehoben. Was geschehen soll, wenn Obligationen zwischen den Parteien und der Allgemeinheit im Konflikt stehen – wenn der Schiedsrichter nur entweder Dienstleister oder Richter sein kann – ist nicht gesagt. Zudem ist auch die theoretische Zusammenführung beider Positionen problematisch. Einerseits wird so der Parteiautonomie eine Legitimationslast auferlegt, die sie kaum erfüllen kann,[138] gerade weil sie nicht das gleiche ist wie demokratische Legitimation.[139] Privatautonomie kann letzten Endes nur ein Dienstleistungsverhältnis begründen; sie allein legitimiert den Schiedsrichter nicht zu all jenden richterlichen Funktionen, die über das Verhältnis zu den Parteien hinaus gehen. Andererseits wird die Vetretung öffentlicher Interessen beim Staat belassen, insbesondere im Vollstreckungsstadium, obwohl der Staat transnationale öffentliche Interessen gerade gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit nur schwerlich erfüllen kann.[140]

Der Richter erfüllt also die Rolle des Richters, eingeschlossen eine Funktion der global governance. Legitimiert ist er aber andererseits nur zur Rolle des Dienstleisters, was insbesondere seine Fähigkeit zur governance beschränkt. Dem Staat andererseits, der zur Regulierung kompetent wäre, ist diese Kompetenz durch die Schiedsabrede weitgehend entzogen. Solange staatliche Gerichte sich nicht transnationalisieren und Schiedrichter nicht eine regulierende Rolle annehmen, kommt es potentiell zum Regulierungsdefizit.

iii) Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit?

In der Globalisierung wird dieser Effekt noch verstärkt.[141] Erstens übernehmen auch die staatlichen Gerichte eine zunehmend private Rolle.[142] Die Globalisierung beschränkt schon an sich die Fähigkeit des Staats zur Regulierung. Hinzu kommt ein Wettbewerb nationaler Gerichte um die Gunst der Parteien:[143] Nationale Rechtssysteme werden in Werbebroschüren als Dienstleister angepriesen;[144] ihre regulierende Funktion wird zunehmend minimiert. Zweitens führt die Institutionalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu einer zunehmenden Autonomie von der staatlichen Gerichtsbarkeit, zur Systembildung.

---

138 Zu optimistisch *Mark Movsesian*, International Commercial Arbitration and International Courts, Duke J. Comp. & Int'l L. 18 (2008) 423, 424, 432-433.

139 So auch, von ganz unterschiedlichen Ausgangspunkten her, *Horatia Muir Watt*, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, ERCL 2010, 250 ff.; *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Privatautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 33 ff.

140 Kritisch deshalb etwa *Jan Kleinheisterkamp*, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit: Ein praktischer Versuch, RabelsZ 73 (2009) 818 ff.

141 *Lynch* (Fn. 38); *Bernard Hanotiau*, International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future, J. of Int'l Arb. 28 (2011) 89 ff.; *Hermann Hoffmann*, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung? Eine empirische Analyse zur Bedeutung staatlicher und privater Gerichtsbarkeit für den internationalen Handel, SchiedsVZ 2010, 96 ff.

142 *Horatia Muir Watt*, Economie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation), Rev. arb. 2008, 390, 401 ff.

143 *Jens Dammann/Henry Hansmann*, Globalizing Commercial Litigation, Cornell L. Rev. 94 (2008) 1 ff.; vgl. *Muir Watt* (Fn. 142) 404-406; *dies.,* (Fn. 139) 278-282.

144 Dazu etwa *Eidenmüller* (Fn. 73) 641.

Solchen Entwicklungen antwortet eine vierte Theorie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die sogenannte Autonomietheorie. Eng betrachtet, behauptet sie lediglich etwas negatives, nähmlich die Unabhängigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit vom Staat und damit von öffentlichen Interessen, verbunden mit einer maximalen Anerkennung der Parteiautonomie. Damit fehlt es aber sowohl an einem rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich die Privatautonomie entfalten soll, als auch an einer systemimmanenten Richtigkeitskontrolle des Schiedsspruchs.[145] Um diese zu ermöglichen, muss es, in Fortentwicklung der Theorie, zur Selbstkonstitutionalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kommen.[146] Genau in dem Masse, in dem die Schiedsgerichtsbarkeit sich vom Staat emanzipiert, muss sie die Funktionen, die herkömmlich durch das staatliche Recht erfüllt wurden, selbst erzeugen. Statt zwingender staatlicher Normen gibt es dann etwa einen transnationalen ordre public.

Es fällt auf dass die Autonomietheorie, anders als die drei anderen, kein konkretes Rollenbild für den Schiedsrichter liefert. Das kann allerdings auch kaum anders sein. Was gesagt wird, ist nur, dass der Schiedsrichter weder Dienstleister noch Richter ist – beides Begriffe aus dem staatlichen Rahmen. Seine neue Rolle kombiniert Funktionen der Streitentscheidung mit solchen echter global governance. Es ist dann eine Aufgabe der Zukunft, diese Rolle genauer zu definieren. Ob indes das private oder das öffentliche Modell aus dem Staat hier als Vorbild dienen können, mag man bezweifeln.

III. Materielles Privatrecht jenseits des Staates: Private Rechtsetzung

Der zweite Bereich, dem ich mich zuwenden möchte, ist das materielle Privatrecht, insoweit es jenseits des Nationalstaats steht. Dabei geht es also – wie schon in einer früheren Veröffentlichung[147] – und europäisiertes, globalisiertes und privatisiertes (also: privat geschaffenes) Privatrecht.

a) Staatsbürger oder Weltbürger

„Je ne connais pas le droit civil: j'enseigne le Code Napoléon.“ [148] Das berühmte Zitat von Bugnet aus dem 19. Jahrhundert drückt nicht nur den extremen Gesetzespositivismus aus, für den es meist herangezogen wird. Es leugnet gleichzeitig implizit ein transnationales Privatrecht[149] und verpflichtet damit den Privatrechtswissenschaftler auf eine streng nationale Identität: als Staatsbürger ist er dem nationalen Privatrecht allein verpflichtet.

---

145 Vgl. *Lynch* (Fn. 38) 73-75.

146 Vgl. *Peer Zumbansen*, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, Eur. L.J. 8 (2002) 400, 430-432; *Moritz Renner*, Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?, J. Int'l Arb. 26 (2009) 533, 554f.

147 *Michaels/Jansen* (Fn 2).

148 Wiedergegeben etwa bei *Jean-Louis Halpérin*, Histoire du droit privé français depuis 1804 (1996) 50; vgl. auch *Philippe Rémy*, Eloge de l'exégèse, RRJ 1982, 254, 261.

149 Jedenfalls insoweit man den universalen Anspruch des Code civil selbst außer Acht lässt.

Diese Nationalisierung des Privatrechtlers war eine Neuerung des 19. Jahrhunderts, die auch das 20. Jahrhundert in weitem Maße charakterisiert hat.[150] Vorher hatte das Privatrecht eine außerstaatliche und schon deshalb transnationale Tradition.[151] Das Corpus Iuris Civilis, das ganz überwiegend Privatrecht enthält, brachte nach seiner Wiederentdeckung Studenten aus aller Herren Länder zusammen und förderte so nicht nur ein transnationales Recht – vielleicht deshalb, weil es selbst schon potentiell transnational war[152] – sondern auch eine europäische Juristenelite. Das ius commune erzeugte eine epistemische Gemeinschaft genuin europäischer Wissenschaftler, zum Teil auch Richter, die oft mehr mit ihren Kollegen in fremden Staaten verband als mit der lokalen Gesellschaft, innerhalb derer sie tätig waren.[153] Auch das Erstarken des Nationalstaats änderte das zunächst nicht, da die Regelung des Privatrechts für Herrscher keine Priorität hatte.

Heute ist die nationale Identität des Privatrechtlers wieder im Rückzug. Propagiert und (teilweise) auch exerziert wird zunehmend eine transnationale Identität (wobei diese jedenfalls in Europa ganz überwiegend nicht durch eine globale sondern eine europäische Identität ersetzt wird.)[154]

Nicht immer wird dabei allerdings erkannt, dass streng genommen zwei verschieden Paradigmen vertreten werden[155] und zwei solche Identitäten bestehen.[156] Für die ersten beiden von Haas für die epistemische Gemeinschaft genannten Kriterien ist man sich einig: Man teilt einen normativen und prinzipiellen Glauben, nämlich den, dass ein transnationales Privatrecht erstrebenswert sei, und man glaubt, dass Lösungen für juristische Probleme transnational gefunden werden müssen. Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der anderen zwei Kriterien: Gültigkeitskriterien juristischer Argumente und das gemeinsame Ziel. Ein Teil der transnationalen Privatrechtler – diejenigen, die auf ein neues ius commune im weiteren Sinne hoffen, also nicht als festen Normenbestand sondern als Grundlage europaweiter juristischer Debatte – berufen sich hier auf die Wissenschaftlichkeit als Geltungsgrund. Ein anderer Teil – dienigen, die vom Gemeinschaftsrecht her argumentieren – beruft sich auf die Ziele der europäischen Integration und vertritt ein regulatorisches Privatrecht, das entweder den Binnenmarkt

---

150 Dazu für Deutschland *Christian Joerges*, Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in *Dieter Simon* (Hg.), Rechtswissenschaften in der Bonner Republik (2004) 311 ff.

151 *Nils Jansen/Ralf Michaels*, Private Law and the State – Comparative Perceptions and Historical Observations, in *dies*. (Fn. 2). 69 ff.

152 Vgl. *Rudolf Sohm*, Institutionen: Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts (1908) 51f: "An die Stelle des Ackerbürgers trat der Weltbürger; aus dem ackerbürgerlichen musste weltbürgerliches Recht hervorgehen…. Das römische Recht hiess noch immer Stadtrecht. In Wirklichkeit war aus Stadtrecht Weltrecht hervorgegangen."

153 *Ranieri,* Der europäische Jurist (Fn. 84).

154 *Harm Schepel/Rein Wesseling*, The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, Eur. L.J. 3 (1997) 165 ff. (leider wird die These nur durch eine Analyse von Veröffentlichungen belegt). Sieht man allerdings Europa als eine Art Staat, so ist die neue Identität auch wieder eine staatliche: *Michaels/Jansen* (Fn. 2) 114f.; vgl. auch *Harm Schepel*, Professorenrecht? Le champ du droit privé européen, Critique international 26 (2005) 147, 155.

155 Vgl. dazu *Ralf Michaels*, Of Islands and the Sea: The Two Rationalities of European Private Law, in Roger Brownsword/Leone Niglia/Hans-W. Micklitz/Steve Weatherill (Hg.) Foundations of European Private Law 139 ff. (Hart 2011).

156 *Schepel* (Fn. 154) 151, spricht von einer "lutte entre différentes disciplines cherchant à affirmer leur supériorité épistémologique".

liberalisieren helfen soll (so der marktliberale Teil) oder aber den Schutz des Schwächeren intensivieren soll (so der „social justice“-Teil.) Letztlich zielt diese Gruppe damit nicht letztlich auf ein privatisiertes Recht hin. Die zweite Gruppe dagegen

Die erste Gruppe dagegen propagiert ein politikfernes, klassisch juridisches Privatrecht. Ole Lando etwa, Namensgeber der als Lando-Prinzipien betitelten Principles of European Contract Law, sagt über sich selbst:

> „Eventually, I got accustomed not to evaluate an existing or proposed rule of law as a rule, which is to apply in one country only. I came to look upon the rule from the point of view of a European lawyer, or simply a lawyer.“[157]

Das ist nicht nur eine Stellungnahme für die Erweiterung des Rollenverständnisses. Impliziert wird vielmehr, nur der transnationale Jurist sei überhaupt ein wahrer Jurist. Gleichzeitig wird dieses transnationale Privatrecht depolitisiert: die deutsche, amerikanische und französische Lösung eines Problems ist kontingent und nicht etwa Ausdruck einer bewussten politischen Entscheidung: [158]

> „Only in a qualified sense can we even say that the German, the American, and the Frenchman are writing about the law of their own countries. They are addressing a problem that arises in each of their own countries, but neither the problem nor ist solution are any more German than American or French.

Vollständig transnational ist indessen die Rolle des Privatrechtlers nicht. Anders als im internationalen Schiedsrecht, das vom innerstaatlichen Schiedsrecht personal und inhaltlich streng getrennt wird, sind transnationales und staatliches Privatrecht miteinander verbunden, und die Rollen des Privatrechtlers sind es auch. Nur wenige Privatrechtswissenschaftler publizieren ausschließlich zum europäischen Privatrecht; die große Mehrzahl fühlt sich offenbar als Mitglied sowohl einer transnationalen Gemeinschaft als auch der staatlichen Rechtswissenschaft. Man wandert hin und her zwischen transnationalen Rechtsvergleicherkonferenzen, bei denen man einheitlich die Engstirnigkeit der jeweiligen nationalen Juristen bedauert, und einem nationalen Kreis, in dem man zwar die Vorzüge und Bedeutung des transnationalen Privatrechts anpreist, gleichzeitig aber darauf bedacht ist, Anschlussfähigkeit an den nationalen Diskurs zu beweisen.

i) Juristische Faktoren: Kodifikation und Materialisierung

Der offensichtlichste Grund für die staatsbürgerliche Rolle des Privatrechtlers, die sich auch im genannten Zitat von Bugnet widerspiegelt, ist ein formalrechtlicher: mit der Kodifikation wurde die wichtigste Rechtsquelle des Privatrechts national.[159] Das ermöglichte einen Rechtsquellenpositivismus bis hin zur so genannten exegetischen

---

157 *Ole Lando*, My life as a lawyer, ZEuP 10 (2002) 508, 521.

