

Alberto Mazzoni - Maria Chiara Malaguti

Die Architektur des internationalen Wirtschaftsrechts

Grundlagen und Ausblicke



G. Giappichelli Editore



Nomos

EINLEITUNG

Ein Teil der wirtschaftlichen Aktivitäten spielt sich innerhalb der Grenzen eines Staates ab, ein anderer dagegen geht über sie hinaus und findet somit in einem internationalen beziehungsweise transnationalen Kontext statt. Das versteht sich von selbst und ist allseits bekannt.

In einer ersten Annäherung lässt sich das Recht des internationalen Handels als die Gesamtheit aller der Normen und Institutionen definieren, die die grenzüberschreitenden Wirtschaftsbeziehungen regeln.

Doch sagt solche pauschale Definition wenig oder gar nichts über die Besonderheit des Rechtsgebietes aus: die enorme Bedeutung nämlich, die ihm im Laufe ihrer allmählichen, sich über Jahrhunderte erstreckenden Rechtsentfaltung für die politische, wirtschaftliche und soziale Entwicklung der gesamten Menschheit zukommt.

Aus Gründen, die nachfolgend zu präsentieren sein werden, ist es für eine umfassende Untersuchung ebendieser Aspekte unerlässlich, einen in erster Linie wirtschaftlichen und historisch-vergleichenden Ansatz zu wählen und sich nicht in den Pettinessen positivistischer oder institutioneller Entwicklungen zu verlieren.

Die Wahl eben dieser Herangehensweise basiert im Wesentlichen auf der Überzeugung, dass die Berücksichtigung des *law in action* mit all seinen Ausprägungen und Entwicklungsschritten ungleich folgenreicher und gewichtiger ist als die Reflexion darüber, was das *law in the books* vorschlägt oder zu erreichen beabsichtigt.

Dem theoretischen Grundkonzept nach ist das *law in the books* zwar verbindlicher, doch ist es regelmäßig so abstrakt formuliert, dass eine Überprüfung bzw. Rückkoppelung der Auswirkungen einer Regelung in der Rechtswirklichkeit unerlässlich ist – und zwar anhand des *law in action*. Darum kommt nicht herum, wer nicht Risiko laufen will, als Wirklichkeit das anzusehen, was nur wünschenswert, im Werden oder gar illusorisch ist.

Wenn infolgedessen der Bedeutung des *law in action* Vorrang gegenüber dem *law in the books* eingeräumt wird, sind dabei drei grundlegende Kriterien im Auge zu behalten:

Das erste ist der REALISMUS.

Das zweite ist der EKLEKTIZITISMUS.

Das dritte Kriterium ist die Bevorzugung der INDIVIDUELLEN BETRACH-

TUNG EINZELNER RECHTSFRAGEN – damit den Gegenpol zu der Annahme bildend, es gäbe von Anfang an ein postuliertes, philosophisches Gesamtkonzept.

Im Zusammenspiel weisen Realismus, Eklektizismus und die individuelle Untersuchung einzelner Rechtsfragen dem Phänomen spontaner oder nichtstaatlicher Rechtsbildung eine zentrale Rolle zu; und es gehen damit die hinlänglich bekannten Begriffe des *soft law* und der *lex mercatoria* einher.

So viel ist nämlich völlig unbestreitbar: Konkrete Antworten auf reale Probleme in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen ergeben sich vielfach aus Regeln, die weder dem klassischen internationalen Recht (d.h. Abkommen, Konventionen oder deren Transformationen in nationales Recht) zugeordnet sind noch nationalen Regelungen, die auf grenzüberschreitende Sachverhalte anzuwenden sind.

Dieser empirische Befund darf nicht allein deshalb naserümpfend beiseite geschoben zu werden, weil er dem Klassifikationspostulat der *summa divisio* widerspricht, die streng zwischen klassischem Völkerrecht (Beziehungen zwischen den Staaten) und staatlich gesetztem Recht (anwendbar auf die Beziehungen zwischen oder mit Privaten) unterscheidet. Vielmehr haben auch die Regeln der *lex mercatoria* und des *soft law* unbeschadet ihrer (dogmatisch) fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit die Kraft und Eigenheit, die Realität maßgeblich zu beeinflussen. Von dieser Beobachtung ausgehend gelangt man zu dem methodologischen Kriterium, die Bemühungen um Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Rechts allein auf das zu richten, was wirtschaftlich effizient und politisch realisierbar ist. Dieses Kriterium taugt nicht nur auf operativer Ebene als mögliche Inspiration für Vereinheitlichungs- oder Harmonisierungsversuche der in der internationalen Wirtschaft agierenden Hauptakteure. Es kann überdies der Wissenschaft als methodische Richtschnur dienen, da dieser nicht nur die Aufgabe zukommt, abstrakt zu analysieren, was Rechtsnormen hervorbringen sollen, sondern auch und vor allem die Struktur der Realität zu verstehen, zu der solche Normen beitragen, seien sie nun formellen oder informellen Ursprungs (*hard law*, *soft law*, *lex mercatoria* oder eine sonstige Quelle).

Die Erosion des *hard law*, das zunehmend von *soft law* überlagert wird, wird anhand einer Entwicklung deutlich, die sich sowohl in der Rechtswirklichkeit als auch in der Ideengeschichte niederschlägt und deren Protagonistinnen die drei internationalen Schwesterorganisationen sind, die mit der Aufgabe betraut sind, die Standardisierung oder Vereinheitlichung des Rechts zu fördern.

Dabei geht es speziell um die Art und Weise, wie sich die *Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht* (UNCITRAL), das *Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts* (UNIDROIT) und schließlich die *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* (HCCH) selbst zunehmend als Ideengeber verstehen.

