

Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien

Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*

Von RALF MICHAELS, Durham, N. C.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	867
II. Die unwichtige Frage nach der Wählbarkeit	869
1. Kollisionsrechtliche und materiellrechtliche Wählbarkeit	869
2. Aktuelle Praxis	870
3. Die Unvollständigkeit der PICC	872
III. Die wichtigere Frage nach der objektiven Autorität	874
1. PICC und US Restatement	874
2. Die objektive Anwendung der PICC	875
3. Funktionale und formale Rechtfertigung	877
IV. Kollisionsrechtliche Bedingungen	880
1. Traditionell-europäisches IPR	880
2. US-amerikanisches IPR	880
3. Statutenlehre und <i>ius commune</i>	883
V. Die PICC als Allgemeiner Teil des transnationalen Vertragsrechts	885
Summary: Rethinking the UNIDROIT Principles: From a law to be chosen by the parties towards a general part of transnational contract law	888

* Abgekürzt werden zitiert: *Michael Joachim Bonell*, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract³ (2005); *Olaf Meyer*, Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, Chancen und Wege für eine Internationalisierung der Rechtsanwendung (2007); *Sven Schilf*, Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut (2005); Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), hrsg. von *Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp* (2009) (zitiert: *Vogenauer/Kleinheisterkamp* [-Bearb.]). – Verweise auf *Vogenauer/Kleinheisterkamp* vermitteln Zugriff auf umfangreichere Nachweise. Nils Jansen, Stefan Vogenauer und Reinhard Zimmermann sei Dank für wertvolle Hinweise.

I. Einleitung

Nicht nur Jürgen Basedow hat 2009 einen runden Geburtstag, auch die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge feiern dieses Jahr. Zur Welt gekommen im Jahre 1994, sind sie nunmehr fünfzehn Jahre alt, also im besten Teenager-Alter. Der Beginn der Pubertät hat ihnen 2004 einen Wachstumsschub verschafft¹; ihr englischer Spitzname PICC verdrängt langsam ihren verständlichen Geburtsnamen; überhaupt bevorzugen sie die englische Sprache. Andererseits sind sie polyglott – es existieren offizielle Übersetzungen in bald zwanzig Sprachen² – und verachten wie alle Teenager die alte Generation dafür, im engen Rahmen ihres eigenen Landes zu verharren, während die ihnen vorwirft, die Tradition zu ignorieren und nicht in der Heimat verwurzelt zu sein. Zur Volljährigkeit sollen die PICC auch weitgehend vollständig werden; zur Zeit arbeitet man an Vorschriften zu »unwinding of failed contracts, illegality, plurality of obligors and of obligees, conditions, und termination of long-term contracts for just cause.«³

Ihre Eltern sind also zu Recht stolz auf die PICC und sagen das auch bei jeder Gelegenheit. Und dennoch: Bei allem Stolz dürften sie manchmal zweifeln, ob ihr Zögling sich so entwickelt wie erhofft. Auch wenn die Präambel der PICC eine ganze Fülle von Zwecken vorsieht, so scheint doch deren wichtigster, gemessen an der Anzahl der Stellungnahmen,⁴ der Erstgenannte zu sein: die Anwendbarkeit der PICC aufgrund Parteiwahl.⁵ Für diese Schwerpunktsetzung gibt es vielerlei Gründe. So hat man vor der Existenz der PICC gegen eine Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, insbesondere der sogenannten *lex mercatoria*, eingewandt, dessen Inhalt sei ganz unklar; die Formulierung der PICC kann insofern als Antwort auf diese Kritik angesehen werden.⁶ Wählbarkeit scheint weniger problematisch zu

¹ Hinzu gekommen sind Teile über *authority of agents, third party rights, set-off, assignment of rights, transfer of obligations and assignment of contracts*, und *limitation periods*. Siehe *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer)* Introd. Rz. 24–26.

² Siehe <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>.

³ UNIDROIT 2006 Study L – Doc. 99; *Bonell* 363–367; siehe auch <<http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm>>.

⁴ Das Schrifttum ist kaum noch überschaubar; für eine Auswahl von Stellungnahmen allein aus Europa siehe die Nachweise in *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 51 N. 118–119; hinzugekommen ist etwa *Eleanor Cashin Ritaine*, *Nouvelles tendances en droit des obligations, Quel droit s'applique?*: *Unif. L. Rev.* 13 (2008) 69–100.

⁵ Prämbel Abs. 2 lautet: »Sie [die PICC] sind anzuwenden, wenn die Parteien vereinbart haben, dass ihr Vertrag diesen Grundregeln unterliegt.«

⁶ Nachweise bei *Bonell* 208–209 N. 98. Freilich ist zweifelhaft, ob die PICC wirklich als Kodifikation der *lex mercatoria* angesehen werden kann (*Baron*, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?*: *Arb. Int.* 15 [1999] 115–130; kritisch *Vogenauer/Kleinheisterkamp [-Vogenauer]* Introd. Rz. 23) und ob nicht die Form der Kodifikation überhaupt der Idee einer *lex mercatoria* entgegenläuft (*Celia Wasserstein Fassberg*, *Lex Mercatoria, Hoist with its own Petard*: *Chi. J. Int. L.* 5 [2004] 67 [79–82]).

sein als die Behauptung anderweitiger Geltung – wenn schon die Parteien dafür sind, wer sollte dagegen sein? Man mag auch auf eine Anstoßwirkung gehofft haben: würden die PICC erst regelmäßig und effektiv gewählt, so könnten auch die anderen Zwecke besser erfüllt werden.⁷

Gemessen an diesem Zweck ist der Erfolg der PICC bescheiden, wie hier gezeigt werden soll. Das ist jedoch ein Scheitern der Perspektive, nicht der PICC. Es ist wie auch sonst mit Teenagern: hat man zu feste Vorstellungen für ihre Zukunft, übersieht man, dass ihre eigentlichen Talente anderswo liegen. In anderer Hinsicht sind nämlich die PICC wesentlich erfolgreicher und haben mehr Potential – nicht nur als Modell für die nationale und internationale Gesetzgebung,⁸ sondern insbesondere als Referenzpunkt in der Rechtsordnung, als objektives Recht. Das fällt weniger ins Auge, weil die PICC hier oft nicht angewandt, sondern nur in Bezug genommen werden, aber es stellt doch in der Praxis den Hauptanwendungsbereich der PICC dar. In erster Linie sind die PICC nicht eine wählbare Rechtsordnung, sondern etwas anderes, potentiell mindestens ebenso Wichtiges: der allgemeine Teil eines transnationalen Vertragsrechts aufgrund eines Rechtsverständnisses, das Basedow als postpositivistisch bezeichnet hat.⁹ Das soll im Folgenden entwickelt werden.

Die Fokussierung der Diskussion auf die Wählbarkeit der PICC führt fatal in die Irre, weil sie zu gleich drei Fehleinschätzungen der PICC führt.

Erstens sieht man die Anwendung der PICC als Folge ausgeübter Vertragsfreiheit und des Parteiwillens, während ihre Hauptfunktion richtig gesehen genau umgekehrt gerade darin liegt, einen Rahmen für die Ausübung von Vertragsfreiheit zu schaffen. Die Sicht als Wahlstatut ist gleichzeitig zu weit und zu eng. Sie ist zu weit, wenn man hofft, durch Wahl der PICC könnten zwingende Normen des staatlichen Rechts umgangen werden; dazu sind die PICC nicht geeignet, wie zu zeigen ist. Sie ist zu eng, wenn man meint, die spezielle Qualität der PICC – ihre Ausgeglichenheit, ihr hoher wissenschaftlicher Standard, ihre Akzeptanz durch offizielle Kreise – sei eine notwendige Voraussetzung für die Rechtswahl. Wählen kann man alles Mögliche – wenn man schon nichtnationales Recht wählen können soll, warum dann nicht auch Verbandsnormen, private und ungerechte Kodizes?¹⁰

⁷ So noch *Ralf Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation, Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien: *RabelsZ* 62 (1998) 580–626 (625).

⁸ Umfassend *Vogenaier/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 118–139; seitdem: *L'harmonisation du droit OHADA des contrats/The Harmonisation of Contract Law within OHADA, Actes du colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) 15–17 nov. 2007: Unif. L. Rev.* 13 (2008) 1–532; speziell zur deutschen Schuldrechtsmodernisierung *Meyer* 163–174.

⁹ *Jürgen Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht, *Der hybride Kodex: AcP* 200 (2000) 445–492 (457 f.) (zitiert: BGB).

¹⁰ Vgl. *Catherine Kessedjian*, Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal, in: *Japanese and European private international law in*

Zweitens werden die PICC als umfassende und autonome Rechtsordnung angesehen, während sie besser als notwendig und bewusst unvollständige Sammlung von Regelungen angesehen werden, die im Einzelnen ihre Berechtigung nachweisen müssen. Die Form der Kodifikation erzeugt Systematik, aber nicht Vollständigkeit.

