

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. (Univ. of Virginia), Saarbrücken

A. Das Ziel: Verwirklichung der International Rule of Law im postnationalen Zeitalter

1. Die International Rule of Law, d.h. die effektive Herrschaft des Rechts über hoheitliche und private Macht jedweder Art im internationalen Raum, stellt eine große zivilisatorische Herausforderung und einen Grundwert der Vereinten Nationen dar. Sie gilt es herzustellen, zu bewahren und effektiv durchzusetzen. Zur dauerhaften Überwindung von Anarchie, Gewalt, Willkür und Ungerechtigkeit kann „Recht“ aber nur beitragen, wenn es selbst hinreichend legitim und mit höherrangigem Recht vereinbar ist.
2. Im postnationalen Zeitalter ist die Staatlichkeit u.a. infolge der Globalisierung „zerfasert“: Die Staaten haben ihr Herrschaftsmonopol aufgegeben und Funktionen teils an überstaatliche Hoheitsträger, teils an gesellschaftliche Akteure abgegeben. Durch die Internationalisierung und Privatisierung von Staatsfunktionen hat sich die klassische Völkerrechtsordnung mit Rechtsetzungsmonopol der Staaten zu einer internationalen Normenordnung mit erheblichen nichtstaatlichen Elementen fortentwickelt, zu der die internationalen Standards gehören. Auch diese können (und müssen) als Mittel zum Zweck der International Rule of Law eingesetzt werden.

B. Die empirische Diagnose: Wachsende Bedeutung von Standards in der internationalen Normenordnung

3. Für die Zwecke dieses Beitrags sind Standards ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung und ihren Inhalt abstrakt-generelle Regeln, die von einer dazu befugten Stelle gleich welcher Art ungeachtet des Erlassverfahrens und des Adressatenkreises festgelegt werden. International sind die aus einer überstaatlichen Quelle hoheitlichen, privaten oder hybriden Charakters stammenden Standards. Internationale Standards gehören insgesamt zum internationalen Soft Law, da sie allesamt ähnliche „weiche“ verhaltenssteuernde Wirkungen entfalten. Keine internationalen Standards im Sinne des hier verwendeten Begriffs bilden hingegen Normen des völkerrechtlichen Hard Law im Sinne der Trias von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut.
4. „Hybridisierung“ von Regeln ist ein deskriptiver und kein normativer Begriff. Er bezeichnet die Bildung von Synthesen aus traditionell getrennten Regelkategorien. Vorkommen können Synthesen zwischen Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards, zwischen hoheitlichen (heteronomen) und privaten (autonomen) Regeln und zwischen internationalen oder supranationalen (externen) und nationalen (internen) Regeln. Vorstellbar sind aber auch Hybride zwischen mehr als zwei Regelkategorien (z.B. zwischen [supra-] nationalen Hard-Law-Normen und internationalen Soft-Law-Standards).
5. a) Echte Hybridnormen oder -standards liegen nur vor, wenn dieselbe Rechtsnorm oder derselbe Standard gleichzeitig mehreren voneinander unabhängigen und gleichberechtigten Urhebern unterschiedlicher Kategorien zurechenbar ist, die sie/ihn gemeinsam (kooperativ) hervorgebracht haben (z.B. der UN Global Compact). Das geschieht selten.

b) Ein einzelner Recht-/Standardsetzer als Zurechnungsendpunkt kann nur unechte Hybridnormen/-standards hervorbringen. Sie entstehen, wenn personale oder inhaltliche Einflüsse aus anderen Kategorien in seinen Recht-/Standardsetzungsprozess eingehen (z.B. bei ILO-Normen oder -Standards) oder wenn ein Recht-/Standardsetzer die Rechtsnormen/Standards eines anderen in Bezug nimmt (z.B. die Rezeption von Codex-Alimentarius-Standards durch WTO-Normen).

6. In der internationalen Normenordnung entfalten (neben den klassischen harten Völkerrechtsnormen) vielfältige staatliche und nichtstaatliche hoheitliche, private und hybride Soft-Law-Standards wachsende praktische und rechtliche Relevanz, etwa im Bereich des Menschenrechtsschutzes (z.B. UN-Standards und ILO-Standards), der Unternehmensverantwortlichkeit (z.B. OECD-Standards), der Lebensmittelsicherheit (Codex-Alimentarius-Standards), der technischen Normung (z.B. ISO-Standards), der Finanzmarktregulierung (z.B. Standards des Baseler Ausschusses), des Umweltschutzes (z.B. Standards der Rio-Konferenz), der Kultur (UNESCO-Standards), der Privatrechtsharmonisierung (z.B. Modellgesetze von UNIDROIT), des transnationalen Handelsrechts (Lex Mercatoria) und des transnationalen Sportrechts (Lex Sportiva).