Anfänglich waren diese Organisationen auf die Förderung der legislativen Zusammenarbeit ausgerichtet. Ihr Ziel war die Uniformität in den großen Fragen, die sich für eine relativ einfache supranationale Vereinheitlichung zu eignen

schiene und die das gemeinsame rechtliche Erbe auch *across borders* erkennbar machen sollten. In der Realität wurde jedoch schnell klar, dass ein starres Vordringen der Rechtsvereinheitlichung weder möglich noch sonderlich erstrebenswert ist. Es standen nämlich zwei gewichtige Faktoren über Kreuz: einerseits die erheblichen Kosten, die zwangsläufig bei der Realisierung einer rigiden Rechtsvereinheitlichung (wie etwa Entwürfe für Übereinkommen) entstehen; andererseits der nicht sonderlich ausgeprägte politische Appetit, den Staaten an den Tag legten – und nach wie vor legen –, sobald es darum ging, die aus der Rechtsvereinheitlichung resultierenden Einbußen ihrer Souveränität zu akzeptieren. Im Ergebnis wurden daher Initiativen mit dem Ziel einer bindenden Vereinheitlichung weitestgehend reduziert und durch Initiativen ersetzt, die auf das weniger einschneidende *soft law* ausgerichtet waren.

Das weist auf einen gewichtigen Umstand hin: Bei der zu untersuchenden Rechtsmaterie wirken zwei wesentliche Kräfte zusammen, die auch die Rechtswirklichkeit prägen: zum einen das Streben nach Vereinheitlichung immer dann, wenn diese wirtschaftlich effizient und politisch realisierbar ist; zum anderen die Bereitschaft, mögliche Fortschritte auf dem Gebiet der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit nicht dadurch zu vereiteln, dass man stur und starr auf dem politisch unrealistischen Ziel einer Vereinheitlichung mittels *hard law* beharrt.

Wenn sich also nach dem Voranstehenden das Nebeneinander von *hard* und *soft law* immer mehr zu Gunsten des Letzteren entwickelt, schließt sich die Frage an, ob die Regeln, die die Praxis des internationalen Handels wirklich steuern, öffentlich-rechtlicher, privatrechtlicher oder gar hybrider Natur sind.

Einer klassischen, im konservativen Völkerrecht nach wie vor weit verbreiteten Ansicht zufolge ist es nachgerade falsch (oder zumindest nicht opportun), das Recht der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Staaten einerseits und die Regelungen privater, im internationalen Kontext handelnder Akteure andererseits als Teile einer einzigen Rechtsquelle zu behandeln. Dieser Standpunkt basiert vornehmlich auf der Annahme, dass beide Arten von Rechtsquellen grundverschieden seien.

Hieraus ließen sich einige wichtige Folgerungen herleiten:

Wenn man davon ausgehen muss, dass das Recht, das die Wirtschaftsbeziehungen zwischen Staaten zum Gegenstand hat, Ergebnis einer sich über die Jahre herausbildenden Ansammlung von vertraglich begründeten Grundsätzen ist, so wird teilweise vertreten, dass diese einen *corpus* autonomer Normen darstellen. Andere hingegen sehen in diesen Grundsätzen Elemente, die sich mit den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts vermischen. Im Ergebnis sei, jedenfalls nach Ansicht einiger, von einem einzigen Regelwerk zu sprechen, das als klassisches Völkerrecht klassifizierbar ist und sich aus all den Regelungen zusammensetzt, die von der internationalen Gemeinschaft als verbindlich anerkannt wurden, selbst wenn sich einzelne Staaten gar nicht ausdrücklich zur Einhaltung dieser Regeln verpflichtet haben. Die weiter verbreitete Ansicht ist jedoch die, dass ne-

ben diesem klassischen Völkerrecht auch die Gesamtheit derjenigen Normen, die sich aus den von den einzelnen Staaten bilateral oder multilateral abgeschlossenen Abkommen, Konventionen oder Verträgen ergeben, wegen eben dieser Herleitung mitzubehrsichtigten ist, auch wenn diese *per definitionem* nur Vertragsstaaten binden und somit gerade nicht internationale Verpflichtungen im strikten Sinne begründen.

Nach diesem streng öffentlich-rechtlichen Verständnis der zwischenstaatlichen Wirtschaftsbeziehungen gelten für die Wirtschaftsbeziehungen zwischen Privatpersonen ganz andere Kriterien. Diese sollen ausschließlich staatlich gesetztem Recht unterliegen, sei dies originär nationales Recht, oder seien dies nationale Umsetzungsakte von völkerrechtlichen Verbindlichkeiten.

Dieser klassischen (und konservativen) Konzeption steht eine Auffassung gegenüber, die die Grundannahme einer kategorischen Unterscheidung zwischen beiden Regelungsgefügen als methodologisch irrig erachtet. Ihr zufolge resultiert die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Einordnungen nicht aus einer genuin rechtlichen Notwendigkeit, sondern sei lediglich Resultat eines historisch gewachsenen Verständnisses. Schließlich versuchte man in allen Rechtsordnungen des 19. Jahrhunderts sämtliche Beziehungen zwischen Privatpersonen, unabhängig von ihrem internationalen Charakter, in Form eines positiven, staatlichen Rechts zu kodifizieren. Diese Ansicht versteht die moderne *lex mercatoria* als ein autonomes Gesamtgefüge all der Normen, die von der internationalen Handelsgemeinschaft selbst geschaffen oder anerkannt wurden, um ihre Beziehungen eigenständig und unabhängig vom staatlichen Gesetzgeber zu regeln.

Die strikte *summa divisio* zwischen Völkerrecht (Beziehungen zwischen Staaten) und innerstaatlichem Recht (Beziehungen zwischen oder mit Privatpersonen) lehnt die Selbstlegitimation der modernen *lex mercatoria* als nichtstaatliches Recht hingegen ab. Ein solches könnte nach dieser konservativen Konzeption nur insoweit existieren als das internationale Privatrecht eines jeden Staates Bestand und Verbindlichkeit der gegenwärtigen Bräuche oder Praktiken im internationalen Handel als *lex mercatoria* anerkennt.