158 *James Gordley*, Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law, Am. J. Comp. L. 43 (1995) 555, 561.

159 Dazu zuletzt *Peter A.J. van den Berg*, The Politics of European Codification – A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands (2007) 34 ff. und passim.

Schule[160] und führte dazu, dass ausländische Rechtsansichten nicht mehr normativ relevant waren, weil sie nicht mehr zu einem als gemeinsam verstandenen Recht ergingen.[161] Man sieht das im Rückgang des rechtsvergleichenden Arguments zur Auslegungshilfe – Rechtsvergleichung, zunächst in Form der Gesetzesvergleichung, hatte nunmehr weitgehend nur noch rechtspolitische Bedeutung.[162]

Freilich sind eine Nationalisierung des Rechts und ein Rückgang des rechtsvergleichenden Arguments, zu dieser Zeit auch in England und den USA zu finden, wo eine Kodifikation nicht erfolgte.[163] Das lässt vermuten dass es nicht die Form der Kodifikation allein ist, die den Privatrechtsanwender zum Staatsbürger werden lässt. Wichtiger dürfte eine Idee der Gewaltenteilung sein, wie sie sich nicht nur in der Kodifikation sondern auch in einem gewandelten Verständnis des common law ausdrückte: auch Privatrecht bedurfte, jedenfalls formal, der demokratischen (und damit staatlichen) Legitimation; der Rechtsanwender (und das bezieht den Rechtswissenschaftler mit ein) ist auf Anwendung und Nachvollzug beschränkt. Anders gesagt: Weil das Privatrecht nunmehr staatlich war, musste nun auch sein Anwender eine staatliche Rolle einnehmen.

Ein rechtstheoretischer Grund kam im 20. Jahrhundert dazu. Privatrecht wurde mehr und mehr als regulatorisch verstanden, was manchmal als Materialisierung bezeichnet wird.[164] Ein solches Verständnis verlangte nach demokratischer Legitimation; diese aber war im Prinzip nur innerhalb des Staates zu erlangen, so dass Privatrecht nunmehr auch inhaltlich (und nicht nur, wie bei der Kodifikation, formal) so eng an den Staat angegliedert war, wie es das öffentliche Recht schon lange war.[165]

Das hat sich im „postpositivistischen Zeitalter“[166] nur teilweise geändert. Zwar sehen wir in allen Rechtsordnungen einen Zuwachs rechtsvergleichender Argumente in

---

160 Dazu etwa *Alfons Bürge*, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus (1991); *Halpérin* (Fn. 148) 45-81; *Mathias Gläser*, Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts (1996) 43-136.

161 Für Deutschland *Reinhard Zimmermann*, The New German Law of Obligations—Historical and Comparative Observations (2005) 15.

162 *Filippo Ranieri*, Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20.Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze, in *Mario Ascheri* (Hg.), "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert": Festschrift für Knut Wolfgang Nörr (2002) 777, 781.

163 Zu den USA *M.H. Herman*, Translation and the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States, Am. J. Comp. L. 50 (2002) 753 ff.

164 *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Auf. 1967) 539 ff.; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung 472 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000) 273 ff.; *Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens (2005).

165 *Joerges* (Fn. 150) 337: “Vor allem in der Reformphase der 60er und 70er Jahre waren die Zusammenhänge zwischen Staatsfunktionen, dem materiellen Privatrecht und seiner Methodologie überaus deutlich.” Zum Einfluss des Staates auf das Privatrechtsdenken instruktiv *Christiane Wendehorst*, The State as a Foundation of Private Law Reasoning, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 145 ff.

166 *Jürgen Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht – Der hybride Kodex, AcP 200 (2000) 445, 447 f; vgl. schon *Reiner Schulze*, Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht, ZEuP 1993, 442, 463: “postkodifikatorisch”.

Rechtsprechung und Wissenschaft.[167] Freilich sind damit zwei unterschiedliche Rollenverständnisse verbunden, von denen nur eines genuin transnational ist. Das transnationale Rollenverständnis entspricht der Idee, Privatrecht als vorstaatlich und damit transnational zu verstehen. Wenn etwa Mestmäcker in Nachfolge Kants die Privatrechtsgesellschaft als notwendige Weltgesellschaft zu etablieren sucht,[168] so ist der Bürger, insoweit es um Privatrecht geht, Weltbürger und folglich im Prinzip weltweit den gleichen Privatrechtsregeln zu unterwerfen.[169] Betrifft dieser Ansatz eher die Rolle des Rechtssubjektes, so findet sich ein explizit transnationales Rollenverständnis des Rechtswissenschaftlers im Vorschlag eines neues ius commune, wie es insbesondere Reinhard Zimmermann propagiert hat.[170] Sein Ruf nach einer europäischen Rechtswissenschaft (nicht einem inhaltlich europaweit einheitlichen Recht!), erfüllt alle Kriterien für eine europäische epistemische Gemeinschaft der Rechtswissenschaftler: ein gemeinsamer Glaube an ein inhaltlich neutrales, freiheitsorientiertes und relativ politikfernes Privatrecht; eine gemeinsame Methode juristischer Dogmatik; und ein gemeinsames rechtspolitisches Ziel in einem europäisierten Privatrecht. Und auch für Richter ist eine solche transnationale Rolle entworfen worden (freilich als Kritik und im Rahmen des Verfassungsrechts): ein Gericht, das ausländisches Recht verwende, fühle sich nicht mehr als Organ seines Staates sondern statt dessen als Organ einer imaginären Weltgemeinschaft.[171]

Die Hauptkritik am rechtsvergleichenden Argument ist indes eine andere: Richter sollten Recht anwenden und nicht schaffen; das rechtsvergleichende Argument wird (vielleicht manchmal zu Recht) nicht als Ausdruck einer transnationalen Rolle angesehen, sondern vielmehr als Deckmantel für die eigenen Präferenzen des Richters. So gesehen, ist das rechtsvergleichende Argument zwar ein Ausdruck eines gewandelten Rollenverständnisses des Richters, aber der Wandel erfolgt nicht von einer staatlichen zu einer transnationalen Rolle, sondern von der bloßen bouche de la loi zum Ersatzgesetzgeber. Der Richter, der so rechtsvergleichend argumentiert, gibt also seine Staatsbürgerrolle nicht auf; er nutzt nur, wie seit jeher der Gesetzgeber, auch ausländische Erfahrungen, bleibt aber dabei explizit in seiner nationalen Rolle.

---

167 *Ton Koopmans*, Comparative Law and the Courts, ICLQ 45 (1996) 544; *Ulrich Drobnig & Sjef van Erp* (Hg.), The Use of Comparative Law by Courts (1998); vgl. aber auch das Ergebnis bei *Stefan Vogenauer*. Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent II (2001) 1259: "Allerdings greifen [Richter] auf das komparative Kriterium nur selten zurück".

168 *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, RJ 10 (1991) 177, 180, 190 (auch gekürzt in Die Zeit, 2.8.1991, S. 18); kritisch dazu *Thomas Vesting*, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, in *Thomas Vesting* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996 – Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Augsburg (1997) 183, 192-194.

169 *Nuno Manuel Pinto Oliveira*, The Private Law Society and Contract Law Application, ECJL 5 (2009) 29 ff.

170 Dafür insbesondere *Reinhard Zimmermann*, Savigny's Legacy – Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science, L.Q.R. 112 (1996) 576 ff.; ders., Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe, in Arthur Hartkamp u.a. (Hg.), Towards a European Civil Code (3. Aufl. 2004) 21 ff.; vgl. auch *Michaels/Jansen* (Fn. 2) 89 f., 96 m.w.N.

171 *Kenneth Anderson*, Foreign Law and the Constitution, Policy Review 2005, 33, 49 f.

ii) Soziologische Faktoren: Ausbildung und Berufsbild

Wichtiger als dogmatische und rechtstheoretische sind vielleicht soziologische Faktoren. Insbesondere ist es die Nationalisierung der Rechtsausbildung, die zu einem jeweiligen nationalen Stil führte und die jungen Juristen sozialisiert.[172] Die Tradition des Privatrechtlers war früher insofern transnational, als sie wissenschaftliche Ausbildung war.[173] In England, wo die Juristenausbildung lange Zeit Aufgabe der Praxis war und stärker auf den Anwaltsberuf fokussiert war, entstand ein eher national orientierter Jurist.[174] Heute dagegen wird Recht überwiegend an staatlichen Universitäten gelehrt; das *Staats*examen in Deutschland vermittelt fast notwendig Staatsbezogenheit.[175] Der Jurist wird in Deutschland traditionell auf eine Rolle als Staatsdiener vorbereitet.

Dass diese nationale Sozialisierung teilweise vom Kodifikationsspositivismus unabhängig war, zeigt sich beispielhaft an der Ablehnung der Leipziger juristischen Fakultät, das neue sächsische Zivilgesetzbuch zu lehren: man sei eine deutsche Fakultät und lehre „das Recht als Wissenschaft ... und ... das in Deutschland überhaupt zur Geltung gekommene positive Recht und seine Grundlagen."[176] Ähnlich lehrt die US-amerikanische Elite-Lawschool seit jeher gerade im Privatrecht ein imaginäres US-weites Privatrecht, obwohl das Privatrecht weitgehend Sache der Einzelstaaten ist.[177] Die nationale Identität des Privatrechtlers ist insoweit historisch das Gegenteil von provinziell: sie transzendiert die innerstaatliche Zersplitterung des Rechts, freilich um den Preis der Abgrenzung von anderen Nationen. Als das BGB in Deutschland bei seiner Einführung als Symbol der Privatrechtseinheit gefeiert wurde,[178] war das daher nicht Voraussetzung sondern Folge der nationalen Identifikation des Privatrechtlers.

Heute ist die Juristenausbildung internationaler geworden, was sich nicht nur im Curriculum ausdrückt, sondern auch in der Menge an Möglichkeiten, für einige Zeit im Ausland zu studieren. Allerdings weist Ranieri richtig darauf hin, dass allein der Auslandsaustausch nicht eine transnationale epistemische Gemeinschaft erzeugt, wie sie im ius commune bestand.[179] Denn während im ius commune jedenfalls eine einheitliche Rechtsgrammatik gelehrt wurde, öffnet die heutige Juristenausbildung Märkte, lässt dabei aber die Pluralität des Rechts intakt: der moderne Jurist profitiert gerade von der Diversität der Privatrechte, zwischen denen er auswählen kann.[180]

---

172 *Filippo Ranieri*, Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, JZ 1997, 801 ff.

173 *Daniel Thürer*, Europa zwischen Erfahrung und Experiment – eine rule-of-law-Perspektive, ZSE 2008, 7, 17-19, im Rückgriff auf *Mireille Delmas-Marty*, Vers un droit commun (1998) 60.

174 Darauf weist hin *Ranieri*, Juristen für Europa (Fn. 172) 803.

175 *Susanne Lepsius*, Taking the Institutional Context Seriously – A Comment on James Gordley, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 233, 234.

176 Stellungnahme von Carl Georg Wächter als Dekan, abgedruckt in *Christian Ahcin*, Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65 (Frankfurt a.M. 1996) 338 ff.; dazu *Ahcin* ebenda 314-317; *Ranieri* (Fn. 172) 804.

177 Zum Vergleich schon *Lepsius* (Fn. 175) 241f.

178 Vgl. die Nachweise bei *Nils Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität (2003) 19 f.

179 *Ranieri* (149) 811.

180 Auch darin wird eine europäische Kultur aber gesehen von *Jan M. Smits*, Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture?, in *Thomas Wilhelmsson/Elina Paunio/Annika Phjolainen* (Hg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007) 141, 147 ff.

Auch das Berufsbild des Privatrechtlers war lange Zeit staatlich. Anwaltliche Standesorganisationen waren und sind staatlich; Kanzleien waren lange Zeit in den meisten europäischen Staaten (mit Ausnahme Englands und Frankreichs) regional, allenfalls national. Richter waren nicht nur auch im Privatrecht an das kodifizierte und damit nationale Recht gebunden und im nationalen Instanzenzug eingebunden. Zudem erfolgt auch ihre Einsetzung aufgrund staatlicher Strukturen; Auslandserfahrung gilt immer noch nur selten als Vorteil. All das gilt selbstverständlich nicht nur für das Privatrecht, ist aber hier weniger selbstverständlich als anderswo.