7. Die International Rule of Law als gemeinsame Aufgabe staatlicher und nichtstaatlicher Akteure kann von der internationalen Normenordnung nur mit ihren beiden, harten und weichen, Komponenten effektiv verwirklicht werden: Weiche Standards ergänzen dabei harte Normen im Hinblick auf Regelungsdichte und Steuerungskraft, weiche Implementierungsmechanismen harte Durchsetzungsinstrumente. Besonders deutlich wird dies bei der Realisierung der sozialen und ökologischen Verantwortung multinationaler Unternehmen einschließlich der privaten Militär- und Sicherheitsunternehmen.

C. Die juristische Evaluation: Völkerrechtliche Einordnung der internationalen Standards

8. a) Soft-Law-Standards sind als solche nicht völkerrechtlich verbindlich, gehen aber mit Hard-Law-Normen in einem Verrechtlichungsprozess Synthesen ein. Diese führen zur mehr oder weniger engen Annäherung der Soft-Law-Standards an das völkerrechtliche Hard Law („Aushärtung“) im Sinne einer relativen Normativität (unechte Hybridität) mit gleitenden Übergängen, falls ein Standard eine solche nicht ausschließt (z.B. ISO 26000:2010).

b) Diese Verrechtlichung wird zwar gesteuert von Staaten oder staatlich ermächtigten Stellen (wie internationalen Gerichten oder Schiedsgerichten), doch ist die klare Identifikation und Zurechnung einer Verrechtlichungsentscheidung oft nicht möglich, um eine völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für bestimmte Standards feststellen zu können.

9. Sechs vertyppte Stufen der „Aushärtung“ von Soft-Law-Standards mit abnehmendem Verrechtlichungsgrad können identifiziert werden: Ihre direkte oder indirekte (im Sinne einer Legalitätsvermutung zugunsten standardgemäßen Verhaltens wie in Art. 3.2 SPS erfolgende) Rezeption durch Hard-Law-Normen; außerdem die durch Soft-Law-Standards erfolgende deklaratorische Wiedergabe von Hard-Law-Normen, Beeinflussung der Interpretation von Hard-Law-Normen, Konkretisierung und Ergänzung von Hard-Law-Normen, Ingangsetzung eines Prozesses der Bildung von neuen Hard-Law-Normen und Erzeugung von faktischem Befolungsdruck. Hinzu tritt

als Aliud die freiwillige vertragliche Übernahme von Standards durch Private, die sie rechtlich verbindlich macht.

10. Die in diesen sich häufenden Phänomenen zum Ausdruck kommende heutige Annäherung von Soft-Law-Standards an Hard-Law-Normen führt zur Annahme einer relativen – im Gegensatz zur klassischen absoluten – Normativität. Relative Normativität steht für ein Kontinuum von mehr oder weniger verbindlichen Regeln vom Nicht-Recht bis zum Jus Cogens anstelle der traditionellen kategorialen Unterscheidung zwischen Hard Law (d.h. Recht) und Soft Law (d.h. Nicht-Recht).

11. Rechtlich relevant kann auch ein Verrechtlichungsdefizit sein, wie es etwa in Bezug auf den Cyberspace und die soziale und ökologische Verantwortung multinationaler Unternehmen besteht, soweit eine völkerrechtliche Pflicht zur Setzung von Hard Law (z.B. als Ausfluss der menschenrechtlichen Schutzpflicht) nachweisbar ist. Für ein solches Defizit können aber in der Regel nicht bestimmte Staaten völkerrechtlich verantwortlich gemacht werden, sondern nur die internationale Staatengemeinschaft insgesamt.

D. Die hoheitliche Verantwortung: Gewährleistung der Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit der Standards

12. Die Staaten spielen immer noch eine zentrale Rolle bei der internationalen Regelbildung. Die Setzung des völkerrechtlichen Hard Law monopolisieren sie weiterhin. Für nichtstaatliche hoheitliche, private und hybride Soft-Law-Standards, die zumindest einen erheblichen faktischen Befolgungsdruck auf ihre staatlichen oder nichtstaatlichen Adressaten ausüben (determinative Standards), tragen sie eine völkerrechtliche Gewährleistungsverantwortung. Zu gewährleisten sind die Legitimität dieser Standards und ihre Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Menschenrechten sowie ggf. weiteren Völkerrechtsregeln (Legalität). Je stärker der von den Standards ausgehende Befolgungsdruck (d.h. je höher ihr Verrechtlichungsgrad), desto höher auch der Grad der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für ihre Legitimität und Legalität.

