

Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Internationales Recht

Band 47

34. Tagung in Gießen
11. bis 14. März 2015

Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt

Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht

Herausgegeben von

Nina Dethloff, Georg Nolte, August Reinisch

Referate und Thesen von

Andreas von Arnould, Bettina Heiderhoff, Josef Drexl,
Stefanie Schmahl, Matthias Ruffert, Oliver Remien,
Ursula Kriebaum, Christian J. Tams

mit Diskussion

with English Summaries
of the Reports



C.F. Müller

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

ISBN 978-3-8114-4254-2

E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Telefon: +49 89 2183 7923

Telefax: +49 89 2183 7620

www.cfmueller.de

www.cfmueller-campus.de

© 2016 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Gottemeyer, Rot

Druck: CPI Clausen & Bosse, Leck

Vorwort

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht führte ihre 34. Zweijahrestagung vom 11.-14. März 2015 in Gießen durch. Institutionelle Gastgeberin war die Justus-Liebig-Universität Gießen, persönlicher Gastgeber unser Kollege Thilo Marauhn.

Seit der Kölner Tagung 2011 werden auf den Tagungen der Gesellschaft zwei Generalthemen behandelt, d.h. ein Thema zu einem aktuellen besonderen Problemkomplex sowie ein stärker übergreifendes Thema. Der Rat der Gesellschaft hatte sich diesmal für die Themen „Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt“ sowie „Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht“ entschieden.

Im Rahmen des ersten Generalthemas haben Andreas von Arnould und Bettina Heiderhoff über den transnationalen Schutz der Privatsphäre aus völkerrechtlicher bzw. international privatrechtlicher Sicht referiert. Josef Drexl sprach danach über die Regulierung der Cyberwelt aus dem Blickwinkel des internationalen Wirtschaftsrechts, Stefanie Schmahl aus völkerrechtlicher Perspektive über Cybersecurity.

Über die Funktion der Wissenschaft bei der Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht als zweitem Generalthema sprachen zunächst Matthias Ruffert und Oliver Remien komplementär aus völkerrechtlicher bzw. international privatrechtlicher Sicht. Ursula Kriebaum referierte dann über Restatements, Christian Tams über die Identifikation von Völkergewohnheitsrecht.

Auf der Gießener Tagung wurde nicht nur wissenschaftlich verhandelt, sondern auch lehrpolitisch debattiert. Den Anstoß dazu hatten die Kollegen Stephan Hobe und Thilo Marauhn gegeben, die seit der Kölner Tagung eine Arbeitsgruppe der Gesellschaft zur Ausbildung im internationalen Recht in den deutschsprachigen Ländern leiten. Zwischenergebnisse ihrer Arbeit hatten sie bereits auf der Mitgliederversammlung bei der Luzerner Tagung 2013 vorgestellt. In Gießen konnte dann eine Podiumsdiskussion unter der Überschrift „Internationalisierung der Juristenausbildung und Relevanz des internationalen Rechts“ Thema veranstaltet werden. Sie ist auch im vorliegenden Band dokumentiert.

Die Gießener Tagung wurde allgemein als besonders gelungen gelobt. Die Grundlage hierfür hat das Engagement der Gastgeber gelegt, also in erster Linie das persönlichen Engagement von Thilo Marauhn und seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Sie haben auch für ein wunderbares Rahmenprogramm gesorgt. Hierfür ist die Gesellschaft sehr dankbar. Dankbar ist die Gesellschaft aber auch der Universität Gießen, insbesondere ihrem Präsidenten, Herrn Kollegen Joybrato Mukherjee.

Bonn, Berlin und Wien, im Oktober 2015

*Nina Dethloff, Georg Nolte
und August Reinisch*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	
<i>von Nina Dethloff, Georg Nolte und August Reinisch</i>	V
<i>Andreas von Arnould</i>	
Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt: Transnationaler Schutz der Privatsphäre aus Sicht des Völkerrechts	1
Thesen	27
Summary	31
<i>Bettina Heiderhoff</i>	
Transnationaler Schutz der Privatsphäre im internationalen Privatrecht	35
Thesen	69
Summary	71
Diskussion zu den Referaten von Arnould und Heiderhoff	73
<i>Josef Drexl</i>	
Regulierung der Cyberwelt – Aus dem Blickwinkel des internationalen Wirtschaftsrechts	95
Thesen	146
Summary	153
<i>Stefanie Schmahl</i>	
Cybersecurity	159
Thesen	186
Summary	191
Diskussion zu den Referaten Drexl und Schmahl	197
<i>Matthias Ruffert</i>	
Zwischen Quelle und Gericht: Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation des Völkerrechts	213
Thesen	236
Summary	238
<i>Oliver Remien</i>	
Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation des Internationalen Privat- und Handelsrechts	241
Thesen	267
Summary	271
Diskussion zu den Referaten Ruffert und Remien	275

<i>Ursula Kriebaum</i>	
Restatements	295
Thesen	317
Summary	320
 <i>Christian J. Tams</i>	
Die Identifikation des Völkergewohnheitsrechts	323
Thesen	365
Summary	368
 Diskussion zu den Referaten Kriebaum und Tams	373
 Podiumsdiskussion: Internationalisierung der Juristenausbildung und Relevanz des internationalen Rechts	391
 Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V. ...	413

Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt: Transnationaler Schutz der Privatsphäre aus Sicht des Völkerrechts

Von Prof. Dr. Andreas von Arnould, Kiel*

- I. Die Cyberwelt im Wandel der Paradigmen
 - II. Bedrohungen der Privatsphäre im Internet
 - 1. „Sleepwalking into a surveillance society?“
 - 2. Herausforderungen an einen Schutz der Privatsphäre im Netz
 - a) Ubiquitäre Kommunikation
 - b) Stellung privater Kommunikationsintermediäre
 - c) Technische Formatierung („Codierung“) der Kommunikation
 - III. Mögliche Ansatzpunkte für einen Schutz der Privatsphäre im Internet
 - 1. Ausgangspunkt: ein globales Recht auf eine digitale Privatsphäre
 - a) Eine realistische Utopie
 - b) Extraterritoriale Bindungen
 - c) Keine Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit
 - 2. Konkretisierungen: mögliche Regulierungsansätze
 - a) Negative Pflichten: die Pflicht zur Achtung der digitalen Privatsphäre
 - b) Positive Pflichten: die Pflicht zum Schutz der digitalen Privatsphäre
 - aa) Gegenüber ausländischer Hoheitsgewalt
 - bb) Gegenüber privaten Akteuren
 - (1) Ansätze für einen Normbildungsprozess
 - (2) Inhalte möglicher Datenschutzbestimmungen
 - (3) Extraterritoriale Wirkungen nationaler Datenschutzbestimmungen
 - c) Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs
 - IV. Auf dem Weg zu einem transnationalen Regime des Privatsphärenschutzes
- Thesen
Summary

I. Die Cyberwelt im Wandel der Paradigmen

Die Cyberwelt hat unsere Fantasie im Griff. Sie fordert das Verständnis von Raum und Zeit in fundamentaler Weise heraus.¹ Weit mehr, als nur ein globales Kommunikationsnetzwerk zu sein, liegt die Faszination des Internet als „Cyberspace“ in der Imagination eines virtuellen Raumes, der von den Grenzen der physischen Welt befreit ist.²

* Für ihre Unterstützung bei der Recherche und für wichtige Anregungen danke ich meiner Mitarbeiterin *Sinthiou Buszewski*.

1 *Oreste Pollicino/Marco Bassini*, The law of the Internet between globalisation and localisation, in: Miguel Maduro/Kaarlo Tuori/Suvi Sankari (Hrsg.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge 2014, S. 346-380 (346).

2 Plastisch *Don Slater*, Social Relationships and Identity Online and Offline, in: Leah A. Lievrouw/Sonia Livingstone (Hrsg.), *Handbook of New Media: Social Shaping and Consequences of ICTs*, London 2002, S. 533-546 (535): „Cyberspace‘ captures the sense of a social setting that exists purely within a space of representation and communication – software, the network – and therefore does not map clearly onto offline spaces. [...] It exists entirely within a computer space, distributed across increasingly complex and fluid networks.“

In der seit gut 20 Jahren intensiv geführten Debatte über ein angemessenes Rechtsregime³ spiegelt sich das jeweils vorherrschende Bild vom Internet. In einer ersten Phase überwog die libertäre Vorstellung von einem staatsfreien Raum unbegrenzter Möglichkeiten.⁴ Das Internet sollte frei sein von Reglementierung und Bevormundung, um als Raum der globalen Entfaltung individueller Freiheit dienen zu können. Solche Visionen wichen bald der ernüchternden Einsicht, dass sich hinter dem Dogma der Freiheit reale Machtstrukturen verbergen.⁵ Man mag hier eine Parallele zur Freiheit der Meere ziehen, wie sie Egon Friedell bissig als Instrument der ökonomischen Dominanz Hollands im 17. Jahrhundert kritisierte:⁶

„Unter Handelsfreiheit verstanden [die Holländer] [...] nur Freiheit für sich selbst, das heißt: rücksichtslos ausgenütztes Monopol. So war es auch gemeint, wenn Grotius in seinem berühmten völkerrechtlichen Werk ‚Mare liberum‘ ausführte, [...] das Meer entziehe sich seiner Natur nach überhaupt jeder Besitzergreifung, es sei das Eigentum aller. Da das Meer sich aber tatsächlich im Besitz der Holländer befand, so war diese liberale Philosophie nichts als eine heuchlerische Maskierung ihres wirtschaftlichen Terrorismus.“

Dieser Argumentation nicht unähnlich, vermuten manche hinter der Präferenz der USA für ein informelles, privat-freiheitliches Ordnungsmodell⁷ den kaum verborgenen Versuch, die ökonomische und technische Dominanz von US-Unternehmen im Cyberspace zu sichern.⁸

In einer zweiten Phase gerät das Internet als Medium globaler Entwicklung in den Blick.⁹ Um Schiefagen zwischen Nord und Süd beim Zugang zum Internet zu beseitigen, gilt es zunächst den „digitalen Graben“ zu schließen.¹⁰ Paradigmatisch hierfür steht der Genfer Weltgipfel zur Informationsgesellschaft (*World Summit on the Information Society*) vom Dezember 2003.¹¹ Zieht man erneut zum Vergleich das Seerecht

3 Dazu im Überblick *Scott J. Shackelford/Amanda N. Craig*, Beyond the New „Digital Divide“: Analyzing the Evolving Role of National Governments in Internet Governance and Enhancing Cybersecurity, *Stanford Journal of International Law* 50 (2014), S. 119-184 (124 ff.).

4 *Antony Taubman*, International Governance and the Internet, in: Lilian Edwards/Charlotte Waelde (Hrsg.), *Law and the Internet*, 3. Aufl. Oxford/Portland 2009, S. 3-44 (11). Pathetisch *John Perry Barlow*, A Cyberspace Independence Declaration (1996), <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, die mit den Worten eröffnet: „Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.“

5 Präzise Analyse am Maßstab des Hegemoniebegriffs *Gramscis* bei *Jochen von Bernstorff*, Democratic Global Internet Regulation? Governance Networks, International Law and the Shadow of Hegemony, *European Law Journal* 9 (2003), S. 511-526.

6 *Egon Friedell*, *Kulturgeschichte der Neuzeit*, München 1928, S. 441 f.

7 *Taubman* (Fn. 4), S. 6 f.

8 Allgemein zur zeitgenössischen US-amerikanischen Präferenz für informelle und fluide Ordnungsmodelle *Martti Koskeniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2001, S. 488 ff. Speziell zur Ordnung des Internet von *Bernstorff* (Fn. 5), S. 525 f. Vgl. auch *Franz C. Mayer*, Völkerrecht und Cyberspace: Entgrenztes Recht und entgrenzte Medien, in: Udo Thiedeke (Hrsg.), *Soziologie des Cyberspace: Medien, Strukturen und Semantiken*, Wiesbaden 2004, S. 491-521 (512): „indirekte[r], weil privatrechtlich organisierte[r] amerikanische[r] Unilateralismus“.

9 *Taubman* (Fn. 4), S. 11.

10 Näher *Julia Lehmann*, Die Überwindung des digitalen Grabens, *Archiv des Völkerrechts (AVR)* 47 (2009), S. 399-410.

11 Vgl. die Prinzipienklärung vom 12.12.2003, WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, §§ 10-11: „10. We are [...] fully aware that the benefits of the information technology revolution are today unevenly distributed between the developed and developing countries and within societies. We are fully committed to turning this digital divide into a digital opportunity for all, particularly for those who risk being left behind

heran, spiegelt sich hier wie im Zeitraffer die Entwicklung von dem Konzept der *res communis omnium* zu einem *common heritage of mankind*. Es kommt nicht von ungefähr, dass auch für das Internet diskutiert wurde, es als gemeinsames Erbe der Menschheit zu verfassen und im Interesse intra- wie intergenerationeller Gerechtigkeit multilateraler Regulierung zu unterwerfen.¹²

Beide Bilder des Cyberspace – als Raum der Freiheit und als Raum der Entwicklung – prägen noch heute die Diskussion; deren Fokus scheint sich jedoch inzwischen abermals verschoben zu haben: Ein neues Paradigma hat in den letzten Jahren eine dritte Phase der Debatte über die Verfassung des Internet eingeläutet. Wenn heute über die rechtliche Ordnung des Internet debattiert wird, geht es immer auch um Sicherheit, um die Abwehr möglicher Gefahren. Zahlreiche Publikationen und Workshops zu *Cybersecurity*, zu *Cyber-crime* und *Cyber-attacks* belegen diese neuerliche Verlagerung des Fokus.¹³

II. Bedrohungen der Privatsphäre im Internet

1. „Sleepwalking into a surveillance society?“

Einer „besorgten“ Perspektive auf das Internet ist auch dieser Vortrag verpflichtet. Die Enthüllungen *Edward Snowdens* haben die umfassenden Überwachungsprogramme der US-amerikanischen NSA und des britischen GCHQ ans Licht befördert.¹⁴ Auch wenn schon längst niemand mehr wirklich an die Anonymität der Internetkommunikation geglaubt hat – das Ausmaß der Überwachung der internationalen Datenströme dürfte schlimmste Befürchtungen übertroffen haben. Die Aktivitäten reichen vom umfassenden Scannen praktisch der gesamten Netzkommunikation über die Entschlüsselung codierter Botschaften bis hin zu Online-Durchsuchungen mit Hilfe von Spionage-Programmen (*spyware*).¹⁵ Ende 2014 wurde gemeldet, der Bundesnachrichtendienst plane, sog. *Zero Day Exploits* zu kaufen, um besser in fremde Rechner ein-

and being further marginalized. 11. We are committed to realizing our common vision of the Information Society for ourselves and for future generations. [...]“

12 Vgl. etwa *Henry H. Perrit Jr.*, The Internet is Changing the Public International Legal System, *Kentucky Law Journal* 88 (2000), S. 885-955 (924 ff.). Kritische Diskussion bei *Hans-Georg Dederer*, ICANN und die Dominanz der USA: Internet Governance auf dem Weg in die Internationalisierung, *AVR* 47 (2009), S. 367-398 (380 ff.).

13 Zur Entwicklung der Diskussion auf UN-Ebene *Tim Maurer*, *Cyber Norm Emergence at the United Nations: An Analysis of the UN's Activities Regarding Cyber-security?*, Discussion Paper 2011-11, Cambridge, Mass.: Belfer Center for Science and International Affairs, Harvard Kennedy School, September 2011, S. 15 ff.

14 Siehe <http://www.theguardian.com/us-news/the-nsa-files>. Kurzer Überblick bei *Ian Brown/Douwe Korff*, *Foreign Surveillance: Law and Practice in a Global Digital Environment*, *European Human Rights Law Review* (EHRLR) 2014, 243-251 (243 f.).

15 Vgl. *Judith Rauhofer*, *Privacy and Surveillance: Legal and Socioeconomic Aspects of State Intrusion into Electronic Communications*, in: *Edwards/Waelde* (Fn. 4), S. 545-573 (554 f.). Nach einem Bericht von „Spiegel online“ befinden sich im „geheimen Werkzeugkasten der NSA“ u.a. „Spähsoftware für Rechner und Handys, Mobilfunk-Horchposten, manipulierte USB-Stecker und unsichtbare Wanzen“: *Jacob Appelbaum, Judith Horchert, Ole Reißmann, Marcel Rosenbach, Jörg Schindler und Christian Stöcker*, *Neue Dokumente: Der geheime Werkzeugkasten der NSA*, *Spiegel Online* v. 30.12.2013, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/neue-dokumente-der-geheime-werkzeugkasten-der-nsa-a-941153.html>.

dringen zu können.¹⁶ Dabei handelt es sich um Lücken in Computerprogrammen, die noch nicht öffentlich bekannt sind und gegen die noch keine Abwehr existiert. Das lukrative Geschäft zwischen Hackern und Nachrichtendiensten lässt den Ankauf von Steuerdaten-CDs¹⁷ als eine bloße Fingerübung erscheinen.

Doch nicht nur staatliche Überwachung lässt die Sorge vor einem „sleepwalking into a surveillance society“¹⁸ aufkommen. War die Internetökonomie zunächst stark vom Warenvertrieb und kostenpflichtigen Abonnement-Modellen geprägt, geht es im Netzgeschäft des *Web 2.0* – mit seinen nutzergenerierten Inhalten, sozialen Netzwerken und kostenlosen Diensten (E-Mail, Internet-Telefonie usw.) – primär um Werbung und um die Kommerzialisierung personenbezogener Daten.¹⁹ Neben *Facebook*²⁰ ist vor allem *Google* Vorreiter im Geschäft des „data-mining“.²¹ Um seinen Geschäftskunden die auf den einzelnen Nutzer zugeschnittene optimale Werbestrategie zu ermöglichen, sammelt das Unternehmen individualisierte Suchanfragen und gleicht diese mit früheren Anfragen des Nutzers ab;²² die über die Suchmaschine gewonnenen Daten werden mit anderen *Google*-Anwendungen verknüpft.²³ *Googles* kostenloses E-Mail-Programm z.B. prozessiert den Text ein- und ausgehender E-Mails, um Aufschluss über Interessen und Vorlieben der Kunden zu erhalten.²⁴ In die Sammlung gehen auch Daten von Smartphones ein, die *Google* über das Betriebssystem *Android* erhält; mit dem Smartphone verbundene Fitnessarmbänder können sogar aktuelle Gesundheitsdaten beisteuern.²⁵ Cyberwelt und reale Welt verbinden sich in der grenzenlosen Datenwelt des „Internet der Dinge“.²⁶ Ein Bericht des Weißen Hauses vom Mai 2014 spricht von einem regelrechten „digital land grab“.²⁷ Es entstehen detaillierte Nutzerprofile, die zwar über die IP-Adresse pseudonymisiert sind, aber ohne Schwierigkeiten auf reale

16 *N.N.*, BND will Sicherheitslücken kaufen und ausnutzen, Zeit Online v. 9.11.2014, <http://www.zeit.de/digital/internet/2014-11/bnd-zero-day-exploit-sicherheit> (unter Berufung auf den „Spiegel“).

17 Dazu m.w.N. *Walter Hänslé/Rahel Reichold*, Heiligt der Zweck die Mittel? Zur rechtlichen Zulässigkeit des Ankaufs von Steuerdaten, Deutsches Verwaltungsblatt 2010, S. 1277-1283.

18 *Richard Thomas*, UK Information Commissioner, zitiert nach *Lilian Edwards*, Privacy and Data Protection Online: The Laws Don't Work?, in: *Edwards/Waelde* (Fn. 4), S. 443-488 (448).

19 *Lilian Edwards/Charlotte Waelde*, Preface to the Third Edition, in: *Edwards/Waelde* (Fn. 4), S. vii-ix (vii). Zu Information als Machtressource auch in privater Hand *Magdalena Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015), S. 405-452 (420 ff.).

20 Zum „Beacon“-Skandal bei Facebook *Lilian Edwards/Jordan Hatcher*, Consumer Privacy Law 2: Data Collection, Profiling and Targeting, in: *Edwards/Waelde* (Fn. 4), S. 511-543 (537 ff.).

21 Näher *Edwards/Hatcher* (Fn. 20), S. 528 ff.

22 Dazu Article 29 Working Party, Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines, 00737/EN, WP 148 v. 4.4.2008. Näher auch Europarat, Empfehlung CM/Rec(2012)3 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten vom 4.4.2012 über den Schutz der Menschenrechte im Internet in Bezug auf Suchmaschinen.

23 *Johannes Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012, S. 2305-2311 (2308).

24 Kritische Überprüfung des Screening durch E-Mail-Service-Anbieter an der ePrivacy-Richtlinie (Richtlinie 2002/58/EG vom 12.7.2002, ABl. L 201/37) in Article 29 Working Party, Opinion 2/2006 on privacy issues related to the provision of email screening services, 00451/06/EN, WP 118 v. 21.2.2006.

25 Zum sog. *wearable computing* m.w.N. *Thilo Weichert*, Globaler Kampf um digitale Grundrechte, Kritische Justiz 2014, S. 123-134 (125).

26 Zum sog. Internet der Dinge (*Internet of Things*) statt vieler *Rolf H. Weber/Romana Weber*, Internet of Things: Legal Perspectives, Heidelberg u.a. 2010.

27 Executive Office of the President, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, May 2014, S. 54.

Personen bezogen werden können.²⁸ Für einiges Aufsehen sorgte unlängst der Fall eines österreichischen Studenten, der wissen wollte, welche Daten *Facebook* über ihn gespeichert hat. Nach längerem Drängen erhielt er ein PDF-Dokument von 1.222 Seiten Umfang, darunter jahrealte Photos, Nachrichten und Posts, von denen er einige selbst gelöscht zu haben glaubte.²⁹

Diese Profildaten wecken schließlich wiederum Begehrlichkeiten der Sicherheitsbehörden, die teils ohne, teils mit Wissen der privaten Sammler auf deren Datenbestände zugreifen.³⁰ Dies geschieht nicht nur durch massiven Ausbau von Rechnerkapazitäten,³¹ sondern auch durch Druck auf Unternehmen, Daten weiterzuleiten, und durch geheime Abreden über Verschlüsselungsstandards.³² Bei einer solchen Indienstnahme Privater geht es nicht selten darum, gesetzliche Beschränkungen zu umgehen, denen die staatliche Datenerhebung unterliegt.³³

2. Herausforderungen an einen Schutz der Privatsphäre im Netz

Die Herausforderungen an den Datenschutz im Internet sind enorm. Dennoch darf die Faszination, die von der Cyberwelt ausgeht, nicht verdecken, dass wir es im Kern mit vertrauten Problemen zu tun haben.³⁴ Das Abhören von Telefonen und die GPS-Ortung oder die private Datensammlung über Payback-Karten sind mittlerweile vertraute Phänomene aus der „Welt der Dinge“. Die Netzkommunikation spitzt viele der Probleme bloß zu.³⁵ Es muss daher keine neue *lex digitalis*, kein neues Recht für den Cyberspace entwickelt werden.³⁶ Das bestehende Recht muss jedoch – im Wege der Dynamisierung durch Auslegung und Änderung – an Besonderheiten angepasst werden, die mit der Kommunikation im Internet verbunden sind.³⁷ Dies gilt auch für das

28 *Edwards/Hatcher* (Fn. 20), S. 541. Siehe auch *The right to privacy in the digital age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights v. 30.6.2014, A/HRC/27/37, § 18.*

29 *Julia Prummer*, *Der Mann, der Facebook nervt*, Süddeutsche online vom 20.4.2012, <http://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-aktivist-schrems-der-mann-der-facebook-nervt-1.1337259>.

30 *Judith Rauhofer* (Fn. 15), S. 555; *Andreas Fischer-Lescano*, *Der Kampf um die Internetverfassung: Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen*, *Juristen-Zeitung (JZ)* 2014, S. 965-974 (975 f.).

31 *Brown/Korff* (Fn. 14), S. 245: „GCHQ [...] are able to store a significant fraction of global Internet traffic for three days on a rolling basis while carrying out further automated analysis.“

32 *Brown/Korff* (Fn. 14), S. 245. Vgl. auch UNHCHR, *The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37* (Fn. 28), § 3: „Authorities in one State reportedly require all personal computers sold in the country to be equipped with filtering software that may have other surveillance capabilities.“ Ebd., § 42: „The enactment of statutory requirements for companies to make their networks ‚wiretap-ready‘ is a particular concern...“.

33 Von seiner ständigen Rechtsprechung, wonach eine Speicherung von Daten auf Vorrat strikt verboten sei – vgl. BVerfGE 65, 1 (46 f.); 100, 313 (360); 115, 320 (350); 118, 168 (187) –, macht das BVerfG inzwischen eine Ausnahme, wenn und soweit „die vorgesehene Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten nicht direkt durch den Staat, sondern durch eine Verpflichtung der privaten Diensteanbieter verwirklicht wird“: BVerfGE 125, 260 (321).

34 *Taubman* (Fn. 4), S. 5 f.

35 *Pollicino/Bassini* (Fn. 1), S. 359.

36 So insbesondere *David Johnson/David Post*, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review* 48 (1996), 1367-1402; *David G. Post*, *Against ‚Against Cyberanarchy‘*, *Berkeley Technology Law Journal* 17 (2002), 1365-1387.

37 *Jovan Kurbalija*, *Internet Governance and International Law*, in: William J. Drake (Hrsg.), *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance (WGIG)*, New York 2005, S. 105-116 (106); *Taubman* (Fn. 4), S. 5 f.

Völkerrecht.³⁸ Was nun sind die Charakteristika der Netzkommunikation? Mir erscheinen drei Punkte essentiell, aus denen je eigene Herausforderungen an einen Schutz der Privatsphäre im Netz resultieren: die Ubiquität der Kommunikation, die Rolle von Intermediären und das Problem der technischen Formatierung.

a) Ubiquitäre Kommunikation

Der erste Punkt betrifft die Ubiquität der Netzkommunikation: Das Internet schafft einen globalen kommunikativen Raum, der sich von der physischen Welt abzulösen scheint.³⁹ Nicht nur die Kommunikation ist jedoch ubiquitär, sondern auch der Zugriff auf diese Kommunikation. Während ein Brief nur an einem einzigen Ort kontrolliert werden kann, ist der Zugriff auf Daten im virtuellen Netz zeitgleich von praktisch jedem Ort der Welt möglich. Hinzu kommt, dass Daten beliebig oft kopiert werden können.⁴⁰ Im Verein mit Ubiquität und Virtualität des Zugriffs führt dies zu einer nahezu unbegrenzten Zahl staatlicher und nichtstaatlicher Datenbanken und Datenkontrolleure.⁴¹

Das Völkerrecht scheint hier – im wörtlichen Sinne – an Grenzen zu stoßen.⁴² Völkerrechtliche Rechte und Pflichten sind traditionell radiziert gedacht, sie knüpfen an den Territorialstaat an. Hieraus resultiert die Notwendigkeit, Jurisdiktionsräume gegeneinander abzugrenzen. Schon angesichts der konkurrierenden Prinzipien, die zur Begründung staatlicher Jurisdiktion anerkannt sind, gelingt die Abgrenzung zwar nicht ohne Überlappungen;⁴³ diese werden aber dadurch normativ entschärft, dass herkömmlich die *jurisdiction to prescribe* von der *jurisdiction to enforce* geschieden wird:⁴⁴ Spätestens bei der Frage der Durchsetzung seines Datenschutzrechts muss jeder Staat damit nach wie vor territorial gedachte Grenzen respektieren.⁴⁵

b) Stellung privater Kommunikationsintermediäre

Ein zweiter Punkt, der vielleicht nicht spezifisch, wohl aber prägend für das Internet ist, ist die zentrale Rolle von privaten Kommunikationsintermediären: Ohne *Internet Access Provider* erhält niemand Zugang zum Internet, *Internet Service Provider* wie die Betreiber sozialer Netzwerke oder von Suchmaschinen oder die Anbieter von Mail- und Telefonie-Programmen machen das Internet überhaupt erst zu jenem Forum glo-

38 Vgl. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security v. 24.6.2013, A/68/98, §§ 19 ff.

39 Taubman (Fn. 4), S. 11.

40 Brown/Korff (Fn. 14), 246: „Digital data is usually persistent (saved by default, perhaps indefinitely), searchable (much easier to find), replicable (easily shareable in convincing form)“.

41 Edwards (Fn. 18), S. 471 ff. Plastisch Pöschl (Fn. 19), S. 408: „Der Bürger hat nicht mehr nur einen großen, sondern potenziell unendlich viele kleine Grundrechtsgegner.“

42 Robert Uerpmann-Witzack, Internetaölkerrecht, AVR 47 (2009), S. 261-283 (262 f.).

43 Vertiefende Analyse bei Stefanie Schmahl, Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace, AVR 47 (2009), S. 284-327 (291 ff.).

44 Jack Goldsmith, Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defence, European Journal of International Law (EJIL) 11 (2000), S. 135-148 (139 f.); Schmahl (Fn. 43), S. 314 ff.; Pollicino/Bassini (Fn. 1), S. 361.

45 Edwards (Fn. 18), S. 474 f.; Masing (Fn. 23), S. 2309 f.; Pollicino/Bassini (Fn. 1), S. 361.

baler Kommunikation. Hierdurch erhalten diese privaten Akteure potenziell Zugriff auf eine Unmenge persönlicher und sogar intimer Daten.⁴⁶

Für das Völkerrecht öffnet sich hier eine weitere Flanke, die seit langem in der kritischen Diskussion steht: der Umgang mit nichtstaatlichen Akteuren. Die klassische Mediatisierung Privater durch Staaten mag in vielem modifiziert sein; dass private Akteure aber nach wie vor das „Andere“ im Völkerrecht darstellen, verdeutlichen die verschiedentlich unternommenen Versuche, transnational agierende Wirtschaftsunternehmen an Menschenrechte zu binden.⁴⁷ Die privaten Intermediäre können letztlich nur durch Selbstverpflichtung oder auf dem Umweg über staatliche Gesetzgebung zur Einhaltung von Datenschutzstandards angehalten werden.

c) Technische Formatierung („Codierung“) der Kommunikation

Drittens schließlich ist jede Kommunikation im Internet technisch formatiert. Technische Standards und Programmierungen bestimmen – für den einzelnen Nutzer kaum merklich –, was im Netz wie kommuniziert werden kann. Diese prägende Kraft der Technik hat *Lawrence Lessig* auf die viel zitierte Formel gebracht: „Code is law“.⁴⁸ Die Privatsphäre wird gefährdet, wenn die technische Formatierung in einer Weise erfolgt, die Zugriffsmöglichkeiten eröffnet – sei es durch Programmierungsfehler, sei es durch gezieltes Programmdesign. Dass private Intermediäre oft ein erhebliches Interesse daran haben, Informationen über ihre Nutzer zu gewinnen, ist erwähnt worden. Der von ihnen verwendete „Code“ liefert den Schlüssel zu diesen Informationen.

Mit Mitteln des Rechts kann zwar darauf hingewirkt werden, bei der Entwicklung von Programmen den Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen; auf dieses sog. *privacy by design* wird zurückzukommen sein. Wirkungsvoll jedoch gelingt dies allenfalls über die nationale Ebene. Diese sieht sich sogleich wieder der Schwierigkeit ausgesetzt, die Einhaltung der eigenen Vorgaben im Wettbewerb der Jurisdiktionen zu sichern. Einmal etabliert, ist es außerdem schwierig, gegen die Macht eines Codes anzugehen, der sich durchgesetzt hat.⁴⁹ Die Internationale Fernmelde-Union (ITU) musste dies erkennen, als sie mit ihrem Versuch scheiterte, dem von der US-amerikanischen Computerindustrie unterstützten TCP/IP-Code (Transmission Control/Internet Protocol) einen

46 Dass selbst die Kombination massenhaft gesammelter Verkehrsdaten die Erstellung präziser Persönlichkeitsprofile zulässt, dürfte inzwischen kein Geheimnis mehr sein: vgl. Europarat, Empfehlung CM/Rec(2010)13 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Profiling v. 23.11.2010; Article 29 Working Party, Opinion 04/2014 on surveillance of electronic communications for intelligence and national security purposes, 819/14/EN, WP 215 v. 10.4.2014, S. 4 f.; *Brown/Korff* (Fn. 14), S. 244. Siehe auch EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, § 26 f.

47 Vgl. z.B. die Gegenüberstellung von staatlicher Rechtspflicht (*duty*) und moralischer unternehmerischer „Verantwortung“ (*responsibility*) in den UN-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten von 2011, siehe Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 21.3.2011, A/HRC/17/31, Annex.

48 *Lawrence Lessig*, Code: version 2.0, 2. Aufl. New York 2006, S. 1.

49 In der Organisationswissenschaft ist diese Phänomen als „QWERTY-Problem“ bekannt: Grundlegend *Paul A. David*, Clio and the Economics of QWERTY, *The American Economic Review* 75 (1985), S. 332-337. Näher *Stephan Duschek*, Regelpfade – Wirkmächte des (Miss-)Erfolges von Organisationen, in: ders./Michael Gaitanides/Wenzel Matiaske/Günther Ortman (Hrsg.), Organisationen regeln: Die Wirkmacht korporativer Akteure, Wiesbaden 2012, S. 195-225.

eigenen Standard entgegenzusetzen.⁵⁰ Das sichert dem, der über den Code bestimmt, seine Markt- und Machtposition.

III. Mögliche Ansatzpunkte für einen Schutz der Privatsphäre im Internet

1. Ausgangspunkt: ein globales Recht auf eine digitale Privatsphäre

a) Eine realistische Utopie

Eine internationale Harmonisierung von Schutzstandards erscheint in näherer Zukunft kaum wahrscheinlich.⁵¹ Es genügt, auf den seit längerem bestehenden fundamentalen Dissens zwischen den USA auf der einen Seite, der Europäischen Union auf der anderen Seite zu verweisen, den ein Vertreter des *Google*-Konzerns auf einem ASIL-Podium kürzlich prägnant zugespielt hat: „When I talk to a lot of Americans about this right to be forgotten, they simply can't ‚grok‘ it; they simply don't understand what you're talking about.“⁵² Eine im Wahlkampfsummer 2013 von der Bundeskanzlerin in Aussicht gestellte Initiative für ein neues Fakultativprotokoll zum UN-Zivilpakt⁵³ würde selbst dann, wenn es zustande kommen sollte, nur diejenigen Staaten binden, die sich ohnehin schon einig sind.⁵⁴ – Soll das Völkerrecht einen Beitrag dazu leisten, möglichst global gegen die soeben skizzierten Gefährdungen der Privatsphäre im Internet vorzugehen, dann muss ein Ansatzpunkt gefunden werden, der potenziell universelle Reichweite hat, ohne im Einzelnen bereits einheitliche Standards vorauszusetzen.⁵⁵ Zugleich muss eine wirksame Durchsetzung auch durch dezentrale Mechanismen möglich sein.

Einen Ansatzpunkt bietet ein globales Recht auf eine digitale Privatsphäre.⁵⁶ Ein solches Recht lässt sich ohne größere Schwierigkeiten auf das Recht auf Schutz des Privatlebens stützen, wie es u.a. in Art. 17 IPBPR und Art. 8 EMRK niedergelegt ist. Dass der menschenrechtliche Schutz des Privatlebens auch die digitale Privatsphäre

50 Mayer (Fn. 8), S. 493 f. Näher *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 125 ff.

51 *Pollicino/Bassini* (Fn. 1), S. 362, 373 f.

52 *Ross LaJeunesse*, in: ASIL Proceedings 2013, S. 105. Versuch eines Brückenschlags bei *Steven C. Bennett*, The „Right to be Forgotten“: Reconciling EU and US Perspectives, *Berkeley Journal of International Law* 30 (2012), S. 161-195.

53 Ankündigung auf der Sommerpressekonferenz von Bundeskanzlerin *Angela Merkel* vom 19.7.2013, <http://www.bundeskanzlerin.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/Mitschrift/Pressekonferenzen/2013/07/2013-07-19-merkel-bpk.html>.

54 So auch *Markus Kotzur*, Datenschutz als Menschenrecht?, *ZRP* 2013, S. 216-217; *Stefanie Schmahl*, Effektiver Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen ausländischer Geheimdienste?, *JZ* 2014, S. 220-228 (222).

55 Ähnlich *Christian Schaller*, Internationale Sicherheit und Völkerrecht im Cyberspace: Für klarere Regeln und mehr Verantwortung, SWP-Studie S 18, Berlin 10/2014.