Auch hier ändern sich die Bedingungen. Seitdem die Rechtsordnungen der meisten Staaten insoweit liberaler geworden sind, haben Kanzleizusammenschlüsse zu einem Zuwachs internationaler Kanzleien geführt, die – mit unterschiedlichem Erfolg – bemüht sind, ihre Mitarbeiter durch Austausch zwischen Standorten und andere Maßnahmen zu transnationalisieren. Selbst in Ländern, die wie etwa Japan den Anwaltsmarkt stark regulieren, führt die Möglichkeit der Partnerschaft zwischen inländischen und ausländischen Anwälten zu einer stärker transnationalen Rolle. In der Richterschaft ist die Transnationalisierung vielleicht noch am wenigsten weit fortgeschritten.[181] Anders als in der Verfassungsgerichtsbarkeit existiert hier noch kein weitreichender internationaler Austausch, der die Voraussetzung einer transnationalen epistemischen Gemeinschaft bilden würde. Allerdings gibt es eine Fülle von EU-Massnahmen[182] Insbesondere das Austauschprogramm des 2000 gegründete Europäischen Justiziellen Fortbildungsnetzwerk (EJTN) ist noch in den Anfängen, wächst freilich.[183] Auch der europäische Juristentag und das neu gegründete European Law Institute[184] müssen erst erweisen, inwieweit sie ein wahrhaft europäisches Rollenverständnis fördern werden. Die europäische Rechtsakademie in Trier widmet sich hauptsächlich dem Gemeinschaftsrecht.[185] Die Wissenschaft schließlich wird europäisiert durch neue Zeitschriften,[186] Netzwerke, Institute.

All diese Institutionen sind nun weder Selbstzweck noch direkte Antworten auf unmittelbare praktische Erfordernisse; sie sind, jedenfalls mittelbar, auf die Schaffung einer genuin europäischen epistemischen Gemeinschaft gerichtet. Die Europäisierung der Privatrechtler erfordert, so heisst es, „erhebliche und schmerzhafte

---

181 Immerhin gibt es das europäische justizielle Netz; vgl. *Matteo Fornasier*, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ZEuP 2010, 477 ff.. Siehe schon *Schepel/Wesseling* (Fn. 154).

182 http://ec.europa.eu/justice/criminal/european-judicial-training/index_de.htm

183 Siehe http://www.ejtn.net/Exchange-Programme/; vgl. auch den vom Netzwerk herausgegebenen Praxisleitfaden, http://www.ejtn.net/Documents/Exchange programme documents/Exchanges documents 2010/Guide 2010 final de.doc.

184 http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/about-eli/; *Christiane Wendehorst*, European Law Institute, in *Jürgen Basedow, Klaus Hopt & Reinhard Zimmermann*, Max Planck Encyclopedia of European Private Law (2012) 617 ff.; *Vassilios Skouris*, Towards a European Legal Culture, ZEuP 2012 (im Ersch.). Kritisch *Jürgen Basedow*, Wer braucht ein European Law Institute?, EuZW 2011, 41.

185 Zu dessen Beitrag zu einer europäischen Rechtskultur *Christian Müller-Graff*, The Legal Professions in Europe and the Role of the Europäische Rechtsakademie: Back-of-an Envelope Reflections, ERA Forum 12 (2011) 165, 176f.

186 Dazu *Christian von Bar*, Die Rolle der juristischen Zeitschriftenliteratur bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa, Juridica International 17 (2010) 4 ff.

Anpassungsleistungen."[187] Eine europäische Identität ergibt sich nicht automatisch evolutionär oder aufgrund der offensichtlichen Überlegenheit; sie muss vielmehr aktiv institutionell hervorgebracht und abgesichert werden.

b) Praktiker und Wissenschaftler

Privatrecht ist, anders als das internationale Schiedsrecht, eine alte Disziplin, und zur Rolle von Praktikern und Wissenschaft ist, nicht erst seit Savigny, viel gesagt worden. Von van Caenegem stammt die bekannte, etwas simplifizierte These, das Privatrecht sei in England von Richtern, Frankreich von Richtern, und in Deutschland von Professoren maßgeblich bestimmt.[188] Nimmt man noch die von ihm vernachlässigte Gruppe der Rechtsanwälte hinzu, die die Rechtsentwicklung insbesondere in den USA maßgeblich bestimmt haben, so ergibt sich eine Gruppe von vier Berufen, die im staatlichen Recht relevant sind, aber auch hinsichtlich ihrer Bedeutung für das transnationale Privatrecht überprüft werden können.

Hesselink hat nun gemutmaßt, jeder dieser Berufe stehe nicht nur für eine bestimmte nationale Rechtskultur, sondern gleichzeitig für ein bestimmtes Konzept transnationalen Privatrechts und würde von jeweils diesem besonders profitieren.[189] Wissenschaftler stehen danach für ein ius commune, einen transnationalen Rechtsdiskurs, der sich durch Einigkeit zwar nicht über Lösungen, wohl aber über Strukturen und Begriffe definiert, und das Recht verwissenschaftlicht und damit gleichzeitig dem Gesetzgeber entzieht[190] Parlamente umgekehrt stehen danach, neben der Sondergesetzgebung, insbesondere für Privatrechtskodifikationen, also in Europa ein europäisches Zivilgesetzbuch,[191] weltweit vielleicht ein Welthandelsgesetzbuch. Richter stehen für ein europäisches oder gar globales Richterrecht, das sich insbesondere durch stärkere Verwendung rechtsvergleichenden Materials auszeichnet.[192] Rechtsanwälte werden von Hesselink nicht erwähnt; man könnte aber erwägen, sie stünden für die lex mercatoria, die immer noch etwas nebelhafte Idee eines von der Wirtschaft selbst geschaffenen transnationalen Wirtschaftsrechts.

---

187 *Martin Schmidt-Kessel*, Einführung, in *ders*. (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009) 1, 5.

188 *R.C. van Caenegem*, Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History (1992).

189 *Martin W. Hesselink*, The New European Private Law (Kluwer Law International, 2002), Chapter 5 ('The politics of European contract law: who has an interest in what kind of contract law for Europe?').

190 *Zimmermann* (Fn. 170); kritisch *Ugo Mattei*, The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments. Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 21 (1998) 883 ff.

191 Vgl. die diesbezüglichen Resolutionen des Europäischen Parlaments: OJ C 158 (28.6.1989); OJ C 205 (25.7.1994). Siehe auch European Parliament, Resolution on European Contract Law and the revision of the acquis, March 23, 2006, A6-0055/2006: "Whereas the decision to work towards and on such a code must be taken by the political authorities, since the very decision to opt for a Code is political and its content, albeit legal, is predicated on social and political objectives; whereas, given that in the future the political will may well exist to adopt such a Code, it is essential that the present work be done well and with the appropriate political input; Whereas the final product of the initiative should be open to amendment by the EC legislature and should be formally adopted by it.

192 *Walter van Gerven*, The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law, Eur. Rev. Priv. L. 3 (1995) 367.

Betrachtet man die Debatten über europäisches Privatrecht, so bietet sich freilich ein diffuseres Bild. Insbesondere Wissenschaftler sind gespalten: das Ideal eines wissenschaftlichen europäischen Privatrechts wird seinerseits von Wissenschaftlern scharf kritisiert;[193] auch gibt es Wissenschaftler, die eine Kodifikation nicht bloß als quasi-wissenschaftliches Restatement fordern sondern als ausdrücklich gesetzgeberisches Regelungsinstrument.[194] Andererseits ist es nicht klar, dass Parlamentarier notwendig der Kodifikation positiv entgegenstehen sollten, die zwar der Form nach Gesetz ist, inhaltlich aber typischerweise relativ apolitisch.[195] Das Europäische Parlament hat sich beschwert, an der Erstellung des Draft Common Frame of Reference nicht genügend beteiligt zu sein.[196] Auch unter Praktikern scheint die Ablehnung gegenüber einem europäischen Privatrecht nicht mehr so hoch zu sein.[197] Einer lex mercatoria andererseits scheint die Praxis eher kritisch entgegen zu stehen; jedenfalls als Wahlstatut taucht sie kaum noch vor, obwohl sie in der Schiedsgerichtsbarkeit wohl durchaus wirksam gewählt werden kann.[198]

Wie verhalten sich also die Rollen von Wissenschaftler und Praktiker im transnationalen Privatrecht? Die Frage kann nicht umfassend behandelt werden. Ich beschränke mich daher auf den Teilbereich der Rechtspraxis, den schon Savigny im Auge hatte: die Rechtsproduktion. Wenn, wie eben angedeutet, Transnationalisierung und Entpolitisierung des Privatrechts Hand in Hand gehen, so mag man erwarten, dass auch Juristen zu Rechtserzeugern werden, die nicht als Gesetzgeber förmlich dazu ausersehen sind. Die Einzelanalyse fördert freilich komplexere Details und Konflikte zutage.

i) Der Praktiker als Rechtserzeuger? Lex Mercatoria

Die einflussreichste Idee eines von Praktikern erzeugten transnationalen Privatrechts ist die lex mercatoria.[199] Im Mittelalter, so der Ursprungsmythos, hätten Kaufleute aus Unzufriedenheit mit dem existierenden staatlichen und lokalen Privatrecht ihr eigenes transnationales System von materiellen und prozessualen Regeln geschaffen.[200] An diese Tradition soll eine neue lex mercatoria im 20. Jahrhundert anknüpfen, die ihrerseits auch von Handelsleuten und Gesellschaften, freilich auch von Juristen – Anwälten und Schiedsrichtern – geschaffen sein soll und vom Staat relativ unabhängig existieren soll.

---

193 Neben *Hesselink* selbst (Fn. 189) etwa *Mattei* (Fn. 190); *Harm Schepel*, The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law, Law & Social Inq. 32 (2007) 183, 192 ff.

194 *Ugo Mattei*, Hard Code Now!, Global Jurist Frontiers 2/1 (2002) Article 1; *Hugh Collins*, The European Civil Code: The Way Forward (Cambridge University Press 2008).

195 Siehe dazu *Michaels* (Fn. 155).

196 Nachweise bei *Alessandro Somma*, Preface, in *ders*. (Hg.), The Politics of the Draft Common Frame of Reference (Wolters Kluwer 2009), xv, xxi f.

197 Siehe *Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill* (Hg.), The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice (2006).

198 *Felix Dasser*, Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the lex mercatoria, in Reinhard Zimmermann (Hg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts (2008) 129, 139 ff.

199 *Klaus Peter Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), eine Weiterentwicklung des ursprünglich auf deutsch erschienenen Buches Formalisierte oder ‚schleichende' Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts (1996).

200 Grundlegend *Harold J Berman*, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition (1983) 332 ff.

Zwar ist der mittelalterliche Ursprungsmythos längst als solcher entlarvt,[201] und auch eine neue lex mercatoria, wenn man sie denn so nennen will, besteht nicht in Autonomie vom Staat, sondern allenfalls in einem Amalgam staatlicher und nichtstaatlicher Regeln und Institutionen.[202] Trotzden ist die Bedeutung privat geschaffener Rechtsregeln hoch.[203] Das eröffnet die zweigeteilte Frage, ob Praktiker erstens eine Rolle als Rechtserzeuger haben und zweitens ihre Rolle auch so verstehen.

Das erste ist unzweifelhaft der Fall, jedenfalls wenn man einen soziologischen Begriff von Recht benutzt.[204] Freilich ist es ungenau, zu sagen, Handelsleute und -gesellschaften selbst erzeugten dieses Recht durch gewohnheitsmäßiges Handeln. Gewohnheitsrecht bildet sich am ehesten innerhalb relativ homogener Gruppen; diese sind aber auf dem Weltmarkt die Ausnahme[205] Der Hauptgrund ist, dass modernes nichtstaatliches Recht typischerweise in schriftlicher Form: sei es in Verträgen und Vertraksklauseln, die standardisiert sind,[206] sei es in Quasikodifikationen von nichtstaatlichen oder halbstaatlichen Organisationen.[207] Die Formulierung dieser Regeln obliegt aber fast ausschließlich Juristen: Unternehmensanwälten, Wirtschaftskanzleien, und, vielleicht vor allem, den sogenannten formulating agencies.

Formulating agencies sind von besonderem Interesse. Gemeint sind Institutionen, deren Regeln so weit verbreitet sind, dass sie effektiv wie Recht wirken, obwohl die Institutionen selbst formal nicht mit Rechtsetzungskompetenz ausgestattet sind. Unter

---

201 Etwa *Oliver Volckaerts/Antje Mangels*, Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?, S. Econ. J. 65 (1999) 427 ff.; *Albrecht Cordes*; Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria, SavZ/GA 118 (2000) 168 ff.; *Charles Donahue*, Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica, Chi. J. Int'l L. 5 (2004) 21; *Emily Kadens*, The Myth of the Customary Law Merchant, Tex. L. Rev. 90 (2012). Zur Nutzung des historischen Arguments in der Diskussion *Nikitas Hatzimihail*, The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: An Essay on the Genealogy of International Business Law, Law & Contemp. Probs. 71 (2008) 169 ff.