13. Nach dem heutigen völkerrechtlichen Acquis ist Träger der Gewährleistungsverantwortung letztlich die internationale Staatengemeinschaft, d.h. die Gesamtheit der gleichberechtigt zur Mitwirkung an der konsensualen Fortentwicklung des Völkerrechts berufenen souveränen Staaten. Den einzelnen Staaten oder Staatenverbindungen obliegt das ihrer Einflussmöglichkeit auf die Völkerrechtsentwicklung entsprechende Maß an Mitverantwortung. Ggf. können sie berechtigt und sogar verpflichtet sein, ihre Gewährleistungsverantwortung zumindest vorübergehend durch Alleingänge zu erfüllen.

14. Die Legitimitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung findet ihre völkerrechtliche Grundlage im Selbstbestimmungsrecht der Völker, die Legalitätskomponente in den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit für zurechenbare Völkerrechtsverstöße, in der menschenrechtlichen Schutzpflicht sowie ggf. weiteren spezifischen völkerrechtlichen Handlungspflichten. Die Legitimitätsproblematik wird in der Standardsetzungspraxis zunehmend ernst genommen, die Legalitätsproblematik bisher noch zu wenig.

15. Ihre Gewährleistungsverantwortung hindert die Staaten weder an einer Übertragung von Regelungsbefugnissen auf internationale oder supranationale Organisationen noch an einer Privatisierung der Standardsetzung. Denn einerseits hat eine möglichst

gut organisierte internationale Gemeinschaft größere Problemlösungskapazitäten und vermag auch die International Rule of Law verlässlicher zu sichern als einzelne Staaten je für sich. Andererseits verbessert die Mobilisierung von privatem Wissen und Engagement die Regulierungsqualität und -effektivität. Ein Mehr an gesellschaftlicher Autonomie aufgrund von Privatisierungen entspricht auch dem Freiheitsgedanken und stärkt die menschenrechtliche Komponente der International Rule of Law.

16. Der Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts besteht in Verbindung mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten in der effektiven Möglichkeit eines jeden staatlich organisierten Volkes, über seine demokratisch legitimierte Regierung gleichberechtigten Einfluss zu nehmen auf den Inhalt der internationalen Normenordnung, die seinen politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Entscheidungen, die es in Ausübung seines Selbstbestimmungsrecht trifft, im Weltgemeininteresse harte oder weiche Schranken auferlegt. Daher muss die internationale Normenordnung nach dem derzeitigen Stand der Völkerrechtsentwicklung auch dort der kollektiven Kontrolle der Staatengemeinschaft unterworfen bleiben, wo die Standardsetzung auf internationale Organisationen oder Privatpersonen delegiert oder diesen überlassen wird.

17. a) Zur Begründung der Legitimität internationaler Standards kann abgestellt werden auf den Staatenkonsens und damit die demokratische Legitimation seitens der Staatsvölker; auf die unmittelbare Beteiligung der Adressaten, sonstigen Stakeholders und der Zivilgesellschaft an der Standardsetzung; auf den vorbereitenden umfassenden Diskurs; auf die Angemessenheit des Verfahrens sowohl für den Erlass als auch für die Anwendung der Standards; auf die besondere (wissenschaftliche) Expertise der Standardsetzer; schließlich auf die menschenrechtsgeschützte Privatautonomie der Personen, die sich diesen Standards freiwillig unterwerfen. Alle diese Ansätze arbeiten wichtige Aspekte heraus, die in – ggf. unterschiedlichen – Kombinationen eine gute Legitimationsgrundlage bilden können.

b) Allerdings muss die demokratische Letztverantwortung der internationalen Staatengemeinschaft im Interesse des Selbstbestimmungsrechts auf absehbare Zeit gewahrt werden. Die anderen Legitimationsfaktoren sind daher nur ergänzend zu berücksichtigen; sie können Schwächen der demokratischen Legitimität von Standards innerhalb bestimmter Grenzen ausgleichen.

18. An dieser staatengemeinschaftlichen Letztverantwortung für die internationale Normenordnung ist so lange festzuhalten, bis diese in ferner (vielleicht utopischer) Zukunft durch einen direkt – ohne Zwischenschaltung von Staaten – vom Selbstbestimmungsrecht der Völker getragenen internationalen oder supranationalen Hoheitsträger übernommen werden kann. Schon heute muss freilich hingearbeitet werden auf die Verwirklichung einer zusätzlichen demokratischen Legitimitätskomponente in Gestalt einer neben die Staaten tretenden direkten Vertretung der Völker auf der internationalen Ebene, insbesondere der Weltebene. Allmählich würde dann das demokratische Legitimationsmonopol der Staaten durch ein EU-ähnliches duales System abgelöst werden, in dem die Staaten und die direkt repräsentierten Völker gemeinsam die internationale Rechtsetzung legitimieren.

19. Zu gewährleisten ist die personale, prozedurale und inhaltliche Legitimität der Standards. Ein Mindermaß bei der Verwirklichung eines dieser Kriterien kann durch ein höheres Maß bei einem anderen aufgewogen werden. Entscheidend ist, dass die Gesamtbeurteilung ein insgesamt hinreichendes Legitimitätsniveau ergibt.