Drittens wird bei der Frage der Wählbarkeit ignoriert, dass die PICC drei Funktionen kombinieren. In einer früheren Veröffentlichung habe ich diese als aktuell-deskriptiv, potentiell-präskriptiv und aktuell-präskriptiv bezeichnet.¹¹ Etwas anschaulicher kann man sprechen von der *Restatement-Funktion* (Beschreibung eines *common core*), der *Modellfunktion* (Vorbild für Gesetzgebung und Vertragsgestaltung) und der *Rechtsfunktion* (PICC als anwendbares Recht).¹² Überlässt man die Geltung der PICC der Partei-autonomie, so scheinen weder *Restatement-Funktion* noch *Modellfunktion* relevant – bei der Rechtswahl überprüft man ja auch sonst regelmäßig weder die inhaltliche Qualität des gewählten Rechts noch dessen Übereinstimmung mit anderen Rechtsordnungen, sondern nur das formale Kriterium staatlicher Gesetztheit. Bei nichtstaatlichem Recht, bei dem dieses Kriterium fehlt, sind nun indes alle drei Funktionen miteinander verbunden, und eine Analyse, die nicht alle Funktionen im Blick hat, muss unvollständig sein.

II. Die unwichtige Frage nach der Wählbarkeit

1. Kollisionsrechtliche und materielle Wählbarkeit

Ob die PICC mit kollisionsrechtlicher Wirkung gewählt werden können, bestimmt sich nicht aus ihrer Präambel, sondern nach dem jeweils anwendbaren Kollisionsrecht.¹³ Dazu ergibt die rechtsvergleichende Umschau, dass auch fünfzehn Jahre nach ihrer Entstehung die kollisionsrechtliche Wahl der PICC nach fast allen staatlichen Rechtsordnungen ausgeschlossen ist.¹⁴ Trotzdem besteht faktisch recht weitgehende Wählbarkeit. Erstens sind die PICC kollisionsrechtlich weithin in der Schiedsgerichtsbarkeit wählbar, insbesondere dort, wo die anwendbare Schiedsrechtsordnung die Wahl von »Rules of Law« anstelle eines bestimmten Rechts ermöglicht.¹⁵ Zweitens ist

comparative perspective, hrsg. von Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani (2008) 105–125 (116).

¹¹ Michaels (oben N. 7) 584–590.

¹² Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels) Preamble I Rz. 1, 3–8.

¹³ Michaels (oben N. 7) 591–610; Wulf-Henning Roth, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: FS Jayme I (2004) 757 (759 f.).

¹⁴ Überblick bei Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels) Preamble I Rz. 49–63.

¹⁵ Nachweise bei Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Scherer) Preamble II Rz. 3, 9 und passim.

nach wohl allen Vertragsrechten eine materielle Verweisung auf die PICC möglich, die ihre Regelungen in den Vertrag inkorporiert.¹⁶ (Eine dritte Möglichkeit, die Vereinbarung im Rahmen der Prozessautonomie, soll hier außer Betracht bleiben.¹⁷)

Tatsächlich ist der Unterschied zwischen materieller und kollisionsrechtlicher Wählbarkeit der PICC bei näherem Hinsehen gar nicht so entscheidend. So könnte man erwägen, bei bloß materiellrechtlicher Verweisung kämen die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Anwendung; das kann aber durch teleologische Reduktion verhindert werden.¹⁸ Auch könnten sich Unterschiede hinsichtlich der Auslegung ergeben je nachdem, ob man die PICC als Recht oder als Vertragsinhalt ansieht; das sollte aber praktisch keinen Unterschied machen.¹⁹ Den wichtigsten Unterschied sehen insbesondere wir Kollisionsrechtler in der Rolle zwingender Normen des nationalen Rechts, die bei kollisionsrechtlicher Verweisung unanwendbar bleiben, bei materiellrechtlicher Inkorporation dagegen die Vertragsfreiheit begrenzen.²⁰ Indes ist der praktische Unterschied gering.²¹ Sehr viele zwingende Normen gibt es im Bereich des allgemeinen Handelsvertragsrechts ohnehin nicht; wo es sie gibt, ist eine Tendenz dahingehend auszumachen, sie auch international zwingend auszugestalten.²²

2. Aktuelle Praxis

Das Hauptproblem ist also nicht fehlende Wählbarkeit, sondern fehlende Wahl. Der unüberschaubaren Masse wissenschaftlicher Stellungnahmen zur

¹⁶ So ausdrücklich etwa Rom-I-VO Erw. 13; UCC § 1–302 cmt. 2 (2001 Revision); anders als § 1–301 wurde § 1–302 nicht zurückgezogen; dazu *Symeon C. Symeonides, Contracts Subject to Non-State Norms: Am. J. Comp. L. (Suppl.)* 54 (2006) 209–231 (218–221).

¹⁷ Dazu *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 35.

¹⁸ *Claus-Wilhelm Canaris, Die Stellung der »UNIDROIT Principles« und der »Principles of European Contract Law« im System der Rechtsquellen*, in: *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, hrsg. von *Jürgen Basedow* (2000) 5 (21–26).

¹⁹ *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 39; *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer)* Art. 1.6 Rz. 3, vor Art. 4 Rz. 3; vgl. *Roth* (oben N. 13) 768.

²⁰ *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 41; *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 1.4 Rz. 4.

²¹ *Meyer* 88–89; weitere Nachweise bei *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 36.

²² Diese These kann hier nicht ausgearbeitet werden. Als Indiz möge die *Ingmar*-Entscheidung des EuGH dienen (EuGH 9. 11. 2000, Rs. C-381/98 [*Ingmar GB Ltd. ./. Eaton Leonard Technologies Inc.*], Slg. 2000, I-9305), die den gemeinschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters als international zwingend ausgestaltete, obwohl dessen Vorbildvorschriften des deutschen und französischen Rechts es nicht waren; vgl. *Ralf Michaels/Hans-Georg Kamann, Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts, »Amerikanisierung« des Gemeinschafts-IPR?: EWS 2001, 301–311 (304f.)*.

Wählbarkeit steht eine geradezu beschämend geringe Anzahl von Fällen entgegen, in denen diese Wählbarkeit genutzt wurde – jedenfalls dann, wenn man sich nicht auf anekdotische Schilderungen stützt, sondern auf veröffentlichte Entscheidungen.²³ Auf der quasi-offiziellen Datenbank unilex.info finden sich unter »Principles expressly chosen by the parties« gerade einmal drei staatliche Entscheidungen, von denen zwei die kollisionsrechtliche Wahl der PICC überhaupt nicht behandeln²⁴ und die dritte sie *obiter* ablehnt²⁵. Daneben stehen elf Schiedsgerichtsentscheidungen, von denen nur zwei eine exklusive Wahl der PICC vor Beginn des Schiedsverfahrens entweder im Vertrag²⁶ oder in den *terms of reference*²⁷ betreffen. In fünf weiteren Fällen wurden die PICC nur ergänzend zu anderen nationalen oder internationalen Texten gewählt.²⁸ Bei dreien davon und in vier weiteren Verfahren war kein oder staatliches Recht gewählt worden, und die Parteien einigten sich zu Beginn oder während des Verfahrens auf die Anwendbarkeit der PICC.²⁹ Die Wahl während des Verfahrens, im Zweifel auf Anregung des Schiedsrichters, ist indes praktisch kaum von dem Fall zu unterscheiden, in dem der Schiedsrichter selbst die PICC als anwendbares Recht bei fehlender Rechtswahl bestimmt und die Einigung der Parteien einholt.³⁰

²³ Ebenso *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Vogenaue)* Introd. Rz. 40; optimistischer etwa *Bonell* 268.

²⁴ – sondern die FIFA-Regeln; HG St. Gallen 12. 11. 2004 HG.2003.10., auszugsweise abgedruckt bei *Christa Rempfler*, FIFA Reglement als anationales materielles Recht?: *causa sport* 2004, 237–241; BG 20. 12. 2005, 4c. 1/2005, BGE 2005 III 285.

²⁵ Trib. Padova, Sez. di Este 11. 1. 2005, *Unilex* (Wahl der ICC rules); *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble Rz. 110 mit weiteren Nachweisen in N. 275.

²⁶ Centro de Arbitraje de México (CAM) 30. 11. 2006,

²⁷ ICC International Court of Arbitration, Paris, case no. 8331 (December 1996), *Clunet* 125 (1998) 1041 (teilweise) = *ICC Int. Court Arb. Bull.* 10 (1999) No. 2, S. 65; vgl. *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Scherer)* Preamble II Rz. 14.

²⁸ *Ad hoc Arbitration Paris* 21. 4. 1997 (ergänzend zu russischem Recht); *ICC International Court of Arbitration* no. 10114 (March 2000), *ICC Int. Court of Arb. Bull.* 12 (2001) No. 2, S. 100 (ergänzend zum chinesischen Recht); *Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry* 25. 1. 2002 und 31. 1. 2003 (Wahl neben englischem und Schweizer Recht); *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukrainian Chamber of Commerce and Trade* 22. 12. 2004, *Unilex* (Wahl neben CISG und *lex mercatoria*; angewandt wurde letztlich ukrainisches Recht). Vgl. *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Scherer)* Preamble II Rz. 10–13, 19.

²⁹ *Ad hoc Arbitration New York* (ohne Datum) *Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano* 1. 12. 1996; *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation* 20. 1. 1997; *Ad hoc Arbitration Paris* 21. 4. 1997 (vorige Note); *Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry* 25. 1. 2002 und 31. 1. 2003 (beide vorige Note); 17. 5. 2002, *Unilex*.