202 *Ralf Michaels*, The True New Lex Mercatoria: Global Law Beyond the State, Ind. J. Glob. Leg. Stud. 14 (2007) 447 ff.

203 *David V. Snyder*, Private Lawmaking, Ohio St. L. J. 64 (2003) 371 ff.; *Gregor Bachmann*, Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung (2006); *Anne Röthel*, Lex mercatoria, lex sportive, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaats?, JZ 2007, 755 ff.; *Nils Christian Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht? (2009); *Anne Peters* u.a. (Hg.), Non-State Actors as Standard Setters (2009); vgl. auch *Stephan Meder*, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung (2. Aufl. 2009).

204 In der Diskussion warden beide Konzepte regelmässig nicht auseinandergehalten; das führt regelmässig zu Missverständnissen.

205 Ein Beispiel einer solchen homogenenen Gruppe sind orthodoxe Juden, die den Diamantenhandel weitgehend beherrschen: *Barak D. Richman*, Ethnic Networks, Extra-legal Certainty and Globalisation: Peering into the Diamond Industry, in *Volkmar Gessner* (Hg.), Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges (2009) 31 ff. Die Rechtspluralismusliteratur ist ganz überwiegend auf ethnisch homogene Gruppen fokussiert: *Ralf Michaels*, Global Legal Pluralism, Ann. Rev. Law & Social Science 5 (2009) 243, 252, im Rückgriff auf *Mitra Sharafi*, M. Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense, Law& Contemp. Probs. 71 (2008) 139, 145f.

206 *Mitu Gulati*, Innovation in Boilerplate Contracts: The Case of Sovereign Bonds, Emory L.J. 53 (2004) 929 ff.

207 *Jürgen Basedow*, The State's Private Law and the Economy, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 281, 287-289

den Begriff fasst man eine ganz heterogene gruppe von Institutionen. Einige beruhen auf völkerrechtlichem Vertrag und können daher kaum nichtstaatlich genannt werden, so etwa UNCITRAL und UNIDROIT. Andere sind privater Natur, wie etwa die International Chamber of Commerce (ICC). In die Diskussion zum transnationalen Privatrecht wird der Begriff der formulating agency, soweit ich sehen kann, von Clive Schmitthoff eingeführt;[208] UNCITRAL hat ihn aufgegriffen;[209] in jüngerer Zeit hat er sich durchgesetzt.[210] Ursprünglich stammt der Begriff wahrscheinlich von Roscoe Pound.[211] Pound setzt ihn offenbar mit dem der Rechtsquelle gleich;[212] entsprechend seinem soziologischen Rechtsverständnis bezeichnet er damit diejenigen Institutionen – Gesetzgeber, Richter, Professoren – die soziologisch anerkannt sind, das geltende Recht nicht notwendig herzustellen, wohl aber zu formulieren.

Dass die Bezeichnung als „formulating agency" sich nun hauptsächlich für das nichtstaatliche Recht durchgesetzt hat, ist bezeichnend: es geht nicht um Rechtsetzung sondern um Formulierung, in diesem Sinne also um Deskription, nicht Präskription. Die International Chamber of Commerce etwa will nicht rechtsetzen, sondern lediglich „best practices" kodifizieren. Sogar bei UNCITRAL heißt die relevante Institution zwar legislative council; Entscheidungen werden aber meist ohne Abstimmung getroffen;[213] ein Generalsekretär erklärte sogar, es gehe zu wie bei einem Quäkertreffen.[214] Dieses formlose Verfahren ist nun kürzlich unter Kritik geraten.[215] Insbesondere die französische Delegation kritisierte den Verzicht auf Abstimmungen einerseits und vollständigen Konsens andererseits und die undurchsichtige Beteiligung von NGOs.[216] Die US-Delegation wies die Kritik zurück: jeder Staat könne jederzeit Abstimmung beantragen; die Beteiligung von Experten sei wegen der technischen Natur der Materie

---

208 *Clive M. Schmitthoff*, The Law of International Trade, its Growth Formulation and Operation, in *ders*. (Hg.), The Sources of the Law of International Trade (1964) 37 ff.; wieder abgedruckt in *Chia-Jui Cheng* (Hg.), Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law (1988) 137 ff.; siehe auch ebenda 224 ff.

209 Progressive development of the law of international trade: report of the Secretary-General, UNCITRAL Yearbook I: 1968-1970 (1971) 18, insb. S. 22 ff. Der Bericht beruhte auf der Studie von *Schmitthoff.;* vgl. ebenda 20. Vgl. dazu auch *E. Allan Farnsworth*, UNCITRAL – Why? What" How? When?, Am. J. Comp. L. 20 (1972) 314-322.

210 *Gerold Herrmann*, Law, International Commerce and the Formulating Agencies— The Future of Harmonisation and Formulating Agencies: The Role of UNCITRAL (2000); *Klaus Peter Berger*, Schleichende Kodifizierung (Fn. 199) 63 ff.; *ders*., Creeping Codification (Fn. 199) 88 ff.

211 *Roscoe Pound*, Jurisprudence I (1959) 413.

212 *Roscoe Pound*, Readings in Roman law and the civil law and modern codes as developments thereof, an introduction to comparative law (1914) 1 Fn. 1; *ders*., An introduction to American Law (1919) 21.

213 UNCITRAL Rules of Procedure and Methods of Work: Practice with the Implementation of the Applicable Rules of Procedure, U.N. Doc. A/CN.9/638/Add.4 (2007); UNCITRAL rules of procedure and methods of work, U.N. Doc. A/CN.9/653 (2008) 3 ff.; UNCITRAL rules of procedure and methods of work – Note by the Secretariat, U.N. Doc. A/CN/.9/697 (2010) 3.

214 *John Honnold*, The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods, American Journal of Comparative Law 27 (1979) 201-211.

215 Zum Folgenden *Claire E. Kelly*, The Politics of Legitimacy in the UNCITRAL Working Methods, in Tomer Broude u.a. (Hg.), The Politics of International Economic Law (2011) 106 ff.

216 France's Observations on UNCITRAL's Working Methods, U.N. Doc. A/CN.9/635. Ein weiterer Kritikpunkt betraf den Verzicht auf Französisch als Verhandlungssprache.

erforderlich.[217] Man kann das, im Rahmen von Völkerrecht und Internationalen Beziehungen, als Streit darüber ansehen, welche Rolle die souveränen Mitgliedstaaten haben sollen.[218] Man kann es aber auch als Streit über das Rollenverständnis erachten. Die französische Kritik weist darauf hin, UNCITRAL sei kein „Club“ mehr[219] und betont den legislativen Charakter von UNCITRAL.[220] Die US-Delegation dagegen charakterisiert UNCITRAL als unpolitisch: „By seeking to find solutions that are generally acceptable, UNCITRAL has avoided politicization and entrenched disagreement, remained technically focused, and established itself as an effective standard setting organization.“[221]

Damit ergibt sich für Rolle und Rollenverständnis ein ambivalentes Bild: formulating agencies spielen zwar unzweifelhaft eine Rolle als Rechtsetzer, verstehen sich aber weitgehend nicht so.

ii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 1: Privatkodifikationen

Welche Rolle spielen nun Wissenschaftler in dieser neuen Rechtserzeugung? Gewiss sind sie auch bei Institutionen wie ICC und UNCITRAL vertreten, aber nur zum Teil .
Andere Projekte dagegen sind fast ausschließlich das Werk von Professoren. Bei den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (im Folgenden PICC) sind in der Arbeitsgruppe, die die neueste Version erstellte, unter 20 Mitgliedern siebzehn Professoren (darunter sechs emeritierte), zwei Richter und ein Anwalt.[222] Noch extremer ist es bei den Principles of European Contract Law (die, als Lando-Prinzipien, schon nach einem Professor benannt sind): die 25 Mitglieder der Kommission, die Teil III erstellte, waren sämtlich Professoren (der einzige Anwalt war ausgeschieden.) Der mittlerweile etwas in Vergessenheit geratene Gandolfi-Code ist sogar ausdrücklich das Projekt einer Akademie von Privatrechtswissenschaftlern.[223]

Wenn nun solche Privatkodifikation regelmäßig auf das Vorbild des US Restatement of the Law zurückgeführt werden,[224] muss man daher auch auf die Unterschiede gerade hinsichtlich der Beteiligung von Wissenschaftlern und Praktikern hinweisen.[225] Die

---

217 UNCITRAL Rules of Procedure and Methods of Work: Observations by the United States, U.N. Doc. A/CN.9/639.

218 *Kelly* (Fn. 215) 119 ff.

219 France’s Observations (Fn. 216) 2, 5.

220 France’s Observations (Fn. 216) 3, 6.

221 Observations by the United States (Fn. 217) 3.

222 http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/wg03/wg03-members.htm. Für eine Auflistung aller Mitarbeiter für die Versionen von 1994 und 2004 siehe UNIDROIT (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, xix f., xxvi ff..

223 Académie des privatistes européens, Code européen des contrast: Avant-projet, 2 Bde (2007/2008); dazu *Hans Joachim Sonnenberger*, Der Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, 409 ff.; *Fritz Sturm*, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, JZ 2001, 1097 ff.; *Reinhard Zimmermann*, Der ‘Codice Gandolfi’ als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa?, in Heinz Peter Mansel u.a. (Hg.), Festschrift für Erik Jayme (2004) 1401 ff.

224 Etwa *Michael Joachim Bonell*, An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (3. Aufl. 2005) 9 ff.; zuletzt *Hans Schulte-Nölke*, ‘Restatements’ in Europe and the US: Some Comparative Lessons in *Brownsword* u.a. (Fn. 155) 11 ff.

225 Zum Folgenden auch *Ralf Michaels*, Restatements, in Handwörterbuch (Fn. 22) 1295 ff.

Restatements des US-Rechts werden zwar typischerweise primär von Professoren erstellt. Deren Entwürfe unterliegen aber schon früh und mehrfach der Kontrolle durch das Plenum des American Law Institute, das unter seinen Mitgliedern neben Professoren zahlreiche Praktiker zählt. In Kontinentaleuropa dagegen ist die Kodifikation traditionell eine Domäne der Wissenschaft gewesen. Weder Lando-Prinzipien noch UNIDROIT-Prinzipien sind denn auch von der Praxis in nennenswertem Ausmaß angenommen worden, allen anderslautenden Behauptungen zum Trotz.[226]

Das wirft die Frage auf, inwieweit sich der Privatrechtswissenschaftler als Rechtserzeuger versteht. Die Antwort, soweit sie sich aus Selbstdarstellungen ergibt, fällt ausgesprochen ambivalent aus. So sollen Privatkodifikationen sowohl restatement als auch prestatement sein; sie sollen das geltende Recht zusammenfassen und kreativ beste Regelungen vorschlagen, ohne dass der Unterschied bei einzelnen Regelungen deutlich wird.[227] Der Privatkodifikator ist also Kompilator und Rechtsetzer zur gleichen Zeit. Die Privatkodifikation ist erforderlich, weil die staatlichen Vertragsrechte, die sie ersetzen will, so unterschiedlich sind und zu schwierigen Kollisionsrechtsfragen führen; sie ist anderseits machbar, weil die staatlichen Vertragsrechte, auf denen sie beruht, so ähnlich sind.

Das ist nicht die einzige Ambivalenz. Als Wissenschaftler ist der Privatkodifikator von dem Praktiker überlegen: „law teachers ... are by temperament, training, and status especially fitted fort he work of systematizing our law and socializing our legal traditions. Freed from the distractions and strain of active practice and the bias of advocay in particular cases, they are able to view disinterestedly and critically the entire field of law.“[228] Andererseits ist die Privatkodifikation ist kein „product of a few law professors pottering in an ivory tower,“[229] weil der Wissenschaftler irgendwie doch die Bedürfnisse der Wirtschaft einbeziehen kann. Diese Bedürfnisse nun sind ihrerseits ambivalent. Anders als Modellklauseln und Modellverträge, die von privaten Interessengruppen entwickelt werden vertritt die Privatkodifikation nicht die speziellen Interessen bestimmter Gruppen; anders als die staatliche Kodifikation vertritt die Privatkodifikation explizit die speziellen Interessen der internationalen Wirtschaft.

Diese Ambivalenzen sind nun allerdings kein spezifisches Charakteristikum der transnationalen Kodifikation; sie finden sich schon im Staat. Die europäische Privatrechtswissenschaft hat schon immer die Darstellung des geltenden Rechts mit dem Vorschlag neuer Lösungen verbunden. Und die staatlichen Kodifikationen, die in der europäischen Tradition maßgeblich Wissenschaftlerprodukte sind, zeigen dieselbe Ambivalenz auf.[230]

Vergleicht man die Legitimation der UNIDROIT Principles durch einen ihrer Verfasser, Allan Farnsworth, mit der berühmten Legitimation des französischen Code Civil durch

---

226 *Ralf Michaels*, Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien – Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts, RabelsZ 73 (2009) 866, 870-872.