56 In diesem Sinne auch *David Cole*, We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others, 29.10.2013, <http://justsecurity.org/2668/foreigners-nsa-spying-rights/>; *Weichert* (Fn. 25), S. 125 ff. In ent-subjektivierender Lesart letztlich auch *Fischer-Lescano* (Fn. 30), S. 970 ff., der, systemtheoretisch inspiriert, im Menschenrecht auf Privatheit einen Hebel zum Schutz autonomer gesellschaftlicher Kommunikationsprozesse erblickt.

re umfasst, bezeichnet der EGMR mittlerweile als „unbestritten“.⁵⁷ Natürlich wäre es verfrüht, die *transnationale Wirkung* eines solchen Rechts als bereits vollständig etabliert zu betrachten; *Thilo Marauhn* hat dies in seinem Referat auf der letzten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer dargelegt.⁵⁸ Und doch denke ich, dass wir dieses menschenrechtliche „Verfassungsvokabular“⁵⁹ brauchen, um die hier skizzierten transnationalen Gefährdungen der Privatsphäre einhegen zu können. Ein solches globales Recht auf eine digitale Privatsphäre ist eine realistische Utopie,⁶⁰ an deren Verwirklichung die Völkerrechtswissenschaft gemeinsam mit nationalen und internationalen Gerichten und Expertengruppen mitwirken sollte.⁶¹ Ein Grundstein dürfte im Dezember 2013 mit der von Brasilien und Deutschland initiierten Resolution der UN-Generalversammlung zum „Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter“ gelegt sein.⁶² Am 30. Juni 2014 hat die damalige Hochkommissarin für Menschenrechte, *Navi Pillay*, ihren ersten Bericht zu diesem Recht vorgelegt.⁶³

Da vor allem die extraterritorialen Wirkungen eines solchen Rechts umstritten sind, möchte ich im Folgenden zunächst darlegen, wieso der menschenrechtliche Schutz des Privatlebens weder an Staatsgrenzen enden noch gegenüber Ausländern wirkungslos bleiben sollte. Anschließend möchte ich näher darauf eingehen, wie das globale Recht auf eine digitale Privatsphäre als Hebel zur Etablierung wirksamerer Schutzkonzepte genutzt werden kann.

b) Extraterritoriale Bindungen

Mit seinem Urteil *Al-Skeini* hat der EGMR 2011 versucht, seine Rechtsprechung zur extraterritorialen Wirkung der EMRK zu konsolidieren.⁶⁴ Leider hat er es nicht vermocht, sich von der unglücklichen Territorialisierung zu lösen, die er im *Banković-*

57 EGMR, Urteil v. 18.8.2010, *Kennedy ./. Vereinigtes Königreich*, 26839/05, HUDOC, § 118. Siehe zuvor bereits Urteil v. 3.4.2007, *Copeland ./. Vereinigtes Königreich*, 62617/00, ECHR 2007-I, 317, § 41: „It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal Internet usage.“ Für Art. 17 IPBPR siehe UN Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America, CCPR/C/USA/CO/4 v. 23.4.2014, § 22. Für die EU-Grundrechtecharta EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, § 29; Datenschutz (Art. 8) als Ausprägung des Schutzes des Privatlebens (Art. 7) auch bei Internetverbindungsdaten.

58 *Thilo Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015), S. 373-403.

59 *Martti Koskeniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9-36 (33 ff.) („constitutional vocabulary“).

60 Vgl. *Koskeniemi* „Kantisches“ Projekt (Fn. 59), S. 31: „[Kant] has much to say about ‚moral politicians,‘ whose task it would be to administer the federal pact so that, in due course, it would lead to perpetual peace. Moral politics and legal practice cannot be separated. Law is simply the name for the external institutions that administer what is a moral-political project.“ Zum „moralischen Politiker“ *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden*, Königsberg 1795, Anhang, S. 69 f. (2. Aufl. 1796, S. 75 f.).

61 Die ILC hat im Bereich des grenzüberschreitenden Datenschutzes trotz einer noch nicht weit entwickelten internationalen Praxis einen „emerging trend“ ausgemacht und das Thema 2006 in ihr „Long Term Working Programme“ aufgenommen: ILC, Report of the 58th Session, UN Doc. A/61/10, Annex D.

62 The right to privacy in the digital age, A/RES/68/167 vom 18.12.2013. Einen Vorläufer hat diese Resolution in den U.N. Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, A/RES/44/132, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 211, U.N. Doc. A/44/49 (1989).

63 UNHCHR, The right to privacy in the digital age (Fn. 28).

64 EGMR, Urteil vom 7.7.2011, *Al-Skeini u.a. ./. Vereinigtes Königreich*, 55721/07, ECHR 2011-IV, 99.

Beschluss 2001⁶⁵ vorgenommen hatte.⁶⁶ Nach wie vor hält der Gerichtshof daran fest, dass eine gemäß Art. 1 EMRK gebundene „Hoheitsgewalt“ grundsätzlich nur auf dem Staatsgebiet der Mitgliedstaaten bestehe, eine extraterritoriale Bindung an Menschenrechte daher die Ausnahme sei. Der Katalog von Ausnahmen, den der EGMR zusammengestellt hat, legt indes den Verdacht nahe, dass eher die diffuse Sorge um mögliche Folgen einer Ent-Grenzung der Bindungen denn ein schlüssiges Konzept leitend war.⁶⁷ Weit überzeugender bekräftigt der UN-Menschenrechtsausschuss extraterritoriale Bindungen im Grundsatz,⁶⁸ und das obwohl Art. 2 Abs. 1 IPBPR dem Wortlaut nach immerhin einen Territorialbezug nahelegen könnte.⁶⁹

Die effektive Kontrolle über ein Territorium ist zwar ein hinreichendes⁷⁰, nicht aber ein notwendiges Kriterium für eine menschenrechtliche Bindung.⁷¹ Dies wird deutlich bei Übertragung auf den hiesigen Kontext delokalisierte Kommunikation im Internet. Zwar ist auch das Internet auf eine Infrastruktur angewiesen, die sehr wohl Bodenhaftung besitzt; Daten werden auf Servern gespeichert, die einen physischen Standort haben; die Datenströme hängen an einem Lebensnerv von Glasfaserkabeln, von denen die für Europa wichtigsten über den britischen Festlandsockel laufen.⁷² *Allein* auf diese Formen des Gebietskontakts abzustellen, führt indes zu eher zufälligen Ergebnissen. Der Server z.B. kann sich in einem Staat befinden, der in keinerlei Beziehung zu Sen-

65 EGMR, Beschluss vom 12.12.2001, *Banković u.a. / Belgien u.a.*, 52207/99, ECHR 2001-XII, 333.

66 Emphatische Bekräftigung der Judikatur hingegen bei *Stefan Talmon*, Der Begriff der „Hoheitsgewalt“ in Zeiten der Überwachung des Internet- und Telekommunikationsverkehrs durch ausländische Nachrichtendienste, JZ 2014, S. 783-787. Einen Versuch, die Kriterien des EGMR auf das Internet zu übertragen, unternimmt *Helmut Philipp Aust*, Spionage im Zeitalter von Big Data: Globale Überwachung und der Schutz der Privatsphäre im Völkerrecht, AVR 52 (2014), S. 375-406 (396 ff.): Je genereller die Überwachung, desto mehr komme sie einer Kontrolle über ein Gebiet gleich, je mehr eine konkrete Person ins Visier gerate, desto mehr nähere sich die Überwachung der Kontrolle über eine Person an; auch der gesetzliche Zugriff auf sowie die Speicherung und Verarbeitung von Daten begründe Jurisdiktion. Außen vor bleibe aber die „außerhalb des staatlichen Territoriums stattfindende Überwachungsmaßnahme, die nur allgemein den Internetverkehr kontrolliert“ (S. 397 f.). Mit einem solchen Ansatz mag man die Defizite des Ansatzes des EGMR in weiten Teilen beheben können; es ändert aber nichts daran, dass dieser Ansatz bereits als solcher unzureichend ist. Hinzu kommt die Problematik von Je-desto-Formeln, die im Bereich des Menschenrechtsschutzes das Denken in „Grauzonen“ fördern können.

67 *Marko Milanović*, Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age, Harvard International Law Journal 56 (2015), S. 81-146 (115 f.).

68 Siehe UN Human Rights Committee, General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), § 10.

69 Seit dem Fall *López Burgos / Uruguay* (No. 52/1979, CCPR/C/13/D/52/1979 (1981), § 12.3) interpretiert der Menschenrechtsausschuss die Wendung „all individuals within its territory and subject to its jurisdiction“ überzeugend als eine „disjunctive conjunction“ (Begriff von *Thomas Buergenthal*, To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations, in: Louis Henkin [Hrsg.], The International Bill of Rights, New York 1981, S. 72-91 [74]); die Garantien gelten demnach für alle Personen auf dem Territorium oder unter der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates. Siehe auch IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9.7.2004, ICJ Rep. 2004, 136, § 111. Dazu dass die Gegenposition der USA erst später aus strategischen Gründen aufgebaut wurde sowie zum *Koh-Memorandum Milanović* (Fn. 67), S. 102 ff.

70 Dies ist unter der EMRK auch für extraterritoriale Wirkungen von territorial gebundenem Handeln anerkannt, vgl. m.w.N. *Aust* (Fn. 66), S. 392 ff.

71 Treffend weist *Milanović* (Fn. 67), S. 113 darauf hin, dass sein im Ansatz raumbezogenes Verständnis der „jurisdiction“ den EGMR dazu zwingt, den für die Rechtsbindung relevanten Raum immer weiter zu verkleinern, soll der Menschenrechtsschutz nicht leerlaufen: von der Besetzung fremden Staatsgebietes zu Militärgefängnissen, Schiffen und Flugzeugen.

72 *Brown/Korff* (Fn. 14), S. 245.

der und Empfänger einer Nachricht steht; hinzu kommt, dass ein Umzug auf einen anderen Server jederzeit möglich ist.⁷³ Dass die Infrastruktur als Anknüpfungspunkt das Eigentliche der Kommunikation im Internet verfehlt, lässt sich am *G10*-Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1999 verdeutlichen. Das Gericht ließ hier ausdrücklich offen, ob die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes einen „hinreichenden territorialen Bezug“ voraussetzt; es bejahte jedenfalls einen „den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechende[n]“ Gebietskontakt durch die auf deutschem Boden stationierten *Empfangsanlagen*; zudem fände „die *Auswertung* der so erfaßten Telekommunikationsvorgänge [...] auf deutschem Boden statt“.⁷⁴ Was nun aber, wenn der Bundesnachrichtendienst – um selbst diese weitgehend gelockerte Form des Gebietskontakts zu vermeiden – nicht von Deutschland aus operieren, sondern z.B. US-amerikanische Einrichtungen nutzen würde?

Dass der EGMR ergänzend zur territorialen Kontrolle auf die „Gewalt oder Kontrolle über Personen“ („authority and control over individuals“) abstellt⁷⁵, führt auch nicht zu stimmigeren Lösungen. Das *case-law* aus Straßburg verblüfft hier durch notorisch rätselhafte Grenzziehungen, die zu Umgehung und Missbrauch einladen.⁷⁶ Da es in diesen Urteilen bislang ganz überwiegend um Fälle physischen Gewahrsams ging, stellt sich zudem die Frage, ob und wann Überwachungen ausländischer Internetkommunikation einen vergleichbaren Grad an Kontrolle über Personen aufweisen, um „Hoheitsgewalt“ im Sinne der Rechtsprechung zu bejahen.⁷⁷

Modelle, die die Geltung von Grund- und Menschenrechten von einem territorialen oder personalen Nexus abhängig machen, sind schon in Hinblick auf die „Welt der Dinge“ unzureichend. Sie sind es erst recht in Hinblick auf die Cyberwelt.⁷⁸ Das liegt nicht zuletzt daran, dass – wie vorhin skizziert – das Internet nicht nur eine grenzenlose virtuelle Kommunikation ermöglicht, sondern genauso den grenzenlosen virtuellen Zugriff auf ebendiese Kommunikation.⁷⁹ Der technologische Fortschritt erübrigt in weiten Bereichen eine physische Herrschaftsgewalt über einen Ort oder eine Person.

73 Julia Hörnle, *The Jurisdictional Challenge of the Internet*, in: Edwards/Waelde (Fn. 4), S. 121-158 (126); Wolfgang Hoffmann-Riem, *Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen*, JZ 2014, S. 53-63 (56).

74 BVerfGE 100, 313 (363 f.) für alle Zitate (Hervorhebung hinzugefügt).

75 EGMR, Urteil v. 7.7.2011, *Al-Skeini u.a. / Vereinigtes Königreich*, 55721/07, ECHR 2011-IV, 99, §§ 136-137.

76 *Milanović* (Fn. 67), S. 127 ff. Die Paradoxie hat Richter *Bonello* in seinem Sondervotum zum Urteil *Al-Skeini* des EGMR, ECHR 2011-IV, 189, § 15 auf den Punkt gebracht: „If two civilian Iraqis are together in a street in Basra, and a United Kingdom soldier kills the first before arrest and the second after arrest, the first dies desolate, deprived of the comforts of United Kingdom jurisdiction, the second delighted that his life was evicted from his body within the jurisdiction of the United Kingdom. Same United Kingdom soldier, same gun, same ammunition, same patch of street – same inept distinctions. I find these pseudo-differentials spurious and designed to promote a culture of law that perverts, rather than fosters, the cause of human rights justice.“

77 Vgl. *Milanović* (Fn. 67), S. 114 f.

78 *Hoffmann-Riem* (Fn. 73), S. 56.

79 So auch *Fischer-Lescano* (Fn. 30), S. 969, der im Anschluss an *Foucault* auf die Disziplinierungswirkung der Überwachungsmaßnahmen abstellt.

Stimmige Lösungen verspricht allein ein funktionaler Ansatz,⁸⁰ wie ihn der maltesische Richter *Bonello* in seinem Sondervotum zum Urteil *Al-Skeini* gefordert hat:⁸¹

„In relation to Convention obligations, jurisdiction is neither territorial nor extraterritorial: it ought to be functional – in the sense that when it is within a State’s authority and control whether a breach of human rights is, or is not, committed, whether its perpetrators are, or are not, identified and punished, whether the victims of violations are, or are not, compensated, it would be an imposture to claim that, ah yes, that State had authority and control, but, ah no, it had no jurisdiction.“

Ein solcher Ansatz führt keineswegs zu einer Überforderung der staatlichen Möglichkeiten; denn zentrale Bedeutung kommt der Differenzierung zwischen positiven und negativen Verpflichtungen zu.⁸² Als Abwehrrechte gelten Menschenrechte ohne besonderen „jurisdictional link“: Wo der Staat fähig ist, in Menschenrechte einzugreifen, begründet er allein durch Wahrnehmung dieser Fähigkeit seine Hoheitsgewalt; die Handlungs- und Bewirkungsmacht löst die Bindung aus.⁸³ In der Schutzpflichtendimension begrenzt diese Handlungs- und Bewirkungsmacht aber auch die Bindung; denn diese Bindung reicht nur so weit, wie der Staat faktisch kann und (völker-)rechtlich darf.⁸⁴ Die Umsetzung menschenrechtlicher Schutzpflichten endet daher an den souveränen Rechten anderer Staaten. Im Rahmen des rechtlich und faktisch Möglichen aber bleibt der Staat in der Pflicht, in angemessener Weise dagegen vorzugehen, dass einerseits von Gebieten oder Personen unter seiner Kontrolle aus das Recht auf Privatsphäre grenzüberschreitend verletzt wird und dass andererseits Dritte das Recht auf Privatsphäre von Personen in Gebieten unter seiner Kontrolle verletzen.⁸⁵ In dieser Schutzpflichtendimension, nicht in der abwehrrechtlichen Konstellation, kann die Frage der Kontrolle über Gebiete oder Personen ihre Berechtigung finden.⁸⁶

80 Für einen funktionalen Ansatz auch *Yuval Shany*, Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law, *The Law & Ethics of Human Rights* 7 (2014), S. 47-71; *Milanović* (Fn. 67), S. 118 ff.; *Brown/Korff* (Fn. 14), S. 247; *Ibrahim Kanalan*, Extraterritoriale Staatenpflichten jenseits der Hoheitsgewalt: Ein neues Konzept für umfassende extraterritoriale Staatenpflichten, *AVR* 52 (2014), S. 495-521 (508 ff.).

81 Wie Fn. 76, § 12.

82 *Andreas von Arnould*, Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in: Dieter Weingärtner (Hrsg.), *Streitkräfte und Menschenrechte*, Baden-Baden 2008, S. 61-82 (72 ff.); *Milanović* (Fn. 67), S. 118 ff. Auch *Kanalan* (Fn. 80), S. 514 ff.

83 A.A. *Samantha Besson*, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 25 (2012), S. 857-884 (864 ff.), die eine Menschenrechtsbindung an „Hoheitsgewalt“ (jurisdiction) im Sinne einer „effective, overall and normative power or control“ koppelt. Indem sie ihre Argumentation auf eine notwendige rechtliche Institutionalisierung von Hoheitsgewalt und Menschenrechten gründet, liefert sie freilich den effektiven Schutz von Menschenrechten dem institutionellen „framework“ aus.

84 Näher von *Arnould* (Fn. 82), S. 70 ff.

85 *Milanović* (Fn. 67), S. 123; *Anne Peters*, Surveillance without Borders: The Unlawfulness of the NSA Panopticon, Part II, *EJIL Talk!* vom 4.11.2013, <http://www.ejiltalk.org/surveillance-without-borders-the-unlawfulness-of-the-nsa-panopticon-part-ii>. Insoweit übereinstimmen auch *Talmon* (Fn. 78), S. 786 f. Vgl. ferner *Stephan Hobe*, Cyberspace – der virtuelle Raum, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland*, Band XI, 3. Aufl. Heidelberg 2013, § 231, Rn. 31. Zum Schutz des Privatlebens allgemein UN Human Rights Committee, General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, UN-Dok. A/43/40, Annex VI, 28.9.1988, § 1.

86 *Marko Milanović*, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford 2011, S. 215 ff. mit weiteren Differenzierungen.

c) Keine Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit

Bevor ich konkreter darauf eingehe, was in Umsetzung des globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre staatlicherseits geregelt und durchgesetzt werden kann, ein Wort noch dazu, dass eine menschenrechtliche Pflicht zur Achtung der Privatsphäre im Internet nicht von der Staatsangehörigkeit der überwachten Personen abhängen kann. Dies indes sehen bei der Überwachung auswärtiger Telekommunikation die Gesetze mehrerer Staaten vor⁸⁷ – auch das deutsche G10⁸⁸. Von Ausländern geht keine *per se* größere Bedrohung für die Sicherheit des Staates aus; auch die Verankerung des Rechts auf Privatheit in der Menschenwürde verbietet es, bei Überwachung auswärtiger Telekommunikation nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren. Dieses Recht gehört nicht zu jenem immer kleineren Kanon an Rechten,⁸⁹ die den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden dürfen. Derartige Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit beim Schutz gegen Überwachungsmaßnahmen verstoßen gegen das Verbot der Diskriminierung bei der Ausübung der Pakt- (vgl. Art. 2 Abs. 1 IPBPR)⁹⁰ bzw. Konventionsrechte (vgl. Art. 14 EMRK)⁹¹ und sind menschenrechtswidrig.⁹²

2. Konkretisierungen: mögliche Regulierungsansätze

Bei der Konkretisierung des emergenten globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre bleibt es sinnvoll und notwendig, zwischen staatlichen und privaten sowie zwischen inländischen und ausländischen Akteuren zu unterscheiden. Während gegenüber staatlichen Akteuren vertraute Ansätze des Datenschutzrechts nach wie vor wirksam sein können, müssen bei privaten Akteuren andere Wege eingeschlagen werden.⁹³ Bei ausländischen Akteuren (seien es Organe anderer Staaten oder kommerzielle Anbieter von Internetdienstleistungen) wiederum stellt sich die Frage nach der Bindung an und der Durchsetzung von nationalen Datenschutzbestimmungen. Das Menschenrecht auf

87 Sect. 702(b) U.S. Foreign Intelligence Surveillance Act (50 U.S.C. 1801). Siehe außerdem sect. 273.64(2) Canadian National Defence Act; sect. 8, 9, 15 Australian Intelligence Services Act 2001; sect. 14, 16 New Zealand Government Communications Security Bureau Act 2003.

88 § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) lautet: „Bei Beschränkungen von Telekommunikationsbeziehungen darf der Bundesnachrichtendienst nur Suchbegriffe verwenden, die zur Aufklärung von Sachverhalten über den in der Anordnung bezeichneten Gefahrenbereich bestimmt und geeignet sind. Es dürfen keine Suchbegriffe verwendet werden, die

1. Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen, oder
2. den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen.
Dies gilt nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland, sofern ausgeschlossen werden kann, dass Anschlüsse, deren Inhaber oder regelmäßige Nutzer deutsche Staatsangehörige sind, gezielt erfasst werden. [...]“

89 Vgl. hierzu *Christian Walter*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), S. 7-48.

90 Dazu UN Human Rights Committee, General Comment 15: The position of aliens under the Covenant (Twenty-seventh session, 1986), in: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (1994), §§ 2 und 7; General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), § 10.

91 Dazu EGMR, Urteil v. 16.9.1996, *Gaygusuz ./. Österreich*, 17371/90, ECHR 1996-IV, 1129, § 42; Urteil v. 18.2.2009, *Andrejeva ./. Lettland*, 55707/00, ECHR 2009-II, 1, § 87.

92 UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), §§ 35 f. Eingehende und überzeugende Kritik an solchen Staatsangehörigkeitsvorbehalten bei *Milanović* (Fn. 67), S. 87 ff.

93 *Edwards* (Fn. 18), S. 486 f.

Achtung und Schutz der digitalen Privatsphäre kann den Staaten in jeder dieser Dimensionen Pflichten auferlegen.

a) *Negative Pflichten: die Pflicht zur Achtung der digitalen Privatsphäre*

In seiner abwehrrechtlichen Dimension kann das Recht auf Achtung der digitalen Privatsphäre an die vertrauten Rechtsprechungslinien des EGMR zu staatlichen Überwachungsmaßnahmen⁹⁴ anknüpfen.⁹⁵ Auch die Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses schließt sich eng an die Straßburger Judikatur an.⁹⁶ Einen *Eingriff* in das Recht stellt danach jede Erhebung, Speicherung, Verarbeitung sowie Weitergabe von Daten dar,⁹⁷ wobei im Falle verdeckter Operationen bereits die Existenz eines Überwachungssystems als Eingriff gilt.⁹⁸ Der UN-Menschenrechtsausschuss hat jüngst aus Anlass des NSA-Skandals festgehalten, dass Eingriffe *nur auf Grundlage von Gesetzen* zulässig sind, die (i) öffentlich zugänglich sind; (ii) Sammlung, Zugang und Nutzung von Daten an spezifische Zwecke binden; (iii) präzise Bestimmungen über Anlass, Verfahren und Dauer der Überwachung sowie den Kreis der zu überwachenden Personen

94 Eingehend zu dieser Rechtsprechung *Birte Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006, S. 52-211. Der Gerichtshof hat die in den Urteilen *Klass u.a. / Deutschland*, Urteil v. 6.9.1978, Séries A, Vol. 28 (1979) = EGMR-E 1, 320, *Malone / Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 2.8.1984, Séries A, Vol. 82 (1984) = EGMR-E 2, 452, und *Ammann / Schweiz*, Urteil v. 16.2.2000, 27798/95, ECHR 2000-II, 201, entwickelten Grundsätze mit den Urteilen *Liberty u.a. / Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 1.8.2008, 58243/00, HUDOC, sowie *Kennedy / Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 18.5.2010, 26839/05, HUDOC, Nr. 58170/13. Der Gerichtshof hat am 16.1.2014 den Parteien Fragen übermittelt.

95 Erwähnung verdient als Pionierleistung des internationalen Datenschutzrechts das Übereinkommen [Nr. 108] des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.1.1981 mit dem Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr. Dieses geht allerdings praktisch nicht über die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK hinaus, zumal der EGMR sich in seinen Urteilen gelegentlich auf dieses Übereinkommen bezieht. Überblick bei *Stephanie Schiedermaier*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, Tübingen 2012, S. 316 ff.; *Aust* (Fn. 66), S. 387 f. Von größerem Interesse sind insoweit die einschlägigen neueren Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates, namentlich die Empfehlung CM/Rec(2014)6 vom 16.4.2014 über den Leitfadens zu Menschenrechten für Internetsnutzer, mit Anhang (Begründung), v.a. § 83. Zum Potenzial solcher Empfehlungen für die Interpretation der EMRK *Daniel Matthias Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, *Europarecht* 2015, S. 148-168 (155 ff.).

96 UN Human Rights Committee, General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, UN-Dok. A/43/40, Annex VI, 28.9.1988, § 4. Siehe auch UN Human Rights Committee, No. 488/1992, *Toonen / Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 8.3; No. 903/1999, *Van Hulst / the Netherlands*, CCPR/C/82/D/903/1999 (2004), § 7.6. Zur Konvergenz auch UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), §§ 21 ff., 28 ff. Näher *Milanović* (Fn. 67), S. 133 ff. Allgemein auch *Schiedermaier* (Fn. 95), S. 308 ff., auf S. 118 ff. zum Datenschutz im Recht der Vereinten Nationen.

97 EGMR, Urteil v. 29.6.2006, *Weber und Saravia / Deutschland*, ECHR 2006-XI, 309, § 79. Geschützt sind nicht nur Inhalte, sondern auch Metadaten (Verbindungsdaten): EGMR, Urteil v. 2.8.1984, *Malone / Vereinigtes Königreich*, Séries A, Vol. 82 (1984) = EGMR-E 2, 452, § 84; UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 19. Siehe auch EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, §§ 26 f.

98 EGMR, Urteil v. 6.9.1978, *Klass u.a. / Deutschland*, Séries A, Vol. 28 (1979) = EGMR-E 1, 320, § 41; EGMR, Urteil v. 29.6.2006, *Weber und Saravia / Deutschland*, ECHR 2006-XI, 309, § 78.

enthalten; und (iv) effektive Mechanismen gegen Missbrauch⁹⁹ vorsehen.¹⁰⁰ Wie die Hochkommissarin für Menschenrechte in ihrem Bericht vom Juni 2014 anmerkt, fehlt es an der Zugänglichkeit der gesetzlichen Regelungen insbesondere, wenn ein Staat Datenströme zur Überwachung systematisch in Staaten mit einem schwächeren Schutzniveau umleitet, um die heimischen Datenschutzbestimmungen zu unterlaufen.¹⁰¹

Staatliche Überwachungsmaßnahmen müssen außerdem einem zulässigen Zweck dienen und verhältnismäßig sein.¹⁰² Die innere und äußere Sicherheit ist fraglos ein *legitimer Zweck*.¹⁰³ Teilt man indes die Sorge des UN-Sonderberichterstatters für die Meinungsfreiheit, *Frank La Rue*, vor einem Missbrauch des Arguments gerade in Überwachungskontexten¹⁰⁴, spricht vieles dafür, den Zweck stärker einzugrenzen. Eine Gruppe von NGOs und Menschenrechtsanwälten regt in ihren „International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance“¹⁰⁵ im Anschluss an das BVerfG¹⁰⁶ überzeugend an, Eingriffe nur zum Schutz „überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter“ zuzulassen, die „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sind.¹⁰⁷ Staatliche Wirtschaftsspionage fällt hierunter nicht.

Mit Blick auf die *Verhältnismäßigkeit* schließlich gibt erneut der Bericht der Hochkommissarin wichtige Fingerzeige: Massenüberwachungsprogramme (*mass* oder *bulk surveillance programmes*) wie „Prism“ oder „Tempora“ machen die Überwachung zur Regel, sie verkehren das Verhältnis von Regel und Ausnahme zwischen Freiheit und Beschränkung – und sind bereits aus diesem Grunde unzulässig, selbst wenn sie an sich legitime Ziele verfolgen.¹⁰⁸ Auch eine pauschale Verpflichtung Privater zur Spei-

99 Hier kritisiert der UNHCHR-Bericht, dass Richtervorbehalte in der Praxis oft ein bloßes „Durchwinken“ zur Folge haben. Ein mögliches Modell sieht als Abhilfe die Einschaltung eines Vertreters des öffentlichen Interesses vor (*public interest advocacy*), der bei Anordnung verdeckter Maßnahmen die Belange der Betroffenen vertritt: UNHCHR, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 38, verbunden mit der Anregung, auch darüber nachzudenken, Internet Service Provider in den Genehmigungsprozess einzubeziehen.

100 CCPR/C/USA/CO/4, § 22. In offenkundiger Anlehnung an EGMR, Urteil v. 29.6.2006, *Weber und Saravia ./. Deutschland*, ECHR 2006-XI, 309, §§ 84 ff., Urteil v. 1.8.2008, *Liberty u.a. ./. Vereinigtes Königreich*, 58243/00, HUDOC, §§ 59 ff. Siehe auch UNHCHR, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 28; EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, § 54.

101 UNHCHR, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 30.

102 EGMR, Urteil v. 29.6.2006, *Weber und Saravia ./. Deutschland*, ECHR 2006-XI, 309, §§ 80, 105 ff. Für das UN Human Rights Committee siehe Nachweise in Fn. 96.

103 Siehe etwa EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, §§ 42 ff.

104 Vgl. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, vom 17.4.2013, A/HRC/23/40, § 58.

105 <https://en.necessaryandproportionate.org/text> (Stand: Mai 2014).

106 BVerfGE 120, 274.

107 <https://en.necessaryandproportionate.org/LegalAnalysis/principle-2-legitimate-aim>.

108 UNHCHR, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 25. Ebenso Article 29 Working Party, Joint Statement of the European Data Protection Authorities, 14/EN, WP 227 v. 26.11.2014, §§ 6 f.; Europarat, CM/Rec(2014)6 (Fn. 95), „Schutz der Privatsphäre und Datenschutz“, Nr. 4. – Etwas anderes mag bei einer akuten Bedrohung für kurze Zeiträume gelten. Zu warnen ist allerdings vor der Illusion, dass mehr Informationen automatisch mehr Erkenntnisse bringen. Eine Datenflut kann umgekehrt Unübersichtlichkeiten schaffen. Eine unfokussierte massenhafte Datensammlung kann der Interpretation von Daten im Wege stehen, die notwendig bleibt, um aus ihnen Schlüsse ziehen zu können, vgl. *Elisabeth Paté-Cornell*, *Uncertainties, Intelligence, and Risk Management: A Few Observations and Recommendations on Measuring and Managing Risk*, *Stanford Journal of International Law* 51 (2015), S. 53-67 (62 f.).

cherung von Vorratsdaten ist unverhältnismäßig.¹⁰⁹ Berechtigte Kritik übt der Bericht außerdem an den durch eine freizügige Datenweitergabe verschwimmenden Grenzen zwischen Strafverfolgungsbehörden, Geheimdiensten und anderen staatlichen Organen.¹¹⁰ Auch in der internationalen Diskussion drängt der Datenschutz also zu Datensparsamkeit und bereichsspezifischen Regelungen.¹¹¹ Gerade die strikte Zweckbindung ist unerlässlich und begrenzt auch die Weitergabe von Daten.¹¹² „Big Data“ – die Sammlung und Zusammenführung möglichst aller verfügbaren Daten, unabhängig von deren Herkunft und Qualität¹¹³ – eignet sich jedenfalls nicht als Konzept für Sicherheitsbehörden.¹¹⁴

b) Positive Pflichten: die Pflicht zum Schutz der digitalen Privatsphäre

aa) Gegenüber ausländischer Hoheitsgewalt

In seiner Schutzpflichtendimension verpflichtet das globale Recht auf eine digitale Privatsphäre den Staat u.a. dazu, Personen in Gebieten unter seiner Hoheitsgewalt vor Übergriffen Dritter zu schützen.¹¹⁵ Dabei verfügen die Staaten regelmäßig über einen weiten Entscheidungsspielraum, insbesondere im außenpolitischen Bereich. Sofern die

109 UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 26. EuGH, Urteil v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd u.a.*, C-293/12 u.a., EU:C:2014:238, §§ 57 ff. (im Fall der EU-Richtlinie 2006/24/EG kam hinzu, dass der Unionsgesetzgeber die näheren Bestimmungen zu Zugriff und Nutzung der Daten den Mitgliedstaaten überlassen und damit nicht selbst ausreichend präzise Regelungen getroffen hatte: §§ 60 ff.).

110 UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 27.

111 Vgl. UN Guidelines 1989 (Fn. 62), Prinzip 3; International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, International Standards on the Protection of Personal Data and Privacy: The Madrid Resolution (5.11.2009), Prinzipien 7 und 8; Prinzip 9 der Internet Rights and Principles Charter (IRPC), 2011 verabschiedet von der Dynamic Coalition on Internet Rights and Principles (IRP Coalition), einer Vereinigung von Vertretern von Zivilgesellschaft und Wissenschaft: <http://internetrightrightsandprinciples.org/site/>.

112 Zur Datenweitergabe als der Achillesferse des Datenschutzes u.a. *Julia Ballaschk*, In the Unseen Realm: Transnational Intelligence Sharing in the European Union: Challenges to Fundamental Rights and Democratic Legitimacy, *Stanford Journal of International Law* 51 (2015), S. 19-51. Für eine Stärkung der Regulierung von Datennutzung („downstream regulation“) gegenüber einer Regulierung der Datenerhebung („upstream regulation“) spricht sich *L. Rush Atkinson*, Regulating the Surveillance State, Upstream and Down: A Law & Economics Approach to the Intelligence Framework and Proposed Reforms, *Stanford Journal of International Law* 51 (2015), S. 1-18, aus.

113 Das Hohelied von „Big Data“ singen *Kenneth Neil Cukier/Viktor Mayer-Schoenberger*, The Rise of Big Data. How It's Changing the Way We Think About the World, *Foreign Affairs* 92 (2013), Nr. 3, S. 28-40. Kritisch *Thilo Weichert*, Big Data und Datenschutz, *Zeitschrift für Datenschutz* 2013, S. 251-258; *Jan-Peter Ohrtmann/Sebastian Schwiering*, Big Data und Datenschutz: Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze, *NJW* 2014, S. 2984-2989.

114 Vgl. Begründung zu: Europarat, CM/Rec(2014)6 vom 16.4.2014, § 68: „Laut Konvention 108 müssen personenbezogene Daten auf faire und rechtmäßige Weise erfasst und verarbeitet und für konkrete und legitime Zwecke gespeichert werden. Dies muss in Bezug auf die Zwecke, für diese Daten gespeichert werden, angemessen, relevant und darf nicht ausufernd sein und die Daten müssen, sofern angemessen, auf dem neusten Stand gehalten werden, auf eine Weise aufbewahrt werden, die eine Identifizierung der Person ermöglicht, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, und dürfen nicht länger gespeichert werden, als dies für den verfolgten Zweck der Datenspeicherung erforderlich ist.“

115 Nachweise oben Fn. 85. Für das deutsche Verfassungsrecht *Wolfgang Ewer/Tobias Thienel*, Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals, *NJW* 2014, S. 30-35 (34 f.); *Schmahl* (Fn. 54), S. 221; *Hoffmann-Riem* (Fn. 73), S. 56 f., 59 ff. Siehe m.w.N. auch *Pöschl* (Fn. 19), S. 438.

Übergriffe von Behörden anderer Staaten ausgehen, begrenzen Souveränität und Immunität jenes Staates die Reaktionsmöglichkeiten.¹¹⁶ Es bleiben diplomatische Mittel oder, soweit eröffnet, eine Zwischenstaatenbeschwerde zum UN-Menschenrechtsausschuss oder zum EGMR – schließlich unterliegt der sammelnde Staat seinerseits den eben skizzierten menschenrechtlichen Bindungen.¹¹⁷

Im *zwischenstaatlichen Verhältnis* nimmt das Völkerrecht gegenüber der Tätigkeit von Auslandsgeheimdiensten traditionell eine schizophrene Haltung ein: Spionage verstößt als solche nicht gegen Völkerrecht, der Spion genießt aber auch keinen Schutz.¹¹⁸ Allerdings können bestimmte Formen von Spionage souveräne Rechte eines Staates verletzen, namentlich wenn es zur Anmaßung von Hoheitsgewalt auf fremdem Territorium kommt.¹¹⁹ Dies dürfte auf geheime Datenerhebung aus nichtöffentlichen Quellen zutreffen, die ohne Erlaubnis auf dem Gebiet eines anderen Staates durchgeführt wird.¹²⁰ Liegt ein Rechtsverstoß vor, kommen zur Abwehr der Verletzung grundsätzlich auch Gegenmaßnahmen in Betracht; mittelbar würde dies auch dem Schutz der Privatsphäre Betroffener dienen.

Erweiterte Möglichkeiten der Einwirkung auf das Verhalten anderer Staaten eröffnet der Abschluss völkerrechtlicher Verträge.¹²¹ So können im Rahmen der Aushandlung internationaler Abkommen Datenschutzfragen thematisiert und zum Gegenstand gemacht werden.¹²² Wird vertraglich ein Austausch von Daten vereinbart, so fordert die Schutzpflicht für die Privatsphäre bereits *de lege lata* als Kooperationsbedingung, dass

116 *Schmahl* (Fn. 54), S. 220.

117 Zu einem indirekten Vorgehen gegen die europäischen (und damit der EMRK unterliegenden) oder privaten „Helfer“ der Überwachung durch den NSA *Pöschl* (Fn. 19), S. 440 ff.

118 *Dieter Fleck*, Individual and State Responsibility for Intelligence Gathering, *Michigan Journal of International Law* 28 (2007), S. 687-709 (688 ff.); *Schaller* (Fn. 55), S. 11 f.; *Ewer/Thienel* (Fn. 115), S. 31; *Aust* (Fn. 66), S. 378 ff.

119 *Simon Chesterman*, The Spy Who Came in from the Cold War: Intelligence and International Law, *Michigan Journal of International Law* 27 (2006), S. 1071-1130 (1081 f.); *Ewer/Thienel* (Fn. 115), S. 31; *Aust* (Fn. 66), S. 381. Vgl. allgemein als *locus classicus* StIGH, *Case of the S.S. Lotus (Frankreich ./. Türkei)*, PCIJ Series A No. 10, S. 18: „[T]he first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State.“

120 *Quincy Wright*, Espionage and the Doctrine of Non-Intervention, in: Roland J. Stanger (Hrsg.), *Espionage and International Law*, Columbus 1962, S. 3-28 (12 f.); *Ingrid Deter Delupis*, Foreign Warships and Immunity for Espionage, *American Journal of International Law (AJIL)* 78 (1984), S. 53-75 (67 Fn. 98); *Bruno Simma/Klaus Volk*, Der Spion, der in die Kälte kam – Zur BGH-Entscheidung über die Strafbarkeit von DDR-Spionen, *NJW* 1991, S. 871-875 (871 f.); *John Kish*, International Law and Espionage (Hrsg. von David Turns), Den Haag 1995, S. 88; *Fleck* (Fn. 118), S. 692f.; *Ewer/Thienel* (Fn. 115), S. 31; a.A. *Satish Sule*, Spionage: Völkerrechtliche, nationalrechtliche und europarechtliche Bewertung staatlicher Spionagehandlungen unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsspionage, Baden-Baden 2006, S. 84f., 88 f.