³⁰ Ähnlich *Emmanuel Jolivet*, *L'harmonisation du droit OHADA des contrats, L'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage*: *Unif. L. Rev.* 13 (2008) 127–152 (129). Zur Pflicht des Schiedsrichters, die Parteien über die Anwendung der PICC aufzuklären, *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Scherer)* Preamble II Rz. 29, 83.

Ähnliche Zahlen ergeben sich aus einer neuen Analyse von bislang nicht veröffentlichten Entscheidungen des Schiedsgerichtshofs der International Chamber of Commerce (ICC). Hier wurden die PICC in 54 Verfahren erwähnt, was 5,5% der Gesamtzahl entspricht.³¹ Dabei waren die PICC in acht Verfahren das vertraglich gewählte Recht, also etwa 0,8% der Gesamtzahl. Bedenkt man, dass die ICC den PICC traditionell freundlich gegenübersteht und in mehreren Symposia und Veröffentlichungen über sie informiert hat, so ist diese Zahl äußerst gering.

3. Die Unvollständigkeit der PICC

Warum nun werden die PICC in der Praxis offenbar so selten gewählt? Erstens sind die PICC in der Praxis immer noch recht weitgehend unbekannt.³² Zweitens bestand bislang Unsicherheit über ihre konkrete Auslegung im Einzelfall.³³ Drittens ist jede Abweichung von einem Standard in der Vertragspraxis, in diesem Falle der Wahl staatlichen Rechts, schwierig (man spricht in den USA von »sticky contract terms«).³⁴ Wer vorschlägt, die PICC zu wählen, muss diese Abweichung vom Standard der Wahl staatlichen Rechts rechtfertigen und, jedenfalls im ökonomischen Modell, einen Preis für die Abweichung zahlen. Wer als Anwalt ein Verfahren über einen Vertrag verliert, für den er die PICC vorgeschlagen hat, wird im Nachhinein seine Wahl der PICC gegenüber seinem Mandanten rechtfertigen müssen.

All diese Gründe könnten im Laufe der Zeit weniger wichtig werden. Der Hauptgrund ist indes fundamentaler Natur: Die PICC eignen sich einfach nicht als Objekt der Rechtswahl. Sie sind eine Kodifikation, keine Rechtsordnung; sie sind »rules of law«, nicht »law«. Selbst innerhalb des Vertragsrechts³⁵ sind die PICC in zwei wichtigen Aspekten unvollständig. Erstens fehlen Regeln zum besonderen Vertragsrecht; die PICC beschränken

³¹ *Jolivet* (vorige Note) 129. In elf dieser Verfahren wurde die Anwendung der PICC abgelehnt; *ibid.* 130.

³² Siehe den Bericht bei *Vogener/Kleinheisterkamp (-Vogener)* Introd. Rz. 41

³³ *Peter Mankowski*, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in: *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, hrsg. von *Stefan Leible* (2004) 63 (89–94).

³⁴ Vgl. *Steven J. Choi./G. Mitu Gulati*, Contract as Statute: *Mich. L. Rev.* 104 (1970/71) 1129–1173 (1157–1159); allgemeiner *Marcel Kahan/Michael Klausner*, Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or »The Economics of Boilerplate«): *Va. L. Rev.* 120 (1997) 713–770. Zur standardmäßigen Abwahl des CISG *Mathias Reimann*, *The CISG in the United States, Why It Has Been Neglected and Why Europeans Should Care*: *RabelsZ* 71 (2007) 115–129 (124–127).

³⁵ Nichtvertragsrechtliche Fragen sind ausdrücklich ausgeschlossen; so zur Geschäftsfähigkeit Art. 3.1(a) PICC; vgl. auch *Vogener/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 19–20. Anders der *Draft Common Frame of Reference* (2009) Bücher V–X.

sich, ebenso wie die Principles of European Contract Law (PECL) und anders als Buch IV des auf den PECL aufbauenden Draft Common Frame of Reference 2009 auf Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Zweitens enthalten die PICC Öffnungsklauseln für das staatliche Recht, insbesondere für zwingende Normen (Art. 1.4 PICC), daneben aber auch für Verstöße gegen Recht und gute Sitten (Art. 3.1(b)). Artikel 1.6 macht im Umkehrschluss deutlich, dass insofern staatliches Recht maßgebend ist.³⁶ Damit bleiben genau die staatlichen Regeln anwendbar, die die Rechtspraxis durch Rechtswahl gern überwinden will.

Diese Lücken sind natürlich bekannt, und man hat versucht, sie zu überwinden. So sollen etwa Regeln zu besonderen Verträgen per Analogie aus den allgemeinen Vorschriften der PICC³⁷ oder aus anderen nichtstaatlichen³⁸ oder jedenfalls supranationalen³⁹ Regeln hergeleitet werden. Zwingende staatliche Normen andererseits sollen teleologisch reduziert werden,⁴⁰ und durch ebenfalls dem System der PICC zu entnehmende zwingende Normen ersetzt werden.⁴¹ Viel Anklang haben diese Vorschläge bislang nicht gefunden, denn der Vorschlag der weit reichenden Analogiebildung läuft nicht nur der Idee der Kodifikation zuwider, sondern auch der bewusst gewählten Beschränkung ihres Inhalts. Nimmt man diese ernst, so können die PICC also selbst als Wahlstatut allenfalls ergänzende Funktion haben – ergänzend zum Vertragsinhalt, zu Regeln zu speziellen Verträgen (etwa die der CISG) und zu zwingenden Regeln staatlichen und internationalen Rechts.⁴² Eine solche Wahl bewirkt indes nicht viel; es kann nicht verwundern, dass sie nicht häufig erfolgt.⁴³

Bei Licht betrachtet, kann dieses Ergebnis nicht überraschen. Ein Hauptziel für die Formulierung der PICC war ja gerade, die angebliche Unsicher-

³⁶ Art. 1.6 PICC Official Comment 4; *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer)* Art. 1.6 Rz. 58–59.

³⁷ *Schilf* 268–273; recht weitgehend auch *David Oser*, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* (2008) 43f.; *Felix Dasser*, *Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht?*, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, FS Rey (2003) 203–216 (212–214); vgl. auch *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (-Michaels)* II/1 (2007) Systemfragen des Schuldrechts Rz. 59.

³⁸ *Oser* (vorige Note) 44–49.

³⁹ *Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund*, »Opting in« oder »Opting Out«?, *Anwendung der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in schiedsgerichtlichen Verfahren*, in: FS Schlechtriem (2003) 395–411 (404f.).

⁴⁰ *Jean-Paul Béraudo*, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in: FS Lagarde (2004) 93–112 (100–101); kritisch *Schilf* 133.

⁴¹ Ähnlich der Vorschlag, nichtstaatliches Recht müsse sich selbst konstitutionalisieren: *Gunther Teubner*, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*, in: FS Simitis (2001) 437–453; *Peer Zumbansen*, *Lex mercatoria*, *Zum Geltungsanspruch nichtstaatlichen Rechts*: *RabelsZ* 67 (2003) 637–682.

⁴² *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 45–48.

⁴³ Vgl. *Oser* (oben N. 37) 34–36.

heit des Kollisionsrechts zu überwinden.⁴⁴ So gesehen wollte man nicht der Vielzahl schon jetzt wählbarer Rechtsordnungen eine weitere hinzufügen, sondern vielmehr die Wahl einer solchen Rechtsordnung insgesamt überflüssig machen. Das Ziel der PICC ist nicht, die Zahl der Vertragsrechtsordnungen zu erhöhen (was für echte Rechtswahlfreiheit gut wäre), sondern vielmehr, die bestehenden Vertragsrechtsordnungen auf einen gemeinsamen Kern zusammenzuführen.

III. Die wichtigere Frage nach der objektiven Autorität

1. PICC und US Restatement

Man muss also neu ansetzen. Hier nun hilft der Blick auf die Ursprünge der PICC.⁴⁵ Ursprünglich verstehen sich die PICC ausdrücklich als Restatement in der Tradition des US-amerikanischen *Restatement of Law*.⁴⁶ Beim US Restatement wird nun aber die Frage nach ihrer Wählbarkeit nicht einmal gestellt.⁴⁷ Wenn es überhaupt anwendbar ist, dann nicht, weil Parteien es wählen, sondern weil Richter es für adäquat halten. Das bedeutet gleichzeitig, dass sie nicht anstelle des Rechts eines Bundesstaates anwendbar sind, sondern vielmehr im Rahmen dieses Rechts als eine Lösung, die dem staatlichen Recht nahekommt, oder dort, wo das staatliche Recht Lücken aufweist, eine überzeugende Antwort bereitstellen. Mit anderen Worten, die Rechtsfunktion des Restatement bemisst sich anhand seiner Restatement-Funktion im engeren Sinne (seiner Fähigkeit, geltendes Recht abzubilden) und seiner Modellfunktion (seiner inhaltlichen Qualität), nicht in Isolation davon. Und schließlich lässt sich diese Frage der Adäquanz nicht für das Restatement als Ganzes beantworten, sondern stellt sich für jede Vorschrift neu.

Bei der Erarbeitung des US Restatement werden diese beiden Funktionen – Restatement- und Modellfunktion – als Voraussetzungen der dritten, der Rechtsfunktion, ernst genommen.⁴⁸ Die Restatement-Funktion im engeren Sinne war beim US Restatement der ersten Generation nicht immer zu überprüfen, weil umfassende rechtsvergleichende Kommentierungen fehl-

⁴⁴ Bonell 13.

⁴⁵ Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer) Introd. Rz. 14ff.