Was also könnte man heutzutage angesichts dieser Divergenzen in der Einschätzung dessen, was das Wesen des internationalen Handelsrechts ausmacht, als den Kern dieser Rechtsmaterie bezeichnen? Sprechen wir von einem öffentlichen Recht der Wirtschaftsbeziehungen zwischen Staaten? Einem staatlich gesetztem Recht, das die internationalen Beziehungen zwischen oder mit Privaten regelt? Oder doch von einer *lex mercatoria* im oben skizzierten, zeitgenössischen Sinne einer eigenständigen, dritten Gattung?

Bei Lichte betrachtet erscheint es wenig erkenntnisförderlich, sich in das Korsett einer Hierarchisierung dieser unterschiedlichen Ausformungen ein und derselben Realität hineinzwängen zu wollen.

In der Rechtswirklichkeit muss letztlich, unabhängig von jedweder formalen Klassifizierung, das Zusammenspiel all dieser im internationalen Handel relevan-

ten Normen beachtet werden – seien das nun völkerrechtliche Regeln über die Wirtschaftsbeziehungen zwischen Staaten, oder solche, die auf verschiedenen Ebenen die Beziehungen zwischen Privatpersonen regulieren. Ob wir nun für Letztere einen traditionellen normativen Ansatz wählen wollen, oder ob wir mutiger von der Existenz einer modernen und autonomen *lex mercatoria* ausgehen, so viel steht jedenfalls fest: Es muss das Gesamtgefüge unter Berücksichtigung aller relevanten Rechtsquellen und ihrer wechselseitigen Beeinflussung beleuchtet werden. Schließlich regeln privat- und öffentlich-rechtliche Regelungen gleichermaßen die konkrete Art und Weise, in der sich der grenzüberschreitende Austausch von Waren, Dienstleistungen und Kapital im Einzelnen vollzieht (und haben damit das gleiche Regelungsobjekt); überdies erreichen die einzelnen Regelungsregime ihre Ziele oftmals nur im Zusammenwirken mit dem jeweils anderen.

Freilich darf bei dieser Zusammenschau nicht aus den Augen verloren werden, dass es sich dennoch um unterschiedliche Rechtsquellen handelt und dass die Entstehungsgründe zwischenstaatlicher Verpflichtungen bei Weitem noch nicht das Niveau an Rechtssicherheit erreicht haben, auf das auf innerstaatlicher Ebene vertraut werden kann. Es wäre ebenfalls falsch, dem Inhalt und Zweck aller völkerrechtlichen Verbindlichkeiten eine zu große Bedeutung beizumessen, welche die Staaten seit der Bretton-Woods-Konferenz mit dem Ziel der internationalen wirtschaftlichen und finanziellen Zusammenarbeit eingegangen sind. Denn noch einmal: *law in action* wiegt schwerer als *law in the books*. Die konkreten Machtverhältnisse wiegen schwerer als ein konzeptionelles Modell, selbst wenn die Verpflichtung zur Verwirklichung seiner Ziele feierlich gelobt wurde.

Die Vereinbarungen von Bretton Woods selbst liefern den besten Beweis dafür: Die den neu geschaffenen Institutionen übertragene Aufgabe wurde immer wieder und auf je unterschiedliche Weise an die Notwendigkeit angepasst, auf Probleme reagieren zu können, die es zum Zeitpunkt ihrer Gründung noch gar nicht gab oder die nicht bedacht worden waren.

Im Rahmen des Möglichen müssen also bei der Betrachtung jeder historischen Phase sämtliche entstehungsbedingenden Faktoren analysiert werden. So lässt sich feststellen, dass zu bestimmten Zeiten – etwa im Mittelalter zur Zeit der Herausbildung der *lex mercatoria* oder im modernen Zeitalter des Neoliberalismus und der Globalisierung – private Akteure die treibende Kraft für die Rechtsentwicklung waren, während zu anderen Zeiten – etwa solchen, in denen der Merkantilismus dominierte, oder den gegenwärtigen, in der protektionistische Bestrebungen wieder fröhliche Urstände feiern – diese Funktion öffentlichen oder, wie man heute zu sagen pflegt, souveränen Akteuren zukommt.

Dabei ist letztlich eine Überschneidung des klassischen Völkerrechts und der Besonderheiten des europäischen Unionsrechts nicht vermeidbar.

Gerade im Hinblick auf Letzteres wird der Konflikt zwischen der auf dem Washingtoner Übereinkommen von 1965 beruhenden internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und der Europäischen Union zu erwähnen sein, die

diese Form der Streitbeilegung zwischen oder mit EU-Mitgliedstaaten zu verhindern oder jedenfalls einzuschränken versucht.

Ohne dabei irgendeinen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, ist es das Bestreben dieser Untersuchung, das Bild einer facettenreichen Realität zu vermitteln, die einige der traditionellen Klassifikationsbarrieren zu überwinden ermöglicht, die nur deshalb Berücksichtigung finden, weil sie nun einmal existieren, auch wenn sie sich tatsächlich oft als schlichtweg überflüssig erweisen.

Es gibt aber noch eine weitere und wichtigere Überlegung, die als Abschlussbemerkung dieser Einleitung vorangestellt zu werden verdient: Das internationale Handelsrecht bestand zuletzt im Wesentlichen aus Regeln, die sich die Staaten seit 1945 selbst auferlegt haben und für die sie freiwillig Teile ihrer Souveränität in Wirtschafts-, Finanz- und Währungsfragen aufgaben, da sie dem Ziel wachsenden Wohlstands wie des Friedens dienten. Sie sind nicht etwa ein Mischmasch abstruser technischer Normen fernab von konkreten Interessen der Staatsbürgerinnen und -bürger; vielmehr üben diese Regeln einen tiefen und direkten Einfluss auf das tägliche Leben der Menschen aus; denn sie sind es, die die Konsequenzen höchst konkreter Maßnahmen unmittelbar zu spüren bekommen – etwa den Ausgleich der nationalen Staatshaushalte, die Fiskalpolitik zur Deckung der staatlichen Ausgaben, die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, Lebenshaltungskosten und so weiter.