121 *Weichert* (Fn. 25), S. 131 ff.; *Hoffmann-Riem* (Fn. 73), S. 61. Allgemein von *Arnauld* (Fn. 82), S. 74 ff. Im Rahmen internationaler Organisationen gebietet die Pflicht zum Schutz der digitalen Privatsphäre jedem Staat indes, auf menschenrechtskonforme Beschlüsse hinzuwirken: ebd., S. 77 ff. Vertiefend *Sinthiou Buszewski/Henner Gött*, Avoiding Kadi – ‚Pre-emptive Compliance‘ with Human Rights when Imposing Targeted Sanctions, *German Yearbook of International Law (GYIL)* 57 (2014), S. 507-540.

122 *Schmahl* (Fn. 54), S. 226 führt das Beispiel des SWIFT-Abkommens von 2010 an.

im Zielstaat ein im Wesentlichen vergleichbares Datenschutzniveau existieren muss;¹²³ ansonsten ist – wie im Verhältnis zwischen der EU und den USA – durch gesonderte Vereinbarungen ein angemessener Datenschutz sicherzustellen.¹²⁴ Schon gar nicht dürfen Staaten die grenzüberschreitende Behördenkooperation dazu nutzen, eigene Bindungen zu umgehen, indem sie Daten ausländischer Dienste übernehmen, die sie selbst nicht erheben dürften. Eine Verrechtlichung der Tätigkeit von Nachrichtendiensten auf internationaler Ebene dürfte freilich wenig aussichtsreich sein; zu attraktiv ist es für jeden Staat, seinen Diensten die „Beinfreiheit“ zu bewahren.¹²⁵ Mehr Erfolg verspricht der Abschluss von No-Spy-Abkommen. Wenn aber die „Five Eyes“ zu „Six Eyes“ erweitert werden, ist dies keine Lösung zum globalen Schutz der Privatsphäre; vielmehr behandelt eine solche Lösung den Datenschutz als Clubgut.

bb) Gegenüber privaten Akteuren

(1) Ansätze für einen Normbildungsprozess

Gegenüber Datensammlung und Datennutzung privater Akteure sollten Staaten in einer Regulierungspflicht stehen.¹²⁶ Weitgehend geklärt ist dies für den innerstaatlichen Kontext.¹²⁷ Für die auswärtigen Aktivitäten heimischer Unternehmen dürfte eine solche Pflicht gegenwärtig im Völkerrecht allerdings noch nicht etabliert sein.¹²⁸ Die UN-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten (2011) fordern lediglich, Heimatstaaten „sollten“ gegenüber Wirtschaftsunternehmen eine „Erwartung klar zum Ausdruck bringen“, dass Menschenrechtsstandards zu achten sind.¹²⁹ Und so trägt in dieser Hinsicht auch die Resolution der UN-Generalversammlung zum „Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter“ alle Züge eines Formelkompromisses; sie ruft die Staaten u.a. dazu auf, ihre nationale Gesetzgebung auch in Bezug auf Rechtsverletzungen durch Dritte an die internationalen menschenrechtlichen Verpflichtungen anzupassen.¹³⁰ Was Inhalt dieser Verpflichtungen ist, ist gerade die Frage. Zugleich jedoch öffnet die Resolution ein Fenster für das erwähnte realistisch-utopische Projekt. Die nachhaltige Empörung über die Sammelpolitik von *Facebook*, *Google & Co*¹³¹ ebenso

123 *Peters* (Fn. 85), unter Hinweis auf EGMR, Urteil v. 18.2.1999, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich*, 24833/94, ECHR 1999-I, 251 („keine Flucht ins Völkerrecht“). Vgl. für Datenweitergabe durch die EU Art. 25 f. Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31. Art. 2 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Europarats-Übereinkommen Nr. 108 bindet die Weitergabe an ein „angemessenes Schutzniveau“. Prinzip 9 der UN Guidelines 1989 (Fn. 62), koppelt den grenzüberschreitenden Datenaustausch an „comparable safeguards for the protection of privacy“.

124 Article 29 Working Party, WP 215 (2014), S. 15 f. Zu den Verhandlungen der EU-Kommission über ein „Data Protection Umbrella Agreement“ mit den USA im Rahmen der Sicherheitskooperation siehe Pressemitteilung: *Rebuilding Trust in EU-U.S. Data Flows*, vom 27.11.2013, IP/13/1166. Kritisch zur Praxis *Peter Schaar*, Lässt sich die globale Internetüberwachung noch bändigen?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 2013, S. 214-216 (215 f.). Auf das zwischenzeitlich ergangene Urteil des EuGH vom 6.10.2015, *Maximilian Schrems ./. Data Protection Commissioner*, C-362/14 EU:C:2015:650, §§ 87 ff., kann hier nur kurz verwiesen werden.

125 Realistisch *Aust* (Fn. 66), S. 403.

126 *Hoffmann-Riem* (Fn. 73), S. 57 (am Maßstab des Grundgesetzes). Vgl. auch Prinzip 8 a) IRPC (Fn. 111).

127 *Marauhn* (Fn. 58), S. 385 ff.; *Pöschl* (Fn. 19), S. 413 ff. – jeweils m.w.N.

128 *Marauhn* (Fn. 58), S. 392 f. Weitergehend *Kanalan* (Fn. 80), S. 516 ff.

129 UN-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten von 2011 (Fn. 47), Nr. 2 mit Kommentar.

130 The right to privacy in the digital age, A/RES/68/167 (Fn. 62), para. 4 (b).

131 Zur Funktion der „colère publique“ für die Normentstehung *Emile Durkheim*, *De la division du travail social* (1893), 12. Aufl. Paris 1960, S. 35 ff.

wie die Vorbildwirkung des EU-Datenschutzrechts für eine beträchtliche Zahl von Nicht-EU-Staaten¹³² könnten einen Normbildungsprozess auch auf internationaler Ebene fördern.¹³³ Am Ende dieses Prozesses könnte eine menschenrechtliche Ausprägung einer allgemeinen völkerrechtlichen *no-harm rule* stehen.¹³⁴

Wo und solange eine menschenrechtliche Schutzpflicht noch nicht als Hebel greift, sollten *best practices* vereinbart werden.¹³⁵ Wie weiche Standards zur Ausfüllung rechtlicher Sorgfaltspflichten im zwischenstaatlichen Verhältnis genutzt werden können, hat die Meeresbodenkammer des Internationalen Seegerichtshofs in ihrem Gutachten vom Februar 2011 gezeigt: Sie hat dort die Rechtsfigur der „due diligence“ als wandlungsfähiges Konzept charakterisiert, das durch neue Erkenntnisse und Standards beeinflusst wird¹³⁶ – und damit einer Auslegung im Lichte für sich genommen unverbindlicher Normen offen steht.¹³⁷ Was international als „angemessene Sorgfalt“ bei der Verhütung grenzüberschreitender Rechtsverletzungen anzusehen ist, muss nicht auf wissenschaftliche Standards beschränkt bleiben, sondern kann sich auch auf Mindeststandards der Wirtschaftsregulierung beziehen.

(2) Inhalte möglicher Datenschutzbestimmungen

Wo liegen die inhaltlichen Problemzonen des Schutzes der Privatsphäre gegenüber privaten Internetdiensteanbietern? Vor allem in der Erosion eines Kernelements des Datenschutzrechts zwischen Privaten: des Prinzips der Einwilligung. Unter den Bedingungen von „Big Data“ ist für den Nutzer kaum überschaubar, wofür er seine Einwilligung

132 *Graham Greenleaf*, The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108, *International Data Privacy Law* 2 (2012), S. 68-92. In einer neueren Studie – Shehrezade and the 101 Data Privacy Laws: Origins, Significance and Global Trajectories, *Journal of Law, Information & Science* 23 (2014), Heft 1 (elektronische Vorabveröffentlichung, EAP) – berichtet *Greenleaf* von inzwischen über 100 Staaten mit Datenschutzgesetzen und sieht die USA mit ihrer Haltung zum Datenschutz zunehmend in der Isolation („American exceptionalism and increasing isolation“, S. EAP 35 f.).

133 *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 123, 169 ff.

134 Vgl. grundlegend IGH, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland / Albania)*, Merits, 9.4.1949, ICJ Rep. 1949, 4 (22) („every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States“). Gewohnheitsrechtlich etabliert ist diese Regel seit langem in Bezug auf den Schutz der Sicherheit fremder Staatsbürger und Repräsentanten fremder Staaten; auf den Schutz der Sicherheit anderer Staaten; auf den Schutz vor grenzüberschreitenden Umweltschäden: *Riccardo Pisillo Mazzeschi*, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, *GYIL* 35 (1993), S. 9-51. Zu einer hierüber hinausreichenden allgemeinen *no-harm rule* vertiefend *Jelena Bäuml*, Das Schädigungsverbot im Völkerrecht: Eine Untersuchung anhand des Umwelt-, Welthandels-, und Finanzvölkerrechts, Heidelberg 2016 (i.V.).

135 *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 123; *Schaller* (Fn. 55), S. 6. Zu *soft law* als möglichem Weg zur Annäherung US-amerikanischer und europäischer Positionen *Bennett* (Fn. 52), S. 193.

136 ISGH (Meeresbodenkammer), *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1.2.2011, Case no. 17, § 117. Näher *Yoshifumi Tanaka*, Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 73 (2013), S. 139-175 (161 ff.).

137 Für eine „Aufladung“ des Standards der *due diligence* im Fall von Cyberangriffen in Anlehnung an das Umweltvölkerrecht auch *Thilo Marauhn*, Customary Rules of International Environmental Law: Can they Provide Guidance for Developing a Peacetime Regime for Cyberspace?, in: Katharina Ziolkowski (Hrsg.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace: International Law, International Relations and Diplomacy*, Tallinn 2013, S. 465-484; *Heike Krieger*, Krieg gegen anonymous: Völkerrechtliche Regelungsmöglichkeiten bei unsicherer Zurechnung im Cyberwar, *AVR* 50 (2012) 1, S. 1–20 (5 ff., 16 ff.); *Schaller* (Fn. 55), S. 23 f.

erteilt:¹³⁸ Was die Kombination der gespeicherten Daten über ihn aussagt, zu welchem Zweck die Daten gesammelt, verarbeitet und weitergeleitet werden, ob und wann diese wieder gelöscht werden (und ob dies auch auf die weitergeleiteten Daten zutrifft) – das alles weiß der Nutzer im Regelfall nicht.¹³⁹ Wo Gesetze Datenschutzerklärungen vorschreiben, wird das Ziel des „free and informed consent“ nicht selten dadurch unterlaufen, dass eine seitenlange Erklärung in einer kaum lesbaren typographischen Gestaltung (z.B. durchgängig in Großbuchstaben) daherkommt.¹⁴⁰ Üblicherweise vertraut der Nutzer darauf, dass im Großen und Ganzen schon alles in Ordnung sein werde und nimmt für den unmittelbaren Nutzen mögliche künftige Nachteile – die überdies diffus bleiben – in Kauf.¹⁴¹ Verschärfend hinzu tritt die faktische Monopolstellung einiger Anbieter: Niemand wird einem sozialen Netzwerk beitreten, in dem er kaum Leute findet, mit denen er sich vernetzen will.¹⁴²

Als Abhilfe bietet sich an, die Qualität der Einwilligung zu heben.¹⁴³ Hierzu gehören vor allem datenschutzfreundliche Voreinstellungen, bei denen der Nutzer bestimmte Verwendungen seiner Daten ausdrücklich hinzuwählen kann, statt diese ausschließen zu müssen (*privacy by default*). Denkbar sind auch regelmäßige Abfragen, ob Daten oder Profile weiterhin gespeichert bleiben sollen. Ein anderer Weg führt über gesetzliche Vorgaben, die unabhängig von einer Einwilligung Betroffener z.B. zur Datensparsamkeit anhalten und die Weitergabe an Dritte begrenzen.¹⁴⁴ Auch im Verhältnis zwischen Privaten wirft „Big Data“ ernste Fragen auf: mit Blick auf sensible oder intime Daten etwa und mit Blick auf die Weitergabe von Daten.

Im Interesse eines effektiven Schutzes vor Missbrauch und Umgehung muss dabei – parallelen Entwicklungen im Umweltrecht nicht unähnlich – das traditionell verhaltensbezogene Datenschutzrecht ergänzt werden um ein genuines Technikrecht, das den Einsatz von PET (*Privacy-Enhancing Technologies*) vorschreibt und bereits im Prozess

138 Article 29 Working Party/Working Party on Police and Justice, The Future of Privacy: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data, 02356/09/EN, WP 168 v. 1.12.2009, § 67; UNHCHR, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37 (Fn. 28), § 18.

139 Edwards (Fn. 18), S. 479 f.

140 Eine 2008 in den USA veröffentlichte Studie ergab, dass die Lektüre sämtlicher Datenschutzbestimmungen der von ihm besuchten unterschiedlichen Websites den Durchschnittsnutzer jährlich über 200 Stunden kosten würde: Aleecia M. McDonald/Lorrie Faith Cranor, The Cost of Reading Privacy Policies, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 4 (2008), S. 540-565 (562), mit deutlicher Kritik am US-amerikanischen Modell der Selbstregulierung.

141 Edwards (Fn. 18), S. 481 ff.

142 Indra Spiecker genannt Döhmann, Kommunikation als Herausforderung: Neue Wege im Datenschutz sozialer Netzwerke, Anwaltsblatt 2011, S. 256-258. Dem soll ein Recht auf Datenübertragbarkeit (*data portability*) entgegenwirken, das den Wechsel von einem sozialen Netzwerk zu einem anderen unter Mitnahme des eigenen Profils einschließlich der Kontakte ermöglichen soll, vgl. Art. 18 des Kommissions-Entwurfs zur Datenschutz-Grundverordnung vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig. Dazu auch Edwards (Fn. 18), S. 484; Ian Brown, Keeping Our Secrets? Designing Internet Technologies for the Public Good, EHRLR 2014, S. 369-377 (376). Ferner Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates, CM/Rec(2014)6 (Fn. 95), Begründung § 77.

143 Article 29 Working Party/Working Party on Police and Justice, WP 168 (2009), §§ 65 ff.; Prinzip 8 b) IRPC (Fn. 111); Europarat, Empfehlung CM/Rec(2012)4 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten vom 4.4.2012 über den Schutz der Menschenrechte in Bezug auf soziale Netzwerke; Europarat, CM/Rec(2014)6 (Fn. 95), Begründung, § 76; Edwards (Fn. 18), S. 483 f.; Matthias Bäcker, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Staat 51 (2012), S. 91-116 (105 ff., 111 ff.); Masing (Fn. 23), S. 2308.

144 Article 29 Working Party/Working Party on Police and Justice, WP 168 (2009), §§ 72 ff.; Masing (Fn. 23), S. 2309 f. m.w.N.

der Produktentwicklung dazu verpflichtet, Vorgaben des Datenschutzes zu programmieren (*privacy by design*).¹⁴⁵ Durch entsprechende Programmierung kann sichergestellt werden, dass bestimmte Daten gar nicht erst anfallen oder für eine Kombination mit anderen Daten zum Zweck der Erstellung von Profilen ausscheiden.

(3) Extraterritoriale Wirkungen nationaler Datenschutzbestimmungen

Über die Optimierung von Einwilligungslösungen ließe sich vermutlich ein transatlantischer Konsens erzielen.¹⁴⁶ Bei der Frage dagegen, wann unabhängig von einer Einwilligung bestimmte Formen der Sammlung oder Verwendung von Daten unzulässig sein soll, dürfte international weniger Einigkeit herrschen.¹⁴⁷ Dass dies zu rechtlichen Friktionen führen kann, wenn ein ausländischer Internetdienstleister in einem Staat mit höheren Datenschutzstandards tätig werden will, hat jüngst das *Google-Urteil* des EuGH vorgeführt.¹⁴⁸ Der Gerichtshof hat hier Art. 4 Abs. 1 lit. a der EG-Datenschutzrichtlinie¹⁴⁹, der auf Datenverarbeitung *im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung* in einem EU-Mitgliedstaat abstellt, weit ausgelegt.¹⁵⁰ *Google* hatte vorgetragen, die Datenverarbeitung erfolge in den USA, *Google Spain* habe allein die Aufgabe, den Konzern auf dem Gebiet der Werbung zu unterstützen; der EuGH jedoch erachtete beide Tätigkeiten für „untrennbar miteinander verbunden“.

Ist dies Ausdruck eines europäischen Datenschutzimperialismus? Wenn man den Datenschutz innerhalb der EU ernst nimmt, ist keine andere Entscheidung möglich; wesentliches Argument des EuGH ist die Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen, lies: die Gefahr einer Umgehung, wie sie im Internet durch Leitung der Datenströme technisch leicht möglich ist.¹⁵¹ Dass das EU-Datenschutzrecht extraterritoriale Wirkungen¹⁵² zeitigt, ist nicht einer Ausdehnung des Regelungsanspruchs der EU geschul-

145 Article 29 Working Party/Working Party on Police and Justice, WP 168 (2009), §§ 41 ff. Zum Überblick *Brown* (Fn. 142), S. 369-377; ferner *Edwards* (Fn. 18), S. 483 f., 486; *Edwards/Hatcher* (Fn. 20), S. 542 f. Eingehend *Seda Gürses/Carmela Troncoso/Claudia Diaz*, Engineering Privacy by Design, Konferenzpapier (Computers, Privacy & Data Protection 2011): <https://www.cosic.esat.kuleuven.be/publications/article-1542.pdf>.

146 Vgl. Executive Office of the President, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, May 2014, S. 54.

147 *Dan Jerker B. Svantesson*, The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law: Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Business, *Stanford Journal of International Law* 50 (2014), S. 53-102 (56 ff.).

148 EuGH, Urteil vom 13.5.2014, *Google Spain SL und Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González*, C-131/12, EU:C:2014:317, zum Folgenden §§ 50 ff. – Im Interesse einer thematischen Beschränkung bleibt hier die im *Google-Urteil* zentrale Frage nach den Grenzen unerwünschter Publizität ausgeklammert. Zu dem „Recht auf Vergessenwerden“ etwa *Volker Boehme-Neßler*, Das Recht auf Vergessenwerden: Ein neues Internet-Grundrecht im Europäischen Recht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2014, S. 825-830; *Elizabeth Kelsey*, *Google Spain SL and Google Inc v AEPD and Mario Costeja González*: Protection of Personal Data, Freedom of Information and the „Right to be Forgotten“, *European Human Rights Law Review* 19 (2014), S. 395-400; *Norbert Nolte*, Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?, *NJW* 2014, S. 2238-2242; *Gerald Spindler*, Durchbruch für ein Recht auf Vergessen(werden)? – Die Entscheidung des EuGH in Sachen *Google Spain* und ihre Auswirkungen auf das Datenschutz- und Zivilrecht, *JZ* 2014, S. 981-991.

149 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, *ABl. L* 281/31.

150 Kritische Würdigung der Richtlinie bei *Svantesson* (Fn. 147), S. 62 ff.

151 EuGH, Urteil v. 13.5.2014, *Google Spain u.a.*, C-131/12, EU:C:2014:317, §§ 54 ff.

152 *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 122.

det, sondern Folge der technischen Entwicklung.¹⁵³ Die *prescriptive jurisdiction* gründet sich hier auf vertraute Prinzipien: Art. 4 Abs. 1 lit. a knüpft den Anspruch, auch transnationale Sachverhalte zu erfassen, an eine Datenverarbeitung, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit einer Niederlassung im EU-Gebiet steht – und stützt sich damit letztlich auf das Territorialitätsprinzip.¹⁵⁴ Der EuGH nimmt für die Union außerdem keine extraterritoriale *jurisdiction to enforce* in Anspruch; vielmehr setzt er lediglich die Zugangsbedingungen zum EU-Binnenmarkt durch.¹⁵⁵ Wer im Gebiet der EU Internetdienstleistungen anbieten will, muss sich an die innerhalb der Union geltenden Datenschutzbestimmungen halten.¹⁵⁶ Ist ihm der Preis zu hoch, ist ein *dis-targeting* von IP-Adressen aus EU-Mitgliedstaaten technisch heute ohne Weiteres möglich.¹⁵⁷ Die delokalisierte Kommunikation im Internet wird auf diese Weise relokalisiert.¹⁵⁸

Wo völkerrechtlich ein Recht auf Marktzugang garantiert ist (etwa im Rahmen der WTO oder in bilateralen Handels- und Investitionsabkommen), kann eine solche Durchsetzung der eigenen Datenschutzbestimmungen gerechtfertigt sein, sofern sie das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahrt.¹⁵⁹ Hier wird eine Differenzierung nach dem Inhalt der jeweiligen Bestimmung erforderlich:¹⁶⁰ Sofern es darum geht, bestimmte Daten von Kunden aus dem EU-Gebiet nicht zu erheben oder bestimmte Verwendungen zu unterlassen, kann dies dem Anbieter in angemessenem Umfang zugemutet werden – auch, seinen „Code“ diesen Normen anzupassen. Dasselbe gilt für Auskunfts-

153 Svantesson (Fn. 147), S. 94.

154 Svantesson (Fn. 147), S. 84. Vgl. auch Article 29 Working Party, Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites, 5035/01/EN/Final, WP 56 v. 30.5.2002, S. 7. – Der Kommissions-Entwurf zur Datenschutz-Grundverordnung vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig, erstreckt in Art. 3 Abs. 2 den Anwendungsbereich auch auf die Verarbeitung personenbezogener Daten „von in der Union ansässigen betroffenen Personen durch einen nicht in der Union niedergelassenen für die Verarbeitung Verantwortlichen, wenn die Datenverarbeitung a) dazu dient, diesen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, oder b) der Beobachtung ihres Verhaltens dient.“ Dass die Jurisdiktion hier auf das kontroversere Schutzprinzip gegründet wird – kritische Würdigung bei Svantesson (Fn. 147), S. 68 ff. –, findet seine Rechtfertigung in der Schutzpflichtendimension des globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre, das letztlich auch den Heimatstaat des betreffenden Unternehmens in die Pflicht nimmt.

155 Svantesson (Fn. 147), S. 98 ff. spricht hier plastisch (und drastisch) von „marktzerstörenden Mechanismen“, die sich auf die staatliche bzw. unionale „Marktsouveränität“ gründen.

156 Vgl., *mutatis mutandis*, Goldsmith (Fn. 44), S. 145.

157 Svantesson (Fn. 147), S. 99 f. Siehe auch Goldsmith (Fn. 44), S. 140 ff. Im Bereich des Schutzes von Urheber- und Leistungsschutzrechten findet dies schon seit längerem vermehrt Anwendung. Es dürfte nicht zu weit gehen zu vermuten, dass der Umstand, dass es beim Datenschutz um nicht-kommerzielle Interessen geht, zu den Ursachen dieser Ungleichzeitigkeit rechnet.

158 Kurbalija (Fn. 37), S. 107; Pollicino/Bassini (Fn. 1), S. 361. Die „Regionalisierung“ des Internet ist als Strategie nicht unvereinbar mit dem Bemühen um eine Harmonisierung von Standards (so aber wohl Uta Kohl, Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence over Online Activity, Cambridge 2007, S. 253 ff., 278 ff.). Vielmehr sollten beide Wege beschritten werden, um Exzesse der Regionalisierung oder Harmonisierung zu vermeiden.

159 Art. XIV GATS gestattet in lit. c (ii) ausdrücklich dem Grunde nach mitgliedstaatliche Regelungen zum Datenschutz. Näher Carla L. Reyes, WTO-Compliant Protection of Fundamental Rights: Lessons from the EU Privacy Directive, Melbourne Journal of International Law 12 (2011), S. 141-176; Diane A. MacDonald/Christine M. Streatfeild, Personal Data Privacy and the WTO, Houston Journal of International Law 36 (2014), S. 625-653. Vgl. auch zur Beschränkung von Internet-Dienstleistungen, *mutatis mutandis*, WTO, Appellate Body, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – gambling), DS 285, Bericht vom 7.4.2005, §§ 291 ff.

160 Vertiefend Dan Jerker B. Svantesson, A „layered approach“ to the extraterritoriality of data privacy laws, International Data Privacy Law 3 (2013), S. 278-286.

Löschungs- und Berichtigungsansprüche Betroffener. Regelmäßig unverhältnismäßig dürften dagegen Vorschriften in Bezug auf die Binnenorganisation von ausländischen Unternehmen sein, etwa die Vorschrift, einen unabhängigen Datenschutzbeauftragten zu ernennen.¹⁶¹ Bei der Feststellung der Angemessenheit gilt es eben auch zu berücksichtigen, dass das Unternehmen mit beiden Beinen in verschiedenen Rechtsordnungen steht. Die Suche nach einem verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Recht auf Marktzugang und den Erfordernissen des Datenschutzes wird auf diese Weise indirekt zugleich zum Ort der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen konkurrierenden Jurisdiktionen in Internet-Sachverhalten.¹⁶²

c) *Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs*

Selbstverständlich gibt es legitime wirtschaftliche Interessen von Diensteanbietern im Internet, die das Sammeln von Kundendaten rechtfertigen können. Kostenlose Dienste von *Facebook*, *Google*, *YouTube*, *Flickr*, *WhatsApp* oder *Skype* werden über Werbeeinnahmen finanziert; daran ist nichts Verwerfliches.¹⁶³ Auch Staaten verfolgen legitime Interessen, vor allem Sicherheitsinteressen. Die Frage ist nur, wo wir die Grenze ziehen. In jüngerer Zeit scheint sie sich allzu einseitig zu Lasten der Privatheit am technisch Machbaren orientiert zu haben, sowohl hinsichtlich staatlicher Überwachung als auch hinsichtlich des privaten *data-mining*. Aus diesem Grunde gilt es momentan vor allem, dem Schutz der Privatsphäre im Internet größeres Gewicht einzuräumen. Dass dies möglich ist und auch keinen grundlegenden Umbau des Völkerrechts erfordert, ist – hoffentlich – deutlich geworden.¹⁶⁴ Die Legende vom unbeherrschbaren Cyberspace blendet aus, dass die staatliche Jurisdiktion sich auch auf transnationale Sachverhalte erstrecken kann und dass der technologische Fortschritt es längst möglich macht, über Geo-Lokalisation Informationen und Daten im Netz zu verorten.¹⁶⁵ Ein behutsamer und ausgewogener Unilateralismus – vor allem seitens der EU und ihrer Mitgliedstaaten¹⁶⁶ – vermag hier einen wichtigen Impuls zur Etablierung eines dringend benötigten *globalen* Rechts auf eine digitale Privatsphäre zu geben.

161 Dies jedenfalls dann, wenn das Unternehmen keine Niederlassung im Inland unterhält; hier kämen andere Formen des internen Datenschutzmonitoring in Betracht, um eine Beachtung der verbindlichen Standards zu gewährleisten. Die Beispiele entsprechen den drei „Schichten“ (*layers*), die *Svantesson* (Fn. 160), S. 280 ff. unterscheidet: *abuse-prevention layer*; *rights layer*; *administrative layer*.

162 Eine solche Verquickung materiell-rechtlicher Standards mit der Abgrenzung von Jurisdiktionen mag aus Sicht der traditionellen Grundsätze des Internationalen Privatrechts unorthodox erscheinen. Vgl. dazu *Svantesson* (Fn. 147), S. 97: „Complicating matters further, at least in the context of semi-public/semi-private fields such as data privacy and consumer protection law, is the difficulty in assessing the validity of an extraterritorial jurisdictional claim without also considering the underlying substantive law. [...] The only way we will be able to deal with the Gordian Knot that is the extraterritorial reach of data privacy laws is if we cut it using a systems approach to private international law that takes into account the relevant substantive law.“

163 *Edwards/Hatcher* (Fn. 20), S. 539; *Masing* (Fn. 23), S. 2307. Siehe auch Article 29 Working Party, Opinion 5/2009 on online social networking, 01189/09/EN, WP 163 v. 12.6.2009, S. 9 f.

164 So auch *Goldsmith* (Fn. 44), S. 136 ff.

165 *Pollicino/Bassini* (Fn. 1), S. 358 ff.

166 *Weichert* (Fn. 25), S. 131, 134. Zu den Möglichkeiten *Franz C. Mayer*, Mit Europarecht gegen die amerikanischen und britischen Abhöraktionen? Teil 1: NSA, Teil 2: GCHQ, 18.11.2013, <http://www.verfassungsblog.de/mit-europarecht-gegen-amerikanischen-und-britischen-abhoeraktionen-teil-1-nsa> und <http://www.verfassungsblog.de/mit-europarecht-gegen-amerikanischen-und-britischen-abhoeraktionen-teil-2-gchq>.

IV. Auf dem Weg zu einem transnationalen Regime des Privatsphärenschutzes

Bei dem Versuch, das Internet rechtlich zu fassen, verschwimmen die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht.¹⁶⁷ Das Recht für die Cyberwelt erscheint damit als Referenzgebiet *par excellence* für ein „transnationales Recht“ im Sinne *Philip Jessups*¹⁶⁸. Zugleich aber behält auch die Differenzierung zwischen öffentlichen (staatlichen, supranationalen) und privaten Akteuren ihre Berechtigung,¹⁶⁹ zumindest solange und soweit das Völkerrecht Private nicht direkt adressiert und insbesondere nicht als Träger menschenrechtlicher Pflichten anerkennt.

Im Geflecht der Akteure haben – erstens – Staaten (sowie die EU) in jüngster Zeit ihren Anspruch klar unterstrichen, die Kommunikation im Netz zu relokalisieren. Eine zentrale Rolle spielen sie nicht bloß als Adressaten eines Abwehrrechts; vor allem sind sie aufgerufen, sich schützend für Menschen auf ihrem Hoheitsgebiet einzusetzen, aber auch Menschenrechtsverletzungen durch auswärtiges Handeln ihrer heimischen Unternehmen zu unterbinden.¹⁷⁰ In seiner emergenten Schutzpflichtendimension verlangt das Recht auf eine digitale Privatsphäre den Erlass von Datenschutzbestimmungen ebenso wie die Bereitschaft, diese auch gegenüber auswärtigen Akteuren durchzusetzen. Als Gesetzgeber in einem durch Vernetzung unvermeidlich internationalen Umfeld besitzen Staaten eine wichtige Funktion als Normunternehmer auch für die völkerrechtliche Ebene.¹⁷¹ Durch weitere Vernetzung von Datenschutzbeauftragten nach dem Vorbild der Artikel-29-Arbeitsgruppe der EU kann diese legislative Funktion beratend und ausgestaltend begleitet werden.¹⁷²

Internationale Organisationen – zweitens – haben ebenfalls einen bedeutsamen Part im Konzert der Akteure.¹⁷³ Vor allem den Vereinten Nationen kommt die wichtige Aufgabe zu, den Normbildungsprozess bezüglich des globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre zu unterstützen. Diesen hat die UNO mit der Resolution vom Dezember 2013 und dem Bericht des UNHCHR in vielversprechender Weise begonnen; der UN-Menschenrechtsausschuss wird in den Prozess einzubinden sein.¹⁷⁴ Als ein Forum zur glo-

167 Vgl. *Taubman* (Fn. 4), S. 14 ff., 28 f.; *Uerpman-Witzack* (Fn. 42), S. 282.

168 Klassisch *Philip C. Jessup*, *Transnational Law*, New Haven 1956. Zum Internetrecht als transnationales Recht *Christian Tietje/Karsten Nowrot*, *Das Internet im Fokus des transnationalen Wirtschaftsrechts: Normative Ordnungsstrukturen für den E-Commerce*, AVR 47 (2009), S. 328-366 (331 f.).

169 Am Beispiel des deutschen und europäischen Datenschutzrechts auch *Masing* (Fn. 23), S. 2306, 2310 (mit Kritik an der zu wenig differenzierten Zusammenführung des öffentlichen und des privaten Datenschutzrechts im EU-Sekundärrecht).

170 *Hobe* (Fn. 85), Rn. 43.

171 *Maurer* (Fn. 13), S. 47; *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 169 ff. Zum Konzept des „Normunternehmers“ (*norm entrepreneur*) *Martha Finnemore/Kathryn Sikkink*, *International Norm Dynamics and Political Change*, *International Organization* 52 (1998), S. 894-905 (895).

172 Article 29 Working Party/Working Party on Police and Justice, WP 168 (2009), §§ 94 ff.

173 Die Gründung einer Internet-Weltorganisation allerdings erscheint angesichts des selbstbewusst erhobenen Regelungsanspruchs der Staaten derzeit mehr als unwahrscheinlich: *Pollicino/Bassini* (Fn. 1), S. 362, 373; *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 182. Sie wäre auch, zumindest als kompetenziell starke Institution, nicht wünschenswert, weil sie Gefahr liefe, sich zu einer Freiheitsbedrohung zu entwickeln: *Mayer* (Fn. 8), S. 511 f.

174 Die *American Civil Liberties Union* hat zuletzt im Februar 2015 angeregt, einen neuen General Comment zu Art. 17 IPBPR zu erarbeiten: *Informational Privacy in the Digital Age: A Proposal to Update General Comment 16 (Right to Privacy) to the International Covenant on Civil and Political Rights*, New York 2015: https://www.aclu.org/files/assets/informational_privacy_in_the_digital_age_final.pdf.

balen Diskussion über Internet-Governance hat sich i.Ü. in jüngster Zeit die ITU mit den *World Conferences on International Telecommunication* (WCIT) neu zu etablieren versucht.¹⁷⁵ Mit dem Verlauf der Gespräche mag nicht jeder zufrieden sein; manche sprechen von einem neuen „digitalen Graben“ zwischen Freiheitsfreunden und Kontrolleuren.¹⁷⁶ Ein globales Forum bleibt jedenfalls nötig.¹⁷⁷ Möglicherweise ist das 2006 von den Vereinten Nationen mandatierte und Ende 2010 von der Generalversammlung verlängerte¹⁷⁸ *Internet Governance Forum* (IGF) der geeignetere Ort hierfür: weil es weniger einem paternalistischen *soupçon* begegnet als die insoweit vorbelastete ITU, und weil es von Anfang an als ein Forum ins Leben gerufen wurde, auf dem sich Staatenvertreter mit Vertretern der Netzwirtschaft und der Zivilgesellschaft begegnen.¹⁷⁹

Damit endlich sind wir bei der Rolle privater Akteure angelangt: Die Cyberwelt lebt von deren Kreativität und Spontaneität. Sie lebt von privaten Impulsen zu immer neuen technischen und ökonomischen Innovationen.¹⁸⁰ Aus diesem Grunde würde ein Ansatz, der allein auf Regulierung durch Staaten und internationale Regierungsorganisationen setzt, das Internet seiner Eigenart und seines gesellschaftlichen Potenzials berauben.¹⁸¹ Im Rahmen der rechtlichen Ordnung des Cyberspace ist daher die Einbeziehung von Vertretern der „Netzgemeinschaft“ – kommerziellen Anbietern und zivilgesellschaftlichen Akteuren – essentiell. Man kann hier von der erneuerten Debatte über transnationales Recht¹⁸² lernen. Ein *multi-stakeholder setting* wie im Inter-

175 *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 134 ff., 140 ff.

176 *Larry Downes*, Requiem for Failed UN Telecom Treaty: No One Mourns the WCIT, *Forbes* (17.12.2012), <http://www.forbes.com/sites/larrydownes/2012/12/17/no-one-mourns-the-wcit/>. Optimistischer *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 169 ff. – An dieser Stelle soll keine Prognose über die weitere Entwicklung der ITU im Bereich der Internet-Governance gewagt werden.

177 *Finnemore/Sikkink* (Fn. 171), S. 896: Normen benötigen in der Phase der Emergenz die Unterstützung durch Normunternehmer und eine organisatorische Plattform. Zur UNO als Plattform für die Etablierung von Normen der Internet-Governance *Maurer* (Fn. 13), S. 11, 47 ff.

178 UN-Generalversammlung, A/RES/65/141 vom 20.12.2010, Information and communications technologies for Development, § 17.

179 Anmerkung des Verfassers: Der Hinweis auf das IGF reagiert auf die Diskussion des Referats und wurde nicht mündlich vorgetragen.

180 Insoweit übereinstimmend *Wolfgang H. Reinicke/Francis Deng*, *Critical Choices: The United Nations, Networks, and the Future of Global Governance*, Ottawa 2000, S. 4. Vgl. auch WSIS Declaration of Principles (2003), Art. 49 lit. b: „The private sector has had and should continue to have an important role in the development of the Internet, both in the technical and economic fields“.

181 Vgl. *Masing* (Fn. 23), S. 2307: privates Sammeln von Daten als Freiheitsgebrauch; Beschränkungen „können nicht gleichen Bestimmtheitsanforderungen unterliegen, müssen der Spontaneität privater Akteure Rechnung tragen, möglichst weite Gestaltungsräume offen halten und auslegungs- und entwicklungsfähig sein. [...] Privaten kann nicht schon grundsätzlich vorgeschrieben werden, für welche Zwecke genau sie sich für welche Daten interessieren dürfen, und schon gar nicht kann jede Zweckänderung und Weiterleitung von Daten an Dritte einem Gesetzesvorbehalt unterliegen.“ Allerdings befürwortet *Masing* wohl besondere Regeln für große transnational agierende Unternehmen, vgl. S. 2308, 2310.