⁴⁶ Bonell 9–11.

⁴⁷ Oser (oben N. 37) 14–16; vgl. auch Ralf Michaels, Restatements, in: Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (2009).

⁴⁸ Zur Arbeitsweise Joachim Zekoll, Das American Law Institute, Ein Vorbild für Europa?, in: Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts Teilbd. II: Nichtstaatliches Privatrecht, Geltung und Genese, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2009) 101–127 (109–111).

ten; das war ein Grund für dessen relativ geringen Erfolg und hat die Autoren späterer Generationen bewogen, solchen Kommentaren mehr Gewicht zukommen zu lassen. Dass die Autoren der PICC auf solche Kommentare verzichtet haben, erscheint in diesem Lichte als strategisch bedenklich.⁴⁹ Daneben hat das Restatement aber immer auch Modellfunktion übernommen und Regeln vorgeschlagen, die im einzelstaatlichen Recht noch nicht enthalten waren. Bei einigen Vorschriften war das erfolgreich, so insbesondere bei der Einführung der strikten Produkthaftung in § 402A des Restatement (2d) of Torts,⁵⁰ bei anderen nicht. Insgesamt ist der Einfluss des Restatement enorm: während es hinter anderslautenden Gesetzen oder Präzedenzfällen selbstverständlich zurücktritt, bestimmt es dort, wo diese fehlen, regelmäßig den Inhalt des Rechts.⁵¹

2. Die objektive Anwendung der PICC

Allerdings ist das US-Restatement nicht Objekt objektiver kollisionsrechtlicher Anknüpfung, und auch die PICC sind nach bestehenden IPR-Systemen nicht als objektives Vertragsstatut anwendbar. Eine solche Funktion hatte der Governing Council von UNIDROIT für die Ursprungsversion der PICC noch abgelehnt;⁵² erst für die PICC 2004 wurde sie nach Erfahrungen in der Schiedsgerichtsbarkeit hinzugefügt.⁵³ Nach staatlichem Kollisionsrecht ist die Anwendung als objektives Vertragsstatut ausgeschlossen.⁵⁴ Anders sieht es in der Schiedsgerichtsbarkeit dort aus, wo der Schiedsrichter nicht an die Anwendung staatlichen Kollisionsrechts gebunden ist, sondern *per voie directe* die anwendbaren Rechtsregeln bestimmen darf – jedenfalls dann, wenn im anwendbaren Schiedsrecht von »rules of law« die Rede ist und nicht, wie etwa in Art. 28(2) UNCITRAL Model Law, von »law«.⁵⁵

Freilich verweist »Rules of Law« schon darauf, dass die PICC als einzelne Regeln, nicht als Rechtsordnung zur Anwendung kommen. In der Tat zeigt die Praxis, dass selbst wenn Schiedsrichter die PICC als objektiv anwend-

⁴⁹ Jürgen Basedow, Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht, in: GS Lüderitz (2000) 1–24 (3–4) (zitiert: UNIDROIT-Prinzipien); Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Vögenauer) Introd. Rz. 23; die Entscheidung verteidigend Bonell 68; Meyer 80f.

⁵⁰ Zekoll (oben N. 48) 114–116, mittlerweile ersetzt durch Restatement (3d) Products Liability.

⁵¹ John P. Frank, The American Law Institute 1923–1998: Hofstra L. Rev. 26 (1998) 615–639 (638f.).

⁵² UNIDROIT 1993 – C. D. (72) 19, S. 22.

⁵³ Vgl. Bonell 200 N. 78 mit Verweis auf UNIDROIT 2003 – Study L – Misc. 25, paras. 604–609.

⁵⁴ Rechtsvergleichend Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels) Preamble I Rz. 68–81.

⁵⁵ Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Scherer) Preamble II Rz. 3, 26; vgl. Bonell 212–218.

bares Vertragsrecht bestimmen, diese Anwendung selten unter Ausschluss anderen Rechts erfolgt.⁵⁶ Gerade die Anwendung von »rules of law« in der Schiedsgerichtsbarkeit entspricht oft eher der Argumentation auf Grundlage von einzelnen Regeln verschiedener Herkunft als der echten Anwendung eines Rechts. Die PICC spielen eher die Rolle eines Hintergrundrechts, dessen Regeln einzeln herangezogen werden. Dogmatisch geht es also weniger um die Anwendung im Sinne von Abs. 2–4 der Präambel der PICC und mehr um die Auslegung und Ergänzung im Sinne von Abs. 5–6. Daher stellt sich auch das manchmal diskutierte Abgrenzungsproblem zwischen PICC und PECL nicht; diese sind nicht »zwei selbständige Regelwerke, die unverbunden nebeneinanderstehen«, sondern vielmehr zwei im Einzelnen voneinander abweichende Restatements desselben Normenbestands. Freilich ist die Abgrenzung zur Anwendung nicht immer klar zu ziehen,⁵⁷ und Legitimationsprobleme ergeben sich auch hier, wie zwei Beispiele zeigen sollen.

Ein Beispiel betrifft die Fortbildung nationalen Rechts. Nach der *exclusionary rule* des *common law* können vorvertragliche Verhandlungen nicht zur Auslegung von Verträgen herangezogen werden.⁵⁸ Diese Regel steht im Gegensatz zur Mehrheit anderer Rechtsordnungen; auch Art. 4.3(a) PICC bezieht vorvertragliche Verhandlungen ausdrücklich in die Reihe zur Vertragsauslegung heranzuziehender Umstände mit ein. Der neuseeländische Court of Appeal berief sich daher unter anderem auf Art. 4.3(a) PICC, um die *exclusionary rule* in Zweifel zu ziehen, erhielt sie aber letztlich aufrecht, um nicht vom Privy Council aufgehoben zu werden.⁵⁹ Der englische Court of Appeal dagegen lehnte wenig später die *exclusionary rule* ab, ebenfalls unter Rückgriff auf Art. 4.3(a) PICC.⁶⁰ Rechtentwicklungen sind nun im *common law* nicht ungewöhnlich; die Regel war schon zuvor unter Kritik geraten. Trotzdem ist die Rolle der PICC hier bemerkenswert. Geltendes Recht sind sie ja in England ebenso wenig wie die CISG, deren Art. 8.3 ebenfalls zur Rechtfertigung herangezogen wurde.

⁵⁶ Jolivet (oben N. 30) 136–138. Den Hinweis verdanke ich Matthias Scherer.

⁵⁷ Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Scherer) Preamble II Rz. 52 (einschränkend Rz. 57).

⁵⁸ Verbindlich formuliert in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] W.L.R. 896 (913) H.L.

⁵⁹ *Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Ltd.*, [2001] 1 NZLR 523, 548–49.

⁶⁰ *Proforce Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.*, [2006] EWCA Civ. 1690 [57] (obiter); *Square Mile Partnership Ltd. v. Fitzmaurice McCall Ltd.*, [2006] EWCA Civ. 1690 Rz. 61–63; im Ansatz auch *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2008] EWCA Civ. 183, dazu Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer) Art. 4.3 Rz. 6; Bruno Zeller, Uniformity of laws: a reality or just a myth?: Int. J. Priv. L. 2 (2009) 3–14 (11 f.); Axel Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht (2009) 276 f. Ob die *exclusionary rule* damit wirklich aufgehoben ist, ist zweifelhaft: *Great Hill Equity Partners II LP v. Novator One LP*, [2007] EWHC Comm. 1210; *Proforce Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.*, [2007] EWHC 1621 (QB) (89); *Chartbrook Ltd.* (diese Note).

Ein zweites Beispiel betrifft die Auslegung internationalen Rechts, und zwar die Bestimmung der Zinshöhe nach Art. 78 CISG, der insoweit keine Regelung trifft. Bislang meinte man mehrheitlich, zur Beantwortung der Frage müsse kollisionsrechtlich ein nationales Recht bestimmt werden.⁶¹ Neuerdings mehren sich nun die Stimmen, die hierfür die detaillierte Regelung des Art. 7.4.9 PICC heranziehen wollen.⁶² Die Begründung fällt allerdings nicht leicht. Von Seiten des CISG ist problematisch, dass die Frage ganz bewusst offengelassen wurde, nachdem sie beinahe die gesamten Verhandlungen zur CISG gesprengt hätte.⁶³ Von Seiten der PICC stellt sich die Frage, inwieweit die PICC als allgemeine Grundsätze, die dem CISG zugrunde liegen, angesehen werden können – insbesondere angesichts der Tatsache, dass die PICC jünger sind als die CISG. Handelsbräuche jedenfalls sind die PICC richtigerweise nicht.⁶⁴

3. Funktionale und formale Rechtfertigung

Zwei Dinge sollten deutlich sein. Erstens ist nicht nur die Rolle der PICC als anwendbares Recht rechtfertigungsbedürftig – auch die Heranziehung zur Auslegung und Rechtsfortbildung bedarf der Rechtfertigung.⁶⁵ Zweitens ist die Legitimation nicht isoliert mit der Frage nach dem Rechtscharakter der PICC – ihrer *Rechtsfunktion* im oben definierten Sinne – zu beantworten. Freilich sehen das viele in der Diskussion anders – sie meinen, wenn man nur gezeigt habe, dass die PICC »Recht« seien, so seien daraus auch Schlussfolgerungen für ihre Anwendbarkeit zu ziehen.⁶⁶ Das führt in die

⁶¹ Nachweise bei *Schlechtriem/Schwenzer (-Bacher)*, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)² (2005) Art. 74 Rz. 27. Kritisch *John Y. Gotanda*, When Recessions Create Windfalls, The Problems of Using Domestic Law to Fix Interest Rates under Article 78 CISG, in: GS *Schlechtriem* (2009) (im Erscheinen).