227 Siehe etwa *Bonell* (Fn. 224) 264 f.

228 Eugene Gilmore, zitiert in *N.E.H. Hull*, Restatement and Reform: A New Perspective on the Origins of the American Law Insttute, Law&Hist. Rev. 8 (1990) 55, 68, zitiert in *Bonell* (Fn. 224) 31.

229 *Bonell* (Fn. 224) 264.

230 Vgl. auch *Ole Lando*, Comparative Law and Lawmaking, Tul. L. Rev. 75 (2000-2001) 1015 ff.

einen ihrer Hauptautoren, Portalis, so ergeben sich überraschende Parallelen.[231] Farnsworth nennt vier Gründe dafür, dass die Privatkodifikation legitim sei. Sein erster – der nichtbindende Charakter der Privatkodifikation – scheint beim staatlichen Gesetz mit seinem Anwendungsbefehl nicht anwendbar:[232]

> One, we are drafting mere principles and not uniform law, so that whatever rules we write are only likely to be applied if they find favor with someone concerned with a particular transaction or dispute [...]

Tatsächlich sieht auch Portalis den Geltungsgrund der Gesetze primär nicht im Geltungsbefehl sondern in ihrer ratio:[233]

> Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison.

Der zweite Grund ist für Farnsworth die Möglichkeit des Richters, zu gerechten Ergebnissen zu kommen, und zwar mit zwei Methoden: [234]

> Two, most of our principles are unlikely to miscarry because they are framed with evident generality (e.g., 'good faith and fair dealing') or they have built-in safety valves (e.g., 'unless the circumstances indicate otherwise'), giving them enough flexibility to permit a judge or arbitrator to use common sense in applying them so as to avoid an arbitrary or unfair result.

Die erste dieser Methoden – genügend allgemeine Regeln ("generality") – findet sich schon bei Portalis:[235]

> L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

Und auch die zweite Methode – die Ausname im Sonderfall („safety valves") – hat schon Portalis erlaubt:[236]

> Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger.

Farnsworth meint drittens, weitere Entwicklungen könnten berücksichtigt werden.[237]

---

231 *E. Allen Farns*worth, Closing Remarks, Am. J. Comp. L. 40 (1992) 699, 700 (zit. auch bei *Bonell* [Fn. 224] 24 f.); *Jean-Etienne-Marie Portalis*, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801), hier zit. nach *ders*., Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil (1844) 1 ff.

232 *Farnsworth* (Fn. 231) 700.

233 *Portalis* (Fn. 231) 4.

234 *Farnsworth* (Fn. 231) 700.

235 *Portalis* (Fn. 231) 8.

236 *Portalis* (Fn. 231) 14f.

237 *Farnsworth* (Fn. 231) 700.

> Three, in some instances we have declined to deal with tough questions, as in the area [...] of invalidity on a variety of grounds under the applicable domestic law.

Ganz ebenso Portalis:[238]

> C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons.

Und schliesslich meint Farnsworth, die PICC könnten später geändert werden:[239]

> And four, [...] UNIDROIT is free to amend the Principles, as the International Chamber of Commerce amends its rules, from time to time to take care of problems that later surface."

Auch Portalis sieht, implizit, den Code Civil offen für die weitere Entwicklung:[240]

> Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.

Das letztere benennt allerdings faktisch einen Unterschied. Staatliche Kodifikationen werden oft geändert, auch wenn die komplette Neukodifikation häufig auf Widerstand stösst. Der Text der PICC dagegen wurde seit der Erstauflage 1992 zwar erweitert aber fast nicht geändert,[241] mit dem eher allgemeinen Argument, „the UNIDROIT Principles have generally met with approval and have not given rise in practice to any significant difficulties of application."[242] Weitreichende Änderungen würden wohl als Eingeständnis eigener Schwäche angesehen. Eine „schleichende Kodifizierung"[243] ist insofern jedenfalls nicht institutionalisiert.

Letzten Endes ist die genannte Rollenambivalenz zwischen Deskription und Präskription also typisch für das Privatrecht generell, nicht bloß für das außerstaatliche. Dass die Privatkodifikation zwischen Gesetz und wissenschaftlichem Traktat steht, unterscheidet sie also nicht von der staatlichen Kodifikation herkömmlicher Prägung. Was dagegen fehlt, ist das Bewusstsein und der Wille, auch regulierende Funktionen zu übernehmen. Im Nationalstaat wird diese Funktion vom Gesetzgeber miterfüllt. Außerhalb des Staates ist jedenfalls auf globaler Ebene keine entsprechende Institution vorhanden.

iii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 2: Der gemeinsame Referenzrahmen

Wissenschaftliche und praktische Rolle stoßen nun direkt auf einander beim von der Study Group for European Contract Law erarbeiteten Draft Common Frame of Reference, kurz DCFR. Der DCFR hat eine eigenartige Struktur und Vorgeschichte: er

---

238 *Portalis* (Fn. 231) 15.

239 *Farnsworth* (Fn. 231) 700.

240 *Portalis* (Fn. 231) 15.

241 Zu den Änderungen in der Version von 2004, siehe Vogenauer/Kleinheisterkamp-*Vogenauer*, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Introduction Rz. 25 m.w.N.; zu den Änderungen in der Version 2010, siehe UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, vii f.

242 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, xvi

243 *Berger* (Fn. 199); vgl. auch *Jerzy Rajski*, For a Progressive Codification of European Private Law, in Liber Amicorum Alpa (Fn. 22) 20-24, auch in Juridica International 2006, 20-24.

beruht in großen Teilen auf den Lando-Prinzipien, freilich mit Änderungen;[244] zudem umfasst er die so genannten Acquis Principles, die ihrerseits das bestehende Gemeinschaftsrecht systematisieren sollten.[245] Ebenso disparat sind die Funktionen: Der Common Frame of Reference soll das geltende Gemeinschaftsprivatrecht systematisieren, daneben aber auch als toolbox dienen, also jedenfalls dem Gesetzgeber helfen, und schließlich (und vielleicht vor allem) als Vorlage für ein europäisches Zivilgesetzbuch dienen. Damit sind klassisch wissenschaftliche und klassisch gesetzgeberische Funktionen verbunden.

Trotz – oder vielleicht wegen – dieser Doppelfunktion weisen seine Autoren eine Rolle als Gesetzgeber oder gar Regulierer weit von sich. Der DCFR sieht aus wie eine Kodifikation, soll aber, offiziell, keine sein.[246] Obwohl seine Erstellung von der Kommission ausdrücklich mit Hinblick auch auf die Gesetzgebung angefordert und gefördert wurde, sehen seine Autoren den DCFR explizit als wissenschaftliches Werk und bezeichnen ihn auch als akademischen Referenzrahmen: ob ein etwaiger politischer Common Frame of Reference jemals zustande kommen könnte und irgendwie mit dem akademischen CFR zusammenhänge, habe man nicht zu beurteilen.[247] Zudem soll der DCFR eine Fülle anderer Funktionen erfüllen, die typischer für Wissenschaftler sind: Information über das Recht in Europa, Anregung für Reformer. Bei der Bearbeitung war der Einfluss der Praxis dennoch gering war: in der Study Group spielten Praxisvertreter keine Rolle; Diskussionen mit ausgewählten stakeholders fanden erst nach Entwurfsabschluss statt und führten zu keinen großen Änderungen. Hierin spiegelt sich ein eher kontinentaleuropäisches Rollenverständnis der Wissenschaft als Hauptvertreterin des „richtigen“ Rechts.

Diese Behauptung reiner Wissenschaft erscheint nun nicht ganz glaubhaft. Wenn es etwa im Vorwort zum DCFR heißt: „what we refer to today as the DCFR originates in an initiative of European legal scholars,“[248] ist das allenfalls halbrichtig: jedenfalls in seiner heutigen Form entspringt der Text gerade nicht einer wissenschaftlichen Initiative sondern einem Auftrag der Europäischen Gemeinschaft. Gleichermaßen ist die betonte völlige Unabhängigkeit der Autoren nicht ganz überzeugend: die Kommission hat das Projekt mit mehreren Millionen Euro gefördert, und sie hat durchaus inhaltliche Anforderungen mit der Förderung verbunden.

---

244 *Christian v. Bar/E. Clive/Hans Schulte-Nölke*, Introduction, in *dies*. (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition (2008), Rn. 50 ff.

245 Kritisch insoweit *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113 ff.

246 Zuletzt *Hans Schulte-Nölke*, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161, 2166. Vgl. dagegen das Zitat eines Koautors des DCFR: *Martijn Hesselink*, The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law, Tul. L. Rev. 83 (2009) 919, 923: „ a European civil code in all but name.“ Aufgegriffen wird das Zitat im Titel der Kritik von *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, „A European civil code in all but name“ – Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, Cambridge Law Journal 69 (2010) 98-112; beruhend auf *dies*., Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401-3406.

247 Common Frame of Reference; siehe aber auch Eric Clive, An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference, ERA-Forum 9 (2008) 813, 815.

248 Principles, definitions and model rules of European private law 6 (no. 4).

Nicht überraschend sind die Autoren denn auch auf vielfache Kritik gestoßen. Einerseits wirft man ihnen vor, zu *sehr* Professoren zu sein: der DCFR sei Professorenrecht, mit dem sozialen und politischen Verständnis des Privatrechts im 20. und 21. Jahrhundert nicht vereinbar;[249] er sei zu dogmatisch.[250] Umgekehrt meint man aber auch, sie seien nicht genügend Professoren: insbesondere sei es ihnen nicht gelungen, einen in sich kohärenten und rechtsvergleichend grundierten Text zu schaffen.[251] Wolfgang Ernst hat den Mangel an Professionalismus scharf kritisiert, der die Produktion des DCFR begleitet habe.[252] Sein Vorschlag, derartige Projekte an einem zu gründenden European Law Institute anzusiedeln,[253] ist von Wissenschaftlern schon zuvor vorgebracht worden.[254] Er verweist auf ein stärker an die Gesetzgebung angenähertes Rollenbild. Reinhard Zimmermanns Bestreben andererseits, die Lando-Prinzipien eigenständig neben dem DCFR zu stärken, darf man wohl als Versuch ansehen, die Wissenschaftlerrolle zu stärken.

Letzten Endes macht die unvermeidbare Doppelfunktion auch der Privatkodifikation es ihren Autoren unmöglich, sich nur auf eine Rolle zurückzuziehen. Der Versuch, durch das Betonen einer reinen Wissenschaftlerrolle die Kritik mangelnder demokratischer Legitimation zu vermeiden, scheitert als auf beiden Seiten: die demokratische Legitimation wird weiter gefordert; die inhaltliche Qualität andererseits wird abgesprochen. Vieles spricht dafür, dass die Ambivalenz der Rolle unvermeidbar bleibt: auch ein „wissenschaftlicher" Referenzrahmen ist notwendig politisch;[255] andererseits ist aber auch die staatliche Kodifikation, kraft ihrer Form, immer auch wissenschaftlich.

---

249 *Hans-W. Micklitz & Fabrizio Cafaggi*, Introduction, in European Private Law after the Common Frame of Reference iix, xxv-xxix.

250 *Nils Jansen*, The Authority of the Academic "Draft Common Frame of Reference", in Micklitz/ Cafaggi (Fn. 249) 147-172.

251 *Horst Eidenmüller / Florian Faust / Hans Christoph Grigoleit / Nils Jansen / Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529 ff.

252 *Wolfgang Ernst*, Der ‚Common Frame of Reference' aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008) 249, 278 ff.;

253 Ebenda 280 ff.

254 Ähnliche Vorschläge schon bei *Werner Ebke*, Unternehmensrechtsangleichung in der EU: Brauchen wir ein European Law Institute?, in Ulrich Hübner u.a. (Hg.), Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag (1999) 189 ff.; *Eva-Maria Kieninger/Stefan Leible,* Plädoyer für einen „Europäischen wissenschaftlichen Ausschuß für Privatrecht", EuZW 1999, 37 ff.; *Christoph Schmid*, Desintegration und Neuordnungsperspektiven im europäischen Privatrecht. Plädoyer für ein Europäisches Rechtsinstitut und für „Restatements" über europäisches Recht, in: *Thomas Ackermann* u.a. (Hg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, (2000) 33 ff.; *Stefan Leible*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht – Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts (Habil. 2001) 615 f.; *Anthony Chamboredon/Christian Schmidt*, Pour la création d'un „Institut européen du droit". Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, Rev. int. dr. comp. 53 (2001) 685 ff.; *Collins* (Fn. 194) 216-219.