182 Siehe etwa *Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot* (Hrsg.), *Philip C. Jessup's Transnational Law Revisited: On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, Halle/Saale 2006; *Mireille Delmas-Marty*, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford 2009; *Pieter H. F. Bekker/Rudolf Dolzer/Michael Waibel* (Hrsg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge 2010; *Günther Handl/Joachim Zekoll/Peer Zumbansen* (Hrsg.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden 2012; *Gregory C. Shaffer* (Hrsg.), *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge 2012; *Paulius Jurčys/Poul F. Kjaer/Ren Yatsunami* (Hrsg.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Leiden 2013; *Miguel Maduro/Kaarlo Tuori/Suvi Sankari* (Hrsg.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge 2014.

net¹⁸³ mit verschiedenen kollidierenden, konkurrierenden, aber auch parallelen und gemeinsamen Interessen verlangt nicht nach einem „grand design“¹⁸⁴, sondern nach einer polyzentrischen Regelungskultur.¹⁸⁵ Notwendig ist eine Regelungskultur, in der Regulierung und Selbstregulierung ebenso wie unilaterale, plurilaterale und multilaterale Elemente nicht in Konkurrenz zueinander stehen, sondern interagieren.¹⁸⁶ Dies ist nicht im Sinne eines fluiden informellen Netzwerks zu missdeuten. Ein solches Netzwerk würde letztlich nur eine Konservierung jener Machtstrukturen bewirken, die *Egon Friedell* in dem einleitend referierten Zitat kritisierte. Die Freiheit bedarf auch im „Netz“ der öffentlich-rechtlichen Hegung.¹⁸⁷

Ziel des hier skizzierten interaktiven Normbildungsprozesses muss es sein, die Privatsphäre der Internetnutzer nicht den Interessen an privater Datensammlung und staatlicher Überwachung zu opfern, auch wenn diese im Ansatz legitime Ziele verfolgen. Die Dringlichkeit dieses Anliegens hat das BVerfG in seinem Volkszählungs-Urteil so formuliert:¹⁸⁸

„Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. [...] Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“

Diese Erkenntnis gilt genauso für das Internet, in dem sich heute ein Großteil unserer Kommunikation abspielt – und damit ein Großteil unseres Lebens. Die Cyberwelt ist nicht virtuelle, sondern „reale Realität“. Sie ist es auch für das internationale Recht und für die Wissenschaft vom internationalen Recht.

183 Näher *Urs Gasser/Ryan Budish/Sarah Myers West*, *Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies*, Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, Research Publication No. 2015-1, Cambridge, Mass. 2015.

184 Für einen „case-by-case approach“ auch *Pollicino/Bassini* (Fn. 1), S. 362.

185 *Shackelford/Craig* (Fn. 3), S. 183. Ähnlich *Viktor Mayer-Schönberger*, *The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation*, *Virginia Journal of International Law* 43 (2003), S. 605-673 (652 ff.): „governance mix“. Zum Konzept polyzentrischer Ordnungsmodelle grundlegend *Elinor Ostrom*, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, New York 1990; *dies.*, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton 2005.

186 Vgl. *Kaarlo Tuori*, *Transnational law: on legal hybrids and legal perspectivism*, in: *Maduro/Tuori/Sankari* (Fn. 1), S. 11-57 (54): „[I]t advocates discursive treatment of conflicts of authority, a search for compatible solutions to those conflicts, mutual learning processes and inclusion of the perspective of relevant ‚foreign‘ legal orders‘ in coherence-seeking reconstructions of law.“

187 So zutreffend von *Bernstorff* (Fn. 5), S. 522 ff. Ähnlich der Entwurf einer „konstitutionalisierten“ Ko-Regulierung bei *Christopher T. Marsden*, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge 2011, insb. S. 46 ff., 221 ff. Vgl. auch das Plädoyer von *Uerpmann-Wützack* (Fn. 42), S. 264 ff. für ein Regulierungsmodell mit öffentlich-rechtlicher Gewährleistungsverantwortung. Nach *Ralf Michaels*, *On liberalism and legal pluralism*, in: *Maduro/Tuori/Sankari* (Fn. 1), S. 122-142 (130 ff.), wäre der hier vertretene Ansatz mit den Begriffen „state liberalism“ und „weak legal pluralism“ zu kennzeichnen.

188 BVerfGE 65, 1 (42 f.).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Andreas von Arnould, Walther-Schücking-Institut, Kiel

I. Die Cyberwelt im Wandel der Paradigmen

1. In der Debatte über ein angemessenes Rechtsregime spiegelt sich das jeweils vorherrschende Bild vom Internet. In einer ersten Phase überwog die libertäre Vorstellung von einem staatsfreien Raum unbegrenzter Möglichkeiten, die später durch die Konzeption des Internet als Medium globaler Entwicklung überlagert wurde. Seit einigen Jahren tritt in einer dritten Phase das Thema Sicherheit und Gefahrenabwehr in den Vordergrund der Diskussion.

II. Bedrohungen der Privatsphäre im Internet

2. Die Programme „Prism“ (NSA) und „Tempora“ (GCHQ) zeigen, dass die Überwachung eines großen Teils der weltweiten Internetkommunikation technisch machbar ist und praktiziert wird. Hinzu kommt privates „data-mining“. Vor allem zu Werbezwecken entstehen detaillierte Nutzerprofile, die auf reale Personen bezogen werden können. Auf diese privaten Datenbestände greifen nicht selten Sicherheitsbehörden zu, um für staatliche Datensammlung geltende Beschränkungen zu umgehen.

3. Die Herausforderungen an den Datenschutz sind im Kern vertraut; die Netzkommunikation spitzt viele Probleme bloß zu. Es muss keine neue *lex digitalis* entwickelt werden. Das bestehende Recht muss jedoch an Besonderheiten der Internetkommunikation angepasst werden.

4. Über das Internet kann praktisch von jedem Ort der Welt zeitgleich auf denselben Datensatz zugegriffen werden. Dem steht ein traditionell territorial orientiertes Völkerrecht gegenüber, das Jurisdiktionsräume abzugrenzen und Jurisdiktionskonflikte durch Unterscheidung von *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to enforce* zu entschärfen sucht.

5. *Internet Access Provider* und *Internet Service Provider* haben Zugriff auf eine Unmenge privater und sogar intimer Daten. Trotz mancher Modifikationen der Mediatisierung Privater im Völkerrecht gelingt deren Bindung an Datenschutzstandards letztlich nur über Selbstverpflichtung und staatliche Gesetzgebung.

6. Technische Standards und Programmierungen bestimmen, was im Netz wie kommuniziert werden kann. Die Privatsphäre wird gefährdet, wenn durch Programmierung gezielt Zugriffsmöglichkeiten eröffnet werden. Staatliche Regelungsversuche stoßen hier auf den Wettbewerb der Jurisdiktionen. Außerdem erweist es sich als schwierig, gegen etablierte Codes anzugehen.

III. Mögliche Ansatzpunkte für einen Schutz der Privatsphäre im Internet

1. Ausgangspunkt: ein globales Recht auf eine digitale Privatsphäre

7. Für eine globale Lösung muss ein Ansatzpunkt gefunden werden, der potenziell universelle Reichweite hat, ohne im Einzelnen bereits einheitliche Standards vorauszusetzen. Zugleich muss eine wirksame Durchsetzung auch durch dezentrale Mechanismen möglich sein. Menschenrechtliches „Verfassungsvokabular“ ist nötig, um transnatio-

nale Gefährdungen der Privatsphäre einhegen zu können. Ein globales Recht auf eine digitale Privatsphäre ist eine realistische Utopie, an deren Verwirklichung die Völkerrechtswissenschaft mitwirken sollte. Ein solches Recht findet seine Grundlage u.a. in Art. 17 IPBPR und Art. 8 EMRK. Seine transnationale Wirkung ist allerdings noch nicht vollständig etabliert.

8. Für die Bindung an Menschenrechte ist ein territorialer Nexus eine hinreichende, aber keine notwendige Bedingung. Die Anknüpfung an die Infrastruktur der Internetkommunikation führt zu beliebigen Ergebnissen und lädt zur Umgehung ein. Der technologische Fortschritt erübrigt in weiten Bereichen eine physische Herrschaftsgewalt über Orte oder über Personen. Geboten ist ein funktionaler Ansatz, der auf die Handlungs- und Bewirkungsmacht der Staaten abstellt. Dabei ist zwischen negativen und positiven Pflichten zu unterscheiden. Nur positive Pflichten sind begrenzt durch souveräne Rechte anderer Staaten und an die Kontrolle über Gebiete oder Personen gekoppelt.

9. Es verbietet sich, bei der Überwachung auswärtiger Telekommunikation nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren: wegen der Verankerung des Rechts auf Privatheit in der Menschenwürde – und weil von Ausländern keine per se größere Bedrohung für die Sicherheit des Staates ausgeht.

2. Konkretisierungen: mögliche Regulierungsansätze

a) Negative Pflichten: die Pflicht zur Achtung der digitalen Privatsphäre

10. Einen Eingriff stellt jede Erhebung, Speicherung, Verarbeitung sowie Weitergabe von Daten dar. Eingriffe sind nur auf Grundlage von Gesetzen zulässig, die (i) öffentlich zugänglich sind; (ii) Sammlung, Zugang und Nutzung von Daten an spezifische Zwecke binden; (iii) präzise Bestimmungen über Anlass, Verfahren und Dauer der Überwachung sowie den Kreis der zu überwachenden Personen enthalten; und (iv) effektive Mechanismen gegen Missbrauch vorsehen.

11. Eingriffe sind nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit drängt zu Datensparsamkeit und bereichsspezifischen Regelungen. Strikte Zweckbindung ist unerlässlich und begrenzt auch die Weitergabe von Daten. „Big Data“ ist kein Konzept für Sicherheitsbehörden.

b) Positive Pflichten: die Pflicht zum Schutz der digitalen Privatsphäre

12. Das Recht auf eine digitale Privatsphäre verpflichtet den Staat u.a. dazu, Personen in Gebieten unter seiner Hoheitsgewalt vor Übergriffen Dritter zu schützen. Dabei verfügen Staaten regelmäßig über einen weiten Entscheidungsspielraum, insbesondere im außenpolitischen Bereich.

13. Souveränität und Immunität begrenzen die Reaktionsmöglichkeiten gegenüber anderen Staaten v.a. auf diplomatische Mittel und, sofern eröffnet, Staatenbeschwerden. Soweit sich ein Staat mit seinen Überwachungsmaßnahmen Hoheitsgewalt auf fremdem Staatsgebiet anmaßt, dürfte der betroffene Staat sogar Gegenmaßnahmen ergreifen. Erweiterte Möglichkeiten der Einwirkung eröffnet der Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Bei grenzüberschreitender Datenweitergabe ist auf ein im Wesentlichen vergleichbares Schutzniveau zu achten. Wenig aussichtsreich ist eine stärker-

re Verrechtlichung nachrichtendienstlicher Tätigkeit. No-Spy-Abkommen schließlich behandeln Datenschutz als Clubgut und dienen nicht zur globalen Problemlösung.

14. Gegenüber auswärtigem Handeln heimischer Unternehmen existiert *de lege lata* keine Regulierungspflicht. Öffentliche Empörung und die Vorbildwirkung des EU-Datenschutzrechts könnten aber die Entstehung einer menschenrechtlichen *no-harm rule* fördern. Alternativ (oder begleitend) können *best practices* vereinbart werden. Diese lassen sich zur Ausfüllung zwischenstaatlicher Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten (*due diligence*) heranziehen.

15. Im Verhältnis zwischen Privaten erodiert das Einwilligungsprinzip als Kernelement des Datenschutzrechts. Die Qualität von Einwilligungen lässt sich durch *privacy by default* heben. Wo erforderlich, können gesetzliche Vorgaben unabhängig von einer Einwilligung die Privatsphäre der Nutzer schützen. Das traditionell verhaltensbezogene Datenschutzrecht muss ergänzt werden um ein genuines Technikrecht, das *privacy by design* realisiert. Auch im Verhältnis zwischen Privaten wirft „Big Data“ ernste Fragen auf.

16. Das „Google-Urteil“ des EuGH (C-131/12 vom 13.5.2014) ist nicht Ausdruck eines europäischen Datenschutzimperialismus. Extraterritoriale Wirkungen des EU-Datenschutzrechts sind nicht einer Ausdehnung des Regelungsanspruchs der EU geschuldet, sondern Folge der technischen Entwicklung. Internetdienstleister, die in der EU tätig sind, müssen sich an die innerhalb der Union geltenden Datenschutzbestimmungen halten; ansonsten ist ein „dis-targeting“ von IP-Adressen aus EU-Mitgliedstaaten technisch möglich. Wo EU-Standards ein Recht auf Marktzugang beschränken, ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, dass das Unternehmen mit beiden Beinen in verschiedenen Rechtsordnungen steht. Indirekt wird so zugleich praktische Konkordanz zwischen konkurrierenden Jurisdiktionen hergestellt.

c) Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs

17. Für private und staatliche Datensammlung gibt es legitime Gründe; allerdings gilt es momentan vor allem, dem Schutz der Privatsphäre im Internet größeres Gewicht einzuräumen. Ein behutsamer und ausgewogener Unilateralismus – v.a. seitens der EU und ihrer Mitgliedstaaten – vermag einen wichtigen Impuls zur Etablierung eines globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre zu geben.

IV. Auf dem Weg zu einem transnationalen Regime des Privatsphärenschutzes

18. Durch Verschwimmen der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht eignet sich das Internetrecht als Referenzgebiet für ein „transnationales Recht“. Zugleich behält die Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Akteuren ihre Berechtigung.

19. Staaten sind vor allem aufgerufen, Menschen auf ihrem Hoheitsgebiet vor dem Zugriff auf deren Daten zu schützen und Menschenrechtsverletzungen durch auswärtiges Handeln ihrer heimischen Wirtschaftsunternehmen zu unterbinden. Sie besitzen eine wichtige Funktion auch als Normunternehmer für die völkerrechtliche Ebene. Diese legislative Funktion kann durch weitere Vernetzung von Datenschutzbeauftragten beratend und ausgestaltend begleitet werden. Auf Ebene der Internationalen Organisationen kommt vor allem den Vereinten Nationen die wichtige Aufgabe zu, ein Forum

zu bieten und den Normbildungsprozesses bezüglich des globalen Rechts auf eine digitale Privatsphäre zu unterstützen.

20. Bei der Suche nach angemessenen Regelungen zum Schutz der Privatsphäre ist die „Netzgemeinschaft“ (vertreten durch kommerzielle wie nicht-kommerzielle Organisationen) in ein *multi-stakeholder setting* einzubinden. Auch eine polyzentrische und interaktive Regelungskultur verlangt aber nach öffentlich-rechtlicher Hegung, um nicht private Machtstrukturen zu konservieren.

Summary

Freedom and Regulation in the Cyber World: Transnational Protection of Privacy from the Perspective of Public International Law

by Prof. Dr. Andreas von Arnould, Walther Schücking Institute, Kiel

I. Cyber World Amidst Changing Paradigms

1. The predominant view regarding the internet at any given time is reflected in the discussions on its adequate legal regime. A first phase was dominated by the libertarian idea of a de-nationalised space of unlimited opportunities which later gave way to a conception of the internet as a medium for global development. For several years now, we have found ourselves in a third phase of the discussion with a focus on security and protection against threats.

II. Threats to Privacy on the Internet

2. As the programmes “Prism” (NSA) and “Tempora” (GCHQ) show, surveillance of large parts of global internet communication is both technically feasible and carried out in practice. Additionally, large-scale private “data mining” takes place. Detailed user profiles that can be related to real persons are generated, especially for advertising purposes. Often enough, security services access these private databases to circumvent restrictions on data collection by public authorities.

3. The challenges to data protection are essentially familiar, net communication merely intensifying many known problems. It is not necessary to develop a new *lex digitalis*. What is necessary, however, is the adaption of the law as it stands to the specificities of internet communication.

4. The internet makes it possible to access the same set of data from practically anywhere in the world. This is in stark contrast to a traditionally territory-oriented international law that aims at delimitating jurisdictional spheres and mitigating conflicts of jurisdiction by differentiation between jurisdiction to prescribe and jurisdiction to enforce.

5. Internet Access Providers and Internet Service Providers have a vast amount of private or even intimate data at their disposition. Though the mediatisation of private actors in international law has been modified in many respects, binding them to data protection standards presupposes either voluntary self-commitment or national legislation.

6. Technological standards and programming delineate the possibility and modalities of communication in cyberspace. Privacy is threatened if programmes are specifically designed to collect data. Attempts by individual States to regulate these codes are confronted with a plurality of competing jurisdictions. Furthermore, it has proven difficult to counteract an established code.

III. Possible Approaches to the Protection of Privacy on the Internet

1. Point of Departure: A Global Right to Digital Privacy

7. When searching for a global solution, a starting point is needed which has potentially universal bearing without, for the time being, requiring uniform standards in detail. Furthermore, effective implementation must be possible by decentralised means. Human rights-based “constitutional vocabulary” is needed to hedge in transnational threats to privacy. A global right to digital privacy is a realistic utopian project to which international jurisprudence should contribute. Such a right can be based on, *inter alia*, Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR. Its transnational effects, however, are not yet fully established.

8. For binding public authorities to human rights, a territorial nexus is a sufficient, but not a necessary condition. To take the infrastructure of internet communication as a reference point leads to arbitrary results and practically invites evasive practices. Physical control over territory or over persons has in large part been rendered unnecessary by technological progress. A functional approach is therefore required, taking into account a State’s power to act and to cause effect. Here it becomes necessary to distinguish between negative and positive obligations. Only positive obligations are limited by the sovereign rights of other States and connected to authority and control over territory or persons.

9. There must not be any distinction between nationals and non-nationals with regard to the surveillance of external telecommunication as the right to privacy is entrenched in human dignity – and as foreigners do not *per se* present a greater threat to national security.

2. Concretisations: Possible Approaches to Regulation

a) Negative Obligations: The Duty to Respect Digital Privacy

10. Any collection, retention, processing or transfer of personal data constitutes an interference with the right to privacy. Such interferences are only permissible when authorised by laws that (i) are publicly accessible; (ii) tie the collection of, access to and use of data to specific legitimate aims; (iii) contain sufficiently precise provisions on the reasons for and the procedure and duration of the interference as well as on the categories of persons who may be placed under surveillance; and (iv) provide for effective safeguards against abuse.

11. Interferences are only allowed for the protection of community interests of paramount importance and must be necessary in a democratic society. The principle of proportionality prods States towards data reduction and area-specific regulations. It is vital that data may be collected only for strictly predetermined, specific purposes; this also limits permissible data transfer. “Big data” is not a viable concept for security agencies.

b) Positive Obligations: The Duty to Protect Digital Privacy

12. The right to digital privacy, *inter alia*, obligates the State to protect persons on territory under its control against encroachments by others. Generally, States enjoy a wide margin of discretion in this regard, especially in the field of foreign affairs.

13. Sovereignty and immunity limit the possible reactions towards other States to, mostly, diplomatic means and, if applicable, inter-State complaints. Insofar as acts of surveillance amount to an arrogation of public authority on another State's territory, that State might even resort to counter-measures. More options for exerting influence are given in the context of negotiating and concluding international treaties. When agreeing to the transboundary transfer of data, a comparable level of data protection must be guaranteed. Stricter international regulation of secret service activities seems less promising. Finally, no-spy agreements treat data protection as a club good and do not contribute to solving the problem globally.

14. Concerning domestic private corporations, the *lex lata* does not yet obligate States to regulate their external activities. However, public outrage and the model presented by EU data protection standards could contribute, each in their way, to the development of a human-rights based no-harm rule. Alternatively (or accompanying this process), best practices could be agreed on. These, in turn, could be used to substantiate the inter-State standard of due diligence.

15. The principle of consent which is a key element of civil data protection law is in a process of erosion. The quality of consent given can be raised by privacy by default measures. Where necessary, the legislator may also protect the users' privacy irrespective of their consent. The traditionally behaviour-oriented data protection law must be complemented by a genuine "technology law" realising privacy by design. "Big data" raises serious concerns also with a view to private data collection.

16. The ECJ's "Google" judgment (C-131/12 of 13 May 2014) is not an expression of European imperialism in the field of data protection. Extraterritorial effects of EU data protection laws are not due to an extension of the EU's jurisdiction to prescribe but a consequence of technological development. Providers of internet services must conform to the data protection laws effective in the EU when operating there, otherwise a dis-targeting of IP addresses from EU member States is technologically possible. Where EU standards interfere with a right to market access, a fair balance has to be struck. This means acknowledging that the company has its feet planted firmly on two grounds, i.e. different legal orders. Indirectly, the required proportionality test becomes the place for realising practical concordance (*praktische Konkordanz*) between competing jurisdictions.

c) Necessity of a Fair Balance

17. There are legitimate reasons for private and public data collection; at this time, however, it seems important to strengthen the protection of privacy in the internet. A cautious and well-balanced unilateralism – especially from the EU and its Member States – may provide important momentum towards the establishment of a global right to digital privacy.

IV. On the Road to a Transnational Regime of Privacy Protection

18. Given its blurring of boundaries between public and private law, internet law is particularly apt as a reference field of "transnational law". At the same time, it does remain important to differentiate between public and private actors.

19. States are called upon, in particular, to protect people on their territories against seizure of personal data and to prevent human rights violations by external activities

of their domestic companies. They serve an important function also as norm-entrepreneurs on the international plane. Their legislative function can benefit from the advice of data protection commissioners, ideally complemented by networking among the commissioners themselves. On the level of international organizations, the United Nations, in particular, have the important task of supplying a forum and of supporting the evolution of a global right to digital privacy.

20. In the process of developing adequate rules for the protection of privacy in the internet it is vital to involve the “net community” (represented by commercial as well as non-profit organisations) in a multi-stakeholder setting. However, even a polycentric and interactive regulatory culture demands a public law framework in order to avoid the conservation of private power structures.

Transnationaler Schutz der Privatsphäre im internationalen Privatrecht

Von Prof. Dr. Bettina Heiderhoff, Münster

I. Vorüberlegungen

1. Verletzung der Privatsphäre im Internet und IPR
2. Schutz der Privatsphäre im Privatrecht
 - a) Begriff der Privatsphäre
 - b) Schutz der Privatsphäre im Deliktsrecht
 - c) Datenschutz
 - d) Auswirkungen des nationalen Verständnisses der Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf das Kollisionsrecht
3. Typische Verletzungen der Privatsphäre durch Private im Internet
 - a) Pressedelikte
 - b) Social Media
 - c) Suchmaschinen
 - aa) Suchergebnisse
 - bb) Autocomplete-Funktion
 - d) Spammails
 - e) Beobachten des Nutzerverhaltens durch Cookies
 - f) Ausspähen durch Kamera, Mikrofon etc.
 - g) Cloud
 - h) Zusammenfassung

II. Anwendbares Recht für vertragliche Ansprüche

1. Überblick
2. Rom I-Verordnung
 - a) Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO
 - b) Art. 6 Rom I-VO
 - aa) Objektive Anknüpfung
 - bb) Rechtswahl
 - cc) Einwilligung und Rechtswahl in AGB
 - dd) Besonderheiten bei der AGB-Kontrolle im Verbandsverfahren
3. TMG
 - a) Ziele und Reichweite des Herkunftslandprinzips
 - b) Inhalt der Norm
 - c) Bedeutung des § 3 TMG für Internetverträge
4. § 1 Abs. 5 BDSG
 - a) Überblick
 - b) Vorrang des BDSG
 - c) Kollisionsrechtliche Bestimmungen des § 1 Abs. 5 BDSG
 - aa) Überblick
 - bb) Verbrauchervertrag
 - cc) Sonstige Verträge
 - d) Bestimmung des Niederlassungsorts
 - aa) Entscheidung *Google Spain* des EuGH
 - bb) Fernwirkungen des erweiterten Niederlassungsbegriffs
5. Wertungen
 - a) Normansatz
 - b) Wertungen des EuGH in *Google Spain SL*

- 6. Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung
 - a) Inhalt der Kollisionsnorm
 - b) Wertungen
- III. Anwendbares Recht bei außervertraglichen Ansprüchen
 - 1. Rom II-VO
 - 2. Art. 40, 41 EGBGB
 - a) Grundlagen
 - b) Bestimmung des Tatorts insbesondere bei Internetdelikten
 - aa) Eingrenzung als Aufgabe des Rechts
 - bb) Handlungsort
 - cc) Erfolgsort
 - (1) Fehlende Lokalisierbarkeit
 - (2) Theorie des BGH: Die Interessenkollision
 - (3) Theorie des EuGH: Interessenschwerpunkt
 - (4) Zusätzliches Mosaik
 - (5) Stellungnahme zum Schwerpunktserfolgsort
 - (6) Datenschutzverletzung nicht als Sonderfall
 - dd) Sonderfall Unterlassungsanspruch
 - c) Sonderanknüpfung nach Art. 41 EGBGB
 - 3. § 3 TMG und außervertragliche Ansprüche
 - a) Reichweite im Hinblick auf außervertragliche Ansprüche
 - b) Bedeutung für das bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbare Recht
 - 4. § 1 Abs. 5 BDSG und außervertragliche Ansprüche
 - a) Unterlassungsansprüche
 - b) Entschädigungsanspruch
 - 5. Wertungen
- IV. Internationale Zuständigkeit
- V. Schlussbetrachtung
 - 1. Überlagerung des allgemeinen Kollisionsrecht durch Sondernormen
 - 2. Wertendes Kollisionsrecht
 - 3. Ruf nach einer kollisionsrechtlichen Diskussion

Thesen

Summary

I. Vorüberlegungen

1. Verletzung der Privatsphäre im Internet und IPR

Spricht man von transnationalem Schutz der Privatsphäre durch das internationale Privatrecht (IPR), mag man große Erwartungen an die eher technische Materie des Kollisionsrechts haben. Daher sollte man sich gleich eingangs klarmachen, dass das IPR zunächst nur Regeln zur Verfügung stellt, nach denen das auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbare Privatrecht bestimmt werden kann. Der klassische, in seinen Ursprüngen Savigny'sche Ansatz versteht das Kollisionsrecht als ein möglichst neutrales Instrument, das von der Gleichwertigkeit aller nationalen Rechtsordnungen ausgeht. Zwar kennt auch das Kollisionsrecht seine eigenen Gerechtigkeitsmechanismen und Wertungen, aber es konzentriert sich darauf, anhand örtlicher Kriterien die engste Verbindung zu einem Staat zu identifizieren, um die Anwendung des entsprechenden Rechts zu bestimmen.¹ Die einzelnen Kollisionsnormen sind also darauf

¹ Instruktiv *Kegel/Schurig*, IPR, (9. Auflage 2004), S. 131 ff.

ausgerichtet, festzulegen, auf welche Weise die engste Verbindung für den jeweiligen Anspruch oder das Rechtsverhältnis zu ermitteln ist. So kommt es im Deliktsrecht auf den Tatort an, im Vertragsrecht typischerweise auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Vertragspartners, der die charakteristische Leistung erbringt, und im Sachenrecht auf die Belegenheit der Sache.

Ob sich der Sachverhalt im Internet oder offline abspielt, ist in aller Regel kein eigenständiges Kriterium für die Auswahl des anwendbaren Rechts. Das Internet bringt zunächst nur die Besonderheit, dass die faktische Ermittlung und rechtliche Bestimmung der relevanten Orte sehr schwierig sein kann.

An dem neutralen, nach der engsten Verbindung des Sachverhalts suchenden Ansatz wird im Grundsatz auch heute noch festgehalten. Es ist aber nicht zu verkennen, dass das IPR doch längst häufig auf den Schutz bestimmter materiellrechtlicher Interessen ausgerichtet ist, und die Kollisionsnormen andere Zielsetzungen verfolgen als die bloße Bestimmung der engsten Verbindung.² Im Kollisionsrecht der EU gilt dies schon deshalb, weil es auf die Verbesserung des Binnenmarkts ausgerichtet ist. Dabei kann z.B. ein Herkunftslandprinzip hilfreich sein, weil der Anbieter von Onlinediensten sich darauf verlassen kann, dass für sein Handeln nur sein eigenes Recht gilt. Ein weiteres, ganz anders angelegtes Beispiel für die Marktorientierung des eigentlichen europäischen Kollisionsrechts bietet Art. 6 Rom I-VO, der das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers im Vertrag mit einem Unternehmer deutlich verstärkt zur Anwendung beruft.³ Den Verbraucher gerade in Hinblick auf grenzüberschreitende Geschäfte zu schützen, sieht das EU-Recht als eine besondere Aufgabe an, weil der Verbraucher dazu angeregt werden soll, binnenmarktweit zu konsumieren.⁴ Man geht davon aus, dass er dies zuversichtlicher tun wird, wenn stets das ihm bekannte Heimatrecht gilt. Auch im Bereich des Datenschutzes ist schon früh aufgezeigt worden, dass nationale, sachrechtliche Interessen auch im IPR beachtet werden sollten.⁵

Im Hinblick auf das Internet könnte man somit zunächst Schutzgedanken erwarten, und zwar erstens den Schutz des Nutzers in Hinblick auf seine personenbezogenen Daten, und zweitens, soweit einschlägig, den Verbraucherschutz. Jedoch treten diesen Schutzgedanken gewichtige Interessen entgegen, nämlich die individuellen und kollektiven Interessen am Ausbau des Binnenmarkts, und hier konkret der für den internationalen Handel besonders wichtigen digitalen Märkte, sowie die Presse- und Meinungsfreiheit.

Für die hier zu analysierenden Kollisionsnormen, die nur zum Teil gerade auf virtuelle Tatbestände oder auf die Privatsphäre zugeschnitten sind, soll daher in diesem Beitrag in besonderer Weise darauf geachtet werden, inwiefern diese die Interessen einer Partei oder sonstige Interessen verstärkt berücksichtigen. Letztlich muss ergründet werden, ob für die Rechtsbeziehungen im Internet ein an sachrechtlichen Interessen orientiertes Kollisionsrecht überhaupt wünschenswert und zielführend ist und welche Interessen gegebenenfalls überwiegend berücksichtigt werden sollten.

2 Zu diesen Tendenzen im Überblick *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im europäischen Kollisionsrecht – Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429.

3 Dazu *Weller*, IPRax 2011, 429, 434; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (2012), Rn. 505, 521.

4 Näher *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (2012), Rn. 81 ff.

5 *Ellger*, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr (1990), S. 589 (eine Gleichwertigkeit der Rechtsordnung fehle insofern).

Vorangestellt sei eine Übersicht darüber, wie das nationale Privatrecht die Privatsphäre schützt. Für die Anknüpfung ist dabei zum einen die Unterscheidung von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen wichtig. Vor dem Hintergrund des gerade aufgezeigten Untersuchungsziels sind aber vor allem die Abwägungen von Bedeutung, die das nationale und das EU-Recht zwischen den Rechten des Geschädigten und den Interessen des Schädigers sowie kollektiven Interessen treffen. Denn diese sind es, die sich in einem interessenorientierten Kollisionsrecht wiederfinden müssten.

2. Schutz der Privatsphäre im Privatrecht

a) Begriff der Privatsphäre

Die Privatsphäre ist Teil des Persönlichkeitsrechts. Im klassischen deliktsrechtlichen Verständnis umfasst sie den höchstpersönlichen Bereich der Lebensführung, zu dem andere nach der allgemeinen Verkehrsanschauung nur Zugang haben, soweit der Betroffene dem zustimmt.⁶ Dazu gehören, wie der BGH in der Entscheidung *Comedy-Darstellerin* zusammengefasst hat, insbesondere Informationen, deren öffentliche Erörterung „als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es etwa bei Auseinandersetzungen mit sich selbst in Tagebüchern [...], bei vertraulicher Kommunikation unter Eheleuten [...], im Bereich der Sexualität [...], bei sozial abweichendem Verhalten [...] oder bei Krankheiten [...] der Fall ist.“⁷

Im vorliegenden Zusammenhang ist der Begriff der Privatsphäre insofern weiter zu verstehen als bei der Abgrenzung zur Intimsphäre, der als innerstem, noch verstärkt geschütztem Bereich für die hier zu behandelnde Fragestellung keine Bedeutung zukommt. Gemeint ist also der gesamte private Bereich einschließlich der Intimsphäre. Aber es kommt noch mehr hinzu. Auch der Schutz der eigenen Daten erhält bei der Nutzung des Internets erhöhte Bedeutung und soll hier ohne Differenzierung nach der Art der Daten mit umfasst sein, ebenso wie der Schutz davor, im online- oder offline-Verhalten ausspioniert zu werden. Schließlich kann man es als Beeinträchtigung der Privatsphäre begreifen, wenn ein Nutzer unerwünschte Emails erhält.⁸

b) Schutz der Privatsphäre im Deliktsrecht

Die Details zum deliktsrechtlichen Schutz der Privatsphäre sind insbesondere im Presserecht entwickelt worden. Obwohl der EGMR durch seine Rechtsprechung zum Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK und zur Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 10 EMRK hier großen Einfluss auf die Rechtsentwicklung hatte, sind die Unterschiede im Rechtsvergleich immer noch erheblich.⁹ Das gilt sowohl für die Beurteilung, ob ein entschädigungspflichtiger Eingriff überhaupt zu bejahen ist, als auch für den Umfang etwaiger Geldersatzansprüche. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist somit von hoher Bedeutung.

6 BGH NJW 2012, 763; *Sprau*, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (2015), § 823 Rn. 87; *Nink*, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien (2015), § 823 BGB Rn. 24.

7 BGH NJW 2012, 3645, Rn. 12.

8 BGH NJW 2008, 3055, Rn. 34 – Payback (ungewollte Werbung, opt-in).

9 *Ohly*, Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? Rechtsvergleichende Anmerkungen zum Urteil in der Sache von Hannover/Deutschland, GRUR Int 2004, 902.

Der BGH leitet bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts aus § 823 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG einen Anspruch auf eine Entschädigung her.¹⁰ Die Entschädigung erfolgt trotz Fehlens eines materiellen Schadens und trägt die Gedanken der Genugtuung und der Prävention, sowie – in eingeschränkter Form – auch Elemente der Gewinnabschöpfung in sich.¹¹ Daneben tritt ein echter Schadensersatzanspruch, wenn vermögenswerte Interessen der Persönlichkeit betroffen sind (z.B. wird ein für Werbezwecke geeignetes Bild ohne Zahlung des üblichen Entgelts verwertet).¹² In beiden Fällen bestehen außerdem Unterlassungsansprüche, die für die Privatsphäreverletzungen im Internet, die sich typischerweise wiederholen oder fortsetzen, besonders wichtig sind. In Deutschland werden diese üblicherweise auf den aus §§ 823, 1004 BGB hergeleiteten allgemeinen Unterlassungsanspruch gestützt. Hinzu kommen eventuelle vertragliche sowie lauterkeitsrechtliche Regelungen.

Das Persönlichkeitsrecht wird als Rahmenrecht verstanden.¹³ Wesentlich ist daher, dass in jedem Einzelfall eine Abwägung der Interessen des Individuums an der Berücksichtigung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder seiner Privatsphäre mit den Interessen desjenigen erfolgt, der die Information offenlegt oder verbreitet.¹⁴ Im Mittelpunkt stehen dabei typischerweise die Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit. Hinzu kommen gerade im Internet wirtschaftliche Interessen, die durch Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG und je nach Fallkonstellation auch durch Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls grundrechtlich geschützt sind. Zu den autonomen Grundrechten treten die europäischen Grundrechte hinzu, wo neben der EMRK nun auch Art. 7 (Recht auf Achtung des Privatlebens) und Art. 8 (Schutz der persönlichen Daten) EU-Charta hervorgehoben seien.

Der Schutz der Privatsphäre kann insbesondere dann abgeschwächt sein, wenn die betroffenen Informationen ohnehin bereits weit verbreitet sind.¹⁵ Abgeschwächt ist er auch bei prominenten Persönlichkeiten, an deren Leben die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse hat.¹⁶

c) *Datenschutz*

Auch der Datenschutz ist, wie § 1 Abs. 1 BDSG ausdrücklich klarstellt, auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte ausgerichtet.¹⁷ Anders als beim Persönlichkeitsrechtsschutz im Allgemeinen, gibt es hier eine Vielzahl spezieller Regelungen, wobei diese oftmals weitgehend auf EU-Richtlinien beruhen, die teilweise eine vollharmonisierende Wirkung haben.

Auch bei Datenschutzverletzungen erfolgt – auf unterschiedlichen Ebenen – eine Interessenabwägung, jedoch sind die abzuwägenden Rechte andere. Denn hier spielen

10 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861; zur Privatsphäreverletzung BGH NJW 1996, 984.

11 BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861; BGHZ 160, 298 = NJW 2005, 215.

12 BGHZ 143, 214, 220 = NJW 2000, 2195 (Marlene Dietrich); *Bräutigam*, in Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media* (2015), S. 44; näher *Wagner*, in MünchKommBGB, § 823 Rn. 243.

13 *Wagner*, in MünchKommBGB, § 823 Rn. 242.

14 Zuletzt BGH NJW 2015, 776; BGH NJW 2015, 782 (zur Veröffentlichung privater Emails).

15 BGHZ 198, 346.

16 BVerfGE 120, 180.

17 *Spindler*, Durchbruch für ein Recht auf Vergessen(werden)? – Die Entscheidung des EuGH in Sachen Google Spain und ihre Auswirkungen auf das Datenschutz- und Zivilrecht, JZ 2014, 981, 982.

die Informationsfreiheit und die Meinungsfreiheit nur eine eingeschränkte Rolle. Es geht vielmehr ganz vorrangig um eine Balance zwischen dem Interesse der Privaten an Geheimhaltung oder zumindest Sicherheit der Daten und den wirtschaftlichen Interessen der Datenverantwortlichen. Sieht man sich die Digitale Agenda der EU¹⁸ und die deutsche Digitale Agenda an¹⁹, so liegen die eigentlichen Ziele dieser Programme im wirtschaftlichen Bereich. Es geht um den Ausbau der digitalen Märkte. Die Datensicherheit wird dabei ernst genommen – aber besonders in den europäischen Rechtsakten klingt es meist so, als sei sie nur deshalb notwendiger Baustein, weil die Bürger sonst kein Vertrauen in die Digitalen Märkte entwickeln würden.

d) Auswirkungen des nationalen Verständnisses der Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf das Kollisionsrecht

Zusammenfassend und stark vereinfachend lässt sich sagen, dass Eingriffe in private Daten und Verletzungen der Privatsphäre einen Bereich berühren, der nicht nur von den einzelnen Betroffenen, sondern auch von den Rechtsordnungen divergent bewertet wird. Es treffen starke Interessen aufeinander, so dass Abwägungsprozesse nötig werden, die in verschiedenen Rechtsordnungen uneinheitlich ausfallen können. Die Bandbreite der Bewertungsmöglichkeiten wird noch dadurch verstärkt, dass die Verletzung der Privatsphäre aufgrund von unterschiedlichen Interessen erfolgen kann. Teils geht es um die Meinungs- und insbesondere die Pressefreiheit, teils um wirtschaftliche Interessen.