Kurzum, das Recht befasst sich nicht mit abgehobenen Quisquilien, sondern mit Fragestellungen, die konkrete und greifbare Auswirkungen auf das alltägliche Leben der Menschen haben. Die hier angestellten Überlegungen, insbesondere zum großen Thema der nachhaltigen Entwicklung, belegen, dass es höchste Zeit ist, passende Antworten sowohl auf Strukturfragen als auch auf konkrete Probleme des Alltags zu finden.

Auch wenn sie uns zuweilen vor größte Herausforderungen stellt, die Geschichte endet nie, sondern zwingt uns dazu, rational zu urteilen, immer wieder zu überdenken und zu gestalten.

KAPITEL I

VOM RECHT DER KAUFLEUTE ZU EINEM STATUARISCHEN HANDELSRECHT

ZUSAMMENFASSUNG: 1. Die Ursprünge: die Entstehung der *lex mercatoria* in Europa. – 2. Von der *lex mercatoria* zu einem statuarischen und internationalen Handelsrecht: wesentliche Gründe für den Erfolg der *lex mercatoria* und für ihren Niedergang. – 3. Colbert, Dirigismus und merkantilistische Theorien; die antagonistischen Leitbilder des Freihandels und der Physiokratie; die politische und wirtschaftliche Rolle von Großunternehmen und die besonderen Merkmale französischer, niederländischer und englischer Unternehmungen. – 4. Das französische Modell staatlicher Rechtssetzung und die Eigenheit englischer Entwicklungen.

1. Die Ursprünge: die Entstehung der *lex mercatoria* in Europa

Die Ursprünge dessen, was wir heute als das internationale Wirtschaftsrecht bezeichnen, sind europäischer Natur und lassen sich nicht von denen des Handelsrechts trennen. Sie gehen auf das Mittelalter zurück, genauer gesagt auf die Entstehung einer städtischen und kommunalen Zivilisation, die in Italien im elften Jahrhundert begann.

Das in sich geschlossene Wirtschaftssystem des Feudalismus, welches das gesamte frühe Mittelalter geprägt hatte, wurde durch den Erfolg einer neuen, in städtischen Zentren entwickelten Wirtschaftsform überwunden und abgelöst.

Diese Entwicklung wurde von einer aufstrebenden gesellschaftlichen Klasse angetrieben und gelenkt: den Kaufleuten.

In Zeiten des Feudalismus begegnete man Kaufleuten mit Misstrauen, wenn nicht sogar mit offener Feindseligkeit. Oftmals wurde es toleriert – teilweise sogar durch lokale Regeln und Gewohnheiten ausdrücklich gestattet –, fahrende Kaufleute an der Durchquerung der einzelnen Hoheitsgebiete zu hindern und auf unterschiedlichste Weisen, etwa durch Wegelagerungen, zu erpressen.

In der neuen städtisch geprägten Kultur jedoch etablierten sich die

Kommunen,
Händler und
neue Formen
des Rechts

Kaufleute als wirtschaftlich und politisch ernstzunehmende Klasse. Unter allen Gilden und Zünften, die in den Städten als Zusammenschlüsse einzelner Berufs- und Interessengruppen gegründet wurden, zählten die Kaufmannsgilden zu den einflussreichsten. Das zeigt sich an einer Reihe von Privilegien, die diese Zusammenschlüsse genossen. Kaufleute unterstanden als eigenständige Klasse einem Sonderrecht, das – im Gegensatz zum allgemeinen Zivilrecht – den Bedürfnissen des schnelllebigen Handelsverkehrs Rechnung trug. Zudem unterstanden Kaufleute einer besonderen Gerichtsbarkeit, die sich aus Laienrichtern, Kaufleuten oder zumindest doch aus Personen zusammensetzte, die von den Gilden aufgrund ihrer Sachkenntnis ausgewählt wurden.

Anfangs dienten diese Privilegien der Selbstverwaltung der einzelnen Zusammenschlüsse. So konnten Streitigkeiten zwischen Mitgliedern der Gilde außerhalb der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit durch Verweisung der Streitigkeit an die zuständigen Konsuln¹ beigelegt werden. Diese waren dazu ermächtigt, *ex aequo et bono* zu entscheiden, mussten sich also nicht streng an die Regeln des Zivilrechts halten, sondern konnten auf geltende Handelsbräuche Bezug nehmen.

Mit der zunehmenden, auch politischen Macht der Kaufmannsklasse ging einher, dass sich aus den Privilegien einzelner Gilden schließlich ein umfassendes Klassenprivileg entwickelte. Auf alle Streitigkeiten, an denen ein Kaufmann als Kläger oder Beklagter beteiligt war (selbst wenn der Gegner kein Kaufmann war), wendete ein Handelsgericht das Sonderrecht an.

Der Ausbau dieser Konsulargerichtsbarkeit zu einer eigenständigen Handelsgerichtsbarkeit führte in den jeweiligen Handelszentren zu einer mehr oder weniger umfangreichen Rechtsmasse. Auf diese Weise wurden Prinzipien und Regeln allerorts verfestigt, die sich oftmals deutlich von denen des traditionellen Zivilrechts unterschieden.

Zivil- und
Handelsrecht:
Unterschiede

Besonders bei der Behandlung von Eigentum ergeben sich Unterschiede: Das Zivilrecht folgt der römischen Rechtstradition, indem es den größtmöglichen Schutz des Eigentümers vor dem unfreiwilligen Verlust seines Eigentums oder Besitzes anstrebt. Es ermöglicht dem Eigentümer einer beweglichen Sache, denjenigen in Anspruch zu nehmen, der den Besitz vom Nichtberechtigten erworben hat und dabei nicht in gutem Glauben war. Daher ist es nur folgerichtig, dass der Regelfall der gewollten Eigentumsübertragung ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit erfordert – nämlich dass der Wille zum Eigentumsübergang deutlich zum Ausdruck gebracht werden muss. Das handelsrechtliche Pendant verfolgt demgegenüber ein geradezu entgegengesetztes Ziel: Hier sollten die Re-

¹ Anm. d. Übers.: Dies betrifft die Situation speziell in Italien.

geln die Schnellebigkeit und Sicherheit des Warenverkehrs erleichtern. Dafür war es von größter Bedeutung, die Interessen des gutgläubigen Käufers zu schützen. Da Verträge im Handelsverkehr keiner Form bedurften, konnte der Käufer zur Darlegung seines guten Glaubens beim Erwerb vom Nichtberechtigten den Zeugenbeweis antreten und sich so dem Vindikationsanspruch des ursprünglichen Eigentümers entziehen.