20. Die personale Legitimität der Standards beruht primär auf der demokratischen Mandatierung der Standardsetzer durch die Staatsvölker, sekundär auf der besonderen Expertise der Standardsetzer oder der selbstregulierenden (autonomen) unmittelbaren Standardsetzung durch die Adressaten. Die prozedurale Legitimität knüpft an die Transparenz, Inklusivität und Qualität des Standardsetzungsverfahrens. Die inhaltliche Legitimität als wichtigste Komponente hängt von der materiellen Richtigkeit und Situationsangemessenheit („Gerechtigkeit“) der gesetzten Standards ab.

21. Legitimitätsdefizite des ursprünglichen Standards können durch eine ihrerseits legitime Verrechtlichungsentscheidung nachträglich ausgeglichen werden. Während personale oder prozedurale Legitimitätsdefizite eines Standards durch eine selbst personal und prozedural legitime Verrechtlichungsentscheidung ohne weiteres irrelevant werden, schlagen dessen inhaltliche Defizite durch, falls die Hard-Law-Norm keinen neuen gerechteren Interessenausgleich vornimmt. Je nach der Herkunft eines Soft-Law-Standards kann mehr oder weniger Anlass zur inhaltlichen Prüfung und ggf. Modifikation vor seiner Aufnahme in das Hard Law bestehen.

22. a) Die Legalitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung verlangt nur in den folgenden beiden Fällen ein uneingeschränktes Einstehen der Staaten für die Völkerrechtmäßigkeit von Standards: Wenn die Standardsetzung als solche oder deren Verrechtlichung ihnen nach Maßgabe der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Staatenverantwortlichkeit zurechenbar ist oder ein Umgehungsfall im Sinne von Art. 61 der ILC-Artikel über die Verantwortlichkeit internationaler Organisationen von 2011 vorliegt.

b) Im Anwendungsbereich der menschenrechtlichen Schutzpflicht gibt es hingegen keine volle Staatenverantwortlichkeit für jedwede Menschenrechtsverletzung nichtstaatlicher Standardsetzer. Anderenfalls würde den Staaten die Delegation oder Überlassung der Standardsetzung an selbstständig entscheidende überstaatliche Hoheitsträger (Internationalisierung mit dem einhergehenden Effektivitätszuwachs) oder an Private (Privatisierung mit dem einhergehenden Zuwachs an Privatautonomie) übermäßig erschwert, was nicht im Interesse einer Weltordnung auf der Grundlage der International Rule of Law liegt. Vielmehr genügen Staaten ihrer menschenrechtlichen Schutzpflicht bereits dann, wenn sie ausreichende Vorsorge dafür treffen, dass die Menschenrechte auch gegenüber einer nichtstaatlichen Standardsetzung zur Geltung kommen. Diese Vorsorgepflicht ist in Privatisierungsfällen wohl weniger streng als in Internationalisierungsfällen, weil erstere mit einem Zuwachs an Freiheit einhergehen.

E. Der Weg: Durch relative Normativität zur kooperativen Verwirklichung der International Rule of Law

23. Die relative Normativität, die Soft-Law-Standards im Verrechtlichungsprozess gewinnen, transformiert diese zu einem wesentlichen Faktor bei der Verwirklichung der International Rule of Law. Die relative Normativität begründet für die Völkerrechtsordnung keine Gefahr, sondern eine Chance verbunden mit der Aufgabe für die internationale Staatengemeinschaft, die Legitimität und Legalität der Standards kontinuierlich zu gewährleisten.

24. Nur durch einen Primat der Politik auf nationaler und internationaler Ebene kann sichergestellt werden, dass die Ausübung delegierter oder überlassener Standardsetzungs- und -durchsetzungsmacht auf Dauer den inhaltlichen Anforderungen an „ge-

rechte“ Regulierung genügt und nicht allein der Durchsetzung von Partikularinteressen mächtiger Akteure dient. Ein solcher Primat der Politik ist elementarer Bestandteil von „Good Governance“ auf beiden Ebenen.

25. Die Staaten bleiben angesichts ihrer Gewährleistungsfunktion zentrale Bestandteile aller Mehrebenensysteme des Regierens, teilen sich die internationale Herrschaft indessen mit anderen internationalen Akteuren hoheitlichen und privaten Charakters. Gemeinsam arbeiten sie auf die International Rule of Law zu, doch liegt die Letztverantwortung bei der internationalen Staatengemeinschaft, solange ein hinreichend demokratisch legitimierter überstaatlicher Hoheitsträger nicht besteht. Zwar sind Bemühungen der Staaten unverkennbar, ihrer Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden, doch ist ihnen dies bisher nicht vollständig gelungen.