Das deutsche Sachrecht hat für die Persönlichkeitsrechtsverletzungen Instrumente entwickelt, die in hohem Maße auf ausdifferenzierten Interessenbewertungen beruhen und dabei Grundrechtsabwägungen umfassen. Zumindest wenn man das Kollisionsrecht rechtspolitisch betrachtet, aber auch wenn man das bestehende Kollisionsrecht auslegt, sollte man sich fragen, ob und wie weit diese sachrechtlichen Erwägungen auch dort bereits berücksichtigt werden oder zu berücksichtigen sind.

3. Typische Verletzungen der Privatsphäre durch Private im Internet

a) Pressedelikte

Zunächst kann es im Internet die typischen Pressedelikte geben. Sie können sogar parallel zur Persönlichkeitsrechtsverletzung in den Printmedien erfolgen, wenn diese eine entsprechende online-Version betreiben. Aber es gibt auch reine Internetchrichtendienste oder -magazine, die zu keinem parallelen Printorgan gehören. Die Interessenlage ist dann dennoch ebenso wie bei den Printmedien. Der BGH hat zuletzt, wenig überraschend, entschieden, dass einem Verlag, der eine Website betreibt, auf der Inhalte seiner Printmedien unverändert wiedergegeben werden, nicht die Privilegien eines Hosts zukommen (Art. 14 E-Commerce-Richtlinie).²⁰

18 <http://ec.europa.eu/digital-agenda/>.

19 <http://www.digitale-agenda.de>.

20 EuGH 11.9.2014 – C-291/13, Sotiris Papisavvas/Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd. und andere.

b) Social Media

Eng verwandt mit den Pressedelikten sind die Veröffentlichungen privater Inhalte in den sozialen Medien, wie etwa bei Facebook. Bei der Grundrechtsabwägung wird man im deutschen Recht einen Unterschied darin sehen, dass hier auf Seiten des Veröffentlichenden nicht die Pressefreiheit, sondern nur die allgemeine Meinungsfreiheit zu berücksichtigen ist.

c) Suchmaschinen

aa) Suchergebnisse

Die Verletzung der Privatsphäre kann auch erfolgen, indem eine Suchmaschine als Suchergebnis Informationen präsentiert, die in den Bereich der Privatsphäre fallen. Das wurde etwa im Fall *Google Spain* des EuGH vorgebracht.²¹ Ein spanischer Privatmann wehrte sich dort dagegen, dass Google bei der Suche nach seiner Person einen Bericht über ein in den neunziger Jahren gegen ihn erfolgtes Zwangsversteigerungsverfahren anzeigte.

In der Entscheidung des EuGH ging es unter anderem um das „Recht auf Vergessenwerden“ – und hier sei vorerst nur hervorgehoben, dass auch der EuGH eine Grundrechtsabwägung vornahm. Er sah auf der einen Seite die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, die auch in Art. 7 und Art. 8 der Charta geschützt sind. Der EuGH betonte, dass die Datenschutzrichtlinie ein hohes Schutzniveau erreichen wolle. Er hielt die wirtschaftlichen Interessen des Suchmaschinenbetreibers für demgegenüber kaum relevant, sah aber das Recht der Allgemeinheit auf Zugang zur Information als wesentliches Gegengewicht zum Interesse des Betroffenen am Schutz seiner Daten an.²² Das überzeugt weitgehend, denn Google will mit den Suchergebnissen keine eigene Meinung äußern, sondern nur Informationen zugänglich machen. Zu berücksichtigende eigene Rechte der Suchmaschinenbetreiber oder anderer Anbieter von ungefilterten Inhalten können dennoch vorliegen. Insbesondere kann es zu Beeinträchtigungen im Bereich von Berufsfreiheit und wirtschaftlicher Entfaltung kommen.²³

Wenn der EuGH in seiner Rechtsprechung einen unmittelbaren Unterlassungs- und Entschädigungsanspruch ausschließt und den Betroffenen darauf verweist, zunächst einen Lösungsantrag zu stellen, liegt das an einer weiteren Abwägung, die technische Abläufe berücksichtigt. Google führt automatisierte Prozesse in riesiger Zahl durch und hat kaum die Möglichkeit, alle einzelnen Suchergebnisse vorab inhaltlich zu filtern. Es ist zudem fraglich, ob ein solches generelles Filtern gewünscht sein kann.²⁴ Das entspricht dem generellen Gedanken, aufgrund dessen auch das bloße Durchleiten oder Speichern von Informationen gemäß §§ 8 ff. TMG gesetzlich privilegiert sind.²⁵

21 EuGH 13.05.2013 – C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, NJW 2014, 2257.

22 EuGH *Google Spain SL*, NJW 2014, 2257, 2263 Rn. 81.

23 Der BGH beschreibt für Google das „Entwickeln und die Verwendung der die Suchvorschläge erarbeitenden Software“ als wirtschaftliche Freiheit; für die Marktplattform „ebay“ benennt er die unternehmerische Freiheit (Art. 16 Charta) GRUR 2015, 485; umfassend (in Bezug auf Netzanbieter) *Jäkel*, Netzneutralität im Internet (2013), S. 46 ff.

24 In Hinblick auf bestimmte problematische Inhalte werden die Informationen ohnehin gefiltert, so dass etwa pornographische Inhalte nicht oder erschwert gefunden werden können.

25 Zur Ähnlichkeit zwischen Suchmaschinen und den privilegierten Gruppen *Spindler*, JZ 2014, 981, 983.

Anders ist es etwa, wenn Google selbst Suchvorschläge macht, also bei der so genannten Autocomplete-Funktion.²⁶

bb) Autocomplete-Funktion

In Deutschland gab es bereits mehrere Verfahren, in denen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Autocomplete-Funktion bei Google geltend gemacht wurden.²⁷ Bei dieser Funktion erhält der Suchende, der einen bestimmten Begriff eingibt, Vorschläge für weitere ergänzende Begriffe. So erscheint etwa bei Eingabe eines bestimmten Namens der Begriff „Scientology“ oder „Betrüger“.²⁸ Meist geht es hier um Verleumdung oder Ehrverletzung, aber auch Privatsphäreverletzungen sind möglich, etwa wenn als Zusatzbegriff „Nacktfotos“ erscheint. Ähnlich wie bei der Haftung aufgrund von Suchergebnissen ist auch hier zu berücksichtigen, dass es sich um automatisierte Vorgänge handelt, so dass die Rechtsprechung auch hier verlangt, dass der Betroffene dem Suchmaschinenbetreiber die Probleme zunächst zur Kenntnis bringt.²⁹

d) Spammails

Anders sind die Fälle gelagert, in denen eine Person ungewollt Werbung per Email oder SMS erhält. Der BGH sieht auch darin eine Verletzung der Privatsphäre.³⁰ In Deutschland erfordert das Versenden solcher Werbung, soweit nicht die Fälle des § 7 Abs. 3 UWG betroffen sind, ein ausdrückliches opt-in.³¹ Der BGH hat entschieden, dass ein solches opt-in nicht durch eine AGB ersetzt werden kann, die dem Verwender das Zusenden solcher Werbung erlaubt.³² Weniger deutlich ist insofern Art. 13 Richtlinie 2002/58/EG in der Fassung durch Art. 3 Richtlinie 2009/136/EG (ePrivacy-Richtlinie³³), wo eine Art qualifiziertes opt-out ausreichen soll.

Das Zusenden von Spammails kann durch einen Vertragspartner erfolgen – oder veranlasst sein –, dem man die Emailadresse zur Verfügung gestellt hat, es kann aber auch von Dritten durchgeführt werden, die sich die Emailadresse erschlichen oder gekauft haben. Im ersteren Fall kann eine Vertragsverletzung vorliegen, wenn der Versender keine ausreichende Einwilligung des Empfängers hatte, im zweiten Fall kommen außervertragliche Ansprüche in Betracht.

²⁶ BGHZ 197, 213.

²⁷ BGHZ 197, 213, nachfolgend OLG Köln CR 2014, 385; OLG München CR 2012, 126; mit weiteren Verfahrensberichten *Hürting*, Rotlichtgerüchte: Haftet Google?, K&R 2012, 633.

²⁸ So in BGHZ 197, 213.

²⁹ BGHZ 197, 213, 224.

³⁰ BGHZ 177, 253 = NJW 2008, 3055, 3058 (Rn. 34) – Payback (ungewollte Werbung, opt-in).

³¹ BGHZ 201, 380.

³² BGHZ 177, 253 Rn. 27 ff.; auch BGH NJW 2013, 2683 (für Telefonwerbung).

³³ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

e) Beobachten des Nutzerverhaltens durch Cookies

Besonders problematisch und vieldiskutiert ist das Sammeln von Informationen über einen Computerbenutzer durch die Verwendung von Cookies.

Hier setzt ein Unternehmen kleine Dateien auf dem Computer des Kunden ab, die dort Informationen sammeln und diese an den Unternehmer zurücksenden. Letztlich ähneln sie einem kleinen Spionageinstrument. Diese Cookies sind in Deutschland nach § 15 Abs. 3 TMG ohne eine ausdrückliche Einwilligung des Nutzers einsetzbar („sofern der Nutzer dem nicht widerspricht“), soweit sie Zwecken der Werbung oder der Marktforschung dienen. Sie dürfen auch zur „bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile“ eingesetzt werden, wobei die gesammelten Daten nie unmittelbar mit den Personendaten verknüpft werden dürfen. Die Sammlung erfolgt daher unter Verwendung eines Pseudonyms.

In allen anderen Fällen ist es nach §§ 12 ff. TMG erforderlich, dass der Nutzer in die Verwendung des Cookies einwilligt. Dabei sind nicht nur wichtige tatbestandliche Abgrenzungsfragen streitig, sondern unklar ist auch, welche Anforderungen an eine wirkungsvolle Einwilligung zu stellen sind.³⁴ So kommt es in der Regel darauf an, ob die gesammelten Daten „personenbezogen“ sind. Lebhaft diskutiert wird, ob dies schon dann der Fall ist, wenn eine IP-Adresse gespeichert wurde, aufgrund derer die Identität des Nutzers letztlich festgestellt werden kann.³⁵ Diese Frage hat der BGH nun dem EuGH vorlegt.³⁶

Umstritten ist auch, wie die Einwilligung erfolgen muss. Für Unklarheit sorgte in den letzten Jahren besonders die Neufassung des Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2002/58/EG durch Art. 2 Richtlinie 2009/136/EG. Es heißt dort, dass Cookies nur dann zulässig sind, „wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von *klaren und umfassenden Informationen*, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u.a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine *Einwilligung* gegeben hat.“ Teils wurde daraus abgeleitet, es sei nun bei Cookies ein opt-in erforderlich und die Möglichkeit der Änderung der Browsereinstellungen, auf die bisher üblicherweise verwiesen wurde, reiche nicht mehr aus.³⁷ Bisher hat die EU-Kommission jedoch signalisiert, dass das TMG eine ausreichende Umsetzung enthalte. Derzeit wird in Deutschland daher überwiegend davon ausgegangen, dass das TMG der Richtlinie entspricht. Das entspricht auch dem Erwägungsgrund 66 der Richtlinie, wo es klar heißt, dass die Einwilligung „über die entsprechenden Einstellungen eines Browsers“ ausgedrückt werden kann.

34 Umfassend *Zeidler/Brüggemann*, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248; zur Art der Einwilligung *Nink*, in *Spindler/Schuster*, § 13 TMG Rn. 15; zur Personenbezogenheit auch die Kontroverse *Brink/Eckhardt*, Wann ist ein Datum ein personenbezogenes Datum?, ZD 2015, 1.

35 Nach h.A. gilt dies i.d.R. nicht, da nur der Provider die Adresse (ohne größeren Aufwand) mit dem Namen verbinden kann, nur *Gola/Schomerus*, BDSG (11. Auflage 2012), § 3 Rn. 10; nachdrücklich dafür die Art. 29 Gruppe, Opinion 1/2009 on the proposals amending Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications (e-Privacy Directive) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp159_en.pdf; *Eckhardt*, ZD 2015, 1 f.; dagegen (nämlich für objektiven Ansatz) aber *Brink*, ZD 2015, 1 f.

36 BGH CR 2015, 109.

37 *Nink*, in *Spindler/Schuster*, § 13 TMG Rn. 6 f.; *Lienemann*, *What's the Way the Cookies Crumbles?*, K&R 2011, 609; informativ auch http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp229_en.pdf (Cookie Sweep Combined Analysis-Report).

Die geplante EU-Datenschutz-Grundverordnung sieht derzeit keine grundlegenden Änderungen vor. Nach Erwägungsgrund 25 der konsolidierten Fassung des Entwurfs reichen Browsereinstellungen dann aus, wenn sie technisch möglich und effektiv sind.³⁸

f) Ausspähen durch Kamera, Mikrofon etc.

Möglich sind schließlich auch Eingriffe in die Privatsphäre über die Hardware des Nutzers. Ein Vertragspartner oder ein ganz Fremder kann auf die Festplatte eindringen und dort Daten durchsuchen oder stehlen, er kann durch die Kamera am Handy oder am PC des Nutzers schauen oder durch das Mikrofon lauschen. Zunächst mag man dahinter kriminelle Intentionen vermuten wollen, aber das ist nicht immer der Fall. Facebook etwa möchte auf diese Weise die Musik erfassen, die der Nutzer hört, sei es, um dies seinen Freunden automatisch mitzuteilen, sei es um das Werbeangebot für den Nutzer danach auszurichten.

Auch hier kommen Ansprüche aus Vertragsverletzung oder Delikt in Betracht, und es geht vor allem wieder darum, ob der Nutzer eine wirksame Einwilligung erteilt hat.

g) Cloud

Daten werden heute häufig nicht mehr auf dem Endgerät des Verbrauchers gespeichert, sondern auf zentralen Großspeichern, die weltweit bestehen. Das bemerkt der Nutzer häufig kaum, da die Geräte die Daten (nach einer einmalig gegebenen Einwilligung) automatisch dorthin leiten.

Eine Besonderheit besteht dabei darin, dass eine Datei nicht immer in ihrer Ganzheit, also als lesbares Bild (oder z.B. als Film oder Zahlenwerk) auf einem einzelnen Speicher abgelegt ist, sondern dass die Dateien unter Umständen zerlegt werden, so dass eine einzelne Datei an mehreren Plätzen in unterschiedlichen Staaten liegt und erst bei einem Zugriff des Nutzers wieder zusammengesetzt wird. Üblich ist auch ein automatisiertes Verschieben der Dateien aufgrund der Auslastung bestimmter Speicher.³⁹

Bei der Cloud können sich vertragliche Ansprüche ergeben, wenn der Cloudbetreiber selbst auf die Daten zugreift, ohne dass er dazu befugt ist, oder wenn er die Daten nicht genügend gegen Angriffe gesichert hat. Daneben kommen außervertragliche Ansprüche in Betracht. Wesentlich werden diese dann, wenn ein Dritter auf die Cloud zugreift und dort Daten „stiehlt“.

h) Zusammenfassung

Privatsphäreverletzungen kommen somit insgesamt in sehr verschiedenen Kontexten vor. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist die Unterscheidung in vertragliche und außervertragliche Kontexte von Bedeutung, weil jeweils unterschiedliche EU-Verordnungen eingreifen. Wesentlich ist außerdem, ob zugleich eine Datenschutzverletzung vorliegt, weil dafür wiederum besondere Kollisionsregeln gelten.

38 Fassung vom 30.06.2014, Rat der EU 11028/14; mit ähnlicher Einschätzung *Zeidler/Brüggemann*, CR 2014, 248, 255.

39 Nur *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 4 Rom II-VO Rn. 15.

Erwähnt sei schließlich, dass es große Überschneidungen mit dem Wettbewerbsrecht gibt. Zwar sind viele Rechtsfragen bisher in der Praxis eher aus vertragsrechtlicher Sicht aufgearbeitet worden, doch mögen zukünftig die wettbewerbsrechtlichen Fragen an Bedeutung gewinnen. Schnittstellen bestehen etwa bei der unerbetenen Werbung (Spammails), die bisher vor allem im Rahmen der AGB-Kontrolle im Verbandsklageverfahren nach dem UKlaG behandelt worden ist,⁴⁰ bei der aber auch wettbewerbsrechtliche Anforderungen erfüllt werden müssen, denn nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist bei Werbung durch „elektronische Post“ die vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten erforderlich. Generell kann in Hinblick auf die Art und Weise der Einholung und die Wirksamkeit der Einwilligung das Wettbewerbsrecht die führende Bedeutung einnehmen. Denn hält der Datenverantwortliche die gesetzlichen Vorgaben nicht ein, wird der Verbraucher häufig mangels eines signifikanten Schadens davon absehen, individuellen Rechtsschutz zu suchen. Es wird eher zu Verbandsklagen nach dem UKlaG oder eben auch dem UWG kommen. Derzeit liegt ein Regierungsentwurf für eine Neuregelung des UKlaG vor, der in § 2a UKlaG eine Erweiterung auf Datenschutzverstöße vorsieht.⁴¹

II. Anwendbares Recht für vertragliche Ansprüche

Im Folgenden soll zunächst die kollisionsrechtliche Einordnung vertraglicher Ansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen und im Anschluss die Behandlung deliktischer Ansprüche erörtert werden. Sonderfragen des Wettbewerbsrechts werden weitgehend ausgespart.

1. Überblick

Selbst wenn man den Blick zunächst auf die vertraglichen Ansprüche fokussiert, kommen unterschiedliche Kollisionsnormen zur Anwendung. Das liegt zum einen daran, dass bestimmte materiell-rechtliche Faktoren, wie das Vorliegen eines Verbrauchervertrags, es mit sich bringen, dass besondere Kollisionsnormen gelten. Mehr Schwierigkeiten macht es aber, dass es außerdem Spezialgesetze gibt, deren Anwendungsbereich nicht immer sicher abgrenzbar ist. So gilt für wesentliche Bereiche des Rechtsverkehrs im Internet, nämlich für alle Telemediendienste, das TMG. Für alle Fragen des Datenschutzes ist zudem das BDSG zu beachten.

40 BGHZ 177, 253; BGH NJW 2010, 864.

41 „11. die Vorschriften, welche die Zulässigkeit regeln

- a) der Erhebung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer oder
- b) der Verarbeitung oder der Nutzung personenbezogener Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden, durch einen Unternehmer, wenn die Daten zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebens einer Auskunft, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.“ BT-Drucks. 18/4631.

2. Rom I-Verordnung

a) Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO

Für Ansprüche aus Verträgen gilt die Rom I-VO, soweit keine überlagernden spezielleren Normen eingreifen. Nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO dürfen die Vertragspartner das auf den Vertrag anwendbare Recht frei wählen. Das wirksame Zustandekommen der Rechtswahl wird gemäß Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10 Rom I-VO nach dem gewählten Recht beurteilt.

Haben die Parteien kein Recht gewählt, gilt die in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO detailliert statuierte Grundregel für die objektive Anknüpfung. Diese bestimmt für Dienstverträge, die bei Privatsphäreverletzungen besonders häufig vorliegen dürften (Cloud), dass das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 1 lit (b) Rom I-VO).

b) Art. 6 Rom I-VO

aa) Objektive Anknüpfung

Bei Verbraucherverträgen gilt demgegenüber typischerweise das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Unternehmer entweder seine Tätigkeit auch dort ausübt, oder dass er seine Tätigkeit zumindest „in irgendeiner Weise“ auf diesen Staat ausrichtet (Art. 6 Abs. 1 lit (b) Rom I-VO). Wann ein solches Ausrichten beim Angebot von Leistungen über das Internet vorliegt, wird viel diskutiert und die Frage war Inhalt mehrerer höchstrichterlicher Entscheidungen.⁴²

bb) Rechtswahl

Die Rechtswahl ist auch im Verbrauchervertrag möglich, wie Art. 6 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO ausdrücklich bestimmt. Ihre Wirksamkeit wird ebenfalls nur nach dem gewählten Recht überprüft.⁴³ Allerdings erfolgt hier ein Günstigkeitsvergleich auf sachrechtlicher Ebene. Soweit der Verbraucher nach dem gewählten Recht schlechter steht als nach dem bei objektiver Anknüpfung nach Abs. 1 anzuwendenden Recht, muss eine nachträgliche Anpassung des Ergebnisses an den ihm günstigeren Standard erfolgen.

Auch wenn die Rechtswahl in AGB enthalten ist (Rechtswahlklausel), gilt nichts anderes als bei einer individuellen Rechtswahl. Insbesondere findet eine auf die Rechtswahl gerichtete Inhaltskontrolle nicht statt.⁴⁴

cc) Einwilligung und Rechtswahl in AGB

Schwierigkeiten sind zuletzt teilweise bei der Kontrolle von AGB in Verträgen mit in Deutschland wohnhaften Verbrauchern entstanden, die eine Rechtswahl und zugleich weitere nach deutschem Maßstab benachteiligende Klauseln enthielten. Mit Bezug auf

42 Jeweils mit Bezug zum insofern gleichlautenden Art. 17 EuGVVO: EuGH 07.12.2010 – C-585/08 und C-144/09 Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller; EuGH 17.10.2013 – C-218/12 Lokman Emrek/Vlado Sabranovic, NJW 2013, 3504; BGH NJW 2012, 455; vgl. auch die Vorlage des BGH, EuZW 2014, 759.

43 Thorn, in Palandt, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8; Staudinger, in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a. (11. Auflage 2012), Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom I-VO Rn. 71.

44 Martiny, MünchKommBGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 13 m.w.N.

die hier interessierenden Privatsphäreverletzungen mag man sich vorstellen, dass die AGB des ausländischen Diensteanbieters eine Rechtswahlklausel und zugleich eine nur dem Maßstab des gewählten Rechts entsprechende Einwilligungsklausel enthalten. Es erscheint dann naheliegend und einfach, unmittelbar eine Inhaltskontrolle für die betreffenden Klauseln durchzuführen. Dieses Vorgehen entspricht jedoch nicht Art. 6 Rom I-VO. Um das anwendbare Recht umfassend zu ermitteln, ist stets das dort vorgesehene mehrstufige Vorgehen erforderlich. Zunächst muss daher die Frage, ob eine Rechtswahl überhaupt in AGB vereinbart werden kann und ob die Rechtswahlklausel auch im konkreten Fall wirksam ist, gemäß Art. 10 Rom I-VO nach dem gewählten Recht entschieden werden. Ein Günstigkeitsvergleich erfolgt auf dieser Stufe nicht, auch nicht im Verbrauchervertrag.

Ist die Rechtswahl danach zunächst wirksam, so muss gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO auch die Inhaltskontrolle der sonstigen Klauseln nach den Vorschriften des gewählten Rechts durchgeführt werden. Erst nachdem dies geschehen ist, wird im Verbrauchervertrag als dritter Schritt noch der Günstigkeitsvergleich vorgenommen.⁴⁵

dd) Besonderheiten bei der AGB-Kontrolle im Verbandsverfahren

Bei der AGB-Kontrolle im Verbandsverfahren kommt es zu einer weiteren kollisionsrechtlichen Besonderheit. Neben das Vertragsrecht tritt nämlich nun das Lauterkeitsrecht.

Für Wettbewerbsverstöße gilt die Spezialregelung in Art. 6 Rom II-VO,⁴⁶ es wird an den Marktort angeknüpft. Dabei sollte Art. 6 Rom II-VO insofern weit verstanden werden, als dass er auch die verbraucherrechtliche Unterlassungsklage nach dem UKlaG umfasst.⁴⁷

Erhebt ein Verband eine Unterlassungsklage, werden die Voraussetzungen für die Verbandsklage also nach dem Marktortrecht geprüft. Streitig ist, nach welchem Recht dann die eigentliche Kontrolle der AGB erfolgen muss.

Nach überzeugender Ansicht sollte für die Bestimmung dieses Rechts immer die Rom I-VO angewendet werden, so dass im Verbrauchervertrag Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO gilt.⁴⁸ Denn zum einen kann nur so der Gleichlauf der Kontrolle im Individual- und im Kollektivverfahren erreicht werden. Zum anderen erscheint es günstig, dass auf die Kontrolle der AGB das Recht Anwendung findet, welches auch für den Vertrag gilt. Die Kontrollvorschriften können nämlich – wie etwa §§ 308 und 309 BGB – gerade auf dieses Recht abgestimmt sein.

45 *Pfeiffer*, Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 17.07.2012 (I ZR 40/11, GRUR 2013, 421) – Zur Transparenzkontrolle von Rechtswahlklauseln und pharmazeutische Beratung über Callcenter, LMK 2013, 343552.

46 Das übersieht LG Berlin NJW 2013, 2605.

47 Anders BGH NJW 2010, 1958, der (mit gleichem Ergebnis) Art. 4 Rom II-VO anwendet. Wie hier *Drexl*, MünchKommBGB, IntLautR, Rn. 121.

48 BGHZ 182, 2; *Pfeiffer*, LMK 2013, 343552; anders etwa *Staudinger/Czaplinski*, Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 09.07.2009, Xa ZR 19/08, NJW 2009, 3376; *Baetge*, Verbandsklagen im Europäischen Binnenmarkt und das nach den Rom-Verordnungen über Schuldverhältnisse anwendbare Recht – Anmerkung zur Entscheidung über die Frage der Wirksamkeit von AGB-Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage vom 09.07.2009, ZEuP 2011, 933; andeutend auch *Steinrötter*, Kollisionsrechtliche Bewertung der Datenschutzrichtlinien von IT-Dienstleistern – Uneinheitliche Spruchpraxis oder bloßes Scheingefecht?, MMR 2013, 691, 692.

3. TMG

a) Ziele und Reichweite des Herkunftslandprinzips

Eine das anzuwendende Recht erheblich beeinflussende Sonderregel enthält § 3 TMG, der Art. 3 Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie)⁴⁹ umsetzt und ein so genanntes Herkunftslandprinzip statuiert.

Das im Recht der EU an mehreren Stellen zu findende Herkunftslandprinzip weicht vom klassischen kollisionsrechtlichen Prinzip der engsten Verbindung vollständig ab. Es gilt stets nur innerhalb der EU und ist darauf ausgerichtet, in der EU ansässigen Unternehmern das grenzüberschreitende Angebot ihrer Leistungen zu erleichtern, indem es bestimmt, dass stets nur das Heimatrecht des Unternehmers gilt.⁵⁰ In § 3 TMG geht es also darum, die Anbieter von Mediendiensten zu unterstützen. Sie sollen sich darauf verlassen können, dass für ihre Dienste innerhalb der ganzen EU nur ihr eigenes Recht gilt.

In Deutschland wurde bisher oft angenommen, dass das Herkunftslandprinzip nur für die von der E-Commerce-Richtlinie erfassten Rechtsfragen gelte. Dann wäre die Wirkung gering, da durch die Angleichung der Normen ohnehin in allen Mitgliedstaaten sehr ähnliche Vorschriften gelten. Es hätte nur die Wirkung, dass nationale Regelungen, die gegenüber der Richtlinie „strenger“ wären, unbeachtet blieben. Der EuGH hat nun jedoch ausgesprochen, dass das Herkunftslandprinzip des Art. 3 E-Commerce-Richtlinie für das gesamte Privatrecht gilt.⁵¹ Damit erfasst es auch Bereiche, in denen noch überhaupt keine Rechtsangleichung stattgefunden hat. Es setzt so in deutlich höherem Maße auf ein gegenseitiges Vertrauen und insbesondere wird auch der deliktische Persönlichkeitsschutz erfasst.

b) Inhalt der Norm

§ 3 TMG ist nach inzwischen wohl allgemeiner Ansicht im technischen Sinne keine Kollisionsnorm. Der EuGH hat in der *eDate-Advertising* Entscheidung klargestellt, dass die Norm lediglich einen nachträglichen Günstigkeitsvergleich verlangt.⁵²

Das Herkunftslandprinzip des § 3 TMG führt also dazu, dass die dem kollisionsrechtlich bestimmten Sachrecht entnommenen Ergebnisse unter Umständen korrigiert werden müssen, damit der Telemediendienst keine strengeren Anforderungen erfüllen muss, als sein Niederlassungsrecht es vorsieht. Für Telemediendienste gilt danach letztlich das Recht des Orts ihrer Niederlassung. Telemediendienste sind alle elektronischen Kommunikationsmittel außer dem Telefon und dem Rundfunk. Das Herkunftslandprinzip gilt somit für Onlineshops, für Suchmaschinen, für die Onlinepresse, für Nachrichtendienste, Blogs und für soziale Medien wie Facebook. Betrachtet man nur die im Internet angebotenen Dienste, so sind nur das Internetradio und Internettelefonien ausgenommen.⁵³

49 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

50 Fitzner, in Hoeren/Bensinger (Hrsg.), Haftung im Internet (2014), Rn. 156.

51 EuGH 25.10.2011, C-509/09 – eDate-Advertising Slg. 2011, I-10269 Rn. 58; dazu auch Roth, Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, IPRax 2013, 215, 224.

52 EuGH 25.10.2011, eDate-Advertising, Slg. 2011, I-10269 Rn. 68.

53 Müller-Broich, Telemediengesetz (2012), § 1 Rn. 3 ff.

Die Wirkkraft des § 3 TMG wird jedoch dadurch begrenzt, dass dieser selbst wesentliche Ausnahmen vorsieht. Insbesondere geht nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG das Datenschutzrecht vor. Das bedeutet, dass nicht § 3 TMG sondern die sogleich näher zu betrachtende Regelung in § 1 Abs. 5 BDSG eingreift, wenn ein Telemediendienst die Datenschutzregeln der §§ 12 ff. TMG verletzt.

Ausgenommen sind zudem auch private Telemediendienste. Das liegt an der Zielrichtung des Herkunftslandprinzips, welches darauf ausgerichtet ist, gewerbliche Anbieter zu stärken.⁵⁴ Somit genießen geschäftsmäßige Anbieter einen Vorteil, während nicht-kommerzielle Anbieter dem nach den allgemeinen Regeln anwendbaren Recht in vollem Umfang unterworfen sind.⁵⁵

c) Bedeutung des § 3 TMG für Internetverträge

Trotz seiner großen Reichweite hat das TMG in Hinblick auf die der Rom I-VO unterliegenden Ansprüche letztlich relativ geringe Auswirkungen. Das liegt an zwei weiteren Ausnahmen, die bisher nicht erwähnt wurden.

Zum ersten geht nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 TMG eine Rechtswahl dem Herkunftslandprinzip vor. Das folgt der Logik, dass der Diensteanbieter begünstigt werden soll. Lässt dieser sich auf eine Rechtswahl ein, so wird er dies kaum aus einer Unterlegenheit heraus tun, sondern im Regelfall aktiv vorgehen, um seine Rechtsposition zu verbessern.

Zum zweiten sind nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 TMG die Vorschriften für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge vom Herkunftslandprinzip ausgenommen. Somit bleibt auch Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO weiter zu berücksichtigen.

Eine Konkurrenz, oder genauer gesprochen ein Bereich, in dem kollisionsrechtliche Ergebnisse im Sinne des Herkunftslandprinzips korrigiert werden müssen, verbleibt somit nur bei der regulären Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO. Gerade dort wird es aber selten zu einem Unterschied zwischen dem kollisionsrechtlichen Ergebnis und dem Herkunftslandprinzip kommen. Denn nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO ist typischerweise auf den Ort der Hauptniederlassung des Diensteanbieters abzustellen, so dass schon nach der Rom I-VO das Herkunftslandrecht Anwendung findet.

4. § 1 Abs. 5 BDSG

a) Überblick

§ 1 Abs. 5 BDSG, der Art. 4 Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie)⁵⁶ umsetzt, statuiert – unter anderem – ebenfalls ein Herkunftslandprinzip, denn auch im Datenschutz soll für in der EU niedergelassene Datenverantwortliche zunächst ihr eigenes Sitzortrecht gelten.⁵⁷ Hier wurde jedoch die Form einer Kollisionsnorm oder zumindest einer „Rechtanwendungsregel“ gewählt. Wie schon angesprochen gilt § 1 Abs. 5 BDSG

⁵⁴ Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, Rn. 541.

⁵⁵ Spindler, in Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, Kap. 5 Rn. 65.

⁵⁶ Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

⁵⁷ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz (11. Auflage 2012), § 1 Rn. 27; Fitzner, in Hoeren/Bensinger (Hrsg.), Haftung im Internet, Rn. 154.

auch für Verletzungen der datenschützenden Normen des TMG (§§ 11 ff.).⁵⁸ Denn § 3 TMG nimmt diese von seinem Anwendungsbereich aus, so dass das BDSG als Auffangrecht eintritt.

Das BDSG gilt nicht nur für öffentlich-rechtliche Institutionen, sondern für alle Datenverantwortlichen im Sinne des Gesetzes. Daher gilt es auch für Privatpersonen, soweit diese die Daten nicht, wie das Gesetz es formuliert, „ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten“ erheben, verarbeiten oder nutzen.⁵⁹ Die Anwendung ist zudem nicht auf unternehmerische Datenverantwortliche beschränkt. Im Ganzen ist die Bedeutung des Datenschutzrechts damit breit, zumal der EuGH den Begriff der Datenverarbeitung weit auslegt. Insbesondere reicht es bereits aus, dass Informationen weiterverbreitet werden, die an anderer Stelle bereits allgemein zugänglich sind.⁶⁰

Schließlich ist wesentlich, dass im BDSG die im TMG vorgesehenen Ausnahmen für die Rechtswahl und für den Verbraucherschutz fehlen. Somit kann das BDSG, falls es der Rom I-VO vorgehen sollte, für Datenschutzverletzungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts zu abweichenden Ergebnissen führen.

b) Vorrang des BDSG

Auf den ersten Blick scheint eine Anwendung des § 1 Abs. 5 BDSG im Bereich der Rom I-VO schon wegen des Vorrangs des Rechts der EU nicht vorstellbar. Es ist aber zu bedenken, dass es sich um die Umsetzung der Datenschutzrichtlinie handelt. Nach Art. 23 Rom I-VO bleiben speziellere Kollisionsnormen in EU-Rechtsakten durch die Verordnung unberührt. Diese Regelung umfasst auch Art. 4 Datenschutzrichtlinie und damit § 1 Abs. 5 BDSG.⁶¹ Soweit es sich bei der Verletzung des Vertrags zugleich um eine Verletzung des Datenschutzrechts handelt, wird die Rom I-VO somit durch die Regelungen in § 1 Abs. 5 S. 1 und S. 2 BDSG verdrängt. Der EuGH hat dementsprechend in der *Google* Entscheidung die Rom I-VO noch nicht einmal erwähnt, sondern ohne weiteres nur Art. 4 Datenschutzrichtlinie angewendet.⁶²

Das nach § 1 Abs. 5 BDSG bestimmte Recht ist auf den Anspruch umfassend anzuwenden. Es entscheidet nicht nur über die Anspruchsvoraussetzungen, sondern ihm ist insbesondere auch zu entnehmen, welche Anforderungen an die Einwilligung für den Eingriff in die Privatsphäre bestanden, sei es bei der Verwendung von Cookies, bei der Weitergabe von Daten oder bei anderen Vorgängen.

58 *Jotzo*, Gilt deutsches Datenschutzrecht auch für Google, Facebook & Co. bei grenzüberschreitendem Datenverkehr?, MMR 2009, 232, 234; *Dietrich/Ziegelmayr*, Facebook's „Sponsored Stories“ – ein personenbezogenes unlauteres Vergnügen, CR 2013, 104, 105.

59 Für ein enges Verständnis dieser Ausnahme etwa *Hornung*, in *Hornung/Müller-Terpitz* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, S. 97, Rn. 46 ff.

60 EuGH *Google Spain* SL, NJW 2014, 2257, 2259 Rn. 30; EuGH 16.12.2008 – C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*, Slg. 2008, S. 727, Rn. 48 f.

61 Kaum zu vertreten ist dagegen wohl die Ansicht, die Norm sei Eingriffsrecht im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Über Art. 9 Rom I-VO könnte man allenfalls einzelnen Normen des deutschen oder des ausländischen Datenschutzrechts zur Anwendung verhelfen.

62 EuGH *Google Spain* SL, NJW 2014, 2257, insbesondere S. 2260 Rn. 45 ff.

c) *Kollisionsrechtliche Bestimmungen des § 1 Abs. 5 BDSG*

aa) *Überblick*

§ 1 Abs. 5 BDSG unterscheidet wesentlich zwischen Datenverantwortlichen mit Niederlassung in der EU und solchen ohne Niederlassung in der EU. Für erstere gilt nach § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG das Herkunftslandprinzip. Für letztere kommt es nach § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG dagegen darauf an, wo die Daten erhoben werden.

Anders als § 3 TMG sieht § 1 Abs. 5 BDSG, wie bereits erwähnt, zudem keine Ausnahmen für die Rechtswahl und den Verbraucherschutz vor.

bb) *Verbrauchervertrag*

Für den Verbrauchervertrag bedeutet dies, dass gegenüber einem Datenverantwortlichen mit Niederlassung in der EU nicht das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats des Verbrauchers, sondern das Recht des Niederlassungsstaats des Datenverantwortlichen gilt. Das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers tritt also zurück.