Auch bei der Abtretung werden die Unterschiede erkennbar: Lange sah das Zivilrecht die Abtretung von Kreditforderungen nicht vor. Es war in diesem Punkt stark vom Einfluss der Kirche geprägt, die das Fordern von Zinsen auf Geldschulden als Wucher verurteilte. Die Handelsregeln gehen dagegen in eine andere Richtung, ist doch die Abtretung von Kreditforderungen – und damit einhergehend die Realisierung des wirtschaftlichen Werts der Forderung vor Fälligkeit – als Rechtsinstitut für eine austauschbasierte Wirtschaft unerlässlich. Es ist daher folgerichtig, dass das Sonderrecht die Abtretung anerkannte und schützte.

Mit der Zeit entwickelten sich auch für andere Vertragstypen abweichende Regelungen, die anzuwenden waren, sobald diese Verträge zwischen Kaufleuten geschlossen wurden: So gab es nicht nur unterschiedliche Regelungen für Kauf- und Darlehensverträge, sondern beispielsweise auch für Miet-, Geschäftsbesorgungs- oder Verwahrungsverträge.

Allerorts bildeten sich diese handelsspezifischen Sonderregeln heraus. Die einzelnen Kommunen waren bald gezwungen, die Regeln in regionalen Statuten zusammenzufassen. Diese Regelwerke waren so etwas wie wohlgeordnete Kompendien, die auch Zollabgaben sowie Disziplinar- und Berufsregeln der verschiedenen Gilden umfassten.

Typischerweise erließ jedes Handelszentrum eigene Statuten für Handelssachen. Dadurch war es für Kaufleute, die ihre Geschäfte auf mehr als nur einem Handelsplatz tätigten, von essentieller Bedeutung zu wissen, welche Regeln an welchem Ort galten.

Probleme entstanden jedoch zwangsläufig immer dann, wenn es zum Streit zwischen Kaufleuten verschiedener Regionen kam. Das wird wohl der Regelfall gewesen sein, wenn der Streit zwischen einem auf dem lokalen Markt ansässigen Kaufmann und einem Besucher der periodischen Jahrmärkte oder Messen entbrannte.

Für das sich daraus ergebende Rechtsproblem des anwendbaren Statuts gab es im Hochmittelalter zwei Prinzipien, die als abstrakte Grundsätze geeignet waren, den Konflikt zwischen konkurrierenden Regelungen zu lösen.

Die Rede ist vom Territorialitätsprinzip und dem Personalitätsprinzip.

Nach dem Territorialitätsprinzip war das Statut desjenigen Ortes auf den Konflikt anzuwenden, an dem sich die Streitigkeit entzündet hatte, also dort, wo die Handelsgeschäfte getätigt worden waren. Nach dem Personalitätsprinzip konnte demgegenüber das Statut des Herkunftsortes

Lokale
Handelsstatuten

Anwendbares
Recht

der Parteien mit der Begründung herangezogen werden, dass jeder Gewerbetreibende, zumindest in bestimmter Hinsicht, sein Heimatrecht gleichsam im Gepäck mit sich trug, sodass seine Handlungen auch danach beurteilt werden müssten. Wenn also ein Kaufmann an einem anderen Ort ansässig war als dem, an dem der Streit entbrannt war, konnte dieses Heimatrecht zu einer Kollision mit den nach dem Statut des Gerichtsstands geltenden Regeln führen, die meistens in territorialer, für die Gegenpartei oft aber auch in persönlicher Hinsicht anwendbar gewesen wären.

In einigen (relativ wenigen) Fällen konnte ein solcher Streit durch die einseitige Anwendung des Territorialitätsprinzips gelöst werden; jedenfalls dann, wenn es sich um eine Streitigkeit handelte, die sich aus einer lokalen Regel herleitete, in der sich ein starkes politisches oder öffentliches Interesse manifestierte. Modern gesprochen, musste es sich also um eine Streitigkeit gehandelt haben, die die Wirtschaftspolitik im Forum tangierte.

Derartige Fälle waren jedoch selten. Die lokalen politischen Autoritäten (je nach Zeit und Ort: Gemeinden, Ligen, Signorien, Lehensgebiete oder Nationen) hatten gegenüber dem Handel prinzipiell eine Grundhaltung wohlwollender Distanz. Schließlich erhoffte und erwartete man von der Handelsfreiheit eine Förderung des allgemeinen Wohlstands sowie sprudelnde Steuereinnahmen. Es gab daher keinen Grund bzw. Anlass dafür, die Handelsfreiheit durch strikte Regeln einzuschränken und dadurch die Vertragsfreiheit der Kaufleute sowie die Herausbildung und Konsolidierung von Gepflogenheiten, Praxen und Bräuchen zu beeinträchtigen.

In den meisten Fällen wurde daher weder das Territorialitätsprinzip angewendet noch ausschließlich dem Personalitätsprinzip Vorschub geleistet. Stattdessen wählte man einen Mittelweg, auf dem Regelungen beider betroffener Personalstatute herangezogen wurden.

Wenn sich also die Regeln der verschiedenen Personalstatuten überschneiden (und das geschah häufig, da Handelskultur und -bräuche weitgehend einheitlich waren), leitete das Handelsgericht die Lösung aus einer Konvergenz beider Rechte her. Dieses Vorgehen verlieh der Vorschrift eine noch größere Autorität, auch außerhalb des direkten Anwendungsbereichs des zugrundeliegenden Statuts.

Ergab der Vergleich der verschiedenen Personalstatuten, dass diese in Bezug auf die rechtliche Fragestellung unterschiedlich bzw. einander widersprechend waren und keines von ihnen als das „bessere“ herausstach, wurde festgestellt, dass sich keine adäquate Antwort aus den Statuten ziehen ließ, und dass infolgedessen ein anderer Ansatz gefunden werden musste.