255 Dazu *Somma* (Fn. 196); *Jansen/Zimmermann* (Fn. 245).

iv) Der Privatkodifikator als Professioneller und Unternehmer

Ein europäisiertes Privatrecht, zumal eine Privatrechtskodifikation, ist ein Großprojekt. Das betrifft sowohl die Produktion als auch die Vermarktung. Um mit der Produktion zu beginnen: die Anfänge wirken impressionistisch, auch (oder gerade) dort, wo sie, wie in der Lando-Gruppe, eine gewisse institutionelle Struktur aufwiesen. Trotzdem, oder gerade deshalb, schienen anfangs alle irgendwie am gleichen Strang zu ziehen: Innere Spannungen innerhalb der sich gründenden epistemischen Gemeinschaft der europäischen Privatrechtler waren nebensächlich verglichen mit den Unterschieden zu den noch nationalisierten Privatrechtlern. Bald jedoch zeigten sich Unterschiede zwischen den verschiedenen Projekten; die Abstimmung wurde schwieriger, auch kam es zu Konkurrenz (nicht zuletzt auch um Fördergelder.)[256] Diese Gefahr der Vervielfachung von Ansätzen ist keine europäische Spezialität; auch für die weltweite Rechtsharmonisierung hat man die Vielzahl sogenannter formulating agencies frühzeitig als Problem angesehen.[257] Auch das Verhältnis zwischen weltweiter und europäischer Ebene ist nicht geklärt.

Diese Pluralität – im Völkerrecht spricht man von Fragmentierung – ist spezifisch für das transnationale Recht. Sie führt zur Notwendigkeit, für das eigene Produkt zu werben, weil es nun nicht mehr nur im Verhältnis zum nationalen Recht sondern auch im Verhältnis zu anderen Projekten bestehen musste. Sieht man sich die Veröffentlichungslisten an von Michael Joachim Bonell (dem spiritus rector der UNIDROIT Principles), Ole Lando (dem Namensgeber der Lando-Prinzipien), aber auch Christian von Bar (der die Study Group on a European Civil Code leitete), so scheint eine Hauptfunktion vieler Veröffentlichungen darin zu bestehen, das eigene Projekt überhaupt erst einmal bekannt zu machen. Die relative geringeren Aufmerksamkeit für andere Projekte mag auch darauf zurückzuführen sein, dass diese weniger beworben wurden.

Drei Typen solcher Werbungsliteratur sind ersichtlich. Der erste Typus stellt das eigene Projekt dar und weist dabei auf seine Vorzüge hin. Diese Literatur sieht aus wie Produktinformation; freilich ist sie als Selbstanalyse typischerweise nur positiv, weil die eigenen Entscheidungen beschrieben und gleichzeitig verteidigt werden. Der zweite Typus, oft nicht streng vom ersten getrennt, stellt das eigene Projekt in einen größeren Rahmen und erhöht damit seine Legitimation. Entweder wird das eigene Projekt als Vorbild für andere genannt: die Lando-Prinzipien etwa als Vorbild für ein Welthandelsgesetzbuch;[258] die UNIDROIT-Prinzipien als Vorbild für nationale und internationale Rechtsetzung.[259] Oder aber der Anwendungsbereich des eigenen Projekts wird von demjenigen anderer Projekte abgesteckt – so wollen etwa die UNIDROIT-Prinzipien nicht mit dem UN-Kaufrecht (CISG) konkurrieren. Explizit vergleichende Werbung ist allerdings selten; es geht vielmehr darum, einerseits das eigene Produkt als

---

256 Siehe jetzt auch *Stefan Vogenauer*, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, ERCL 6 (2010) 143 ff.

257 Jetzt *José Angelo Estrella Faria*, The Relationship between Formulating Agencies in International Legal Harmonization: Competition, Cooperation, or Peaceful Coexistence? A Few Remarks on the Experience of UNCITRAL, Loy. L. Rev. 51 (2005) 253 ff.

258 *Ole Lando*, The European Principles in an Integrated World, ERCL 1 (2005) 3 ff.

259 *Bonell* (Fn. 224) 243 ff.

Antwort auf bereits bestehende Bedürfnisse darzustellen, andererseits aber zu zeigen, warum diese Bedürfnisse nicht schon anderweitig befriedigt werden. Der dritte Typus schließlich weist auf die weite Verbreitung des eigenen Projekts hin, um eine solche weite Verbreitung zusätzlich zu fördern (ein wenig wie wenn ein Warenverkäufer seine Waren anpreist mit den Worten „Das hier wird besonders gern genommen.“) Jede noch so beiläufige Erwähnung der UNIDROIT-Prinzipien etwa wird in einer umfangreichen Urteilsbesprechung aufgegriffen und damit in ihrer Bedeutung erhöht.

Mit anderen Worten: der Privatkodifikator oszilliert nicht nur zwischen den Rollen des frei forschenden Rechtswissenschaftlers und des Gesetzgebers (für die er nicht formal legitimiert ist), sondern auch zwischen diesen beiden und der des Unternehmers, der sein eigenes Projekt bewirbt. Rechtswissenschaft wird zu Public Relations, oder wird so aufgefasst. Als Christian von Bar die Study Group for a European Civil Code in Paris vorstellte, erfuhr er heftigen Widerstand nicht zuletzt deshalb, weil er in Englisch vortrug, wie mehrere Kritiker süffisant anmerkten[260] – eine Kritik, die eher auf eine Werbeveranstaltung passt als auf ein wissenschaftlichen Vortrag.

v) Der Privatrechtler als Träumer

Letztlich zeigt sich also eine unklare Rolle des Privatkodifikators zwischen Praxis, Wissenschaft und Politik. Wie im Schiedsrecht erfolgt nun auch her interessanterweise der Ausweg zu Glauben, Visionen, und Träume.

Schon Portalis sah den Gesetzgeber als eine Art Priester: „Le législateur exerce moins une autorité qu’un sacerdoce.“ George Fletcher hat auch den französischen Code civil recht treffend als ein „almost sacred book“ bezeichnet.[261] Religiös deutet man nun das europäische Privatrecht nicht mehr;[262] aber der blossen Vernunft will man doch nicht ganz trauen. In der Diskussion wird ein europäisches Zivilrechtsgesetzbuch so oft als Traum bezeichnet, dass das kein Zufall sein kann.[263] Schlechtriem etwa spricht vom „Traum eines Eurocode“ und fragt, ob bei dessen Einführung wohl Freudenfeuer entzündet würden.[264] Nur manchmal erhält die Bezeichnung as Traum negative Konnotation, entweder als Utopie,[265] oder gar als Alptraum.[266]

---

260 *Yves Lequette*, Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von Bar, Dalloz 2002, 2202; *Schepel* (Fn. 154) 148.

261 *George P. Fletcher*, Three Nearly Sacred Books in Western Law, Ark. L. Rev. 54 (2001) 1 ff.

262 Vgl. aber allgemeiner *Paul Kahn*, The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship (1999).

263 *Claude Witz*. La longue gestation d'un code européen des contrats, Rev. trim. dr. civ. 2003, 447 ff.; *Louis Vogel*, Unifier le droit: un rêve impossible? (2001); *Brigitta Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union von Brigitta Lurger (2002) 7 ff.; *Martijn Hesselink*, The Politics of a European Civil Code, Eur. L.J. 10 (2004) 675, 679; *Ewoud Hondius*, CISG and a European Civil Code. Some Reflexions, RabelsZ 71 (2007) 99, 104 („von Bar’s Dream“); *Walter Pintens*, Europäisierung von Familienrecht und Personenstand – Traum oder Wirklichkeit?, StAZ 2008, 97 ff.; *Koziol, H.*, Ein Europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit oder Traum, JBl, 2001, 32 ff.; vgl. auch *Oliver Remien*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, 699, 699.

264 *Peter Schlechtriem*, Europäisierung des Privatrechts – vom Beruf unserer Zeit für ein Europäisches Privatrecht, Juridica 9 (2004) 24, 24.

265 *Friedrich Kübler*, Traumpfade oder Holzwege nach Europa?, Oder: Was wir uns von der Rechtsgeschichte wünschen sollten, RJ 12 (1993) 307 ff.

Dabei ist man nicht immer konsequent. Markesinis etwa hielyt (jedenfalls vor zehn Jahren) einerseits ein europäisches Zivilgesetzbuch für „at best, a utopian dream“[267] Er selbst träumt aber auch von einer besseren Welt mit mehr Toleranz und Rechtsvergleichung, und zwar mit einem Zitat vom Grabstein von Graf Zeppelin in Konstanz: „First you dream; then you believe in your dream, and then it happens!“[268] Es mag kleinlich scheinen, darauf hinzuweisen, dass das nach Zeppelin benannte Luftschiff, ein wenig glückliches Ende nahm.[269] Wichtiger erscheint aber der Hinweise darauf, dass im Zitat zwischen Träumen und Wirklichkeit weder Denken noch empirische Forschung genannt werden – obwohl Markesinis selbst anderenorts auf die Wichtigkeit von Methode und Empirie hinweist.

Träume werden so häufig genannt, dass die Wirklichkeit im Vergleich schal aussieht. Hans Schulte-Nölke hat sich kürzlich dagegen verwehrt, den von ihm mitverfassten Common Frame of Reference mit irrationalen Träumen zu vergleichen: „das Recht“, so sagt er, „ist bekanntlich für die Wachen“, und „[a]uch für Menschen mit einem tiefen Gefühl für Recht und Unrecht geht es doch weniger um Schönheit als um Funktionalität.“[270] Freilich ist das vielleicht das Problem: Der Privatrechtler, zumal der Wissenschaftler, denkt immer noch ungern in Kategorien der Funktionalität. Der Traum des transnationalen und entpolitisierten Privatrechts ist ein Traum eines reinen Privatrechts, das im 20. Jahrhundert als Realität unplausibel geworden ist und gerade deshalb bewusst als Traum weitergetragen wird.

c) Öffentliche und private Rolle

Damit ist auch die letzte Frage angedeutet, die ich stellen möchte: das Verhältnis zwischen privatem und öffentlichem Selbstverständnis des Privatrechtlers. Ich beschränke mich hier auf den Privatkodifikator, weil bei diesem das Spannungsverhältnis am deutlichsten wird. Auch beim privaten Rechtssetzer stellt sich die Frage, ob seine Rolle eine quasiöffentliche oder ein quasiprivate ist. Quasi-öffentlich ist sie dann, wenn der Privatkodifikator sich als Gesetzgeber sieht. Quasi-privat ist sie dagegen, wenn er

---

266 *Marc Gjidara*, Le code civil français survivra-t-il à la construction européenne?, Zbornik PFZ, 56 (2006) 911, 912: “Le code civil français pris entre le rêve européen et le cauchemar de l’uniformisation juridique”.

267 *Basil Markesinis*, Always on the Same Path: Essays on Foreign Law and Comparative Methodology (2001) 7.

268 *Basil Markesinis*, Understanding American Law by Looking at It Through Foreign Eyes: Towards a Wider Theory for the Study and Use of Foreign Law, Tul. L. Rev. 81 (2006) 123, 185.

269 Noch kleinlicher wäre vielleicht der Hinweis darauf, dass der Grabstein des Grafen gar nicht in Konstanz sondern in Stuttgart steht und im übrigen auch eine ganz andere Inschrift hat, nämlich “Dein Glaube hat dir geholfen.” Siehe http://www.stuttgart-im-bild.de/html/ferdinand_graf_von_zeppelin.html. Vielleicht hatte Markesinis statt dessen Anatole France’s Ausspruch zum Bau des Suez-Kanals im Sinn: “pour accomplir de grandes choses il ne suffit pas d’agir, il faut rêver, il ne suffit pas de calculer, il faut croire.” Séance de l'Académie française du 24 décembre 1896. Discours de réception de Anatole France (Paris 1897) 21.

270 *Hans Schulte-Nölke*, Wovon Europas Juristen träumen..., ZEuP 2009, 673, 674). Anderswo geht es indes auch Schulte-Nölke um Schönheit; vgl. *ders*., Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen: Zu den Voraussetzungen einer ertragreichen Diskussion, in *Reiner Schulze, Christian von Bar and Hans Schulte-Nölke* (Hg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen: Kontroversen und Perspektiven (2008) 47, 67. Den Widerspruch zitieren zuerst *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, 3401, 3406 Fn 73.

seine Rolle lediglich darin sieht, von neutraler, unbeteiligter Position aus den mutmaßlichen Willen privater Rechtsteilnehmer zu kodifizieren und politische Entscheidungen den politischen Institutionen zu überlassen.

i) Legitimation und Geltung

Die Rechtswissenschaft, die ganz maßgeblich die genannten Privatkodifikationen verantworten, sieht ihre Rolle ganz weitgehend privat, unpolitisch. Für die Frage nach dem Für und Wider eines europäischen Codes wird regelmäßig die Thibaut-Savigny-Debatte berufen, aber unter ganz eigenartiger Weglassung ihres historischen politischen Hintergrunds, als ob es im 19. Jahrhundert um eine bloße Formfrage gegangen sei. Die Privatkodifikation gilt als unproblematisch: Lando Principles und UNIDROIT Principles werden damit legitimiert, dass sie, als „soft codifications," nur zur Anwendung kommen, sofern sie gewählt oder von öffentlichen Stellen übernommen werden. Selbst die Verfasser des Common Frame of Reference, obwohl mit öffentlichen Geldern gefördert, sehen ihre Funktion doch ganz primär privat: das Ergebnis sei rein akademisch; ob ein (so genannter) politischer Referenzrahmen die gefundenen Ergebnisse übernähme, habe man nicht zu befinden. Ganz richtig ist die private Rolle indes nicht, auch nicht für die anderen existierenden Privatkodifikationen:[271] ihre Autoren sind mehrheitlich bei staatlichen oder jedenfalls staatlich geförderten Universitäten angestellt, arbeiten mit öffentlichen Fördergeldern oder gar, wie bei den PICC, in einer völkerrechtlich gegründeten Institution.