⁶² *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-McKendrick)* Art. 7.4.9 Rz. 1–3; *Urs Peter Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts (2004) 302–306; *John Y. Gotanda*, Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG, in: *Contract Damages, Domestic and International Perspectives*, hrsg. von *Djakhongir Saidov/Ralph Cunnington* (2008) 107–122. Die Relevanz der PICC für andere Konventionen wird weniger oft behandelt; siehe aber *Jürgen Basedow*, Die UNIDROIT-Prinzipien der Internationalen Handelsverträge und die Übereinkommen des einheitlichen Privatrechts, Eine theoretische Studie zur praktischen Anwendung des internationalen Transportrechts, besonders der CMR, in: *FS Drobnič* (1998) 19–38; *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 105–108.

⁶³ *Florian Faust*, Zinsen bei Zahlungsverzug: *RabelsZ* 68 (2004) 511–527 (515f.).

⁶⁴ *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 104 mit weiteren Nachweisen; *dies. (-Scherer)* Preamble II Rz. 21.

⁶⁵ Ablehnend etwa *Arbitral Award*, ICC case no. 9029, ICC Int. Court Arb. Bull. 10 (1999) No. 2, S. 88 (90).

⁶⁶ Insbesondere etwa *Schilf* 136 und *passim*; *Ulrike Teichert*, Lückenfüllung im CISG mittels UNIDROIT-Prinzipien, *Zugleich ein Beitrag zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts* (2007) 44–109. Beide wollen im Ergebnis einen funktionalen Rechtsbegriff an Stelle des

Irre. Kollisionsrechtsdogmatisch liegt die Antwort nicht in der Rechtstheorie, sondern in der Auslegung des Begriffs »Recht« in der jeweiligen Kollisionsnorm.⁶⁷ Rechtstheoretisch ist die Beweisführung zirkulär: die PICC sind Recht, weil sie die Rechtsfunktion erfüllen; die Rechtsfunktion indes können sie nur dann (durch Anwendung) erfüllen, wenn sie Recht sind. Das ähnelt den letztlich fruchtlosen Versuchen in der Diskussion zum Rechtspluralismus, eine objektive Definition für Recht zu finden, die auch nicht-staatliche Normen miteinbezieht.⁶⁸

Das bedeutet nicht, dass man durch einen positivistischen Rechtsbegriff daran gehindert wäre, die PICC als funktionsäquivalent zum staatlichen Recht einzuordnen und gegebenenfalls auf dieser Grundlage zu berücksichtigen. Nur ist die Frage nach dem Rechtscharakter falsch gestellt; die isolierte Betrachtung der Rechtsfunktion hilft nicht weiter. Helfen kann nur der Blick auf die beiden anderen Funktionen, die Restatement- und die Modellfunktion. Es geht nicht darum, aus diesen beiden Funktionen auf die Rechtsfunktion zu schließen (das wäre ein Fehlschluss)⁶⁹, sondern vielmehr darum, inwiefern die PICC aufgrund ihrer Restatement- und Modellfunktion dem Richter oder Schiedsrichter bei der Erfüllung seiner Aufgaben helfen können. Das ist anderswo für zahlreiche Fragen durchgeführt.⁷⁰ Hier soll die Anwendung auf die zwei oben erwähnten Beispiele genügen.

So spielt die *Restatement-Funktion* eine wichtige Rolle in der juristischen Argumentation, weil sie vermitteln kann, dass eine bestimmte nationale Lösung international eine Außenseiterrolle spielt. Das allein ist kein Grund, die nationale Lösung abzuschaffen, wohl aber, sie zu überdenken.⁷¹ Jedenfalls insoweit eine Rechtsordnung daran interessiert ist, im Einklang mit anderen zu stehen, spielt die Restatement-Funktion eine wertvolle informative Rolle. Zur Abschaffung der *exclusionary rule* in England brachte Lord Nicholls, auf dessen Chancery Bar Lecture sich der englische Court of Appeal ausdrücklich berief, genau dieses Argument.⁷² Noch wichtiger wird die

positivistischen stellen: Recht sei das, was die Funktion (staatliche) Recht erfüllt, also insbesondere Geeignetheit zur Streitschlichtung (*Schilf* 256) oder Friedens- und Gestaltungs-, Ausgleichs- und Gerechtigkeitsfunktion (*Teichert* [diese Note] 86–104). Meines Erachtens führt das zur Begriffsverwirrung, nicht zuletzt deshalb, weil Institutionen, die die gleiche Funktion erfüllen, damit zwar funktionsäquivalent sind, aber keinesfalls gleich: *Ralf Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *The Functional Method of Comparative Law*, hrsg. von *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (2006) 339–382 (371 f.).

⁶⁷ *Michaels* (oben N. 7) 593.

⁶⁸ Dazu *Ralf Michaels*, *Global Legal Pluralism: Annual Review of Law and the Social Sciences* 5 (2009) IV.A mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹ *Michaels* (oben N. 7) 590 f.

⁷⁰ *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I passim.

⁷¹ Zur Begründung mit dem Condorcet-Theorem *Eric A. Posner/Cass Sunstein*, *The Law of Other States*: *Stan. L. Rev.* 59 (2006) 131.

⁷² *Donald Nicholls*, *My Kingdom for a Horse, The Meaning of Words*: *L.Q.Rev.* 121 (2005) 577–591 (586).

Restatement-Funktion bei der Bestimmung allgemeiner Rechtsgrundsätze für die Auslegung des Einheitsrechts, insbesondere also etwa im Rahmen von Art. 7(2) CISG. Das gilt jedenfalls dann, wenn man unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht nur die in einer Konvention enthaltenen Prinzipien sieht, sondern auch den Vergleich der Rechtsordnungen der vertragsschließenden Staaten einbezieht.⁷³

Freilich ist die Restatement-Funktion gerade für die Frage der Zinshöhe im Rahmen von Art. 78 CISG nicht einschlägig, weil Art. 7.4.9 PICC schon mangels internationaler Übereinstimmung keine Restatement-Funktion hat. Hier lässt sich aber die Übernahme von Art. 7.4.9 zur Auslegung der PICC mit der *Modellfunktion* der Vorschrift begründen: Art. 7.4.9 kodifiziert ein Prinzip, das nicht nur aufgrund umfassender Rechtsvergleichung zustande gekommen ist, sondern auch auf wirtschaftlicher Interessenanalyse beruht. Anwendbar ist die Vorschrift also nicht deshalb, weil sie einen bestehenden Konsens ausdrückt, sondern vielmehr deshalb, weil sie den bestehenden Dissens bestmöglich überwindet.⁷⁴

Allerdings haben die PICC keinen Alleinanspruch auf entweder Restatement- oder Modellfunktion. Insbesondere das *common-core*-Projekt weist den bestehenden *common core* sehr viel genauer nach als die PICC; für die Modellfunktion stehen die PICC nicht automatisch über anderen wissenschaftlichen Äußerungen. Dass die PICC einflussreicher sind als beide, führt man oft auf die hohe Reputation der Mitglieder der *working group* und ihre Arbeitsmethode zurück. Wichtiger dürfte, wie schon bei den US-Restatements, eine andere Eigenschaft der PICC sein: ihre *Form* als Kodifikation.⁷⁵ In ihrer Regelform sind die PICC greifbarer als das *common-core*-Projekt und offizioser als wissenschaftliche Äußerungen; für ein formales Rechtsverständnis, wie es trotz aller Kritik weiter vorherrscht, sind sie allein dadurch schon besser geeignet. Dieser Vorteil hat indes Grenzen. Solange die Restatement- und Modellfunktion der PICC pauschal behauptet (und sogar miteinander vermengt) werden,⁷⁶ dürften die gelungenen Vorschriften der PICC weniger Erfolg haben als sie verdienen. Nötig ist die detaillierte Untersuchung jeder einzelnen Vorschrift daraufhin, inwieweit sie Restatement- und/oder Modellfunktion erfüllt.

⁷³ Metzger (oben N. 60) 29.

⁷⁴ Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels) Preamble I Rz. 102f.

⁷⁵ Ausführlich demnächst Nils Jansen, Non-Legislative Codifications and the Making of Legal Authority (im Erscheinen).

⁷⁶ Kritisch Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Vogenauer) Introd. Rz. 23

IV. Kollisionsrechtliche Bedingungen

Es geht also eher um Berücksichtigung und Referenz als um Anwendung als Recht. Freilich ist auch die Berücksichtigung einer Norm Ergebnis einer kollisionsrechtlichen Entscheidung im weiteren Sinne. Das macht eine kollisionsrechtliche Untersuchung der PICC als objektives Vertragsrecht lohnend.