Sofern diese Statuten lediglich lokale Marktregeln enthielten und da-

bei nicht Ausdruck universeller Werte waren, die für den konkreten Fall keine „gute“ substantielle Lösung anboten, musste diese auf einer höheren Ebene gefunden werden. Diese Ebene war die der tief verwurzelten Gemeinsamkeiten der je verschiedenen und unvollkommen entwickelten lokalen Rechtstraditionen. Als *ratio scripta* bot sich dafür das Römische Recht als gemeinsame Wurzel aller Rechtskreise an; dessen große Prinzipien ermöglichten die Schließung all derjenigen Lücken, die sich in den ansonsten konvergenten, auf Handelsbräuchen basierenden Statuten aufgetan hatten.

Aus diesem Zusammenspiel von Gewohnheitsrecht, das sich aus der Praxis der Kaufleute herauskristallisierte, und Richterrecht, das aus dem allorts zugrundeliegenden Römischen Recht als *ratio scripta* hergeleitet wurde, erwuchs nach und nach ein ausdifferenziertes Handelsrecht, dessen Geltungsanspruch auf Vollständigkeit und Universalität gerichtet war, statt nur auf den abgesteckten Kreis eines einzelnen Territoriums.

In struktureller Hinsicht handelte es sich dabei um ein offenes System, sowohl aufgrund seiner Fähigkeit, sich stets zu erneuern und den praktischen Entwicklungen des Handelswesens anzupassen, als auch wegen seiner universalen Geltung, also nicht nur im innerstaatlichen Kontext, sondern auch im grenzüberschreitenden. Mit der Zeit hatte sich für dieses System die Bezeichnung *lex mercatoria* eingebürgert. Die Tradition machte daraus einen stehenden Begriff – auch wenn im Lateinischen, strenggenommen, *ius mercatorum* die treffendere Bezeichnung gewesen wäre.

Lex mercatoria

2. Von der *lex mercatoria* zu einem statuarischen und internationalen Handelsrecht: wesentliche Gründe für den Erfolg der *lex mercatoria* und für ihren Niedergang

Mit der Blütezeit der freien Kommunen, angeführt von einer neuen bürgerlichen Kaufmannsklasse, entstand im 11. Jahrhundert in Italien die *lex mercatoria* und verbreitete sich alsbald auf die zuvor beschriebene Weise in ganz Europa. Sie blieb über mehrere Jahrhunderte hinweg in Geltung und verebte erst im 17. Jahrhundert aus Gründen, die an späterer Stelle zu erörtern sein werden.

Freilich stellt diese Entwicklung keinen einheitlichen, europäischen Prozess dar; vielmehr gab es eine Vielzahl von eigenständigen Entwicklungen in den verschiedenen Regionen, die nachfolgend jedoch nicht weiter vertieft werden können.

Merkmale der
lex mercatoria

Stattdessen sollen hier diejenigen Aspekte im Vordergrund stehen, die aus gesamteuropäischer Sicht von Bedeutung sind: die Entstehung der *lex mercatoria* als das Recht einer bestimmten Klasse und seine universelle Anwendbarkeit auch im Verhältnis zwischen Kaufleuten und Privatpersonen, seine Anpassungsfähigkeit an die jeweiligen Gegebenheiten des Handelsverkehrs sowie die tendenzielle Einheitlichkeit seiner Regeln über die Grenzen hinweg. Im Interesse eines stetig wachsenden Handelsmarktes fanden diese Regeln schließlich in allen wichtigen Handelszentren Anwendung – vom Mittelmeerraum (Italien, Frankreich und die Iberische Halbinsel) über Nordeuropa (die deutschen, baltischen und skandinavischen Gebiete: man bedenke insbesondere die herausragende Bedeutung der Hanse) bis hin zu den Britischen Inseln (hier speziell England).

Die Verbreitung des *law merchant* in England ist sogar ein Musterbeispiel dafür, wie dieses kosmopolitische System ohne staatliche Zugehörigkeit problemlos Einzug in eine fremde Rechtsordnung fand.

Das englische *common law* hatte durch die fortschreitende Abschottung von der auf dem Kontinent weiterhin vorherrschenden römischen Rechtstradition eine eigene Entwicklung genommen. In Anbetracht dessen ist es umso bemerkenswerter, dass das *law merchant* das einzige Rechtsgebiet war, dessen Regeln, Institute und Lösungen im Wesentlichen die gleichen waren wie auf der anderen Seite des Ärmelkanals. Man denke nur an die offensichtliche Ähnlichkeit zwischen der *societas mercatorum* und der *partnership*, zwischen Konkurs und *bankruptcy*, zwischen Wechseln und *bills of exchange* und so weiter. Noch heute sind einige Institutionen der mittelalterlichen *lex mercatoria* beziehungsweise des *law merchant* intakte Bestandteile des englischen wie auch des kontinentaleuropäischen Rechts: Das augenscheinlichste Beispiel findet sich im Gesellschaftsrecht. Die britischen *partnerships* (*General Partnership* und *Limited Partnership*) ähneln den kontinentaleuropäischen Personengesellschaften (wie offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften) in vielerlei Hinsicht.

Zu einem bestimmten Zeitpunkt jedoch kam die europaweite Entwicklung und Verbreitung der *lex mercatoria* zum Erliegen. Der Grund dafür liegt in einer fundamentalen Änderung der politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen sowohl auf innerstaatlicher als auch auf transnationaler Ebene.

Stärkung der
Rolle des Staates

Die *lex mercatoria* hatte sich in ihrer Blütezeit weitgehend eigenständig entwickelt und genoss dabei eine Art wohlwollendes Desinteresse der politischen Machthaber, die sich aus dem freien Handel hohe Steuereinnahmen versprachen. Diese Passivität des Staates war die entscheidende Daseins-Garantie für die *lex mercatoria*, und sie war zugleich eine

politisch-ideologische Entscheidung zugunsten des freien grenzüberschreitenden Handels. Von dieser jedoch rückten die meisten Nationen allmählich ab.