Wenn der Datenverantwortliche keine Niederlassung in der EU hat, greift § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG, der eine einseitige Anwendungsregel enthält. Es kommt für die Anwendung des deutschen Rechts dann darauf an, ob die Daten in Deutschland erhoben wurden. Bei der Auslegung dieser Norm muss aber die Richtlinie beachtet werden, die enger formuliert ist. Legt man die Norm richtlinienkonform aus, so ist das Recht des Erhebungsorts nur dann anzuwenden, wenn der Datenverantwortliche die Daten dort erhebt und dazu auf „automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreift“, die am Erhebungsort belegen sind (Art. 4 Abs. 1 lit (c) Richtlinie 95/46/EG).⁶³ Unter diesen „Mitteln“ kann man aber wohl zumindest dann auch das jeweilige Endgerät des Betroffenen verstehen, wenn die Daten dort gesammelt werden,⁶⁴ so dass man auch bei richtlinienkonformer Auslegung häufig zur Anwendung deutschen Rechts gelangen wird. Wenn das OLG Hamburg eine solche Einengung der Norm ablehnt und sie auf alle Datenerhebungen im Inland anwenden will,⁶⁵ missachtet es den vollharmonisierenden Charakter der Richtlinie. Es nimmt zudem zu Unrecht an, dass die Harmonisierung unbeachtlich sei, weil es nicht um Konflikte innerhalb der EU gehe.⁶⁶

Handelt es sich um eine Datenschutzverletzung im Rahmen eines Verbrauchervertrags, sind die Auswirkungen des § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG letztlich moderat, da Art. 6 Rom I-VO und § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG recht ähnliche Anknüpfungskriterien verwenden. Es kommt nach § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG zwar einerseits nicht darauf an, ob der (unternehmerische) Datenverarbeitende sein Angebot auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Die Norm kann also auch eingreifen, wenn der vertragliche Kontakt zustande kam, weil der Verbraucher eine gar nicht auf Deutschland ausgerichtete ausländische Seite aufgesucht hat. Es handelt sich dabei aber um eher seltene Fälle. Nötig ist außerdem nach dem BDSG, dass der Datenverarbeitende mit Hilfe von in Deutsch-

63 *Plath*, in *Plath*, BDSG (2013), § 1 Rn. 62 f.; *Wieczorek*, Der räumliche Anwendungsbereich der EU-Datenschutz-Grundverordnung, DuD 2013, 644, 645.

64 Näher *Plath*, in *Plath*, BDSG, § 1 Rn. 63 ff., 66; *Spindler*, JZ 2014, 981, 985.

65 OLG Hamburg NJW-RR 2011, 1611.

66 Zur Vollharmonisierung durch die Richtlinie 95/46/EG inzwischen EuGH 24.11.2011 – C-468/10 und C-469/10 Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) und Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) gegen Administración del Estado, Slg. 2011, 12181.

land belegenen Mitteln Daten des Verbrauchers gesammelt hat. Insofern besteht also ein über Art. 6 Rom I-VO hinausgehendes Kriterium. Angesichts des weiten Verständnisses der „Mittel“ dürfte dadurch der Schutz des Verbrauchers im Ergebnis aber wohl nur selten geschmälert werden.

Der Ausschluss der Rechtswahl hat in Verbraucherverträgen deshalb keine große Bedeutung, weil der in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO vorgesehene Günstigkeitsvergleich diese Möglichkeit für den Unternehmer ohnehin stark entwertet.

cc) Sonstige Verträge

Für Verträge, die nicht Verbraucherverträge sind, besteht die bedeutendste Abweichung von der Rom I-VO demgegenüber darin, dass eine Rechtswahl durch § 1 Abs. 5 BDSG komplett ausgeschlossen ist.

Auch § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG weicht von Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO erheblich ab. Denn mit dem nach § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG relevanten Ort, an dem die Daten erhoben werden, wird wie gezeigt in der Regel der Aufenthaltsort des Geschädigten übereinstimmen, nicht jedoch der nach Art. 4 Abs. 1 lit (b) Rom I-VO entscheidende Niederlassungsort des Datenverantwortlichen.

Die Auswirkungen des § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG sind dagegen, ganz ähnlich wie bei § 3 TMG beschrieben, gering, da das Herkunftsland sich meist mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erbringers der charakteristischen Leistung, auf den Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO abstellt, decken wird.

d) Bestimmung des Niederlassungsorts

aa) Entscheidung Google Spain des EuGH

Eines der wesentlichen Probleme der Datenschutzrichtlinie – und entsprechend des BDSG – ist die Definition der „Niederlassung“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit (a) Datenschutzrichtlinie (§ 1 Abs. 5 S. 1 BDSG). Fest steht allein, dass es sich um eine „feste Einrichtung“ handeln muss.⁶⁷ Der EuGH hat in der Entscheidung *Google Spain* die Bestimmung des Niederlassungsorts sehr großzügig vorgenommen. Es ging um die Frage, ob eine spanische Zweigstelle von Google, die allein die Aufgabe hat, Werbeangebote für den spanischen Markt zu akquirieren und für die Verwendung verfügbar zu machen, als eigenständige Niederlassung zu betrachten sei, oder ob auf die irische Niederlassung des Unternehmens abzustellen war, wo die eigentliche Datenverarbeitung stattfand.

Der EuGH hielt es für irrelevant, ob die Niederlassung gerade das Geschäft der Datenverarbeitung betreibt. Im Fall von Google musste also nicht der eigentliche „Suchprozess“ in Spanien erfolgen bzw. auch nur die Darstellung der Ergebnisse dort organisiert sein.⁶⁸

Er ging so vor, um das irische Recht, als das Recht der „Hauptniederlassung“ von Google innerhalb der EU zu vermeiden und zu einer Anwendung des Aufenthaltsrechts des Betroffenen zu gelangen. Ob das im konkreten Fall, in dem der EuGH das

⁶⁷ So Erwägungsgrund 19 der Datenschutzrichtlinie, näher *Spindler*, JZ 2014, 981, 985.

⁶⁸ EuGH *Google Spain* SL, NJW 2014, 2257, 2260, Rn. 45 ff.

entscheidende „Recht auf Vergessenwerden“ letztlich auf die Richtlinie und die EU-Charta stütze, im Ergebnis überhaupt erheblich war, bleibt dabei offen.

bb) Fernwirkungen des erweiterten Niederlassungsbegriffs

Bisher ist selten darüber nachgedacht worden, dass diese Erweiterung des Niederlassungsbegriffs auch ungewollte Nebenfolgen haben kann. Wenn etwa ein Datenverantwortlicher mit Hauptniederlassung außerhalb der EU in Deutschland Daten erhebt, so gilt wie soeben erörtert typischerweise deutsches Recht. Wenn nun dieser Datenverantwortliche ein kleines Büro in einem anderen EU-Mitgliedstaat eröffnet, sei es, um hier den Markt zu erforschen, sei es um Werbekunden zu akquirieren, so wird er zum EU-Datenverantwortlichen im Sinne des § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG und unterliegt dem Recht des Niederlassungsstaats. Es wird ein ausländisches Recht anwendbar. Das kann, wie gezeigt, auch innerhalb der EU Nachteile für den Betroffenen mit sich bringen.

5. Wertungen

a) Normansatz

Das allgemeine internationale Vertragsrecht enthält kaum Sonderregelungen für den Bereich von Internet und Privatsphäre. Allein die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit (b) Rom I-VO durch den EuGH lässt erkennen, dass eine gewisse Neigung dazu besteht, für den im Internet surfenden Verbraucher zu einer Anwendung seines Heimatrechts zu gelangen. Ansonsten fehlen Normen, die gezielt auf die Sondersituation Internet reagieren, so dass auch keine Wertungen abgelesen werden können. Das Fehlen von Regelungen ist auch als solches nicht Ausdruck eines besonderen normgeberischen Willens, sondern ist in Hinblick auf die verdrängenden Sondergesetze schlüssig.

Im Vordergrund steht bei vertraglichen Ansprüchen wegen einer Privatsphäreverletzung § 1 Abs. 5 BDSG. Denn § 3 TMG enthält zwar mit dem Herkunftslandprinzip eine besonders deutliche Wertung zugunsten der Diensteanbieter, er entfaltet aber im Vertragsrecht nur geringe Wirkungen. Durch § 1 Abs. 5 BDSG wird dagegen das allgemeine internationale Vertragsrecht vollständig verdrängt, soweit der Anspruch auf einer Datenschutzverletzung beruht.

§ 1 Abs. 5 BDSG enthält verschiedene speziell in Hinblick auf die Interessen bei der Datenverarbeitung getroffene, wertende Entscheidungen.

Es sticht zunächst hervor, dass § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG nur eine einseitige Kollisionsnorm enthält und damit auf ein grundlegendes Element des heute verbreiteten Kollisionsrechts verzichtet. Sie zielt darauf ab, den Anwendungsbereich des BDSG zum Schutz des deutschen Betroffenen zu erweitern. Das Recht des Erhebungsorts wird – bei richtlinienkonformer Auslegung – wenigstens dann hervorgehoben, wenn der Datenverantwortliche auf dort belegene Mittel zurückgreift. Diese Regel entfaltet ihre Bedeutung vor allem im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Sie stellt denjenigen, dessen Daten verarbeitet werden, – ähnlich wie dies in der Rom I-VO für Verbraucher, Arbeitnehmer und Versicherungsnehmer erfolgt – kollisionsrechtlich günstiger. Es ist also die Wertung erfolgt, dass alle Personen in Hinblick auf ihre Daten besonderen Schutz erhalten sollen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Norm auf Drittstaatsverhältnisse beruht darauf, dass das Schutzniveau innerhalb der EU für ausreichend gehalten wird. Somit findet sich hier zwar eine „neue“ Gruppe von

Personen, die geschützt wird, die Anknüpfung selbst bleibt jedoch im Rahmen des Gewohnten. Der Ort der Datenerhebung bleibt nah an dem Ort der engsten Verbindung. Ungewohnt ist allenfalls, dass durch § 1 Abs. 5 BDSG eine einzelne Vertragsverletzung einem anderen Recht unterstellt wird, als für den Vertrag insgesamt gilt.

Am interessantesten ist es nach alledem vielleicht, die Norm aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten. Denn aus ihr lässt sich der Schluss ziehen, dass das Datenschutzrecht nicht allgemein als Eingriffsrecht in Sinne des Art. 9 Rom I-VO verstanden werden soll – sondern allenfalls für die von § 1 Abs. 5 S.2 BDSG näher bezeichneten Fälle. Die Norm bewirkt damit letztlich, dass eine Anwendung des Art. 9 Rom I-VO in Fällen, in denen bei der Datenerhebung keine im Inland belegenden Mittel genutzt werden, ausscheidet.

Zusammenfassend muss man für § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG eine diffuse Orientierung an sachrechtlichen Interessen konstatieren. Die Norm ist in ihrer einseitigen Ausgestaltung und in ihrem auf den Betroffenen abstellenden Ansatz zwar auf eine Stärkung des Datenschutzes ausgerichtet, bleibt darin aber letztlich so zurückhaltend, dass teilweise – z.B. soweit ein Verbraucher betroffen ist – möglicherweise sogar seltener deutsches Recht anwendbar ist, als nach den allgemeinen Regeln.

In § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG findet sich für die Binnenmarktfälle zudem das Herkunftslandprinzip in kollisionsrechtlicher Ausgestaltung. Wie bereits geklärt wurde, verlässt dies ganz die klassischen Gedanken der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit, um die Anbieter vor der Konfrontation mit unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen an ihre Dienste zu schützen. Mit dem Herkunftslandprinzip verzichten die Mitgliedstaaten auf die Geltung des überschießenden nationalen Datenschutzrechts. Da das Prinzip jedoch per se nur innerhalb der EU gilt, ist die Gefahr einer übermäßigen Absenkung des Schutzstandards begrenzt.

Indem er das Herkunftslandprinzip statuiert, gibt auch dieser erste Teil der Kollisionsnorm die Allseitigkeit auf. Befürworten kann man das dann, wenn man bereit ist, die EU als einen einheitlichen Rechtsraum zu begreifen, der im Innenverhältnis der Mitgliedstaaten eben nur noch vereinfachte Regeln braucht, die nicht auf die engste Verbindung, sondern auf andere Ziele – wie hier die Marktförderung – ausgerichtet sind. So verstanden muss das Herkunftslandprinzip als ein wichtiges Element der Binnenmarktförderung grundsätzlich befürwortet werden. Nur wo das Interesse an der Wahrung nationaler mitgliedstaatlicher Standards besonders groß wird, wird man Ausnahmen einfordern wollen.

Respektiert man aufgrund dieser Überlegungen die Entscheidung der Datenschutzrichtlinie für das Herkunftslandprinzip, irritiert es allerdings, dass der EuGH in der Entscheidung *Google Spain* gerade im Bereich des Datenschutzes die oben erwähnten Korrekturen am Herkunftslandprinzip vorgenommen hat.

b) Wertungen des EuGH in Google Spain SL

Der EuGH hat sein weites Verständnis des Niederlassungsbegriffs auf teleologische Überlegungen gestützt, obwohl dies angesichts des Wortlauts des Art. 4 Abs. 1 lit (a) Datenschutzrichtlinie nicht unbedingt erforderlich war.⁶⁹ Er hebt hervor, dass ein be-

⁶⁹ EuGH *Google Spain SL*, NJW 2014, 2257, 2260 Rn. 53 f.; wie hier deutend *Spindler*, JZ 2014, 981, 984.

sonders weiter räumlicher Anwendungsbereich anzunehmen sei, damit der durch die Richtlinie gewährleistete Schutz nicht umgangen werden könne.⁷⁰

In der Entscheidung *Google Spain* hat der EuGH damit noch deutlicher als in der *eDate-Advertising* Entscheidung gezeigt, dass er dem Herkunftslandprinzip im Internet gegenüber zurückhaltend eingestellt ist und nicht möchte, dass datenverarbeitende Unternehmen sich auf einen im EU-Ausland gelegenen Hauptsitz berufen können.

Die Haltung des EuGH zum Datenschutz hat einerseits viel positives Echo erhalten, weil offenbar die Besorgnis vor einem zu niedrigen Schutzniveau in manchen Mitgliedstaaten groß ist. Aus Sicht der Binnenmarktförderung ist sie jedoch problematisch. Zudem führt sie gegenüber Unternehmen aus Drittstaaten zu den oben beschriebenen Verwerfungen. Letztlich zeigt sie deutlich, dass eine weitere Angleichung des Datenschutzrechts auf hohem Niveau nötig ist.

6. Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung

a) Inhalt der Kollisionsnorm

In Art. 3 des Vorschlags für die Datenschutz-Grundverordnung (DSG-VO)⁷¹ findet sich ebenfalls eine Norm, die den räumlichen Anwendungsbereich der DSG-VO bestimmt.⁷² Diese enthält kein Herkunftslandprinzip mehr, was zunächst selbstverständlich erscheint, da innerhalb der EU zukünftig ohnehin Einheitsrecht gelten wird. Ob sich Auswirkungen oder Ergänzungsbedarf ergeben, weil die Norm wie § 1 Abs. 5 BDSG als Auffangnorm bei Verstößen für außerhalb der Grundverordnung geregelte besondere Datenschutzpflichten (wie bisher §§ 11 ff. TMG) geeignet sein muss, wird aber genauer geprüft werden müssen.

Die DSG-VO greift nach Art. 3 Abs. 1, wenn die Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines für die Verarbeitung Verantwortlichen in der Union erfolgt. Der Wortlaut ist insofern noch nicht auf die *Google* Entscheidung abgestimmt und schließt das breite Niederlassungsverständnis des EuGH im Grunde aus. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat bereits in ihrer ersten Stellungnahme, die aber ebenfalls noch vor der EuGH-Entscheidung erfolgte, eine konkretere Definition gefordert.⁷³ Daran wird derzeit gearbeitet.⁷⁴

Nach Art. 3 Abs. 2 DSG-VO gilt die DSG-VO außerdem, wenn Daten einer in der Union ansässigen Person verarbeitet werden, und die Verarbeitung entweder dazu dient, dieser Person Waren oder Dienste anzubieten oder der Beobachtung ihres Verhaltens dient. Es handelt sich also um ein Marktprinzip. Auf Anregung der Artikel-29-Datenschutzgruppe ist vorgesehen, ausdrücklich aufzunehmen, dass auch unentgeltliche

⁷⁰ EuGH *Google Spain* SL, NJW 2014, 2257, 2260 Rn. 54.

⁷¹ Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM/2012/011.

⁷² *Wieczorek*, DuD 2013, 644, 645; zugleich mit dem Versuch einer allgemeinen Typologisierung der Kollisionsnormen des EU-Rechts *Kreuzer/Wagner/Reder*, in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht (36. Ergänzungslieferung 2014), Abschnitt R. Europäisches Internationales Privatrecht, Rn. 41 ff., 47.

⁷³ Stellungnahme 01/2012 zu den Reformvorschlägen im Bereich des Datenschutzes vom 23. März 2012, S. 10. 00530/12/DE WP 191. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe wurde gemäß Artikel 29 Datenschutz-Richtlinie eingesetzt.

⁷⁴ Siehe Interinstitutionelles Dossier 2012/0011 (COD) vom 9.3.2015 (Drs. 6833/15, Drs. 6834/15).

Angebote von Waren und Dienstleistungen umfasst sind.⁷⁵ Insbesondere die Suchmaschinen werden dann also erfasst sein.⁷⁶

b) Wertungen

Die DSGVO verfolgt einen Ansatz, der deutlicher auf den Schutz der Nutzer mit gewöhnlichem Aufenthalt in der EU ausgerichtet ist. Dabei erinnert die Regelung an den Verbraucherschutz, wo es demjenigen, der EU-Verbrauchern Waren anbietet, ebenfalls zugemutet wird, dass für sein Handeln das Recht des entsprechenden Mitgliedstaats gilt. Die Grundidee erscheint vernünftig. Womöglich ließe sich sogar daran denken, bei der Bestimmung des Anknüpfungsmoments insgesamt eher darauf abzustellen, ob nach dem Typ des Vertragsgegenstands eine Partei geschützt werden sollte (wie dies etwa auch Art. 4 Abs. 1 lit (e) Rom I-VO für Franchisenehmer vorsieht).

III. Anwendbares Recht bei außervertraglichen Ansprüchen

1. Rom II-VO

Die Rom II-VO enthält ein vereinheitlichtes internationales Deliktsrecht für die gesamte EU und sieht in Art. 4 Rom II-VO vor, dass gewöhnlich an den Erfolgsort anzuknüpfen ist.

Nach Art. 1 Abs. 2 lit (g) Rom II-VO greift die Verordnung allerdings bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts nicht ein. Es war nicht gelungen, sich für diese auf eine Anknüpfung zu einigen.⁷⁷ Auch intensive Bemühungen um eine spätere Ergänzung sind gescheitert.

2. Art. 40, 41 EGBGB

a) Grundlagen

Nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB wird bei deliktischen Ansprüchen an den Tatort angeknüpft. Da der Tatort keinesfalls immer eindeutig bestimmbar ist und insbesondere der Handlungsort und der Erfolgsort – wie bei dem beliebten Anschauungsbeispiel des Schusses über die Grenze – auseinanderfallen können, regelt die Norm zugleich, wie der Begriff des Tatorts in solchen Fällen zu verstehen ist. Nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB kommt es zunächst auf den Handlungsort an. Art. 40 Abs. 2 S. 2 EGBGB erlaubt es aber dem Geschädigten, für das Recht des Erfolgsorts zu optieren.

⁷⁵ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

⁷⁶ Kühling, Rückkehr des Rechts: Verpflichtung von „Google & Co.“ zu Datenschutz, EuZW 2014, 527, 529.

⁷⁷ Mankowski, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht (2011) S. 79 f.; Heiderhoff, Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte, EuZW 2007, 428; siehe auch die Debatte bei conflictoflaws.net (2010) insbesondere mit dem Working Paper von Diana Wallis, <http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-diana-wallis-and-the-working-paper/>.

b) Bestimmung des Tatorts insbesondere bei Internetdelikten

aa) Eingrenzung als Aufgabe des Rechts

Wenn sich nach dem weiten System des Art. 40 Abs. 1 EGBGB bei einer unerlaubten Handlung sehr viele Tatorte ergeben, so wie es bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet in aller Regel der Fall ist, muss näher bestimmt werden, welche dieser Orte für die Anknüpfung relevant sind.

Für Pressedelikte ist die Frage der relevanten Handlungs- und Erfolgsorte bereits seit langem viel diskutiert worden. Es zeigt sich bei diesen besonders deutlich, dass sich bei der Bestimmung des Tatorts die materiellrechtliche Interessenabwägung widerspiegelt und es haben sich komplizierte Methoden („Mosaik“⁷⁸) herausgebildet, um weder die Pressefreiheit noch die Persönlichkeitsrechte zu gefährden. Für die Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet lässt sich diese Diskussion fruchtbar machen. Wegen der teils anderen Interessenlage kann sie aber nicht eins zu eins übertragen werden.

bb) Handlungsort

Soweit Ansprüche gegen ein Medienunternehmen geltend gemacht werden, wird heute ganz überwiegend auf dessen Sitz abgestellt.⁷⁹ Es entstehen dann keine weiteren Schwierigkeiten daraus, dass die verletzenden Vorgänge im Internet stattgefunden haben. Geht es um die Haftung einer natürlichen Person, die die Inhalte eingespeist hat, wird in der Regel darauf abgestellt, von welchem Ort aus sie dies tatsächlich getan hat.⁸⁰

cc) Erfolgsort

(1) Fehlende Lokalisierbarkeit

Viel lebhafter wird diskutiert, wie der Erfolgsort zu bestimmen ist. Es herrscht weitgehend Übereinstimmung darin, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht lokalisierbar ist. Nur vereinzelt wird daraus allerdings die Konsequenz gezogen, das Bestehen eines Erfolgsorts insgesamt abzulehnen.⁸¹ Vielmehr wird häufig vertreten, es sollten alle Orte, an denen die verletzende Information zugänglich ist, als Erfolgsort verstanden werden.⁸² Überwiegend wird aber versucht, eingrenzend vorzugehen und auf rechtlich wertende Art engere Voraussetzungen für die Bestimmung der relevanten Erfolgsorte zu finden. Teilweise wird eher vorsichtig eingeschränkt und vorgeschlagen, immerhin alle Orte als relevante Erfolgsorte zu verstehen, an denen der Betroffene bekannt sei.⁸³ Andere Ansichten messen dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des

78 Dazu näher unten cc (4).

79 Mankowski, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *RebelsZ* 1999, 203, 287; Junker, in MünchKommBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 75; Thorn, in Palandt, Art. 40 EGBGB Rn. 10; Wurmnest, in juris-PK, Art. 40 EGBGB Rn. 71.

80 Junker, in MünchKommBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 75; Fitzner, in Hoeren/Bensinger, Haftung im Internet, Rn. 108; näher insbesondere zur Bedeutung des Serverstandorts Pichler, in Hoeren/Sieber/Holzner (Hrsg.), Multimedia-Recht (Loseblatt, 41. Auflage 2015), Teil 25 Rn. 186 ff.

81 So Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (6. Auflage 2014), Rn. 343.

82 Schaub, in Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (10. Auflage 2015), Art. 40 EGBGB Rn. 23; Junker, in MünchKommBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 77 f.

83 Thorn, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen durch Massenmedien, Festschrift für Bernd von Hoffmann (2012), 746, 749; auch von Hoffmann in Staudinger (Neubearb. 2001), EGBGB Art. 40 Rn. 61.

Verletzten deutlich höhere Bedeutung zu.⁸⁴ Im Folgenden sollen nicht alle Facetten der Diskussion vorgestellt werden,⁸⁵ sondern insbesondere die Rechtsprechung des BGH und des EuGH einander gegenübergestellt werden. Beide Gerichte suchen nach einem Schwerpunkterfolgsort und erreichen auch sehr ähnliche Ergebnisse. Sie haben dabei jedoch einen ganz unterschiedlichen Denkansatz.

(2) Theorie des BGH: Die Interessenkollision

Der BGH meint, für eine Berücksichtigung eines Orts als Erfolgsort müssten die verletzenden Inhalte „objektiv einen deutlichen Bezug“ zu dem betroffenen Ort aufweisen, so dass „eine Kollision der widerstreitenden Interessen [...] insbesondere aufgrund des Inhalts der konkreten Meldung im Inland zu erwarten sei.“⁸⁶ Es komme darauf an, ob die Information an diesem Ort erheblich häufiger wahrgenommen werde als in anderen Staaten. Außerdem müsse es gerade durch die Wahrnehmung der Information an diesem Ort zu der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts gekommen sein.⁸⁷ Der gewöhnliche Aufenthalt der Persönlichkeit spielt nach diesen Kriterien letztlich eine große Rolle. Er ist aber keinesfalls allein entscheidend. Für einen von einer in den USA lebenden Autorin in russischer Sprache verfassten Bericht über ein in Russland durchgeführtes Klassentreffen („*Sieben Tage in Moskau*“), durch den ein Russe mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt zu sein meinte, reichte nach Ansicht des BGH der Bezug zu Deutschland nicht aus.⁸⁸

(3) Theorie des EuGH: Interessenschwerpunkt

Der EuGH hat in der Entscheidung *eDate-Advertising*, die zur (insofern parallel zu Art. 40 EGBGB zu verstehenden) Zuständigkeitsnorm in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO a.F. (nun Art. 7 Nr. 2 EuGVVO) erging, einen anderen Blickwinkel eingenommen.

Er meint, der (wichtigste) Erfolgsort entspreche im Allgemeinen dem gewöhnlichen Aufenthalt des Opfers. Doch könne es sich „auch um einen Mitgliedstaat handeln, in dem sich das Opfer nicht gewöhnlich aufhält, sofern andere Indizien wie die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit einen besonders engen Bezug zu diesem Staat herstellen können.“⁸⁹

Er sucht somit den Punkt, an dem die betroffene Person in ihrer sozialen Umwelt am stärksten betroffen ist.

(4) Zusätzliches Mosaik

Umstritten ist auch, ob neben die Möglichkeit, für die Anwendung des Rechts dieses Schwerpunkterfolgsorts zu optieren auch noch die Option treten sollte, jeweils mosaikartig das Recht des jeweiligen Teilerfolgsorts auf den Anspruch auf Schadensersatz

84 *Brand*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 29.03.2011 (VI ZR 111/10) – zur internationalen Zuständigkeit nach § 32 ZPO bei Internetveröffentlichungen, NJW 2011, 2061, 2062; zum Wohnsitz *Hohloch*, in Erman, BGB (14. Auflage 2014), Art. 40 EGBGB Rn. 18c, 18d.

85 Dazu etwa *Heiderhoff*, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen (2015), S. 413.

86 BGH NJW 2011, 2059; auch schon BGH NJW 2010, 1792.

87 BGHZ 191, 219 = NJW 2012, 148 (Rn. 14); BGH NJW 2012, 2197, 2199 (Rn. 31); BGHZ 197, 213 = NJW 2013, 2348; BGH NJW 2011, 2059, 2060 f. (letzttere zur vom BGH parallel verstandenen Zuständigkeit).

88 BGH NJW 2011, 2059.

89 EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 – *eDate Advertising* und *Martinez* (Rn. 48, 49).

wegen des dort eingetretenen Teilerfolgs anzuwenden. Für die Erfolgsortanknüpfung in Art. 40 EGBGB wurde das Mosaikprinzip bei Streudelikten früher überwiegend befürwortet.⁹⁰ Der EuGH hat das Mosaik in der Entscheidung *Shevill* auch für die internationale Zuständigkeit bei Pressedelikten angewendet.⁹¹ Für Art. 7 Nr. 2 (Art. 5 Nr. 3 a.F.) EuGVVO hat er seine Geltung ausdrücklich auch neben dem neuen Schwerpunktfolgsort bejaht.⁹² In der deutschen Literatur wird es dagegen meist abgelehnt.⁹³ Auch der BGH lehnt es offenbar ab. Das hat er zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen – es ergibt sich aber aus der Entscheidung *Sieben Tage in Moskau*, bei der eine Mosaikzuständigkeit in Deutschland sonst hätte bejaht werden müssen.⁹⁴

Ein Festhalten am Mosaikprinzip scheint, trotz seiner geringen praktischen Relevanz, letztlich jedoch richtiger. Das gilt schon, weil es schlicht ratsam ist, die Parallele zur Zuständigkeit möglichst weit zu führen. Für die Zuständigkeit macht das ergänzende Mosaik weiterhin Sinn, weil es bestimmte Gründe dafür geben kann, die Gerichte des Erfolgsorts zu meiden. Es ist zudem vom EuGH im Rahmen der EuGVVO bindend vorgegeben.

Allerdings sollte die Rechtslage idealerweise – was sich wohl ohne eine Gesetzesänderung nicht verwirklichen lässt – so sein, dass die Klage am Teilerfolgsort auch nur auf das gerade dort geltende Sachrecht gestützt werden darf.⁹⁵

(5) Stellungnahme zum Schwerpunktserfolgsort

Unabhängig von der Weiterführung der Mosaiktheorie kann in Hinblick auf die Bestimmung des Schwerpunktserfolgsorts letztlich nur die Auffassung des EuGH überzeugen. Sie ist zwar für die internationale Zuständigkeit entwickelt worden, trägt aber auch für das Kollisionsrecht. Wenn der EuGH sich zur Begründung auch auf das prozessorientierte Argument stützt, dass das Gericht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Person die Verletzung am besten beurteilen könne,⁹⁶ sollte dies nicht überbewertet werden. Vielmehr ist der Grundgedanke entscheidend, dass es auf den Schwerpunkt der Interessen des Verletzten ankommt und auf den Schädiger oder auf eine Gesamtbetrachtung des Sachverhalts hier nicht mehr abgestellt wird. Denn es gilt nur, den Erfolgsort zu bestimmen, und diesem ist zu eigen, dass er allein auf den Erfolgseintritt ausgerichtet ist. Es trägt in sich nicht mehr die Notwendigkeit, nochmals nach der engsten Verbindung des Gesamtgeschehens zu suchen. Das ist vielmehr

90 *Junker*, in MünchKommBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 33; *Dörner*, in Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch (8. Auflage 2014), Art. 40 EGBGB Rn. 9.

91 EuGH C-68/93, Fiona Shevill, NJW 1995, 1881.

92 EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 – eDate Advertising und Martinez (Rn. 52).

93 Dafür deutlich *Mankowski*, EWIR 2011, 743, 744, der aber die Schwerpunktzuständigkeit ablehnt; dagegen etwa *Weller*, Festschrift für Athanassios Kaissis (2002), Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet – Internationale Zuständigkeit am „Ort der Interessenkollision“?, S. 1039 ff., 1048 f.; *Thorn*, Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), S. 746, 754 ff.; *Picht*, Von eDate zu Wintersteiger – Die Ausformung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO für Internetdelikte durch die Rechtsprechung des EuGH, GRUR Int 2013, 19, 23; wohl auch *Roth*, IPRax 2013, 215, 222.

94 BGH NJW 2011, 2059.

95 *Wagner*, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäisches Deliktsgerichtsstand, IPRax 2006, 372, 385 f.; *Heiderhoff*, Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte, EuZW 2007, 428, 432; *Hess*, Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht, JZ 2012, 189, 193.

96 EuGH – C-509/09 – eDate Advertising, Rn. 48.

auf der Vorstufe geschehen, auf der vom Gesetzgeber vorgegeben wurde, dass sowohl Handlungsortsrecht als auch Erfolgsortsrecht als Tatortrecht eingreifen.

(6) Datenschutzverletzung nicht als Sonderfall

Für die Datenschutzverletzung wird gelegentlich in Abweichung von der allgemeinen Behandlung der Persönlichkeitsrechtsverletzung vertreten, es komme bei dieser auf den gewöhnlichen Aufenthalt der betroffenen Person an.⁹⁷ Diese Theorie geht auf *von Hoffmann* zurück, der darin einen praxisorientierten Vorschlag für eine ansonsten kaum lösbare Problematik sah. *Von Hoffmann* geht dabei allerdings zunächst davon aus, dass auch Datenschutzverletzungen Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind, die nicht „real“ verortet werden können. Es geht ihm um eine pragmatische Herangehensweise. Anders als die ihm folgenden Autoren vertritt *von Hoffmann* dementsprechend auch für die Persönlichkeitsrechtsverletzung eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt.⁹⁸

Nur in der breiten von *von Hoffmann* vertretenen Form scheint die Anknüpfung an den Aufenthaltsort stimmig. Denn irgendeine Basis für die Differenzierung zwischen der Datenschutzverletzung und der sonstigen Persönlichkeitsrechtsverletzung lässt sich nicht ausmachen. Hinzu kommt, dass für Datenschutzverletzungen durch Datenverantwortliche ohnehin § 1 Abs. 5 BDSG gilt, so dass die Bestimmung des Erfolgsorts überhaupt nicht relevant wird. Nur für die Fälle, in denen es bei Art. 40 EGBGB bleibt, muss in Hinblick auf Datenverletzungen der Erfolgsort bestimmt werden. Das sind vor allem die Fälle, in denen ein Dritter (der nicht Datenverantwortlicher ist) Zugriff auf die Daten nimmt. Hier scheint die Trennung zwischen der Datenschutzverletzung und der sonstigen Verletzung der Privatsphäre noch weniger überzeugend.

Zudem läge in der pragmatischen Begrenzung auf den Aufenthaltsort des Geschädigten eine Begünstigung des Schädigers. Anders als bei den Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Presse oder auch bei den Suchmaschinen ist beim Datendiebstahl durch Dritte eine gegenüber den allgemeinen Regeln für den Schädiger vorteilige Einschränkung des Erfolgsorts nicht angezeigt.

Würde man somit, *von Hoffmann* folgend, aus praktischen Gründen für alle Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten abstellen, so besticht dieser Vorschlag zwar durch seine Einfachheit. Er übergeht aber zu grob die oben beschriebene Schwierigkeit, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung eben nicht lokalisierbar ist, und insbesondere nicht wie eine Körperverletzung stets dort eintritt, wo die Person sich gerade befindet. Es kann so auch zu unsachgemäßen Ergebnissen kommen. Heute erscheint es daher richtiger, auch für Datenschutzverletzungen die Schwerpunkttheorie des EuGH anzuwenden.

dd) Sonderfall Unterlassungsanspruch

Das Vorstehende gilt grundsätzlich auch für Unterlassungsansprüche. Nur die mosaikartige Anwendung des einzelnen Erfolgsortsrechts kann zu einem nicht wünschenswerten, gewissermaßen überschießenden Effekt führen. Die Unterlassung lässt sich

⁹⁷ *Thorn*, in Palandt, Art. 40 EGBGB Rn. 10; *Junker*, in MünchKommBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 88.

⁹⁸ *Von Hoffmann*, in Staudinger (2001), Art. 40 EGBGB Rn. 61, 69.

nämlich häufig nicht auf einen bestimmten Staat begrenzen. Durch die Auswahl eines besonders „strengen“ Rechts könnte damit eine übermäßige Reichweite der Unterlassungspflicht erreicht werden, was vermieden werden sollte. Wie gezeigt ist die Mosaiktheorie ohnehin sehr umstritten. Für Unterlassungsansprüche besteht, anders als bei der Entschädigung, kein besonderes Bedürfnis, sie anzuwenden. Während es früher nötig war, für Unterlassungsansprüche Ersatzkonstruktionen zu entwerfen,⁹⁹ kann man heute einfach auf die Schwerpunkttheorie verweisen.

c) Sonderanknüpfung nach Art. 41 EGBGB

Wenn mit dem Recht eines anderen Staates eine wesentlich engere Verbindung besteht als mit dem nach Art. 40 EGBGB maßgebenden Recht, so ist nach Art. 41 Abs. 1 EGBGB dieses andere Recht anzuwenden. Eine solche engere Verbindung kann sich nach Art. 41 Abs. 2 EGBGB insbesondere aus einem Vertrag zwischen den Beteiligten ergeben. Wie diese Norm sich auf Verletzungen der Privatsphäre auswirkt, ist bisher kaum diskutiert worden, da es bei der traditionellen Verletzung durch die Presse nicht vorkam, dass ein Vertrag zwischen dem Verletzten und dem Schädiger bestand.

Im Internet kommt dies dagegen, wie oben aufgezeigt wurde, ganz häufig vor. Es ist oft gerade der Vertragspartner, der Zugriff auf die Daten des Kunden hat und so dessen Privatsphäre verletzt. Vertragliche und außervertragliche Ansprüche können daher nebeneinander treten. Für die Beschädigung von Daten in der Cloud ist daher vorge schlagen worden, Art. 41 EGBGB heranzuziehen.¹⁰⁰

Die Frage verliert stark an Bedeutung durch die im Folgenden nochmals aufzugreifenden Sonderregelungen in § 3 TMG und § 1 Abs. 5 BDSG. Art. 41 EGBGB sollte jedoch, soweit Anwendungsfälle verbleiben, mit großer Vorsicht behandelt werden, da die Anknüpfung über Art. 3, 4 Rom I-VO für den Geschädigten wesentlich ungünstiger ist, als die großzügige Regelung in Art. 40 EGBGB.

3. § 3 TMG und außervertragliche Ansprüche

a) Reichweite im Hinblick auf außervertragliche Ansprüche

Ob das Herkunftslandprinzip des TMG bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen überhaupt greift, ist umstritten. Teils wird dies abgelehnt, weil Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht in den koordinierten Bereich fallen,¹⁰¹ teils, weil die Würde i.S.d. § 3 Abs. 5 TMG betroffen sei.¹⁰² Der EuGH hat allerdings in der Entscheidung *eDate Advertising* gezeigt, dass er ohne weiteres davon ausgeht, dass die Ansprüche wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung zivilrechtliche Ansprüche sind und dass das Zivilrecht in den

99 Pfeiffer/Weller/Nordmeier, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Vorbemerkung zur Rom II-Verordnung und zu Art. 40 – 42 EGBGB, Rn. 17 (Art. 40 Abs. 3 EGBGB als Korrektiv).

100 Nordmeier, Cloud Computing und Internationales Privatrecht- Anwendbares Recht bei der Schädigung von in Datenwolken gespeicherten Dateien, MMR 2010, 151, 156 (zur insoweit ganz parallelen Regelung Art. 4 Abs. 3 S. 1 Rom II-VO).

101 Thorn, in Palandt, Art. 40 EGBGB Rn. 10; Pfeiffer/Weller/Nordmeier, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 40 EGBGB Rn. 11.