Hier nun findet sich häufig ein von Hein Kötz in die Debatte geworfener und seitdem vielfach wiederholter Unterschied: Staatliche Kodifikationen gälten *ratione imperii*, also aufgrund der Herrschaft des Staates. Privatkodifikationen dagegen gälten *imperio rationis*, also aufgrund der Überzeugungskraft ihrer inneren Vernunft und Qualität.[272] Der staatliche Gesetzgeber ist also Imperator, der Privatkodifikator dagegen ist – nicht ein Dienstleister wie der Schiedsrichter, aber ein Produzent.[273] Eingeführt wird zugleich ein zur ordnungsgemäßen Setzung alternativer Geltungsgrund, nämlich die Richtigkeit, die Vernünftigkeit des Rechts.[274]

Indes ist die Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Kodifikation ungenau. Einerseits werden inhaltlich Vernunft und Qualität auch von der staatlichen Kodifikation verlangt, wie schon das oben genannte Zitat von Portalis deutlich macht: „Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison."[275] Die politische Präferenz eines Herrschers spielt hier für den Inhalt fast nie eine Rolle, wenn man von Napoleons Beteiligung am Code civil einmal absieht.[276] Insbesondere erfolgt nämlich beim Kodex, anders als beim Maßnahmengesetz, die

---

271 *Jansen*, The Making of Legal Authority (Fn. 5) 7.

272 *Hein Kötz*, Gemeineuropäisches Privatrecht, in *ders*. u.a. (Hg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag (1981) 481, 492.

273 *Bruce H. Kobayashi/Larry Ribstein* , Law as a ByProduct: Theories of Private Law Production (2011), http://ssrn.com/abstract=1884985.

274 Vgl. *Michaels* (Fn. 5) im Rückgriff auf *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (1992) 139 ff.

275 Oben Fn. 233.

276 *Wieacker* (Fn. 164) 341; ausführlich *Eckhart Maria Theewen*, Napoleons Anteil am Code civil (1991); vgl. auch *Jean-Louis Halpérin*, L'histoire de la fabrication du code. Le code: Napoléon?, Pouvoirs 107 (2003/4) 11 ff.

inhaltliche Legitimation nicht aus der politischen Zielsetzung sondern der inneren Ausgewogenheit – das ist für die Natur- und Vernunftrechtskodifikation nicht anders als für das heutige Gesetzbuch. Und formal findet die staatliche Kodifikation heute jedenfalls ihren Geltungsgrund nicht in der Laune eines Herrschers, sondern im demokratischen Verfahren seiner Verabschiedung; das galt übrigens schon für den Code Civil.

Andererseits reicht auch bei der Privatkodifikation die behauptete ratio allein zur Geltung nicht aus. Um anwendbar zu sein, muss sie formal legitimiert werden, und zwar entweder öffentlich durch kollisionsrechtliche Berufung durch den Staat als anwendbares Recht, oder privat durch Rechtswahl oder Integration in den Vertrag. Damit verwandelt sich auch die behauptete Vernunft in Vermarktbarkeit. Anders gesagt: die Behauptung der Vernunft wird ihrerseits zum Werbungsargument. Staaten sind nun traditionell zögerlich mit der Anerkennung;[277] auch der europäische Gesetzgeber hat sich letztlich entschieden, eine Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts als anwendbares Recht nicht zuzulassen.[278] Das mag praktische Gründe haben: Staatlichkeit ist ein einfach handhabbares Kriterium zur Bestimmung wählbaren Rechts, Vernünftigkeit ist es nicht. Es mag aber auch an der strukturellen Ungleichheit zwischen Staat und Nichtstaat liegen; Staaten haben ein Interesse am Fortbestand ihres Rechtsetzungsmonopols.[279]

Schließlich ist die Trennung zwischen Vernunftkodifikation und Herrschaftskodifikation spätestens dort überwunden, wo der Text vom einen in den anderen Zustand übergehen soll. Insoweit als die Privatkodifikation geltendes Recht sein oder werden soll – sei es durch Umsetzung, sei es als Auslegungshilfe oder zur Lückenfüllung – erfüllt sie auch eine notwendig öffentliche Funktion. Das wiederum heißt, dass der Privatkodifikator sich nicht auf seine streng private (oder wissenschaftliche) Rolle zurückziehen kann, sondern sich den Legitimitätserfordernissen stellen muss, die wir an die Rechtserziehung generell stellen. Ob er damit genau wie ein Gesetzgeber agieren muss, ist damit freilich noch nicht gesagt.

ii) Zwingende Normen

Dass dem Privatkodifikator bewusst ist, wie prekär seine Position ist, sieht man nun an einer spezifisch dogmatischen Frage, die schon im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit behandelt wurde, nämlich der Rolle zwingender Normen. Zwingende Normen drücken typischerweise öffentliche Interessen aus. Die Politikferne und Parteinähe, die die Verfasser der Privatkodifikation ansonsten als Vorteil empfinden, wird jedenfalls dort von Nachteil, wo es um öffentliche Interessen geht.

Der Privatkodifikator geht hiernun einen ähnlichen Weg wie der Schiedsrichter: er überlässt die Formulierung öffentlicher Interessen dem Staat. Das zeigt sich darin, dass sowohl die Lando-Prinzipien wie auch UNIDROIT Principles weitgehend auf die Formulierung zwingender Normen verzichten und statt dessen auf anderweitige,

---

277 Umfassend zu den UNIDROIT-Prinzipien Vogenauer/Kleinheisterkamp(-*Michaels*) (Fn. 241), Preamble I, Rn. 49-63.

278 Art. 3(2) Rom-I-Verordnung; vgl. Vogenauer/Kleinheisterkamp(-*Michaels*) (Fn. 241), Preamble I, Rn. 52-54.

279 *Ralf Michaels*, The Re-*State*-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Wayne L. Rev. 51 (2005) 1209, 1237 ff.

größtenteils staatliche zwingende Normen verweisen.[280] Dogmatisch ist umstritten, ob dieser Verweis nur auf sogenannte international zwingende Normen beschränkt ist (die sich auch gegenüber einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl durchsetzen würden) oder auch einfach zwingende Normen umfasst (so dass die Prinzipien nur im Rahmen des dispositiven Rechts in den Vertrag integriert werden können). Die Ansicht der Autoren der Regelwerke selbst ist demgegenüber relativ pragmatisch. Erstens sei der Unterschied relativ klein, weil einfach zwingende Normen ohne kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung ohnehin selten sind, jedenfalls im Recht der Handelsverträge.[281] Zweitens überlässt die Entscheidung dieser Frage dem staatlichen Gesetzgeber, der in seinem Kollisionsrecht entscheidet, ob nichtstaatliches Recht gewählt werden könne.[282] Die Frage, ob sich also die Politik gegenüber dem neuen Vernunftrecht durchsetzt, wird ihrerseits der Politik zur Entscheidung überantwortet.

Das scheint sich auch bei Erweiterungen der Privatkodifikationen nicht zu ändern. So sollte eine neue Vorschrift in den PICC über Illegality ursprünglich auch regeln, wann ein Vertrag illegal ist.[283] Damit wäre man nicht nur formal in die Domäne des Gesetzgebers eingedrungen – illegal bezieht sich auf lex[284] – sondern hätte auch inhaltlich öffentliche Interessen berücksichtigen müssen. Ausgeschlossen ist das natürlich nicht: man könnte sich innerhalb der PICC Gedanken darüber machen, was eigentlich illegal sein soll, oder aber versuchen, einen common core aller Rechtsordnungen zu finden, wie das auch ein früher Entwurf vorsah.[285] Letztlich entschied man sich, für die Voraussetzungen und sogar, jedenfalls im Prinzip, für die Rechtsfolgen ausdrücklich auf das geltende (meist staatliche) Recht zu verweisen (Art. 3.3.1 PICC 2010). Das zeigt, dass man hier lieber eine Lücke lassen als sich mit öffentlichen Fragen auseinandersetzen wollte.

Eine solche Zurückhaltung gegenüber Normen im öffentlichen Interesse zeigt sich sogar bei den Autoren des DCFR.[286] Diese hatten unter anderem die Aufgabe, das maßgeblich von öffentlichen Interessen motivierte Vertragsrecht der Europäischen Union zu ordnen – eine politisch heikle Aufgabe. Herausgekommen sind dabei in einem ersten Schritt die

---

280 Art. 1.4 PICC 2010:
"Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law."
Art. 1:103 PECL:
(1) Where the law otherwise applicable so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable.
(2) Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.

281 Vgl. auch Vogenauer/Kleinheisterkamp(-*Michaels*) (Fn. 241), Preamble I Rn. 36.

282 So ausdrücklich Art. 1:103 PECL; PICC 2010, comments 3-5.

283 UNIDROIT 2006 Study L – Doc. 99, no. 19.

284 Vgl. *Michael Furmston*, Position Paper on Illegality (UNIDROIT 2007 Study L – Doc, 101) No. 2.2: "Many systems have a category of contracts prohibited by statute. Unidroit is not a sovereign state and does not have a legislature. Does this mean that we do not need this category?"

285 Draft Chapter on Illegality (UNIDROIT 2008 Study L – Doc. 106) Art. 1(1): "A contract is illegal if, whether by its terms, performance or otherwise, it is contrary to principles widely accepted as fundamental in legal systems throughout the world."

286 Vgl. kritisch *Horatia Muir Watt/Ruth Sefton-Green*, Fitting the Frame: an optional instrument, party choice and mandatory/default rules, in *Micklitz/Cafaggi* (Fn. 249) 201 ff.

sogenannten Acquis Principles, die indes aus den gemeinschaftsrechtlichen Spezialregeln ein allgemeines System machen und sie damit scheinbar ihrer politischen Kontingenz entheben.[287] In einem zweiten Schritt wurden die Acquis Principles dann in den DCFR eingeführt und dort marginalisiert. Das Ergebnis ist ein unpolitischer Text, der zwar – teilweise[288] – mit dem bestehenden EU-Recht kompatibel ist, dieses aber gleichzeitig weiter benötigt. Das entspricht der Rolle reiner Wissenschaft, die die Autoren für sich selbst beanspruchen. Es bedeutet aber gleichzeitig, dass der DCFR unvollständig bleiben muss.

Es ergibt sich also, dass die bestehenden Privatkodifikationen auf (vermeintlich) unpolitisches Privatrecht beschränkt bleiben und die Entscheidung politisch relevanter Fragen weiterhin dem Staat überlassen. Anders gesagt: die Privatkodifikation beruht weiterhin auf privatrechtlicher Rationalität und überlässt die regulatorische Rechtsetzung dem staatlichen und europäischen Gesetzgeber. Das ist vielleicht nicht einmal eine schlechte Arbeitsteilung.[289] Freilich müsste sie sich dann in einer Selbstbeschränkung der Privatkodifikatoren ausdrücken. Zudem ist der Verweis auf den Staat insofern heikel, als ja gerade die ganze Rechtfertigung der Privatkodifikation in dem Argument liegt, der Staat könne im Rahmen der Globalisierung nicht mehr effizient Gesetze machen.

IV. Schluss

Ich möchte zum Schluss die Ergebnisse zum Rollenverständnis zusammenfassen, und zugleich fragen, was die Ergebnisse uns über das Privatrecht jenseits des Staates sagen können.

Erstens entsteht eine echte transnationale epistemische Gemeinschaft sowohl im Schiedsrecht als auch in der Rechtswissenschaft und, in geringerem Umfang, bei Privatrechtspraktikern. Eine solche Gemeinschaft ist notwendige Voraussetzung für ein transnationales Privatrecht, weil nur sie die nationalstaatliche Sozialisierung des Juristen überwinden kann. Von selbst entsteht sie indes nicht: die epistemische Gemeinschaft wird aktiv gefördert – durch Ausbildung, moot courts, Netzwerke, u.s.w. Lange Zeit spielten interne Unterschiede und Wettbewerbe eine geringe Rolle; mittlerweile sind beide epistemischen Gemeinschaften so etabliert, dass der interne Konkurrenzkampf stärker wird. Gleichzeitig besteht weiterhin ein gemeinsames Interesse daran, das eigene Feld gegen den Staat zu behaupten.