1. Traditionell-europäisches IPR

Nach klassischem Internationalem Privatrecht ist die Anwendung der PICC in diesem Sinne vor staatlichen Gerichten, wie gesehen, nicht möglich. Das liegt an der dogmatischen Definition von anwendbarem »Recht« in den einschlägigen IPR-Regeln, aber nicht nur daran. Diese Dogmatik beruht auf einem Grundverständnis des IPR, wonach Kollisionsregeln auf Rechtsordnungen verweisen. In David Cavers' Terminologie ist das klassische IPR also *jurisdiction-selecting*, nicht *rule-selecting*.⁷⁷ Die PICC scheitern vor diesem IPR-Verständnis also nicht nur deshalb, weil sie nicht *staatlich* sind, sondern vor allem deshalb, weil sie keine *Rechtsordnung* sind. Allenfalls könnte man sie als »Sachnormen im IPR« in Bezug nehmen, wie es wohl Artt. 9(2)(2) und 10 der Interamerikanischen Konvention bezwecken⁷⁸ und wie es (wenig überzeugend) zu Art. 18 des Römischen Schuldvertragsübereinkommens vorgeschlagen wurde.⁷⁹

2. US-amerikanisches IPR

Die Anwendung der PICC als objektives Vertragsrecht ist also nur aufgrund eines anderen IPR-Verständnisses möglich, insbesondere eines solchen, das »*rule-selecting*« ist. Hierfür lohnt sich der Blick in die USA. Freilich wird in den USA die Anwendbarkeit der PICC als objektives Vertrags-

⁷⁷ *David Cavers*, A Critique of the Choice-of-Law Process: Harv. L. Rev. 47 (1933) 173–208; *Symeon C. Symeonides*, The American Choice-of-Law Revolution: Past, Presence and Future (2006) 394–404.

⁷⁸ Dazu *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 79–80; aus dem deutschen Schrifttum *Jürgen Samtleben*, Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf Schuldverträge anwendbare Recht: IPRax 1998, 385–394 (390); *Alexander Gebele*, Die Konvention von Mexiko, Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens (2002) 83–90; *Martin Nyota Lamm*, Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht (2000) 271–274 (bespr. von *Samtleben*, RabelsZ 67 [2007] 185); *Monica Monleón*, Das neue internationale Privatrecht von Venezuela (2008) 147.

⁷⁹ *Béraudo* (oben N. 40) 100–110; kritisch *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble I Rz. 73. In der Rom-I-VO existiert keine Parallelvorschrift.

recht, wenn sie überhaupt diskutiert wird, ganz weitgehend abgelehnt; lediglich Fritz Juenger war ihr emsiger (und letztlich erfolgloser) Verfechter.⁸⁰ Trotzdem bietet das US-amerikanische IPR, jedenfalls theoretisch, mehrere Möglichkeiten.⁸¹

(1) *Governmental Interest Analysis*. – Eine erste Einbruchsstelle ergibt sich in der *governmental interest analysis*, insbesondere im »no-interest«- oder »unprovided-for«-Fall, also dem Fall, in dem kein Staat an der Anwendung seines Rechts auf den Sachverhalt interessiert ist. Die *interest analysis* bietet keine klaren Kriterien für die Lösung dieses Falles, weil nach ihr die Anwendung eines Rechts erst durch das Interesse des rechtsetzenden Staates an seiner Anwendung ausgelöst wird.⁸² Brainerd Currie schlug die Anwendung des Forumsrechts als Residualrecht vor.⁸³ Andere Vorschläge laufen auf einen Stichentscheid zwischen den beteiligten Rechten hinaus, entweder aufgrund territorialer Anknüpfung oder aufgrund materieller Qualität des betreffenden Rechts.⁸⁴ Streng genommen gibt es indes mangels Interesses gar keine beteiligten Rechte, die einen solchen Stichentscheid ermöglichen. Hier hat nun Sedler vorgeschlagen, auf die gemeinsame *policy* aller Staaten abzustellen.⁸⁵ Einzelstaatliche Regeln, die davon abweichen, müssten als Ausnahmen zu dieser *common policy* angesehen werden, die mangels *governmental interest* nicht zur Anwendung kommen können. Zwar hat die amerikanische Rechtspraxis den Ansatz der *common policy* so nicht aufgenommen.⁸⁶ Judge Weinstein geht indes für das Deliktsrecht ähnliche Wege, wenn er in seiner Entscheidung *In re Agent Orange* ein »national consensus law« postuliert und auf ein Massendelikt anwendet.⁸⁷

Man hat dem Ansatz Sedlers entgegengehalten, eine solche *common policy*, ein »common core«, sei oft schwer zu bestimmen.⁸⁸ Hier könnte indes für

⁸⁰ Siehe aber jetzt auch *Erin O'Hara/Larry Ribstein*, *The Law Market* (2009) 32, 89.

⁸¹ Das Folgende basiert auf *Vogener/Kleinheisterkamp (-Michaels)* Preamble Rz. 75–78.

⁸² Vgl. *Aaron Twerski*, *Neumeier v. Kuehner – Where are the Emperor's Clothes?: Hofstra L. Rev.* 1 (1973) 104.

⁸³ *Brainerd Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963) 152–156, 184; *Erwin v. Thomas*, 264 Or. 454, P.2d 494 (1973).

⁸⁴ Fallanalyse bei *Symeonides* (oben N. 77) 178–184.

⁸⁵ *Robert Allen Sedler*, *Interstate Accidents and the Unprovided for Case*, *Reflections on Neumeier v. Kuehner: Hofstra L. Rev.* 1 (1973) 125–149 (138–139); *ders.*, *The Governmental Interest Approach to Choice of Law, An Analysis and a Reformulation: UCLA L. Rev.* 25 (1977) 181–243 (235–236).

⁸⁶ Vgl. immerhin *O'Connor v. U. S. Fencing Ass'n*, 260 F.Supp.2d 545, 566 (E.D.N.Y. 2003); siehe auch *Bernkrant v. Fowler*, 360 P.2d 906, 910 (Cal. 1961).

⁸⁷ *In re Agent Orange Products Liability Litigation*, 580 F.Supp. 690, 713 (E.D.N.Y.1984); vgl. auch *In re Simon II Litigation*, 211 F.R.D. 86, 176 (E.D.N.Y. Sept. 19, 2002) (Anwendung des Rechts von New York als national consensus law).

⁸⁸ Deshalb kritisch etwa *Russell J. Weintraub*, *Commentary on the Conflict of Laws*⁴ (2001) 407.

inneramerikanische Kollisionen das Restatement Contracts helfen, die PICC für internationale Rechtskollisionen.

(2) *Restatement (2d) Conflict of Laws*. – Die Anwendbarkeit der PICC kann auch nach dem Restatement (2d) Conflict of Laws begründet werden. Die Anwendung ist zwar bei wörtlicher Auslegung ausgeschlossen, weil § 188 des Restatement Conflict of Laws das Recht des Staates mit der engsten Verbindung bestimmt und die PICC nicht das Recht eines Staates sind.⁸⁹ Doch ist das Restatement kein Gesetz und erfordert daher keine wörtliche Auslegung, Tatsächlich finden sich unter den in § 6(2) für die Bestimmung des anwendbaren Rechts genannten Faktoren einige, die die Anwendung der PICC attraktiv erscheinen lassen.⁹⁰ So benennt lit. (e) mit den »basic policies underlying the particular field of law« ein Kriterium, das der »common policy« Sedlers sehr nahekommt. Die »needs of the interstate and international systems« (lit. a) sind genau das, was die PICC im Auge haben. Die PICC können unter Umständen auch den »justified expectations« (lit. d) entsprechen, sofern die Parteien nicht positiv mit der Anwendung eines bestimmten Rechts rechneten. In solchen Fällen drohte die Anwendung des einen oder anderen staatlichen Rechts arbiträr zu werden; die PICC könnten demgegenüber den Erwartungen jedenfalls dort besser entsprechen, wo sie aufgrund ihrer Restatement-Funktion einen *common core* aller Rechte darstellen. Schließlich erfüllen die PICC auch das in lit. f genannte Erfordernis der »uniformity of result«. »Certainty and predictability« (lit. f) und »ease in the determination and application of the relevant law« (lit. g) sind weniger problematisch, je mehr Erfahrung mit den PICC existiert.

Allerdings können alle diese Erwägungen im Grunde nur dort gelten, wo nicht *policies* der Staaten in Frage stehen (lit. b und c). Das entspricht nun aber genau dem hier vertretenen Verständnis der PICC, wonach diese den unpolitischen Teil des Vertragsrechts regeln wollen und politisch relevante Fragen über Art. 1.4 dem staatlichen Recht überlassen. Über das Restatement Second (Conflict of Laws) lässt sich also die teilweise Anwendbarkeit der PICC begründen.

⁸⁹ *Symeonides* (oben N. 16) 215–216.