102 Spickhoff, in Beck-OK, Art. 40 EGBGB Rn. 39 (bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen).

koordinierten Bereich fällt.¹⁰³ Er stellte dabei nicht darauf ab, dass im konkreten Fall ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht wurde, sondern meinte, das gesamte Zivilrecht gehöre zum koordinierten Bereich. Das kann nur so verstanden werden, dass alle Ansprüche, die sich aus Verletzungen der im TMG enthaltenen Pflichten ergeben, vom Herkunftslandprinzip erfasst sind.

b) Bedeutung für das bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbare Recht

Nimmt man die soeben dargestellte Auffassung des EuGH ernst und versteht man § 3 TMG so weit, dass er auch Entschädigungsansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen umfasst, so hat § 3 TMG ganz erhebliche Auswirkung für die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Denn wenn Ansprüche wegen einer Verletzung der Privatsphäre gegen einen in der EU niedergelassenen Mediendienst geltend gemacht werden, verliert der Geschädigte das nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB vorgesehene Optionsrecht und ist auf das Recht angewiesen, dass am Niederlassungsort des Mediendienstes gilt.

4. § 1 Abs. 5 BDSG und außervertragliche Ansprüche

a) Unterlassungsansprüche

Für Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die auf einer Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen beruhen, steht die Geltung des § 1 Abs. 5 BDSG außer Zweifel. Das hat auch der EuGH im *Google*-Urteil so entschieden.¹⁰⁴

Bei der Anwendung der Norm besteht das Problem, wie oben bereits dargestellt, typischerweise nur darin, zu bestimmen, wann genau eine Niederlassung im Sinne des BDSG (bzw. des Art. 4 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie) besteht. Wie ebenfalls bereits dargestellt hat der EuGH den Niederlassungsbegriff sehr weit interpretiert und ist damit auf viel Zustimmung gestoßen.¹⁰⁵

b) Entschädigungsanspruch

Ob § 1 Abs. 5 BDSG auch gilt, wenn im Fall einer auf einer Datenschutzverletzung beruhenden Persönlichkeitsrechtsverletzung ein Anspruch auf Entschädigung aus § 823 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geltend gemacht wird, ist sehr streitig.

Vieles spricht dafür, dass der EuGH Art. 4 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie nicht nur für Ansprüche aus der Datenschutzrichtlinie selbst anwenden wird, sondern für alle Ansprüche, die sich aus Verletzungen von datenschützenden Normen ergeben. Ein Entschädigungsanspruch wäre dann immer erfasst, wenn die Persönlichkeitsrechtsverletzung zugleich eine Verletzung von datenschützenden Normen darstellen würde. Denn

103 EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 – eDate Advertising und Martinez (Rn. 62): Hierzu ist zum einen festzustellen, dass das Rechtssystem des Sitzmitgliedstaats des Diensteanbieters auch den Bereich des Zivilrechts umfasst, was sich u. a. aus dem 25. Erwägungsgrund der Richtlinie und daraus ergibt, dass der Anhang der Richtlinie die zivilrechtlichen Ansprüche und Pflichten aufführt, auf die die Regelung des Art. 3 keine Anwendung findet. Zum anderen ist dessen Anwendung auf die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter in Art. 2 Buchst. h Ziff. i zweiter Gedankenstrich der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen.

104 EuGH *Google Spain SL*, NJW 2014, 2257.

105 *Kühling*, EuZW 2014, 527, 529; *Nolte*, Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?, NJW 2014, 2238, 2239.

so wie nach der Entscheidung *eDate-Advertising* der durch die E-Commerce-Richtlinie koordinierte Bereich das gesamte Zivilrecht umfasst, ließe sich dies auch für die Datenschutzrichtlinie vertreten. Dann wäre ein Rückgriff auf Art. 40 EGBGB versperrt.¹⁰⁶

Eine bessere Lösung wäre es jedoch, wenn der Anspruch auf Entschädigung nicht von § 1 Abs. 5 BDSG umfasst wäre, so dass Art. 40 EGBGB eingreift.¹⁰⁷ Denn § 1 Abs. 5 BDSG regelt nur den Anwendungsbereich des BDSG selbst und dieser umfasst solche Ansprüche sachlich nicht. Das BDSG erfasst zwar nach § 7 BDSG auch Schadenersatzansprüche, die sich infolge einer rechtswidrigen Datenerhebung oder -nutzung ergeben (auch Präambel 55 der Richtlinie¹⁰⁸). Jedoch wird hierzu zu Recht argumentiert, diese Norm meine nicht den Entschädigungsanspruch bei der Persönlichkeitsrechtsverletzung, oder anders gesagt, sie betreffe nur materielle Schäden. Dafür spricht, dass § 8 Abs. 2 BDSG eine gesonderte Regelung für immaterielle Schäden enthält, die bestimmt, dass bei einer schweren Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine angemessene Geldentschädigung erfolgen muss. Diese Norm gilt aber nur für öffentliche Stellen, so dass Entschädigungsansprüche zwischen Privaten im Umkehrschluss nicht erfasst wären.

Diese begrenzte Anwendbarkeit des § 1 Abs. 5 BDSG ist auch mit dem Urteil *Google Spain* vereinbar. Denn dort ging es um einen Unterlassungsanspruch, der unmittelbar auf die Verletzung von Vorschriften der Datenschutzrichtlinie gestützt werden sollte und nicht um Entschädigung.

Schließlich spricht für ein solches engeres Verständnis auch der Vorschlag für die DSGVO. Die dort enthaltene Kollisionsnorm regelt nämlich wie bereits dargestellt – insofern klarer als § 1 Abs. 5 BDSG – nur die Anwendbarkeit der DSGVO selbst. Das ist schon daran zu erkennen, dass es für Binnenmarktsachverhalte gar keine Kollisionsregel mehr gibt. Die Norm baut also offenbar darauf auf, dass für die nicht vereinheitlichten Ansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die außerhalb der DSGVO anwendbar bleiben, die nationalen Kollisionsregeln weitergelten.

5. Wertungen

Schon Art. 40 Abs. 1 EGBGB trifft deutliche, materiellrechtliche Interessen aufgreifende Wertentscheidungen.¹⁰⁹ Der Geschädigte bekommt eine – wenn auch zeitlich begrenzte – Option, das für ihn günstigere Recht auszuwählen. Dass dies keinesfalls

106 So auch *Plath*, BDSG, § 1 Rn. 47.

107 So ganz deutlich *Fitzner*, in Hoeren/Bensing, Haftung im Internet, Rn. 161; wohl auch *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 40 EGBGB Rn. 15; dagegen aber *Jotzo*, Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, (2013), S. 120.

108 „(55) Für den Fall der Mißachtung der Rechte der betroffenen Personen durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen ist im nationalen Recht eine gerichtliche Überprüfbarkeit vorzusehen. Mögliche Schäden, die den Personen aufgrund einer unzulässigen Verarbeitung entstehen, sind von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zu ersetzen, der von seiner Haftung befreit werden kann, wenn er nachweist, daß der Schaden ihm nicht angelastet werden kann, insbesondere weil ein Fehlverhalten der betroffenen Person oder ein Fall höherer Gewalt vorliegt. Unabhängig davon, ob es sich um eine Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts handelt, müssen Sanktionen jede Person treffen, die die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie nicht einhält.“

109 Nur sehr vorsichtig dazu BT-Drucks 14/343 S. 11 (Beschränkung des Ubiquitätsprinzips auf Option in der ersten Instanz, um Waffengleichheit zu wahren). Das ist vor dem Hintergrund verständlich, dass die Rechtsprechung zuvor eine echte Alternativität angenommen hatte, nur BGH NJW 1981, 1606; BGH NJW 1964, 2012.

eine Selbstverständlichkeit ist, zeigt sich im Vergleich mit Art. 4 Rom II-VO, der eine einfache Anknüpfung am Erfolgsort vorsieht und damit zwar auch den Ort auswählt, der eher dem Geschädigten nahe ist, von einer noch weiter begünstigten Optionsmöglichkeit aber abgesehen hat. Diese Wertung ist für Verletzungen der Persönlichkeit schon früh aufgenommen und weiterentwickelt worden. So unterschiedlich die vertretenen Meinungen auch ausgefallen sein mögen, so war doch stets die Notwendigkeit der Wahrung der gegenläufigen Interessen beider Parteien – und dabei insbesondere die Pressefreiheit des Schädigers – berücksichtigt worden. Dass die hier notwendigen Abwägungen schwierig sind, hat – neben sicherlich intensiver Lobbyarbeit – auch dazu geführt, dass eine Regelung in der Rom II-VO gerade nicht zustande gekommen ist. Es ist nicht gelungen, sich auf eine gemeinsame Wertentscheidung zu einigen.

Ganz anders ist die Stoßrichtung der E-Commerce-Richtlinie. Das Herkunftslandprinzip dieser Richtlinie ist in keiner Weise darauf ausgerichtet, ein hohes Schutzniveau für den Nutzer zu erreichen, sondern es dient allein der Begünstigung der Diensteanbieter. Die Ausnahme für den Verbraucherschutz, die im Bereich der vertraglichen Ansprüche den privaten Nutzer schützt, kann im Deliktsrecht keine Wirkung entfalten. Ähnlich ist es bei der Datenschutzrichtlinie, soweit der Datenverantwortliche eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat hat. Die Abmilderung, die das Herkunftslandprinzip durch den vom EuGH in *Google Spain* geprägten weiten Niederlassungsbegriff erfahren hat, vermag daran nichts Grundsätzliches zu ändern.

Selbst wenn Datenverantwortliche aus einem Drittstaat handeln und das Herkunftslandprinzip nicht eingreift, bleibt die Kollisionsnorm der Datenschutzrichtlinie für den Geschädigten ungünstiger als Art. 40 EGBGB, weil ein Optionsrecht fehlt.

Die Wertungen des autonomen internationalen Deliktsrechts stehen damit in einem deutlichen Widerspruch zu den Wertungen des TMG und des BDSG. Das mag bis zu einem gewissen Grad darauf beruhen, dass der Richtliniengeber die persönlichkeitsrechtlichen Fälle nicht vor Augen hatte. Aber die abzuwägenden Interessen bei den klassischen Pressedelikten und den Datenschutzverletzungen unterscheiden sich auch, wenn man diese nicht übersieht. Denn bei den Datenschutzverletzungen besteht in der Regel eine deutlich andere Interessenlage als bei den klassischen Pressedelikten. Ob die Abweichungen bei der Interessenlage es rechtfertigen, den Datenverantwortlichen gegenüber der Presse kollisionsrechtlich besser zu stellen, muss jedoch bezweifelt werden.

IV. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Privatsphäreverletzungen im Internet sei hier nur kurz skizziert. Es stellen sich ähnliche Fragen wie im Kollisionsrecht.

Für die Feststellung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte kommt es zunächst ebenfalls darauf an, ob ein vertraglicher oder ein außervertraglicher Anspruch geltend gemacht wird. Der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten steht zwar in allen Fällen zur Verfügung – der typische internationale Fall in der Cyberwelt, wie er auch hier bisher im Mittelpunkt stand, ist aber so gelagert, dass ein Nutzer mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland vor einem deutschen Gericht gegen einen ausländischen Anbieter vorgehen möchte.

Bei außervertraglichen Ansprüchen gilt gegenüber einem EU-Beklagten Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, gegenüber einem Beklagten, der seinen Wohnsitz außerhalb der EU hat, gilt § 32 ZPO. In beiden Normen wird auf den Tatort abgestellt, wobei jeweils der Handlungs- und Erfolgsort als Tatort verstanden werden.¹¹⁰ Die oben zu Art. 40 EGBGB dargestellten Einzelheiten gelten weitgehend parallel, so dass der Geschädigte seine Klage wegen des gesamten Schadens zumindest am „Haupterfolgort“ – also in der Regel an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort – erheben kann.¹¹¹

Bei vertraglichen Ansprüchen ist weiter zu differenzieren. Soweit es sich um einen Anspruch aus einem Verbrauchervertrag handelt, greift Art. 17 Abs. 1 EuGVVO. Der Verbraucher kann danach insbesondere dann an seinem Wohnsitz klagen, wenn der Unternehmer in diesem Staat seine Tätigkeit ausübt oder sie auf diesen Mitgliedstaat ausrichtet.¹¹² Liegt kein Verbrauchervertrag vor, so greift, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder eine Niederlassung in der EU hat, Art. 7 Nr. 1 EuGVVO. Dieser eröffnet das Forum am Erfüllungsort. Wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder Niederlassungsort außerhalb der EU hat, gilt der deutlich engere § 29 Abs. 1 ZPO, der eine Zuständigkeit am Erfüllungsort vorsieht.

V. Schlussbetrachtung

1. Überlagerung des allgemeinen Kollisionsrecht durch Sondernormen

Die Überlagerung der allgemeinen Kollisionsnormen durch § 1 Abs. 5 BDSG und § 3 TMG kann man in Hinblick auf den transnationalen Schutz der Privatsphäre im internationalen Privatrecht als wesentlichste Entwicklung einordnen. Ganz ohne die Normen zu bewerten, muss beklagt werden, dass die rechtspolitische Debatte und die wissenschaftliche Aufmerksamkeit hier weit auseinander klaffen. Während die Vereinheitlichung der Kollisionsnorm für die Persönlichkeitsrechtsverletzungen und insbesondere die Pressedelikte durch eine Norm in der Rom II-VO eine jahrelange, intensive Diskussion erfahren hat, und letztlich erfolglos geblieben ist, hat sich die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts für die Datenschutzverletzungen und die Rechtsverletzungen durch Telemediendienste beinahe unbemerkt vollzogen. Wenn der EuGH das weite Verständnis, das er für das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie vorgegeben hat, auch für das Datenschutzrecht aufrechterhalten würde, dann wäre sogar eine weitgehende Vereinheitlichung des Kollisionsrechts für Persönlichkeitsverletzungen erreicht.

Damit ist noch nicht gesagt, dass die neuen Normen inhaltlich zu kritisieren sind.

110 Noch zum EuGVÜ EuGH 30.11.1976 – C-21/76 – Handelskwekerij G. J. Bier BV/Mines de potasse d’Alsace SA, Slg. 1976, 1735.

111 EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 – eDate Advertising und Martinez (Rn. 48, 49).

112 Näher schon oben II. 2. b) aa).

2. Wertendes Kollisionsrecht

Offen erkennbar wurde durch die vorstehende Untersuchung zunächst, dass das Kollisionsrecht für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet in jedem Fall über die Definition des engsten Berührungspunktes hinausgeht und dass den meisten einschlägigen Normen materiell wertende Erwägungen zugrunde liegen. Diese Aufnahme von sachrechtlichen Wertentscheidungen in das Kollisionsrecht erscheint als solche für den Bereich von Datenschutz, Persönlichkeitsrechtsschutz und insbesondere der Privatsphäre uneingeschränkt überzeugend. Denn zum einen ist es im Internet schon gar nicht möglich, die engste Verbindung in neutraler Weise durch örtliche oder sonstige sachliche Berührungspunkte zu bestimmen. Zum anderen sind die Belange der Parteien so stark und zugleich von so großer Bedeutung für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung, dass ein modernes Kollisionsrecht sie nicht ignorieren darf.

Sieht man sich die einzelnen im gegenwärtig geltenden Recht aufzufindenden Wertungen nochmals im Überblick an, so ist Art. 40 EGBGB eine deutliche Geschädigtenfreundlichkeit zu attestieren, die auch durch gewisse Einschränkungen bei der Bestimmung des Erfolgsorts nicht entfällt.

Gerade umgekehrt wertet das Herkunftslandprinzip der § 3 TMG, § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG, das als wichtiges Instrument im Binnenmarkt einzuordnen ist und den Diensteanbieter bevorzugt. Es kann allerdings nur eingesetzt werden, soweit das gegenseitige Vertrauen in die noch unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten dafür ausreicht. Es wurde oben bereits positiv bewertet, soweit es in zumindest weitgehend koordinierten Rechtsbereichen eingesetzt wird. Es soll hier daher nicht näher betrachtet werden, zumal es durch die DSG-VO voraussichtlich weitgehend überholt werden wird.

Eher neutral bleibt demgegenüber Art. 4 Rom I-VO, der mit seiner für alle vertraglichen Ansprüche geltenden Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Dienstleistenden allenfalls eine gewisse Tendenz zur Begünstigung des Dienstleistenden – und damit im vorliegenden Kontext typischerweise des Schädigers – erkennen lässt. Durch Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO lässt sich eine vielleicht zu befürchtende Einseitigkeit zwar in den Fällen neutralisieren, in denen die Dienste im Aufenthaltsstaat des Auftraggebers ausgeführt werden. Im Fall der Persönlichkeitsrechtsverletzung besteht diese Möglichkeit aber kaum, und eine Begünstigung des Schädigers ist somit letztlich nicht zu verkennen. Die zusätzliche Möglichkeit der Rechtswahl verstärkt diese Tendenz. Insofern ist es gut, dass die Norm durch § 1 Abs. 5 BDSG bei Datenschutzverletzungen weitgehend verdrängt wird und zumindest für Drittstaatsverhalte nach § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG doch auf den Ort abzustellen ist, an dem die Daten erhoben werden.

§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG enthält damit wiederum eine wertende Norm und versteht denjenigen, dessen Datenschutzrechte verletzt werden, deutlich als schutzwürdige Partei. Das Kriterium der Erhebung mit „Mitteln“, die im Aufenthaltsstaat des Betroffenen belegen sind, hat sich jedoch als wenig günstig erwiesen, weil es letztlich auf technische Details ankommt.

Somit bleibt das Marktortprinzip, das für die DSG-VO vorgesehen ist und im Ansatz auch schon in § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG erkennbar wird. Für dieses Prinzip spricht zum einen, dass es nah an der faktisch engsten Beziehung des Sachverhalts arbeitet – zum anderen, dass es eine für den Schädiger kalkulierbare, moderate Begünstigung des Geschädigten mit sich bringt.

Die derzeitige politische Gesamtstimmung und die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass eine solche moderate Bevorzugung des Geschädigten richtig ist. Die Gefahren durch Missbrauch der Möglichkeiten des Internets sind groß, und es wäre falsch, den Datenverantwortlichen den Rückzug in allzu liberale Rechtsordnungen zu ermöglichen. Eine Marktortanknüpfung stellt aus völkerrechtlicher Sicht kein Problem dar, da sie die Prinzipien eines modernen IPR, welches auf einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen beruht, nicht aufgibt. Sie kann auch im Privatrechtsverkehr mit allgemeiner Anerkennung rechnen.

Man sollte nachdrücklich betonen, dass das Verbrauchervertrauen für die Weiterentwicklung des Binnenmarkts eine Schlüsselfunktion hat. Gerade die digitalen Märkte könnten nicht erfolgreich sein, wenn der Verbraucher sie aus Sorge über die Sicherheit seiner materiellen und immateriellen Rechtsgüter nicht nutzt. Allerdings reicht es nicht, wenn sich in den verschiedenen Papieren zur digitalen Agenda immer wieder formelhafte Bezugnahmen auf die Wichtigkeit dieses Vertrauens finden. Es ist viel wichtiger, dabei nie zu vergessen, dass das Vertrauen letztlich aus einer für den Verbraucher sicheren Rechtslage erwächst. Es geht um den Schutz der wesentlichen Rechte des Verbrauchers – bzw. des Nutzers der digitalen Märkte. Und diese Rechte sind nicht etwa nur deshalb zu schützen, damit der Verbraucher Vertrauen entwickelt, sondern weil sie einen unmittelbaren eigenen Wert haben.¹¹³

Mit der Marktortanknüpfung findet die DSGVO insofern einen guten Weg. Dennoch bleiben große Fragen. Insbesondere muss überlegt werden, ob eine allseitige Ausgestaltung der Marktortanknüpfung gewünscht ist. Das scheint ratsam. Denn sonst würden im umgekehrten Fall, also wenn ein EU-Datenverantwortlicher außerhalb der EU Daten bearbeitet, Art. 4 Rom I-VO und Art. 4 Rom II-VO sowie Art. 40 EGBGB gelten. Insbesondere Art. 4 Rom II-VO und Art. 40 EGBGB wären wegen der nicht auf den Marktort beschränkten Erfolgsortanknüpfung problematisch. Die EU-Datenverantwortlichen würden nämlich kollisionsrechtlich schlechter gestellt als die Datenverantwortlichen aus Drittstaaten.

Letztlich fällt auf, dass die DSGVO auf deliktische Ansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen überhaupt nicht zugeschnitten ist. Da das Sachrecht für Persönlichkeitsrechtsverletzungen auch durch die DSGVO nicht angeglichen wird, bleibt eine solche Kollisionsnorm aber nötig. Wie gezeigt herrscht hier offenbar Unstimmigkeit zwischen dem EuGH, der diese Ansprüche – zumindest zum Teil – den bestehenden Richtlinien unterwirft, und der Auffassung des Verordnungsgebers, der die Kollisionsnorm der DSGVO so gestaltet hat, dass sie deliktische Ansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht erfassen kann. Um zu vermeiden, dass für Ansprüche aus dem Datenschutzrecht und solche aus dem allgemeinen Privatrecht, die letztlich dieselben Rechtshandlungen betreffen, unterschiedliche Kollisionsnormen gelten, wäre der Zeitpunkt gekommen, sich auf eine Kollisionsnorm für die Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu einigen.

113 Beispielhaft *Reding*, Pressemitteilung der Kommission zur digitalen Agenda, 22.5.2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-491_de.htm; *Speech/09/524*, 12.11.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-524_en.htm; auch Punkt 12 der Digitalen Agenda vom 6.5.2015.

3. Ruf nach einer kollisionsrechtlichen Diskussion

Zum Schluss bleibt der Aufruf an die Kollisionsrechtler, sich mehr einzumischen. Das Kollisionsrecht hat beim Schutz der Privatsphäre im Internet eine wichtige Funktion, die durch sorgfältig durchdachte neue Normen verantwortungsbewusst übernommen werden sollte.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Bettina Heiderhoff

I. Vertragliche Ansprüche

1. Die Verletzung der Privatsphäre kann eine Vertragsverletzung sein. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Vertragspartner Daten, die ihm im Rahmen des Vertrags anvertraut werden, zweckwidrig verwendet – z.B. indem er Daten aus einer Cloud veröffentlicht oder Informationen an Werbepartner weitergibt. Interessante Fragen stellen sich hier besonders im Hinblick auf AGB. Denn für die Verarbeitung oder Nutzung von Daten wird häufig eine Einwilligung benötigt. Viele Diensteanbieter holen diese in ihren AGB formularmäßig ein.

2. Handelt es sich um ein internationales Vertragsverhältnis, muss bestimmt werden, welches Recht für den Vertrag und insbesondere für die Kontrolle der AGB anwendbar ist. Hier greift zunächst die Rom I-VO, aber es müssen auch § 1 Nr. 5 BDSG als speziellere Kollisionsnorm und § 3 TMG beachtet werden. Der Art. 4 Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) umsetzende § 1 Nr. 5 BDSG bestimmt für Datenverantwortliche mit Niederlassung in der EU die Geltung des Herkunftslandsrechts. Der unter anderem Art. 3 Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie) umsetzende § 3 TMG statuiert ein auf sachrechtlicher Ebene wirkendes Herkunftslandprinzip, dessen Wirkung aber dennoch kollisionsrechtliche Ergebnisse umkehren kann.

3. In vielen Fällen wird eine Rechtswahl erfolgen, deren Wirksamkeit nach dem gewählten Recht zu beurteilen ist (Art. 3, 10 Rom I-VO). Im Verbrauchervertrag erfolgt allerdings ein Günstigkeitsvergleich (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO). Die Rechtswahl setzt sich gegenüber § 3 TMG durch (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 TMG). § 1 Nr. 5 BDSG wird dagegen als zwingende Norm angesehen.

4. Soweit nicht eine individuelle Vertragsverletzung geltend gemacht wird, sondern Verbände die Rechtsverletzung (UWG oder UKlaG) geltend machen, greift ergänzend Art. 6 II Rom II-VO. Geht es um AGB, muss aber die eigentliche Inhaltskontrolle wieder nach Art. 6 I Rom I-VO erfolgen.

II. Deliktische Ansprüche

1. Wenn die Privatsphäre einer Person verletzt wird, stehen dieser nach deutschem Recht ein allgemeiner Unterlassungsanspruch und ein Anspruch auf Entschädigung aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG zu. Ob im Einzelfall eine Persönlichkeitsrechtsverletzung anzunehmen ist, wird durch eine Abwägung der Grundrechtspositionen des Schädigers und des Geschädigten sowie auch dem Informationsinteresse der Allgemeinheit bestimmt.

2. Da die Rom II-VO Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht umfasst, greift für außervertragliche Ansprüche das autonome deutsche IPR, also Art. 40, 41 EGBGB. Da Verletzungen der Privatsphäre im Internet typischerweise Distanzdelikte sind, kann der Geschädigte zwischen der Anwendung des Handlungs- und des Erfolgsortsrechts wählen. Da es sich außerdem um Streudelikte handelt (der Erfolg tritt an mehreren Orten ein), wird zudem eine nähere Bestimmung des relevanten Erfolgsorts im Sinne des Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB erforderlich. Die verletzenden Informationen sind

meist weltweit abrufbar und die Persönlichkeit ist als immaterielles Rechtsgut nicht lokalisierbar, so dass der Schädiger sonst im schlimmsten Fall mit einer Anwendung jeden Sachrechts der Welt rechnen müsste. Der EuGH nimmt im Rahmen des Art. 7 Nr. 1 lit. c EuGVVO eine Konzentration an dem Ort vor, an dem die verletzte Person den Schwerpunkt ihrer Interessen hat. Dort kann der gesamte Schaden eingeklagt werden. Diese Rechtsprechung überzeugt und sollte für Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB nutzbar gemacht werden, so dass der Geschädigte für die Anwendung dieses Rechts (i.d.R. sein Aufenthaltsortsrecht) optieren kann. Daneben sollte aber die Möglichkeit der mosaikartigen Anwendung des Rechts jedes einzelnen Erfolgsorts auf den gerade dort eingetretenen Erfolg zugelassen werden.

3. Auch bei den deliktischen Ansprüchen ist wieder die Reichweite des § 1 Nr. 5 BDSG zu klären. Nach überwiegender Ansicht erfasst die Norm den Entschädigungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen zwischen Privaten nicht, weil das BDSG hierfür keine Anspruchsgrundlage enthält. Dagegen gilt das in § 3 TMG statuierte Herkunftslandprinzip (zumindest grundsätzlich) auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Soweit der Schädiger nach dem gemäß Art. 40 EGBGB anwendbaren Recht strenger haftet als nach seinem Sitzrecht, muss also das Ergebnis an das dort geltende Recht angepasst werden, damit das Herkunftslandprinzip gewahrt ist.

III. Aufgabe des IPR

Derzeit weist das IPR in Hinblick auf die Verletzung der Privatsphäre im Internet einige Defizite auf. Vor allem überlagern sich unterschiedliche Regelungen in nicht immer systematischer oder auch nur klar abgrenzbarer Weise. Zum anderen und vor allem fehlt es an einer engagierten Diskussion darüber, welche Ziele überhaupt verfolgt werden sollten. Richtig wäre es, innerhalb der EU eine Zone des gegenseitigen Vertrauens zu schaffen, weltweit jedoch der Geltung des EU-Standards durch entsprechende Ausgestaltung des Kollisionsrechts zu möglichst großer Reichweite zu verhelfen.

Summary

zum Referat von Prof. Dr. Bettina Heiderhoff

I. Contract

1. The violation of privacy can occur within a contractual relationship. For example, the contractual partner might use the personal data committed to him outside the specified purposes – e.g. by publishing data from a cloud or by transmitting the data to commercial partners. Interesting legal problems arise in particular around the use of standard contract terms. In most cases, the consent of the customer is necessary before the contractual partner may use personal data. Many service providers use a clause within their standard contract terms, which states that the contractual partner is giving his or her consent to the use of the data by concluding the contract.

2. If the contract is international, the law applicable to the contract and, in particular, to the standard contract terms must be determined. It is important to observe that the Rome I Regulation will often be overruled by specific rules in the data protection act (§ 1 sec. 5 BDSG – transforming article 4 Directive 95/46/EC) and the tele-media act (§ 3 TMG – transforming article 3 Directive 2000/31/EC).

§ 1 sec. 5 BDSG stipulates that the law of the country of origin is applicable for data controllers from an EU member state. Under § 3 TMG the substantive law of the country of origin of the service providers must be applied (at least where it is in their favor).

3. In many cases, there will be a choice of law agreement. Its validity must be controlled under the chosen law (articles 3, 10 Rome I Regulation). Only in consumer contracts the impact of a choice of law is generally restricted by the preferential law approach (article 6 sec. 2 Rome I Regulation). A choice of law overrides the rules of the TMG, but § 1 No. 5 BDSG is considered to be mandatory.

4. Where a consumer association takes collective action, article 6 Rome II Regulation must be applied additionally. The actual review of the standard contract terms will, however, remain subject to article 6 Rome I Regulation.

II. Torts

1. Where privacy is violated outside a contractual relationship, German law provides for a general right to injunction and a right to compensation. Whether the violation of privacy is relevant is determined by balancing the constitutional rights of the victim and of the tortfeasor. Other legal positions, such as the information interest of the public, must also be taken into consideration.

2. As the Rome II Regulation does not comprise claims deriving from violation of personality rights, the German national rules (articles 40, 41 EGBGB) remain applicable. For infringements of personality rights, the place in which the event giving rise to liability occurs and the place where that event results in damage are often not identical. In such cases, German law allows the victim to choose between the law of the place where the event occurs and the law of the place where it results in damage. Often, there are several places where the damage occurs, because the text/information will usually be accessible from many countries, or, rather, from any place in the world. It does,

therefore, seem necessary to many German authors and the courts to further define the relevant locations.

Concerning article 7 No. 1 lit. c Brussels I Regulation, the ECJ has decided that the place where the infringed person has his or her center of interest may be used as a forum for the whole damage. This judgment is convincing and the idea should be transferred to the German private international law, so that the victim may opt for the application of the law of the place where he or she has his or her center of interest. Additionally, there should remain the option to choose the law of any state in which the event results in damage in respect of the harm caused in that state (mosaic principle).

3. As far as claims for compensation based on infringements of personality rights under tort law are concerned, it is difficult to determine the impact of the data protection rules (§ 1 sec. 5 BDSG). The prevailing opinion in Germany assumes that § 1 sec. 5 BDSG does not comprise these compensation claims. § 3 TMG, on the other hand, covers these claims, so that the country-of-origin-principle will have a corrective effect on the substantive law level. In consequence, infringements of personality rights by service providers from the EU are only subject to the law of the country of origin of the provider.

III. Task of the conflict of laws rules

Currently the private international law concerning infringements of personality rights on the internet shows shortcomings. There are various laws which often contain rules that deviate a lot from one another and, moreover, have no clearly defined scope. It is essential to lead a focused discussion on the aims that should be achieved by private international law. It seems preferable, to create a zone of mutual trust within the EU on the one side and to grant a strong impact of the EU-standards for international cases by means of private international law on the other side.

Diskussion

zu den Referaten von Arnauld und Heiderhoff

Herr Reinisch: Ich darf alle im Saal anwesenden, diskussionsfreudigen Mitglieder ersuchen, Platz zu nehmen und der Aussprache Platz zu geben. Ich habe mich informieren lassen, dass das Veranstalterteam eine ganz raffinierte Version der zusätzlichen zeitlichen Disziplinierung vorsieht. Wir haben Slides, welche drei Minuten lang grün, danach eine Minute gelb und die letzte Minute rot leuchten werden. Sie wollen gar nicht wissen, was danach passiert.

Ich habe versucht, die Diskussionbeiträge so zu ordnen, dass wir mit ein paar Fragen beginnen, die sich an beide Referenten richten. Daher würde ich vielleicht einmal Herrn Paulus, Herrn Benedek und Herrn Marauhn in dieser Reihenfolge um Ihre Wortmeldungen ersuchen.

Herr Paulus: Zunächst einmal möchte ich das Recht und die Pflicht des ersten Sprechers in Anspruch nehmen und beiden Referenten für ihre schönen Referate danken, die das Thema von zwei verschiedenen Seiten angepackt haben. Das eine sozusagen von oben, von einer globalen Warte aus in die Details und in das Nationale hinein und umgekehrt. Das fand ich beides sehr gelungen. An beide habe ich jedoch Fragen im Hinblick auf die Durchsetzungsdimension. Wir haben sehr viel gehört über die „*jurisdiction to prescribe*“ und ihre Ausübung. Wir haben aber weniger gehört über die Durchsetzung. Das Problem der Durchsetzung stellt sich erst einmal natürlich besonders dort, wo ein transnationales Recht auf Privatleben postuliert wird. Wer soll sich darum kümmern, was zum Beispiel unter der Hohen See geschieht? Oder was zwar im britischen Hoheitsbereich geschieht, aber letztlich ganz andere Daten betrifft, an denen die Briten eigentlich gar kein Interesse haben sollten?

Die Frage der Durchsetzung stellt sich auch weiterhin bei dem vielzitierten *Google Spain*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union. Dieses Urteil hat dazu geführt, dass wir jetzt mit der Praxis eines privaten Unternehmens konfrontiert sind, das in massenhafter Weise Tatsachen überprüft und im Einzelnen abwägt, wie das Recht auf Privatleben mit dem Recht auf Information und auch der Pressefreiheit in Einklang zu bringen ist. Die Frage stellt sich doch, ob hier ein größeres Interesse als das eines Unternehmens berührt ist und ob diese Grundrechteabwägung auch eine institutionelle Komponente hat. Wenn ich das richtig gelesen habe, hat die Bundesregierung nun vorgeschlagen, ein judizielles – quasi-judizielles – Verfahren einzuführen. Die Frage stellt sich natürlich, ob wir das nicht im europäischen Rahmen bräuchten, um genau diese öffentliche Kontrolle, die Sie, Herr von Arnauld, am Ende Ihres Referates angemahnt haben, dann auch zu verwirklichen.

Eine letzte Bemerkung zum institutionellen Bereich: Ich würde den Datenschutzbeauftragten in der Abwägung – auch in der internationalen – nicht kleinschreiben, sondern – ganz im Gegenteil – um der institutionellen Komponente der Durchsetzung Willen großschreiben. Vielleicht kann man sogar einen internationalen Beauftragten in dieser Weise installieren, wie wir das ja im allgemeineren Rahmen bei den Menschenrechten bereits haben. Denn sonst sehe ich große Schwierigkeiten dabei, internationale

Rechte in irgendeiner Weise durchzusetzen, auch wenn diese Durchsetzung sicherlich im Dialog mit den jeweiligen territorial Zuständigen geschehen muss.

Herr Benedek: Ich bedanke mich für die beiden sehr anregenden Referate. An der Universität Graz haben wir einen Schwerpunkt im Bereich Informationsgesellschaft und Menschenrechte. Daher war für mich das Thema besonders interessant. Ich dachte aber, dass einige Aspekte noch zusätzlich zur Sprache kommen sollten.

Ich denke, ein globales Recht auf digitale Privatsphäre ist ableitbar aus dem Recht auf Privatleben. Aber wir haben das Problem mit der amerikanischen Doktrin, die ja eine extraterritoriale Wirkung der Menschenrechte ablehnt. Solche Doktrinen sind für die Universalität der Menschenrechte nicht sehr hilfreich. Auch die Beschränkungen des Rechts auf Privatleben, die natürlich möglich sind, scheinen durch die Sicherheitsdienste ignoriert zu werden. Es braucht da mehr demokratische Kontrolle. Das zentrale Recht auf informationelle Selbstbestimmung – und das ist wirklich zentral – bedeutet Einwilligung. Aber wie oft wird diese Einwilligung in der Praxis verlangt? Wie oft wird sie ignoriert?

Die europäische Ebene sollte noch stärker hervorgehoben werden: Zunächst gibt es Konvention 108 des Europarates zum Datenschutz, die sich derzeit in der Modernisierung befindet, außerdem Art. 7 und 8 der Europäischen Grundrechtecharta. Das Datenschutzpaket der EU wurde angesprochen, welches vielleicht die derzeit am stärksten umstrittene Rechtsmaterie in der EU ist. Das Lobbying der amerikanischen Konzerne dagegen ist beispiellos. Das Europäische Parlament hat dieses Paket unter dem Eindruck der Snowden-Enthüllungen in einer eher extensiven Form verabschiedet und jetzt liegt es im Rat und dort liegt es.

Zum *Google*-Urteil: Sie haben gesagt, es gibt eine extraterritoriale Wirkung, aber man sollte dazu sagen, es wirkt nicht jenseits der EU. Das heißt, diese Daten sind zugänglich, wenn Sie von außerhalb der EU darauf zugreifen. Wie Herr Paulus richtig gesagt hat, haben wir jetzt eine Gegenbewegung. Die Medien fragen, was mit der Informationsfreiheit ist. Sie kommen an die Daten nicht mehr heran. Man sollte auch auf das *Delfi*-Urteil gegen Estland hinweisen. Dort geht es um Persönlichkeitsschutzfragen und das liegt jetzt beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die Große Kammer wird demnächst in Straßburg entscheiden und das ist extrem umstritten. Hier geht es um die Frage, wie weit Intermediäre Verpflichtungen haben sollen.

Weiteres Beispiel: Twitter. Der türkische Präsident – das haben viele wahrscheinlich mitbekommen – verklagt regelmäßig Nutzer, die ihn etwa dadurch beleidigen, dass sie Korruptionsvorwürfe oder Ähnliches in das Netz stellen. Manchmal sind diese Vorwürfe vielleicht auch berechtigt, aber das läuft dann so, dass Gerichte in der Türkei Löschungsaufforderungen an Twitter schicken, wo diese überprüft werden und ihnen meist auch Rechnung getragen wird. Hier wird die nationale Macht ausgespielt, obwohl Twitter nicht immer den Aufforderungen folgt. Durch einen eigenen halbjährigen Transparenzbericht zeigt Twitter, wie es reagiert, um das Vertrauen der Nutzer zu erhalten.