Zweitens sehen wir, wie die Rollen von Praktiker und Wissenschaftler einander überlagern. Ganz deutlich ist das im internationalen Schiedsrecht: Schiedsrechtler ist Parteivertreter, Schiedsrichter und Wissenschaftler zugleich. Aber auch im transnationalen Privatrecht kommt es zur Überlagerung: der Privatkodifikator ist zugleich Wissenschaftler und Gesetzgeber. Das ist nur zum Teil darauf zurückzuführen, dass im

---

287 Vgl. auch die Kritik an der Systembildung bei *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113 ff.

288 Siehe die Beispiele bei *Ernst* (Fn. 252) 253.

289 *Michaels* (Fn. 155). Kritisch aber etwa *Florian Rödl*, Privatrecht, Demokratie, Kodifikation – Zur Kritik des Europäischen Privatrechts-Projekts, in *Christian Joerges/Tobias Pinkel* (Hg.), Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie? (2011) 133, 137 ff. m.w.N. Zum Konflikt schon *Schepel*, (Fn. 154).

Rahmen der Globalisierung die vom Staat her bekannte Rollenteilung fraglich wird. Daneben spiegelt sich auch die Identität des Privatrechts als einer Disziplin, die inhaltlich nicht auf staatlichem Kommando beruht, und bei der die Feststellung des Geltenden und die Schaffung des Neuen fließend in einander übergehen. Die dogmatischen Grundlagen zur privaten Streitschlichtung und zur privaten Rechtsetzung (jedenfalls als Vertrags- und Satzungautonomie) sind alt; insofern kann das transnationale Privatrecht hier aufbauen. Was neu ist, sind die institutionellen Formen: sowohl Schiedsgerichtsbarkeit als auch private Rechtsetzung existieren nicht mehr nur im Zweiparteienverhältnis sondern potentiell universal. Dadurch erklärt sich, dass diese neuen Institutionen aktiv beworben werden; freilich ist das auch beim staatlichen Recht mittlerweile der Fall.

Drittens wird das Privatrecht jenseits des Staates überraschend häufig auf Glauben und Vision gestützt; der transnationale Privatrechtler ist Gläubiger und Visionär. Darin zeigt sich die bislang erfolglose Suche nach einer Legitimitätsgrundlage für das Privatrecht jenseits des Staates: der Gesetzespositivismus kann sie nicht erfüllen, das Natur- und Vernunftrecht ist überwunden, die Privatautonomie allein reicht nicht aus. Dass das transnationale Privatrecht auf Visionskraft beruht, war lange Zeit seine Stärke; langfristig wird man die Geltungsfrage nicht vermeiden können.

Damit zusammenhängend weisen viertens sowohl Schiedsrichter als auch Privatkodifikator weitgehend eine öffentliche Funktion von sich: sie sehen sich als nur den Privaten verpflichtet. Das damit vertretene reine Privatrecht, das streng vom öffentlichen Recht und Interesse getrennt sein soll, ist innerhalb des Staates im 20. Jahrhundert als Chimäre enttarnt worden. Dass es außerhalb des Staates möglich sein sollte, erscheint als zweifelhaft. Tatsächlich ergibt sich auch nicht ein autonomes nichtstaatliches Privatrecht, sondern vielmehr eine Rollenteilung: der Privatrechtler kümmert sich um den nur den Parteien verpflichteten Teil des Rechts, der staatliche und europäische Gesetzgeber steuert Regeln zum öffentlichen Interesse bei. Freilich erscheint die Gefahr der Unterregulierung real. Der transnationale Privatrechtler ist nicht demokratisch legitimiert; das mag ein Grund dafür sein, dass er vor einer regulatorischen Rolle zurückschreckt, und es ist auch ein Problem. Nur hat Nichtregulierung, wie wir vom Rechtsrealismus wissen, auch regulatorische Auswirkungen. Der Privatrechtler kann also seiner Aufgabe gar nicht entkommen, ob er das will oder nicht.

Um damit zum Schluss zu Savigny zurückzukommen: Viele der Fragen des transnationalen Privatrechts sind neu; die Zeit mag noch nicht reif sein, sie umfassend anzugehen. Das erlaubt aber nicht ein Zurückgehen ins 19 Jahrhundert. Dass jenseits des Staates ein unpolitisches Privatrecht möglich sei, wie es teilweise propagiert wird, ist nach der Erfahrung des 20. Jahrhunderts mit dem staatlichen Privatrecht mehr als unwahrscheinlich. Die Selbstprivatisierung und Entpolitisierung des transnationalen Privatrechts ist damit nur ein erster Schritt, der notwendig unvollständig bleibt. Bislang zögern die Akteure des transnationalen Privatrechts noch davor, das anzuerkennen: Der Sprung in die Irrationalität und in den Glauben hilft einstweilen davor, den zweiten Schritt zu gehen: Religion ist Opium auch für den Privatrechtler. Irgendwann aber wird der transnationale Privatrechtler auch den zweiten Schritt machen und die öffentliche transnationale Regulierungsfunktion annehmen müssen, die er ganz notwendig auch hat. Erst dann hat er den Beruf unserer Zeit erfüllt.

Thesen zum Referat

1. Die Frage nach dem Rollenverständnis des Privatrechtlers ist mit dem Paradigma und der Dogmatik des Privatrechts verbunden: Denn die Rollen, die Rechtsakteure für sich beanspruchen, sind konstitutiv für das jeweilige Verständnis des Rechts und seine Dogmatik Umgekehrt nimmt das herrschende Verständnis des Rechts notwendig Einfluss auf das jeweilige Rollenverständnis.

2. Rollen und Rollenverständnisse sind orts- und zeitabhängig. Die wichtigste Herausforderung für das Privatrecht ist seine Herauslösung aus dem Staat, die sich in Globalisierung, Europäisierung, und Privatisierung des Privatrechts ausdrückt.

3. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bildet eine transnationale epistemische Gemeinschaft, innerhalb derer dieselben Akteure verschieden funktionelle Rollen übernehmen: Parteivertreter, Schiedsrichter, Wissenschaftler, Werbende.

4. Der internationale Schiedsrechtler ist Kosmopolit; seine nationale Herkunft ist weitgehend irrelevant und wird bewusst marginalisiert. Diese kosmopolitische Rolle ist Folge aber auch Voraussetzung der Eigenständigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

5. Die staatliche Rechtsprechung dagegen transnationalisiert sich nur zögerlich: während sie die Angleichung an ausländische Rechtsprechung fördert, schrickt sie vor der unilateralen Ausweitung des staatlichen Regelungsanspruchs dort zurück, wo Einheit nicht besteht oder geschaffen werden kann.

6. Die Rolle des Schiedsrechtlers hat sich im 20. Jahrhundert gewandelt von der eines Rechtshonoratioren, der durch Erfahrung und Weisheit führt, zu der eines Professionellen und werbenden Unternehmers. Freilich sind beide Typen und Zwischentypen noch zu beobachten.

7. Die Rolle des Wissenschaftlers ist im Schiedsrecht von der des Interessenvertreters regelmäßig nicht zu trennen. Die Wissenschaft wird mehrheitlich von Praktikern betrieben; Schiedsrechtswissenschaftler sind oft auch praktisch im Schiedsrecht tätig. Weil die Schiedsrechtswissenschaft zur Werbung für den Namen des Autors und die Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt genutzt wird, ist die inhaltliche Qualität sehr unterschiedlich, die Ausrichtung weitgehend schiedsrechtsfreundlich.

8. Anders als staatliches Recht, das seine Begründung und Legitimation vom Staat herleitet, besteht eine solce Fundierung für die Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Anstatt einer alternativen Theorie findet man Letztbegründung des Schiedsrechts ist für den Schiedsrechtler oft Glauben und Vision, nicht Rationalität.

9. Im Schiedsrecht konkurriert traditionell ein privates Verständnis des Schiedsrichters als nur den Parteien verpflichteter Dienstleister mit einem öffentlichen Verständnis des Schiedsrechtlers als der Allgemeinheit verpflichteter Quasi-Richter. Versuche, beide

Rollen zu verbinden, scheitern an der Unmöglichkeit, die in beiden Verständnissen enthaltene Spannungs zwischen privater und öffentlicher Rolle zu überwinden. Nötig wird ein neues Rollenverständnis sein.

10. Während die Anwaltschaft sich recht unproblematisch transnationalisiert, ist der Prozess in der Wissenschaft noch im Gange. Er führt weitgehend zu einem staats- und politikfernen Rollenverständnis.

11. Die Rechtspraxis ist fatisch aktiv an der Erzeugung nebenstaatlichen Privatrechts beteiligt, insbesondere in sogenannten formulating agencies. Ihr Rollenverständnis weist aber die Rechtsetzung meist von sich.

12. Privatkodifikationen wie die Lando- und UNIDROIT- Prinzipien. werden zwar mit dem Bedürfnis der Praxis erklärt; ihre Autoren verstehen sich aber als neutrale Wissenschaftler, weder als Praktiker noch als Gesetzgeber. Das gilt sogar für die Autoren des Common Frame of Reference. Das unklare Verhältnis zwischen Rechtserkenntnis und –schöpfung entspricht der Tradition staatlicher Kodifikationen.

13. Da die Privatkodifikation, anders als das staatliche Gesetz, der Annahme bedarf, betätigen sich auch Privatkodifikatoren in beträchtlichem Masse als Werbende.

14. Auch im materiellen Privatrecht werden Letztbegründungsprobleme mit Hinweis auf Glauben und Vision, letztlich also irrational, überwunden.

15. Der Privatkodifikator legitimiert sich als Dienstleister gegenüber Gesetzgebern und Parteien; eine governance-Rolle lehnt er ab. Sein Recht soll rationis imperio gelten, nicht imperio rationis, ein zweifelhafter Gegensatz. Auch hier ersetzt der Hinweis auf die Parteiautonomie eine andere, etwa inhaltliche oder demokratische Legitimation.

16. Für Fragen des öffentlichen Interesses verweist der Privatrechtssetzer noch regelmässig auf den staatlichen Gesetzgeber. Es kommt damit zur Aufgabenteilung.

Summary

1. The private lawyer’s role is inseparably connected with the paradigms and doctrines of private law. This is so because the role played by private lawyers constitutes a large part of their understanding of the discipline. At the same time, the shared understanding of the discipline has necessary consequences for the roles played by lawyers in it.

2. Roles and role perceptions in private law are contingent upon space and time. The most important factor affecting private lawyers today is the growing detachment of private law from the state, through globalization, Europeanization, and privatization of law.

3. International commercial arbitration creates a transnational epistemic community. Within this community, the same individuals perform different functional roles: party representatives, arbitrators, scholars, advertisers.

4. The international arbitrator is a cosmopolitan; his or her national origin is considered largely irrelevant and is marginalized. This cosmopolitan role is both a consequence and a prerequisite of the autonomy of international commercial arbitration.

5. The state's courts, by contrast, are only slowly becoming transnationalized. They favor convergence but shy away from unilateral regulation where such convergence does not exist or cannot be brought about.

6. The arbitrator's role has evolved in the 20th century, from that of a legal notable whose authority rests in experience and wisdom, to that of a professional and entrepreneur. However, both types, as well as intermediate types, still exist.

7. In arbitration, the scholar's role is regularly inseparable from that of a stakeholder. Most scholarship is produced by practitioners; university professors who write on arbitration frequently also practice. Arbitration scholarship is used as advertisement for ist author practitioner's name and for international arbitration in general. The resulting scholarship is therefore of mixed quality; it tends to present arbitration in a favorable light.

8. Whereas domestic law rests in and finds ist legitimacy in the state, such a foundation is lacking for international arbitration. Instead of an alternative theory, scholars and practitioners frequently resort to faith and visions instead of rationality.

9. Two theories of international arbitration compete: a private theory of the arbitrator as a service provider whose only obligations are to the parties, and a public understand of the arbitrator as a quasi-judge with obligations towards the world at large. Attempts to combine both theories usually fail in their attempt to transcend the public/private tension inherent in both theories. A new theory will be necessary.

10. Other than legal practice, which is already transnationalized, private law scholarship is still in a process towards such transnationalization. The process largely leads to a role perception detached from both the state and politics.

11. Effectively, legal practice takes part in the creation of law beyond the state, in particular in so-called formulating agencies. Officially, however, such a lawmaking role is regularly rejected.

12. Private codifications like the Lando and UNIDROIT Principles are justified with a view to the needs of practice. Their authors, however, view themselves as disinteresed scholars, neither as practitioners nor as lawmakers. This is true even for the authors of the European Common Frame of Reference. The ensuing unclear relation between

restatement and prestatement of law is not a peculiarity of transnational private law, it is commensurate with the experience from state codifications.

13. Private codifciations, other than state laws, need to be recognized by their users in order to claim any validity. As a consequence, private codifiers frequently act as advertisors for their products.

14. In transnational private law, ultimate foundations are often sought with reference to faith and vision, not rationality. Letztbegründungsproblem mit Hinweis auf Glauben, Vision, und Traum, letztlich also irrational, überwunden.

15. The private codifier legitimizes herself as a service provider vis-à-vis lawmakers and parties; he rejects a governance role. His code is supposed to gain ist validity from reason rather than state power, a doubtful juxtaposition. The reference to private autonomy is meant to substitute for other legitimacy, based on substantive quality or democratic process.

16. Private codifiers regulary refer to the state for questions of public interests. The consequence is a division of responsibilities.