⁹⁰ »(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

(a) the needs of the interstate and international systems,
 (b) the relevant policies of the forum,
 (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 (d) the protection of justified expectations,
 (e) the basic policies underlying the particular field of law,
 (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
 (g) ease in the determination and application of the law to be applied.«

(3) *Better Law Approach*. – Um die Modellfunktion der PICC geht es schließlich beim *better law approach*.⁹¹ In seiner ursprünglichen Formulierung wird das bessere der in Frage kommenden staatlichen Rechte gewählt; hier spielt nichtstaatliches Recht also keine Rolle. McDougal hat demgegenüber vorgeschlagen, der Richter sei im Kollisionsfall nicht auf die kollidierenden Rechtsordnungen beschränkt, vielmehr solle er selbst ein »best law« erzeugen.⁹² Zwischen beiden Extremen liegt der Vorschlag von Fritz Juenger, der Richter solle aus der Zusammenschau der beteiligten Rechte eine neue materielle Norm erzeugen.⁹³ Dieser Vorschlag kombiniert Restatement-Funktion und Modellfunktion; es ist daher kein Wunder, dass Juenger meinte, die Anwendung der PICC auf internationale Verträge sei mit seinem Ansatz besser zu vereinbaren als die Anwendung eines staatlichen Rechts.⁹⁴

3. Statutenlehre und *ius commune*

Ob die PICC in diesem Sinne nach US-amerikanischem IPR Anwendung finden können, ist spekulativ und für Zwecke dieses Beitrags auch zweitrangig. Wichtiger ist, welches Verständnis des transnationalen Rechts all diesen Argumenten zugrunde liegt. Postuliert wird letztlich, dass das Recht der Einzelstaaten nicht allumfassend ist. Vielmehr werden die Regelungen der Einzelstaaten als »Regelunginseln« angesehen, zwischen denen sich das Meer eines überstaatlichen Rechts ausdehnt. Ein solches Verständnis des Rechts existierte in der Tat einst in Form des *general common law*. In *Swift v. Tyson*⁹⁵ postulierte Justice Story, Bundesgerichte müssten zwar das Gesetzesrecht der Einzelstaaten anwenden; wo ein solches fehlte, seien sie dagegen nicht auf das *common law* der Einzelstaaten verwiesen, sondern könnten statt dessen eigene Regeln des *federal common law* anwenden. Dem lag der Gedanke zugrunde, das *common law* der Einzelstaaten sei nicht eigentlich staatliches Recht, sondern bloß einzelstaatlicher Ausdruck eines als transnational zu verstehenden Gemeinrechts.⁹⁶ Diese Entscheidung wurde nun im

⁹¹ Umfassend dazu *Margarethe Mühl*, Die Lehre vom »besseren« und »günstigeren« Recht im Internationalen Privatrecht (1982); zum Zusammenhang mit der ökonomischen Analyse des IPR *Ralf Michaels*, Economics of Law as Choice of Law: L. Contemp. Probl. 71 (2008) 73–105 (87–90).

⁹² *Luther McDougal III*, Towards the Application of the Best Rule of Law in Choice of Law Cases: Mercer L. Rev. 35 (1984) 483–533, nicht mehr in *ders.*, Leflar's Choice-Influencing Considerations: Revisited, Refined and Reaffirmed: Ark. L. Rev. 52 (1999) 105–121 (115–116).

⁹³ *Friedrich K. Juenger*, Choice of Law and Multistate Justice (1993) 236.

⁹⁴ *Friedrich K. Juenger*, The Problem with Private International Law, in: Private Law in the International Arena, hrsg. von *Jürgen Basedow u. a.* (1999) 189–309 (305 f.).

⁹⁵ 41 U.S. 1 (1842).

⁹⁶ Vgl. *Nils Jansen/Ralf Michaels*, Private Law and the State, Comparative Perceptions and

20. Jahrhundert mit *Erie Railroad. v. Tompkins* aufgegeben,⁹⁷ und Justice Holmes lehnte die Idee eines *common law*, das nicht im Staat verhaftet sei, als »omnibrooding presence in the sky« ab.⁹⁸ Noch heute münden fast alle der obengenannten Debatten zum US-amerikanischen IPR – die *common policy*, das *national consensus law*,⁹⁹ das *better law*¹⁰⁰ – in Debatten zum Verhältnis zwischen dem Recht der Einzelstaaten einerseits und dem *federal common law* andererseits. Trautmann schlug offen das *federal common law* als eine Antwort auf Rechtskollisionen vor, allerdings ausdrücklich beschränkt auf inneramerikanische Fragen.¹⁰¹ Justice Story hatte demgegenüber in *Swift v. Tyson* zur Begründung des *federal common law* auf ältere, auch transnationale Vorbilder zurückgegriffen, die für die Analyse der PICC relevant sind, insbesondere die *law merchant*. Hier ist der Bezug zu den PICC, die sich ja ebenfalls auf die *lex mercatoria* berufen, greifbar.

Dennoch ist die wenig greifbare und historisch zweifelhafte *lex mercatoria* ein schlechterer Vergleichsgegenstand als ein anderes historisches transnationales Recht, nämlich das *ius commune*.¹⁰² Wenn die PICC bisweilen auf das *ius commune* zurückgeführt werden,¹⁰³ wird dabei manchmal vergessen, dass die Zeit des *ius commune* keine Zeit einheitlichen nichtstaatlichen Rechts war, sondern dass vielmehr eine Vielzahl von Rechten aufeinandertraf.¹⁰⁴ Auch zur Zeit des *ius commune* gab es Kollisionsrecht, freilich in (wenigstens) zwei Dimensionen: horizontal (zwischen Städten) als Kollision zwischen Statuten (»Statutentheorie«), vertikal zwischen dem Regelungsanspruch der Städte und dem subsidiär, aber transnational geltenden *ius commune*.¹⁰⁵ Das *ius commune* war also überall dort anwendbar, wo kein Regelungsanspruch eines Staates stand, also im *no-interest*-Fall der *governmental-*

Historical Observations, in: *Beyond the State, Rethinking Private Law*, hrsg. von dens. (2008) 15–67 (56) (zitiert: *Private Law and the State*).

⁹⁷ 304 U.S. 64 (1938).

⁹⁸ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917), J. Holmes dissenting.

⁹⁹ *In re Agent Orange Products Liability Litigation* (oben N. 87).

¹⁰⁰ Stanley E. Cox, *Applying the Best Law*: Ark. L. Rev. 52 (1999) 9–34 (20).

¹⁰¹ Donald T. Trautman, *The Relation Between American Choice of Law and Federal Common Law*: L. Contemp. Probl. 41 (1977) 105–130.

¹⁰² Reinhard Zimmermann, *The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundations for a New, European Scholarship of Private Law*, in: *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law*, Symposium in Honour of Hein Kötz, hrsg. von Florian Faust/Gregor Thüsing (2006) 111; vgl. auch Basedow, BGB (oben N. 9) 461.

¹⁰³ Michael Joachim Bonell, *Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge*: RabelsZ 56 (1992) 274 (276); Baron (oben N. 6) 124; Schilf 237; kritisch Meyer 110f.

¹⁰⁴ Vgl. Jansen/Michaels, *Private Law and the State* (oben N. 96) 35–41 mit weiteren Nachweisen; ausführlich Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht, Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (2002).

¹⁰⁵ Vgl. Nikitas Hatzimihail, *Pre-Classical Conflict of Laws* (S.J.D. Thesis Harvard 2003) 222–226.

interest analysis (die ja ihrerseits oft mit der Statutentheorie verglichen wird). So gesehen, hat die Anwendung der PICC als objektives Vertragsrecht, inklusive der in seinem Art. 1.4 geregelten Subsidiarität gegenüber staatlichen Regelungsansprüchen, einen historischen Vorgänger.

Zwar ist die Statutentheorie mit dem Erstarben des Nationalstaats verschwunden. Der Rückgang des staatlichen Rechtsetzungsmonopols im Rahmen der Europäisierung führt aber für einige zu ihrem Wiedererstarken, insbesondere etwa in der Bestimmung des Anwendungsbereichs von Richtlinien,¹⁰⁶ aber auch für die Anwendbarkeit einzelstaatlichen Rechts. Wenn in diesem Sinne tatsächlich eine neue Statutentheorie das klassische Savignysche IPR ersetzen oder zumindest überlagern sollte (eventuell zusammen mit der ebenfalls für überwunden gehaltenen Theorie wohlervorbener Rechte)¹⁰⁷, so legt die historische Erfahrung nahe, dass auch ein *ius commune* wieder seinen Platz finden könnte, freilich nunmehr in der kodifizierten Form der PICC (oder vielleicht der PECL).

V. Die PICC als Allgemeiner Teil des transnationalen Vertragsrechts

Damit zeigt sich, dass die PICC eine weit größere, aber auch spannendere Herausforderung für das traditionelle Rechtsverständnis darstellen, als man gemeinhin annimmt. Traditionell versteht man die PICC als Rechtsordnung, die mit anderen, insbesondere staatlichen Rechtsordnungen im Wettbewerb steht. Im Rahmen dieser recht sterilen Debatte weisen Befürworter oft darauf hin, die PICC seien internationaler, näher an den Interessen des Handels und frei vom Einfluss der Politik; Gegner verweisen pauschal auf die Notwendigkeit demokratischer Legitimation.

Übersehen wird dabei nicht nur, dass einerseits die PICC sich inhaltlich gar nicht so sehr von staatlichem Vertragsrecht unterscheiden (was ja auch ihrer Restatement-Funktion entgegenliefe),¹⁰⁸ andererseits die Notwendigkeit demokratischer Legitimation jedenfalls für nichtregulatorische Fragen des Privatrechts weder normativ noch empirisch offensichtlich ist.¹⁰⁹ Vor

¹⁰⁶ *Christian Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza (2001) 10; *Katrin Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht (2004) 316; vgl. auch *Wolfgang Wiegand/Marcel Brühlhart*, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft (1999) 11–12.

¹⁰⁷ *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law?, Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory: *J. Priv. Int. L.* 2 (2006) 195–242 (241 N. 195).

¹⁰⁸ Vergleich mit dem deutschen Recht bei *Basedow*, Die UNIDROIT-Prinzipien (oben N. 49).