Grund dafür war das zunehmende Selbstverständnis des Staates als ein primäres, allumfassendes Gebilde, für das das Monopol der Rechtsetzung und insbesondere die Verwaltungshoheit kraft staatlichen Siegels essentielle Wesensmerkmale sind.

Auf innerstaatlicher Ebene führte dies zu einer Art Übereinkunft zwischen den wichtigeren Staaten und der Kaufmannklasse: Das Privileg, das Handelsrecht als Sonderrecht der Kaufleute beizubehalten, wurde weiterhin gewährt – unter der Voraussetzung allerdings, dass es in die Hoheitsgewalt des Staates eingebettet wurde. Dadurch mutierte es zu einem integralen Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, deren einziger Gründer und Garant der Staat selbst sein wollte.

Dieser Wandel kann am besten anhand der Entwicklungen des internationalen Handelsrechts veranschaulicht werden:

Einige Staaten begannen, sich vermehrt für den reibungslosen Ablauf der Geschäfte und die Sicherheit ihrer im Ausland tätigen Bürger einzusetzen. Schließlich wollte man sich nicht mehr allein darauf verlassen, dass auch andere Staaten das *comity*-Prinzip achteten und ebenfalls die Handelsfreiheit ausländischer Kaufleute gewährleisteten.

Aus diesem Grund entstanden Abkommen, die die Vertragsstaaten verpflichteten, Kaufleuten aus dem jeweils anderen Staat bestimmte Rechte einzuräumen. Dabei handelte es sich um Grundfreiheiten wie beispielsweise das Recht, Faktoreien zu eröffnen, Geschäfte zu tätigen, Klagen vor den Gerichten zu erheben oder Anker- und Anlegerechte. Diese Verträge wurden „*Friendship, Navigation and Commerce Treaties*“ genannt (abgekürzt FNC-Abkommen). Den Anfang machte hier der Vertrag, der in der ersten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts zwischen der Republik Venedig und dem Bey von Tunis geschlossen wurde.

Freundschafts-,
Schiffahrts-
und Handels-
verträge

Mit der Zeit wurde in immer mehr FNC-Abkommen eine bestimmte Klausel vereinbart, der unbeschadet ihrer unzähligen Variationen eine große praktische und theoretische Bedeutung zukam:

Die sogenannte „Meistbegünstigungsklausel“ oder „*Most Favoured Nation Clause*“ (MFN-Klausel) wurde in der Regel bilateral ausgehandelt und erlaubte es, lange vor dem Aufkommen multilateraler Übereinkünfte (wie das GATT oder die WTO; siehe unten Kapitel VI Abschnitt 3) eine gezielte Außenhandelspolitik zu betreiben. Folge einer solchen Klausel war es, dass nur denjenigen Kaufleuten ein privilegierter, freier Zugang zum Markt gewährt wurde, mit deren Herkunftsstaat ein FNC-Abkommen bestand. Alle anderen Staaten, die nicht in den Genuss der Klausel kamen, wurden dagegen so diskriminiert, dass ein Zugang zum Markt *de facto* vereitelt oder zumindest doch sehr erschwert wurde.

Meistbegünsti-
gungsklausel

Es liegt auf der Hand, dass die Meistbegünstigungsklauseln nicht nur der Bildung von für Allianzen dienen (mit den Ländern, die von ihnen profitierten) sondern auch in Handelskriegen zum Einsatz kamen (mit den nicht begünstigten Ländern). Damit setzte eine ebenso neue wie intensive Form der Politisierung des internationalen Handels ein, die dazu führte, dass sich die einflussreichen Staaten dem internationalen Handel gegenüber nicht länger in der vorerwähnten wohlwollenden Abstinenz übten (was, wie erwähnt, unabdingbare Voraussetzung für die Existenz *lex mercatoria* war). Stattdessen machten sie von ihrem Machtmonopol regen Gebrauch.

Diese Entwicklung zeichnet ein neues Bild: nämlich den ökonomischen, politischen und staatsphilosophischen Kontrast zwischen einem dirigistischen und protektionistischen Staatsgebilde auf der einen Seite und dem selbstregulierenden Freihandel auf der anderen.

Dieser Kontrast ist in vielerlei Hinsicht auch heute noch allgegenwärtig und gibt stets Anlass zu Grundsatzdebatten, die sich allesamt in dem gleichen, uralten Muster zu bewegen scheinen.

3. *Colbert, Dirigismus und merkantilistische Theorien; die antagonistischen Leitbilder des Freihandels und der Physiokratie; die politische und wirtschaftliche Rolle von Großunternehmen und die besonderen Merkmale französischer, niederländischer und englischer Unternehmungen*

Colbert Der neue Kurs – der Anspruch des Staates auf eine aktive und lenkende Rolle im nationalen und internationalen Handel – findet seinen größten Ausdruck in der Politik, die Frankreich unter der Führung Colberts verfolgte.

Colbert war lange Zeit der mächtigste und einflussreichste Minister des Sonnenkönigs, Ludwig XIV. Gemeinsam verfolgten sie das Ziel, Frankreich zum stärksten und glorreichsten Staat der Welt zu machen.

Zu diesem Zweck ergriff Colbert Maßnahmen zur Steuerung und Stärkung der französischen Wirtschaft, indem er verschiedene Anreize setzte und sie nach außen hin schützte.

An späterer Stelle wird auf ein spezifisches Regelungsregime für französische Unternehmen zurückzukommen sein, das von der einschneidenden Politik Colberts Zeugnis ablegt.

Dirigismus und
Protektionismus

Noch heute verbindet man mit dem Namen Colbert unmittelbar die Verschränkung von Dirigismus im Inland und Protektionismus gegenüber dem Ausland. Gemeint ist damit die funktionale Verbindung von

Steuerung des Binnenmarkts und Schutz der inländischen Produktion vor einem freien Wettbewerb mit ausländischen Waren (durch Zölle, Verbote oder sonstige Handelshemmnisse).