¹⁰⁹ Normativ *Jan Smits*, European Private Law and Democracy, A Misunderstood Relationship, in: *Essays in Law and Economics of Regulation*, FS Ogus (2008) 49–59; empirisch *Jansen/Michaels*, Private Law and the State (oben N. 96) 50–52; *dies.*, Private Law Beyond the

allem geht bei dieser Einordnung der PICC als Rechtsordnung verloren, dass die PICC wie gesehen weder eine Rechtsordnung sind, noch wirklich eine solche sein wollen. Sowohl der Verzicht auf Regeln zu konkreten Verträgen als auch der Verweis auf staatliches Recht für zwingende Normen, die oben erwähnt wurden, erfolgten ganz bewusst.

Der Verzicht bedeutet keine Schwächung, sondern eine Stärkung der PICC; er dürfte für ihre Akzeptanz erforderlich sein. Besonderes Vertragsrecht ist bereits in vielen Staatsverträgen geregelt, gegenüber denen die PICC notwendig nachrangig sein müssten. Die PICC wollen und können diese nur ergänzen, nicht ersetzen. Wichtiger noch: Ein apolitisches Vertragsrecht, wie es die Autoren der PICC im Sinn haben, kann ohne demokratische Legitimation (die bei den PICC unbestritten fehlt) nur dann legitim sein, wenn es alle diejenigen Fragen, die der demokratischen Legitimation bedürfen, auf demokratisch legitimierte Entscheidungsträger externalisiert, insbesondere also auf Staaten.¹¹⁰

Tatsächlich sind Internationalität und Wirtschaftsfreundlichkeit des Privatrechts einerseits, Notwendigkeit demokratischer Legitimation für regulatorische Entscheidungen andererseits – jedenfalls teilweise – inkommensurabel: sie betreffen unterschiedliche Bereiche des Rechts, die man etwas ungenau als Privatrecht (im engeren Sinne) und öffentliches Recht (im weiteren Sinne) bezeichnen kann.¹¹¹ Das ideale Verhältnis zwischen PICC und staatlichem Recht ist also kein Alternativverhältnis, sondern vielmehr ein Verhältnis funktionaler Abgrenzung. Die PICC übernehmen die wissenschaftlich und praktisch erarbeitete Systematisierung des Rechts aufgrund weitgehend unpolitischer Wertungen. Sie können damit die staatliche (und zwischenstaatliche) Gesetzgebung so entlasten, dass diese sich auf ihre Kernkompetenz und –aufgabe konzentrieren kann: die Vorgabe von Wertungen im regulatorischen Recht, die auf politischer Bewertung und Abwägung beruhen und daher demokratischer Legitimation bedürfen.

Eine solche funktionale Abgrenzung ist nichts Neues. Sie existiert bereits im Nationalstaat – im englischen Recht zwischen Richterrecht und Gesetz, in kontinentalen Rechtsordnungen zwischen Kodifikation und Einzelgesetz. Freilich ist hier die Abgrenzung oft unscharf und auch praktisch irrelevant, weil sowohl Kodifikation und Einzelgesetz innerhalb derselben Rechtsordnung existieren und daher weitgehend austauschbar sind. Insofern ist es relativ unproblematisch, den PICC eine ähnliche Rolle im Internationalen Vertragsrecht zuzugestehen, wie das häufiger vorgeschlagen wird.

State?, *Europeanization, Globalization, Privatization*, in: *Private Law and the State* (oben N. 96) 69–118 (108f.); a. A. *Florian Rödl*, *Law Beyond the Democratic Order?*, *On the Legitimacy Problem of Private Law »Beyond the State«*; ebd. 323–347.

¹¹⁰ Vgl. *Ralf Michaels*, *The True Lex Mercatoria*, *Law Beyond the State*: *Ind. J. Global Leg. Stud.* 14 (2007) 447–468 (467f.).

¹¹¹ Siehe *Michaels/Jansen*, *Private Law Beyond the State?* (oben N. 109) 73–78.

Transnationales Vertragsrecht, also die Summe der auf internationale Verträge anwendbaren Normen, umfasst aber auch nationales Recht, und auch hier spielen die PICC, wie gesehen, eine ähnliche Rolle. Hier ist das Verhältnis komplizierter, weil die regulatorischen Entscheidungen weitgehend im Nationalstaat entstehen, das allgemeine Schuldrecht der PICC dagegen privat und transnational erzeugt wird. Auch das ist allerdings nichts Neues – es entspricht, wie gesehen, dem Verhältnis von *ius commune* und Statuten, zwischen *general common law* und einzelstaatlichen *statutes*.

Damit wird nun ein entscheidender Schritt des Rechtsrealismus teilweise zurückgenommen, nämlich die Ablehnung des Rechts als »omnibrooding presence in the sky«, verbunden mit der Forderung, alles Recht auf einen Gesetzgeber zurückzuführen. Diese Ansicht, dass alles Recht öffentlich ist und damit im Staat verhaftet sein muss, war freilich immer schon nur im staatlichen Rahmen überzeugend. Im transnationalen Rahmen lässt sie sich umdrehen: Alles staatliche Recht ist öffentliches Recht – damit ist das Privatrecht notwendig transnational. Weder die Trennung zwischen öffentlichem und Privatrecht, noch die zwischen internationalem und nationalem Recht werden also negiert, aber die Differenzierungen werden neu gesetzt: das transnationale Recht ist das private, das staatliche und zwischenstaatliche Recht ist öffentlich.¹¹²

Die PICC sind also richtig verstanden nicht bloß der Allgemeine Teil des *supranationalen* Vertragsrechts, das separat vom staatlichen Vertragsrecht gedacht werden muss. Ihr Potential ist vielmehr – weitergehend – das eines allgemeinen *transnationalen* Vertragsrechts. Als solches ergänzt es nicht nur die Regeln zum besonderen Vertragsrecht, die sich in Staatsverträgen finden, sondern auch diejenigen im nationalen Recht. Es hilft, diese Regeln zu systematisieren, tritt aber hinter regulatorischen und demokratisch legitimierte Vorschriften zurück.

In einem so weit verstandenen transnationalen Vertragsrecht, das nationale, internationale und anationale Normen verbinden kann, können die PICC also ihrer Natur gemäß eine weit wichtigere Rolle spielen als als bloßes Wahlstatut. Das setzt einiges voraus, das hier nicht diskutiert wurde: die Möglichkeit unpolitischer, technischer Regelungen im Privatrecht;¹¹³ die Möglichkeit scharfer Abgrenzung dieser Regelungen vom regulatorischen Recht; das effektive Zusammenwirken zwischen nationalem, internationalem und nichtnationalem Recht. Wenn es uns gelingt, die PICC in diesem Sinne umzudenken und auf ihre Eignung für ein solches transnationales Vertragsrecht hin zu überprüfen, ist aber ein großer Schritt getan.

¹¹² Michaels/Jansen, *Private Law Beyond the State?* (oben N. 109) 99 f.

¹¹³ Kritisch *Duncan Kennedy*, *The Political Stakes in »Merely Technical« Issues of Contract Law*: *Eur. Rev. Priv. L.* (2001) 7–28.

Summary

RETHINKING THE UNIDROIT PRINCIPLES:

FROM A LAW TO BE CHOSEN BY THE PARTIES TOWARDS A GENERAL PART
OF TRANSNATIONAL CONTRACT LAW

1. The most talked-about purpose of the UNIDROIT Principles of International and Commercial Contracts (PICC) is their applicability as the law chosen by the parties. However, focusing on this purpose in isolation is erroneous. The PICC are not a good candidate for a chosen law – they are conceived not as a result of the exercise of freedom of contract, but instead as a framework to enable such exercise. Their real potential is to serve as objective law – as the general part of transnational contract law.

2. This is obvious in practice. Actually, choice of the PICC is widely possible. National courts accept their incorporation into the contract; arbitrators frequently accept their choice as applicable law. However, in practice, the PICC are rarely chosen. The most important reason is that they are incomplete. They contain no rules on specific contracts. Further, they refer to national law for mandatory rules and for standards of illegality and immorality. This makes their choice unattractive.

3. The nature of the PICC is much closer to that of the U.S. Restatement of the law. The U.S. Restatement becomes applicable not through party choice but rather as an articulation of background law. Actually, this describes the way in which the PICC are typically used in practice.

4. This use as background law cannot be justified with an asserted legal nature of the PICC (their »law function«). Rather, the use is justified insofar as they fulfill two other functions: the »restatement function« (PICC as description of a common core of legal rules) and the »model function« (PICC as model for a superior law).

5. From a choice-of-law perspective, such use cannot be justified under traditional European choice of law, which designates legal orders, not incomplete codifications, as applicable.

6. By contrast, application could be justified under U.S. choice of law. Under the governmental interest analysis, the PICC could be applicable to situations in which no state is interested in the application of its own law. Their international character qualifies the PICC for the Restatement (2d) Conflict of laws. Finally, for the better-law theory, according to which the substantive quality of a law is a criterion for choice of law, the PICC are a candidate insofar as they perform a model function.

7. In result, the PICC are comparable to general common law or the *ius commune*, within which regulatory rules of national, supranational and international origin act like islands.

8. Altogether, this results in a complex picture of transnational contract law, which combines national, international and non-national rules. The PICC can be no more, but no less, than a general part of this contract law.