Auch wenn Colbert mit Dirigismus und Protektionismus lediglich das politische Ziel der *grandeur* verfolgte, beruhen sie unzweifelhaft auf einem gewichtigen theoretischen Fundament.

Die Kombination dieser beiden wirtschaftspolitischen Stellschrauben setzte die Grundprinzipien des Merkantilismus in die Praxis um. Colberts Aktionen entsprachen dem ökonomischen Zeitgeist, wonach sich die Verhängung von Einfuhrbarrieren (Zölle oder Tarife) und die Setzung von Ausfuhranreizen (Prämien oder Subventionen) positiv auf die Wirtschaft auswirken. Man war der Ansicht, ein ständiger Überschuss beim Warenaustausch mit dem Rest der Welt sei der sicherste und effektivste Weg zu unermesslichem Reichtum der gesamten Nation.

Merkantilismus

Diese einschneidende Wirtschaftspolitik der Merkantilisten traf jedoch nicht überall auf Zustimmung.

Ihre größten Gegenspieler waren die Physiokraten. Sie waren der Ansicht, dass der Reichtum einer Nation nicht durch den Schutz der eigenen Produkte vor ausländischer Konkurrenz, sondern allein durch eine prosperierende Agrarwirtschaft zu erreichen sei (wohlgemerkt, man befindet sich im vorindustriellen Zeitalter). Infolgedessen müsse die gesamtwirtschaftliche Entwicklung vor allem durch geeignete Maßnahmen zur Steigerung des landwirtschaftlichen Ertrags vorangetrieben werden. Daraus folgt der wesentliche Unterschied zum Merkantilismus: In einer Physiokratie sind staatlicher Dirigismus und Protektionismus eher kontraproduktiv, da beides zu höheren Kosten der landwirtschaftlichen Produktion und zur Verkleinerung der Absatzmärkte führen.

Physiokratie

Die Physiokratie lag der Handelspolitik Englands und der Niederlande zugrunde, die sich zum Freihandel bekannten. Frankreich und Spanien waren hingegen vom Merkantilismus geprägt und folgten den Geboten des Dirigismus und des Protektionismus.

Europäische
Trennlinien

Diese Trennlinie, die sich im 17. und 18. Jahrhundert herauskristallisierte, spiegelt sich in der rechtlichen Behandlung einer Institution wider, die eine zentrale Rolle für die wirtschaftliche und politische Entwicklung der folgenden Jahrhunderte spielen sollte. Gemeint sind die großen Kompagnien, deren bedeutendste Vertreter die Kolonialunternehmen waren. Sie verkörpern gleichsam den Urtypus des modernen multinationalen Großunternehmens.

Diese Kompagnien weisen viele gemeinsame Strukturmerkmale auf: (i) den öffentlich-rechtlichen Charakter der Konzession, deren Erteilung im reinen Ermessen des Souveräns stand; durch sie erlangte eine Gesellschaft das Privileg, als eine von den natürlichen Personen, die in sie in-

Kolonialunter-
nehmen

vestierten oder ihre Geschäftsführung übernahmen, rechtlich getrennte Einheit zu bestehen und in eigenem Namen zu handeln; (ii) die Handelbarkeit der von ihnen emittierten Wertpapiere, die für Ersterwerber und ihre Rechtsnachfolger Anteile des Kapitals verkörpern (und mit ihr die Entstehung eines Kapitalmarktes); (iii) die Begrenzung des Haftungsrisikos der Anleger auf den Umfang der ursprünglichen Investition; (iv) die Zuschreibung von konkreten Rechten und Pflichten einzelner Organe in Form einer konstitutiven Satzung, in der der zu verwirklichende Gesellschaftszweck festgesetzt und dadurch der Umfang der spezifischen Rechtsfähigkeit abgesteckt wurde.

All diesen Unternehmen war darüber hinaus eine wesentliche Eigenschaft gemein: Sie waren ein politisch gewolltes, öffentliches Konstrukt, das sich unter dem Mantel seiner nach außen hin erklärten, kommerziellen Zwecke verbarg.

Diese rechtliche Beschaffenheit der Handelsgesellschaften ermöglichte es, privates und öffentliches Kapital gleichermaßen in die Errichtung großer Fabriken fließen zu lassen, um strategisch die Produktion bestimmter Waren oder Dienstleistungen zu steuern; auf internationaler Ebene konnten sich die Staaten der großen Überseekompagnien bedienen, um die territoriale und politische Expansion in der neuen Welt voranzutreiben.

Diese Kompagnien gründeten nämlich nicht einfach nur Niederlassungen oder Faktoreien in Amerika oder Indien, um den Handel auszubauen. Vielmehr übten sie im Namen ihres Heimatstaates beziehungsweise der Krone zunehmend öffentliche Befugnisse aus, bauten Verwaltungs- und Justizapparate auf, prägten Geld und heuerten Militär an. Im Ergebnis mutierten sie dadurch zu einem Instrument, durch das der Staat, der ihnen diese Privilegien eingeräumt hatte, seine Kolonialmacht ausübte.

Französische
Unternehmen

Die vielen Verbindungslinien zwischen dem Rechtsrahmen und den politischen Zielen dieser Unternehmen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch Unterschiede im Gesellschaftsrecht der einzelnen Staaten gab. Sie sind auf die vorerwähnten ideologischen und sozioökonomischen Differenzen zwischen Staaten mit dirigistisch-protektionistischer Ausrichtung und den Freihandelsstaaten zurückzuführen.

Bei den französischen Unternehmen lag dementsprechend nicht nur die alleinige Befugnis zur Erteilung und zum Widerruf einer Konzession (als Eintrittskarte zur eigenen Rechtssubjektivität) beim Souverän. Das „*droit de regard*“ als umfassende Aufsichts- und Kontrollbefugnis ermöglichte es ihm darüber hinaus, die Geschäftsführung eines Unternehmens für politische Zwecke zu beeinflussen und zu kontrollieren. Dadurch war ein zumindest latent stets präsent und effektives Mittel zur Durchsetzung des Colbert'schen Dirigismus gegeben.