Sie haben gesagt, die ITU spielt eine Rolle in der *Internet Governance*. Ich glaube, sie spielt keine besondere Rolle und sie sollte auch keine spielen, weil sie nämlich den *Multistakeholder*-Ansatz, der beim Weltgipfel der Informationsgesellschaft, der dieses Jahr sein 10-Jahre-Jubiläum hat, beschlossen wurde, nicht umsetzt, sondern eher ver-

sucht, die Staatenkontrolle im Internet wieder einzuführen. Das ist keine gute Perspektive für das Internet.

Ein weiterer Aspekt wäre die Rolle der Zivilgesellschaft. Mir hat diese in den Referaten etwas gefehlt. Aber die Zivilgesellschaft ist die zentrale Gruppe unter den *Stakeholdern*, die sich wirklich für das Recht auf Privatleben stark macht und ohne die Zivilgesellschaft hätten wir bei weitem nicht den internationalen Schutz, den wir heute haben.

Noch ein Hinweis auf die Vorreiterrolle des Europarates, der durch eine Vielzahl von Empfehlungen hier aktiv geworden ist. Ich durfte selbst bei einem *Guide to Human Rights of Internet Users* mitarbeiten, wo diese über ihre Rechte informiert werden, unter anderem auch das Recht auf Datenschutz, das sie gegenüber Staaten und auch gegenüber Firmen haben. Hier geht es darum, letztlich auch eine Art „*global citizenship in cyberspace*“ zu etablieren, normative und ethisch-normative Vorstellungen, die sowohl die Firmen, als auch die Nutzer mittragen sollen.

Herr Marauhn: Ich habe drei kurze Anmerkungen. Die erste Anmerkung betrifft die Frage der Territorialität. Sie richtet sich an beide Vortragenden. Ich meine, man sollte die Territorialität und auch das Anknüpfen an Hardware nicht völlig beiseiteschieben. Zumindest ist das eine wichtige Zwischenlösung, dass man eben doch noch an Hardware und Territorialität anknüpfen kann. Ein rein funktionaler Ansatz scheint mir da einfach schon zu weit zu gehen.

Mein zweiter Punkt betrifft die Regulierung des auswärtigen Verhaltens heimischer Unternehmen. Ich stimme völlig mit Dir überein, Andreas, dass gegenwärtig jedenfalls keine umfassende Verpflichtung dazu besteht. Ich stimme aber auch mit Dir überein, dass man insoweit tatsächlich durchaus mutige, auch nationale, Alleingänge wählen sollte, um das Verhalten heimischer Unternehmen im Ausland zu regeln, gerade wenn es um das Internet geht. Eine Pflicht dazu kann sich durchaus aus Verfassungsrecht ergeben.

Die dritte Frage richtet sich wieder an Sie beide, Frau Heiderhoff und Andreas. Wie verhält es sich eigentlich mit der Verzahnung von menschenrechtlichen Schutzpflichten und der Frage nach dem Ort, wo man seine Klagen anhängig machen kann? Müsste man nicht gerade auch vor dem Hintergrund der menschenrechtlichen Schutzpflichten argumentieren, dass grundsätzlich der Ort des Geschädigten der zutreffende Gerichtsstand ist?

Herr Reinisch: Ich habe weitere vier Fragen, die beide Redner betreffen – Herr von Bogdandy, Herr Walter, Herr Kugelmann, Herr Khan, in dieser Reihenfolge.

Herr von Bogdandy: Auch ich bedanke mich für die interessanten Vorträge und meine Frage geht an beide. Kann ich Ihre beiden Vorträge so zusammenfassen, dass Sie die Leitfrage „Freiheit und Regulierung“ im *Cyberspace* so beantworten, dass Sie Leitlinien eines benevolenten Unilateralismus entwerfen? Wenn dem so sein sollte – und Sie haben ja viele gute Gründe für Ihre Vorschläge vorgebracht – dann stellt sich mir die Anschlussfrage, wie Sie das im Verhältnis zu den vielen Äußerungen der amerikanischen Völkerrechtsdoktrin sehen, die ja – wie wir in der Vergangenheit hier häufig diskutiert haben – oft eine Idee von benevolenten Unilateralismus verfolgt. Da die

amerikanischen Vorstellungen bei uns eher auf Abwehr gestoßen sind, sollte eine Differenzierung stattfinden.

Man muss eine solche Ausrichtung mit der allgemeinen Leitlinie der deutschen Völkerrechtspolitik abgleichen, die Herr Hector heute auch noch einmal betont hat: der Multilateralismus. Es wäre also weiterführend, wenn Sie die Position, die Sie vorgetragen haben, in die allgemeine Linie eines multilateralen Ansatzes einbetten könnten.

Herr Walter: Ich wollte zunächst einmal sagen, dass in den beiden Referaten der ersten Runde wunderbar deutlich geworden ist, wie sehr, sehr sinnvoll es ist, dass wir in dieser Gesellschaft das Internationale Privatrecht und das Völkerrecht zusammenbringen. Gerade bei dieser Thematik, die ja viel mit Jurisdiktionsfragen zu tun hat, ergänzen sich die beiden Fächer wunderbar.

Das Zweite, was mir als Parallele bei beiden Referaten aufgefallen ist und was mir auch sehr gut gefallen hat, ist zunächst einmal zu überprüfen, was denn wirklich neu ist beim transnationalen Schutz der Privatsphäre im Internet. Wenn man das so ermittelt, dass man die vorhandenen Instrumente anwendet, dann kann man erkennen, dass man mit diesen Instrumenten sehr weit kommt. Nimmt man bei *Google-Spain* noch das Marktortprinzip mit dazu, dann helfen die klassischen Jurisdiktionsregeln für die allermeisten Probleme. Es sind aber doch zwei Fragen übrig geblieben, die in die Richtung dessen gehen, was Andreas Paulus gleich am Anfang gesagt hat, als er nach der Durchsetzungsebene gefragt hat.

Ich würde zunächst gerne Andreas von Arnauld fragen, wie es denn mit dem Problem des grenzüberschreitenden Zugriffs auf Daten aussieht, wenn – und zwar jetzt nicht durch Geheimdienste, sondern durch strafrechtliche Ermittlungsbehörden – mit zulässigen innerstaatlichen Ermittlungsbehörden Zugangsdaten für ein Benutzerkonto sichergestellt wurden und damit von einem im Inland gelegenen Computer auf Daten zugegriffen werden könnte, die woanders gelagert sind – im Ausland, möglicherweise aber auch verteilt in der Cloud – und man deshalb gar nicht weiß wo. Kommen wir hier mit der klassischen *jurisdiction to enforce*-Regel hin? Denn eigentlich ist es doch ein Fall der Durchsetzung und eigentlich müssten dann die Regeln des Ortes zur Anwendung kommen, wo die Daten liegen. Tatsächlich geht das dann aber nicht, weil im Moment des Zugriffs zumeist unbekannt ist, wo die liegen. Da wäre die konkrete Frage, ob das nicht ein Beispielfall ist, wo man mit dem Versuch, mit den klassischen Methoden vorzugehen, dann vielleicht doch an Grenzen stößt?

Ich hatte den Eindruck, dass Sie sich viel mit dem anwendbaren Recht im Internationalen Privatrecht beschäftigt haben, Frau Heiderhoff, demgegenüber aber die Durchsetzungsfragen weniger thematisiert haben. Bei *Google-Spain* kann man vielleicht sagen, dass es wegen des wirtschaftlichen Interesses gar nicht so sehr auf rechtliche Durchsetzungsmechanismen ankommt. Selbst *Google USA* muss irgendwie damit zurechtkommen, dass man weiterhin in Europa Geschäfte machen möchte und sich schon deswegen an die Rechtsprechung des EuGH halten – auch über die Tochtergesellschaften. Aber trotzdem ist natürlich die Frage: Gilt das gegenüber allen Unternehmen und in allen Konstellationen oder tauchen da nicht doch spezielle Durchsetzungsprobleme auf? Wir haben natürlich ein ganz spezielles Durchsetzungsproblem schon dadurch, dass wir eigentlich einen Privaten für ein öffentliches Interesse in die Pflicht nehmen – das hat Herr Paulus schon gesagt – und dass dieser Private vielleicht zunächst einmal in der Form reagiert, dass er eben Streichungsanträgen weitgehend stattgibt. Dann

aber bleibt die Informationsfreiheit auf der Strecke und das provoziert die Frage, wie man den Privaten nun auch insoweit verpflichten kann. Wenn wir zu diesem Gesamtkomplex der Durchsetzungsprobleme noch etwas mehr hören könnten, dann wäre ich dafür dankbar.

Herr Kugelmann: Ich habe eine kleine Frage an Frau Heiderhoff und zwei Anmerkungen zu Herrn von Arnould. Frau Heiderhoff, Sie haben beim Telemediengesetz immer das anwendbare Recht in den Vordergrund gestellt, insbesondere den § 3. Dazu möchte ich ergänzend fragen: Da gibt es ja auch Verantwortlichkeitsbeschränkungen, also die Regelungen zur Haftungsbegrenzung. Wenn wir wissen, welches Recht anwendbar ist, wie weit hilft es uns denn wirklich weiter? Es geht also um die Durchsetzung, weil der *Provider* praktisch nur haftet, wenn er wirklich eine inhaltliche Verantwortung für die Daten hat, nicht, wenn er sie durchleitet. Da scheinen mir dann doch – gerade auch wenn wir international vorgehen – eine Reihe von Brüchen möglich, die eigentlich die Rechtsdurchsetzung doch erheblich erschweren.

Zu Herrn von Arnould zwei Anmerkungen – die erste betrifft die Verträge EU/USA. Da gibt es ja nun die Abkommen zu *Passenger Name Records* und Bankendaten. Der Unterhändler der Europäischen Union kam – das hat er mir erzählt – in die USA, um das zu verhandeln. Er hat dann erst einmal in einem einleitenden Statement etwas über die Datenschutzgrundsätze der EU gesagt und seine amerikanische Gesprächspartnerin entgegnete ihm: „*I'm not a lawyer, I'm a soldier*“. Das führt zu der Frage, ob der Diskurs, den wir führen und der natürlich schwierig ist, zu sehr von der Terrorismus-Debatte geprägt ist. Die Prägung des Diskurses durch die Gedanken an Terrorismus und Sicherheitsakzente erschwert den Austausch und wirft die Folgefrage auf: Haben wir vielleicht mehr Chancen – auch wenn es da natürlich auch Interessen gibt – wenn wirtschaftsbezogene Dinge im Vordergrund stehen, wie eben Flugverbindungen? Dort wollen viele Leute Geld daran verdienen und dann kann man sagen, dass das nur geht, wenn Datenschutzstandards eingehalten werden. Der Ansatz könnte vielleicht eher dort liegen, mit einer Politik der kleinen Schritte, die Sie auch angedeutet haben, auch unter Einbeziehung von Datenschutzbeauftragten, und er könnte *Soft Law*-Elementen dort zum Erfolg zu verhelfen.

Dann noch eine Frage zu dem dahinterstehenden Souveränitätsverständnis im Bereich des digitalen Rechts auf Privatheit. Ist das nicht eine gewisse Verschiebung hin zu mehr Personalität? Wir haben schon über Territorialität gesprochen, Thilo Marauhn hat es noch einmal angedeutet. Ist nicht eine Voraussetzung, um diesem Diskurs auch international verstärkt zum Erfolg zu verhelfen, dass man eine Ebene tiefer ansetzt und diskutiert, ob nicht in der Welt des 21. Jahrhunderts an dieser Stelle die Person tendenziell – gerade in unserem Bereich, den wir heute diskutieren – verstärkt als Anknüpfungspunkt genutzt werden sollte?

Herr Khan: Meine Frage, oder vielleicht besser Anmerkung richtet sich auch an beide Referenten. Es geht mir um die zentrale Bedeutung der Einwilligung im Rahmen des Datenschutzrechtsregimes. Nun besteht die Essenz einer Einwilligung allerdings ja wohl darin, dass man „Ja“ oder „Nein“ sagen kann, denn ansonsten ist diese Option natürlich wertlos. Die meisten von uns sind altersbedingt zwar keine „geborenen Internet'ler“, aber natürlich lässt sich auch aus unser aller Lebenswelt das Internet für die private und berufliche Kommunikation und Informationsbeschaffung nicht mehr wegdenken. Da stellt sich dann in der Tat aber doch die Frage, ob das „Nein“ wirklich

eine realistische und damit auch eine rechtlich zumutbare Option ist, solange Google, Facebook und Co. unter amerikanischer Flagge die Weiten des Cybermeeres beherrschen. Kann man also bei dieser Faktenlage wirklich akzeptieren, dass man bei der Wahl der „Nein“ Option von bestimmten webbasierten Diensten ausgeschlossen wird oder sollte man da nicht vielleicht doch über eine Art Internetkontrahierungszwang oder Ähnliches nachdenken?

Eine ganz ähnliche Problematik stellt sich übrigens auch im Hinblick auf die Setzung von *Cookies*, wo uns inzwischen praktisch standardmäßig ein Banner darauf hinweist, dass die entsprechende Zustimmung durch die weitere Nutzung der Webseite als konkludent erteilt gilt. Auch hier gilt damit die wenig erfreuliche Alternative *Cookies* akzeptieren oder Ausschluss aus dem Netz – dem heute wohl wichtigsten Informations- und Kommunikationsmedium überhaupt. Insoweit bin ich allerdings durchaus pessimistisch: Auch juristischer Widerstand gegen diese Praxis ähnelt inzwischen wohl eher dem sprichwörtlichen Kampf gegen Windmühlen.

Herr Reinisch: Vielen herzlichen Dank. Jetzt ersuche ich die beiden Referenten einmal in einer ersten Runde kurz Stellung zu nehmen.

Frau Heiderhoff: Ich versuche, es ein bisschen zu bündeln. Wir hatten die brennende Frage der Durchsetzung, die ich in meinem Referat auch ausgeklammert habe, ziemlich oft. Hier muss man mehrere Stufen unterscheiden. Das deutsche Internationale Privatrecht, also das Kollisionsrecht – so habe ich es verstanden, im engen Sinne – greift zunächst nur, wenn wir erst einmal vor deutschen Gerichten sind. Das Erste, was wir also zum Internationalen Privatrecht immer dazu brauchen, ist eine internationale Zuständigkeit in Deutschland. Hier war dann die konkretere Frage aufgekommen, wie es mit der deutschen Zuständigkeit ist, wenn irgendjemand, der in Deutschland wohnt, in seiner Persönlichkeit verletzt ist. Es ist so, dass wir in der Europäischen Zuständigkeitsverordnung (EuGVVO) und auch in der ZPO Deliktzuständigkeiten haben, also zusätzliche Zuständigkeiten am Tatort, und dass wir da – ganz parallel zu dem, was ich zu Artikel 40 EGBGB gesagt habe – ebenfalls sagen, dass der Tatort auch der Erfolgsort ist. Derjenige, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat und hier in seinen Rechten verletzt wurde, kann also typischerweise hier klagen.

Jetzt sind wir bei der Durchsetzung und damit einen Schritt weiter, denn der Verletzte hat ja einen deutschen Titel und fragt sich nun, was er weltweit mit diesem Titel machen kann. Derjenige, der ihn hier angegriffen oder verletzt hat, der sitzt vielleicht – wenn man Glück hat – in der EU. Dann haben wir in der EuGVVO mittlerweile gut funktionierende Anerkennungs- und Vollstreckungsmechanismen, sodass man davon ausgehen kann, dass das Urteil durchgesetzt werden kann. Wenn der Verurteilte außerhalb der EU sitzt, wird es viel schwieriger. Dann gehen wir eigentlich zwar auch davon aus, dass die Urteile gegenseitig anerkannt und vollstreckt werden – das klappt auch in den meisten Staaten. Aber da kann es natürlich auch einmal sein, dass ein Staat – vielleicht die USA – bei einem bestimmten persönlichkeitsbetreffenden Urteil entscheidet, dass dies nicht vollstreckt wird. Auf die Vollstreckung von Urteilen gegen die Presse bezieht sich auch der *Speech Act*, den ich erwähnt habe. Dann kann man nur noch hoffen, dass der Verurteilte Vermögen oder irgendwelche empfindlichen Interessen innerhalb der EU hat, sodass man ihn dort vielleicht treffen kann. Aber klar – dann erreicht man bald die Konstellationen, in denen das deutsche Urteil undurchsetzbar wird. Ich hoffe, das beantwortet alle Durchsetzungsfragen.

Dann gab es noch einmal die Frage zum Telemediengesetz. Da wurde gesagt, das Telemediengesetz bestimme das anwendbare Recht. Dazu möchte ich sagen, dass ich das vielleicht aus Versehen einmal so ungenau gesagt habe, aber dass ich eigentlich sehr deutlich machen wollte, dass das Telemediengesetz das eben nicht tut, sondern dass es ein auf sachrechtlicher Ebene wirkendes Anpassungsgebot ist. Man muss demjenigen, gegen den die Ansprüche geltend gemacht werden, gewähren, dass man, nachdem man das anwendbare Recht identifiziert hat, es mit seinem Niederlassungsrecht vergleicht und unter Umständen dann daran anpasst. Nun gab es die weiterführende Frage, wie die Anpassung bei Privilegien funktioniert? Gerade bei den Privilegien, die im Telemediengesetz typisch sind, vor allem für Diensteanbieter, die Informationen hauptsächlich durchleiten und deswegen nicht für alle Inhalte haften sollen, ist es so, dass diese Privilegien – die übrigens europaweit vereinheitlicht sind und deswegen selten zu Problemen führen – eben jedem, der in der EU niedergelassen ist, auch gewährt werden müssen. Jetzt haben Sie mit Ihrer Frage vermutlich an denjenigen gedacht, der in einem Staat außerhalb der EU verklagt wird. Dort wendet das Gericht § 3 des Telemediengesetzes überhaupt gar nicht an, sondern es wendet eigenes Recht und damit andere Standards an. Dann greifen die Privilegien des deutschen Rechts nicht. Das ist so. Aber das ist eben so, weil wir es das Recht leider nicht weltweit regeln können. Das ist ja eigentlich das grundlegende Problem.

Was auch immer noch wiederkam und wozu ich noch etwas sagen wollte, war die Problematik der Einwilligung. Das ist ein sachrechtliches Problem, das auch auf sachrechtlicher Ebene geregelt werden muss. Eine der ganz großen Diskussionen im Moment im Datenschutzrecht ist, wie man das machen sollte. Wenn man nämlich an jeder Stelle, dauernd, von jedem eine ausdrückliche Einwilligung verlangen würde, womöglich noch nachdem man es ihm genau erklärt hat, dann könnte man das Internet wirklich lahmlegen. Gleichzeitig muss es aber natürlich so sein, dass wir die Chance haben, auszustei-gen. Gerade das, was am Schluss gesagt wurde, dass man vielleicht manchmal so eine Art Kontrahierungszwang braucht, ist etwas – ich habe das natürlich nur quer gelesen, ich bin ja nicht von Hause aus Datenschützerin, – das diskutiert wird. Wichtige Angebote muss man im Internet eben auch wahrnehmen können, wenn man zu *Cookies* und Ähnlichem „Nein“ gesagt hat. Manchmal geht das nicht, da der Diensteanbieter die Informationen braucht, um beispielsweise eine Auskunft zu geben, aber das wird jedenfalls mitbedacht.

Dann wollte ich eigentlich nur noch Folgendes zu *Google-Spain* sagen: Ich denke, dass die Lösung, die wir derzeit haben, also die Situation, dass Google selber entscheidet, nicht das Ende der Debatte ist. Darüber wird sehr intensiv diskutiert. Momentan ist es so, dass jemand, der bei Google bestimmte Suchergebnisse nicht möchte, sich an Google wenden und sagen muss, dass diese Ergebnisse gelöscht werden sollen. Dann entscheidet eine Kommission – im Schnellverfahren vermutlich –, ob die Information gelöscht wird oder nicht. Das ist ganz frisch, das haben wir ganz neu. Es war eine Lösung, die der EuGH sich als ersten Schritt ausgedacht hat und ich glaube tatsächlich auch, dass daran noch – das ist aber natürlich kein international-privatrechtliches, sondern ein sachrechtliches Problem – geschraubt werden muss, um eben zu schauen, ob wir diese Entscheidung zwischen Privatsphäre und Informationsinteresse wirklich Google überlassen, ob wir da offizielle Personen einschleusen oder wie wir das machen wollen. Ich glaube, das wird sich noch entwickeln.

(Zwischenfrage Publikum): Aber es ist doch selbstverständlich, dass, wenn jemand eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, derjenige erst einmal selber prüft, ob er sie abstellen kann. Das ist doch das, was wir allgemein erwarten.

Frau Heiderhoff: Erst einmal selber prüfen ja, aber im Moment äußern viele ihre Sorge darüber, dass Google, der Einfachheit halber, sehr viele Informationen aus seinem Katalog herausnimmt. Das können wir vielleicht auch akzeptieren, aber die Angst ist dann eben doch, dass das Informationsinteresse, z.B. wichtige Informationen darüber, dass ein Politiker früher einen Bestechungsskandal hatte, einfach in den Hintergrund gerät. Das möchten viele verhindern.

Herr von Arnould: Ich werde es nicht schaffen, alles zu bündeln, weil doch eine große Vielfalt von Fragen berührt wurde. Vielleicht beginne ich mit Herrn Benedek, der gleich mehrere Punkte angesprochen hat. Das gibt mir Gelegenheit etwas zu dem zu sagen, was ich nicht thematisiert habe. Das ist zum Beispiel die Problematik des *Google Spain*-Urteils. Natürlich ist auch die Präsentation in der Internetöffentlichkeit ein Aspekt von *privacy*. Ich habe mich aber zur Begrenzung des Stoffs bewusst auf den Schutz der Privatsphäre im engen Sinne des Datenschutzrechts konzentriert und andere Aspekte ausgeklammert. Deswegen war auch das *Delfi*-Urteil für mein Thema nicht relevant.

Was ich auch ausgeklammert habe, war die Konvention 108, weil sie meines Erachtens inzwischen weitgehend absorbiert ist durch die Rechtsprechung des EGMR, der sich ja gelegentlich auch auf diese Konvention bezieht. Sie ist außerdem ein bisschen in die Jahre gekommen und noch nicht an das Internet-Zeitalter angedockt. Ansonsten bin ich froh, dass sich ein paar Punkte, die Sie vermisst haben, zumindest in meinem Text finden – zum Beispiel, dass die Zivilgesellschaft – natürlich – eine Rolle spielen muss. Dass dies essentiell ist, hatte ich versucht, am Ende noch einmal zu betonen, weil genau deren Initiative, das Spontane, das Innovative erhalten bleiben muss, damit das Internet überhaupt noch ein interessanter Ort ist. Ohne Beteiligung der *net community* geht es nicht.

Das bringt mich zur ITU. Die ITU habe ich primär als ein mögliches Forum angesprochen. Was wir brauchen, ist ein globales Forum, in dem über Fragen der Internetregulierung diskutiert werden kann. Ob die ITU sich diesmal bewähren kann, werden wir sehen. Sie hat ja nach dem neuen Anlauf erst zwei ihrer WCIT-Konferenzen durchgeführt. Sie ist sicherlich kein vollkommen *disinterested player*; allerdings ist sie gegenwärtig bestrebt, sich wieder ins Spiel zu bringen. Das wird ihr nicht gelingen, wenn sie zu hart pressiert.

Zur Territorialität als Anknüpfungspunkt: Diese würde ich nicht völlig beiseiteschieben wollen. Als hinreichendes Kriterium ist sie ja durchaus brauchbar. Wenn das britische *Investigatory Powers Tribunal*, das die geheimdienstliche Überwachung kontrolliert, z.B. darauf abstellt, dass Leitungen auf britischem Territorium angezapft wurden und damit die Menschenrechtsbindung bejaht, dann reicht mir das aus. *For the time being* bin ich zufrieden, auch weil ich sehe, dass wir in der gerichtlichen Praxis über den derzeitigen Stand von *Al-Skeini* nicht so schnell hinauskommen. Hier aber habe ich als Wissenschaftler gesprochen, und als Wissenschaftler würde ich dafür plädieren, auf den territorialen Nexus zu verzichten und die Bindung an Menschenrechte funktional zu begründen. Das hat letztlich auch Auswirkungen auf die Frage des Klageortes.

Verfolge ich einen funktionalen Ansatz, gehe ich vom Schutz des Individuums aus. Ich stelle den Menschen in den Mittelpunkt – und das führt mich zu der Frage von Herrn Kugelmann. Denn es heißt im Grunde tatsächlich von Territorialität auf die Person umzustellen; dies scheint mir unumgänglich, wenn es wirklich darum geht, den Menschen zu schützen und seine Rechte zu achten. Damit bekenne ich mich auch zu einer menschenrechtlich motivierten Verschiebung des Fokus – nicht in dem Sinne, dass wir das gesamte Völkerrecht neu erfinden müssten. Das habe ich versucht, deutlich zu machen. Aber wir kommen nicht umhin, die Menschenrechte beim Wort zu nehmen.

Was Aspekte der Durchsetzung betrifft: Zur Durchsetzung gegenüber Privaten hat Frau Heiderhoff bereits Stellung genommen. Hier haben wir völkerrechtlich natürlich die Möglichkeit, vertraglich entsprechende Vollstreckungsvereinbarungen zu treffen. Die Schwierigkeit bleibt, gegenüber Abhörmaßnahmen ausländischer Staaten etwas Sinnvolles zu tun. Hier sind die Möglichkeiten naturgemäß limitiert. Wie das Verhalten der Bundesregierung nach dem NSA-Skandal gezeigt hat, wird es in erster Linie um diplomatische Schritte gehen. Ich denke auch nicht, dass irgendein Staat ernsthaft Gegenmaßnahmen in dieser Sache ergreifen wird oder ergreifen sollte. Das erschiene mir auch zu scharf geschossen.

Interessanter ist hier der Punkt, den ebenfalls Herr Kugelmann angesprochen hat, nämlich dort einzuwirken, wo wir in Verhandlungen stehen. Dabei geht es nicht bloß um Bestimmungen zum Datenschutz, die in einschlägigen Wirtschaftsübereinkommen stehen sollten. In Betracht käme auch ein Verhandlungsjunktim bei anderen völkerrechtlichen Verträgen. So ließe sich *pro futuro* eventuell etwas verändern, verbessern. Dass eine solche Verhandlungsposition unter Umständen auf Denkschemata trifft, die aus unserer Sicht gewöhnungsbedürftig sind – aber vielleicht sind ja die unseren ebenso gewöhnungsbedürftig – das steht auf einem anderen Blatt.

Das Einwilligungsprinzip ist angesprochen worden. Vielleicht nur ganz kurz als Ergänzung: Gerade bei sozialen Netzwerken scheitert dieses Prinzip nicht selten an der Marktmacht bestimmter Anbieter. Derzeit wird auf europäischer Ebene diskutiert, diese Macht durch Einführung einer Pflicht zur *data portability*, zur Datenübertragbarkeit, zu brechen. Konkurrenten am Markt können so kompatible Netzwerke anbieten, und ich werde als Nutzer in die Lage versetzt, mein gesamtes Profil mit meinen Kontakten mitzunehmen, wenn ein anderer Anbieter datenschutzmäßig bessere Konditionen bietet, als es zum Beispiel *Facebook* tut. Das ist ein weiterer Versuch, mit Mitteln der Technik gegenzusteuern und illustriert gut, wie stark die Technik hier mit der rechtlichen Regelung verzahnt ist. Mein Plädoyer geht daher dahin, das Einwilligungsprinzip durch ein echtes Recht der Technik zu flankieren.

Aufgespart habe ich mir die Frage von Herrn von Bogdandy, weil ich sie ganz außerordentlich schön finde. Natürlich handelt es sich um ein Plädoyer für einen, ich würde sagen, aufgeklärten Unilateralismus – und da kommt schon ein wenig die List ins Spiel. Wenn ich hier für ein unilaterales Vorgehen plädiert habe, dann ist dies ein erster Schritt auf einem Weg. Ich habe von einem Normbildungsprozess gesprochen und setze dabei auf Ungleichzeitigkeiten, die mit der Rechtsentwicklung in einer multipolaren Welt notwendig verbunden sind. Mit diesen müssen wir leben, einerseits. Wir können sie aber andererseits auch dazu nutzen, die von mir genannten Elemente, die Stellschrauben im Völkerrecht, zu nutzen, um das Völkerrecht voranzubringen – nicht im Sinne von „*bullying it through*“, es also mit Druck durchzusetzen, sondern werbend und in bestimmten Teilen dann durchaus auch etwas beharrlich.

Ich denke, dass das europäische Datenschutzrecht auf einem guten Weg ist. Es gibt Untersuchungen, dass inzwischen schon über 100 Staaten weltweit Datenschutzgesetze haben, die in zentralen Elementen vom EU-Datenschutzrecht inspiriert sind, was die Internetdatensicherheit angeht. Die USA befinden sich hier immer mehr in einer Rückzugsposition. Sie sind aber natürlich die stärkste Macht in der Internetökonomie und insofern der *Global Player* Nummer 1. Will man in einer solchen Regulierungskonkurrenz bestehen, dann sollte man eine Art – wenn Sie so wollen – regulatorischen kategorischen Imperativ beherzigen. Das heißt, es gilt nicht primär eigene Interessen durchzusetzen, sondern generalisierbare Regeln für das Internet zu finden. Wir müssen solche Regeln immer auch auf der Basis erstens der souveränen Gleichheit der Staaten und zweitens der Gleichheit der Menschen entwickeln und durchsetzbar machen. So besehen würde ich mein Plädoyer für einen aufgeklärten Unilateralismus als eine Strategie verstehen, um in einer multipolaren Welt zu wirklich globalen Lösungen zu kommen.

Herr Reinisch: Vielen Dank. Wir haben nun Diskussionsbeiträge zum Referat von Frau Heiderhoff. Ich darf Herrn Adolphsen und anschließend Herrn Schack ersuchen.

Herr Adolphsen: Bettina, du hattest dieses zusätzliche Mosaik nach dieser *eDate*-Entscheidung begrüßt und das sehr kollisionsrechtlich begründet, wobei mir nicht völlig klar ist, ob das geht, weil das ja nun einmal aus dem IZPR übertragen ist. Der EuGH hat in der *IZPR*-Entscheidung gesagt, dass man als Persönlichkeitsverletzter im Internet am Handlungsort und am *centre of main interest* des Verletzten, klagen kann – wobei mir nicht klar ist, warum wir diesen komischen Anknüpfungspunkt brauchen – und dann auch noch eine Klage an allen weiteren Erfolgsorten nach dem Mosaikprinzip möglich ist. Die Vorlage an den EuGH war eigentlich ja erfolgt, um die Zahl der Erfolgsorte zu begrenzen und nicht noch auszuweiten, denn der Deliktsgerichtsstand soll forumsnah sein, streitgegenstandsbezogen und das *World Wide Web* hat mit streitgegenstands- und forumsbezogen nun gar nichts mehr zu tun. Deine Begründung im IPR, dass das deutsche Recht so ein bisschen netter sein könnte, überzeugt mich dann nicht wirklich.

Herr Schack: Frau Heiderhoff, ich habe zwei kollisionsrechtliche Punkte. Der erste betrifft § 1 Absatz 5 Satz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes. Sie haben auf die EuGH-Entscheidung hingewiesen, die den Einsatz von Hardware im Empfängerland voraussetzt. Das heißt, es muss eine Datenverarbeitung erfolgen, mit Mitteln in Deutschland. Sie haben das als potenziell wesentliche Einschränkung gesehen. Ich glaube, das ist es faktisch nicht, wenn man sich klar macht, dass zur Hardware im Empfängerland auch die Computer des Nutzers gehören, einschließlich der *Cookies*. Wenn man das als Werkzeug des Datenschutzverletzers ansieht, haben wir hier eine ortsnahe Anknüpfung beim Nutzer.

Der zweite Punkt betrifft das deutsche Kollisionsrecht, das wegen der Ausnahme in der Rom II-Verordnung eine Zeitlang noch deutsch bleiben wird. Das Wahlrecht zwischen Handlungs- und Erfolgsort ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Die Sympathie mit dem Verletzten ist hier sehr häufig verfehlt, wenn man Artikel 5 GG und die Meinungs- und Pressefreiheit bedenkt. Sie haben versucht, das etwas holzschnittartig zu fixieren: Der Handlungsort sei am Sitz des Unternehmens, und im Übrigen sei der Erfolgsort beim Verletzten. So einfach ist das nicht. In beiden Fällen würde ich widersprechen. Bei Persönlichkeitsverletzungen geht es um Verhaltensunrecht, § 823 Absatz 1 BGB,

und zwar hinsichtlich eines Immaterialgutes wie der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Beim Handlungsunrecht gibt es im Grunde nur Handlungsorte, und jetzt ist die Frage, wie man diese definiert. Wenn Sie an den klassischen Fall – Pressedelikte durch Verbreitung von Zeitungen – denken, der seit 40 Jahren ausjudiziert ist, kommt es da auf den Verbreitungsort an. Der Handlungsort kann immer nur dort sein, wo der Presseartikel verbreitet wird. Sämtliche Vorbereitungshandlungen, die womöglich am Sitz des Unternehmens oder in einer Lohndruckerei in England getroffen werden, interessieren überhaupt nicht. Wo es um Handlungsunrecht geht, müssen wir uns die Handlung anschauen, und die hat ihren eigenen Handlungsort. Das wird ganz deutlich bei Immaterialgüterrechten, die ja nur bestimmte Benutzungshandlungen verbieten. Ich kann also sehr gut damit leben, wenn wir das Ganze auf den Handlungsort beschränken, wenn man sich einmal klar macht, dass es bei Immaterialgütern keinen Erfolgsort in dem Sinne wie bei einer Körper- oder Eigentumsverletzung geben kann.

Das führt dann zu dem Problem, dem wir uns im Augenblick gegenübersehen im Internationalen Verfahrensrecht wie im Kollisionsrecht: Wie behandeln wir das öffentlich Zugänglichmachen im Internet? Dessen Inhalt ist nun einmal faktisch überall auf der Welt zugänglich, sodass man überlegen könnte, die Lokalisierung der ubiquitären Handlung des öffentlich Zugänglichmachens (durch Upload und Freischalten) teleologisch zu reduzieren. So bestünde die Möglichkeit, auf den Marktort abzustellen oder das Merkmal des Ausrichtens zu übernehmen, wie wir das aus dem Internationalen Zuständigkeitsrecht der Brüssel I-Verordnung kennen.

Frau Heiderhoff: Erst einmal zu dem zusätzlichen Mosaik: Das zusätzliche Mosaik hat in der Tat der EuGH – auch bei *EDate Advertising* – für die Zuständigkeit, also wenn man jetzt in der Gegenwart spricht, im Rahmen des Artikel 7 Nummer 2 EuGVVO verfochten. Ich habe gesagt, dass ich das gerne auf das materielle Recht – Artikel 40 EGBGB – übertragen würde. Bekanntlich bin ich ja nicht generell für den Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht, aber an diesem Punkt – der Persönlichkeitsrechtsverletzung – habe ich mich dafür vielfach eingesetzt. Da ist es ja auch eine relativ verbreitete Meinung, dass man das parallel laufen lassen sollte. Dann musste man sich jetzt natürlich, nachdem der EuGH seine presserechtliche Rechtsprechung für das Internet angepasst hatte, überlegen, ob man den Gleichlauf weiterhin gut oder nicht gut findet. Ich bin eigentlich der Meinung, dass wir bei dem Gleichlauf bleiben können, weil ich nämlich finde, dass diese Festlegung von Handlungs- und Erfolgsort, die der EuGH betreibt, eine gut abgewogene ist. Ich finde nicht, dass er die Erfolgsorte zu stark ausdehnt, sondern ich finde, dass wir eigentlich davon ausgehen müssen, dass bei der Persönlichkeitsverletzung – wirklich nicht rechtlich relevant, sondern faktisch – die Erfolgsorte erst einmal überall dort sind, wo die Persönlichkeit, die ja nun einmal nicht fassbar ist, beeinträchtigt ist.

Wenn wir davon ausgehen, dann ist es ja so, dass wir den Erfolgsort einengen. Wir müssen nur eben überlegen, wie wir diese Einengung fassen. Da finde ich eben für das Kollisionsrecht genauso wie für das Zuständigkeitsrecht diese Idee gut, zu an einem bestimmten Ort konzentrieren. Aber ich finde eben gleichzeitig auch die Idee gut, dass man ein Notfallrecht hat. Ich wollte damit nicht sagen, dass das Deutsche Recht netter ist, weil ich wirklich finde, dass man da aufpassen muss. Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen geht es nie darum, nett zu sein. Es gibt eben die Pressefreiheit oder meinetwegen die Informationsfreiheit, die super wichtig sind, und es gibt die Persönlichkeit,

die wichtig ist. Was man machen muss, ist abzuwägen, und ich finde eben, dass das doch eine gute Sache ist, dass wir dadurch die Möglichkeiten haben, bei einem Fall – und so habe ich da an der Stelle dann tatsächlich deutsch gedacht –, bei dem eine Persönlichkeit in Deutschland beeinträchtigt worden oder die Privatsphäre verletzt worden ist und Handlungs- und Erfolgsort das billigen, in Deutschland noch einmal ein Auge darauf werfen und gucken können, was wir machen würden. Denn diese Person ist gerade auch in Deutschland verletzt worden. Das finde ich an diesem Punkt wirklich nicht schlecht. Ich muss aber sagen, dass, wenn wir das Mosaik abschaffen würden, mir das nicht so ein großer Schmerz wäre. Mir wäre es ein größerer Schmerz, wenn der Interessenschwerpunkt abgeschafft würde.

Bei Herrn Schack ist es so, dass tatsächlich ein bisschen überlegt wird, was „mit Mitteln in Deutschland“ bedeutet. Sobald man sagt, dass wir, wenn die Daten auf dem Computer des Nutzers erhoben werden, dann schon „mit Mitteln in Deutschland“ haben, ist man schon einmal ganz schön viel weiter. Es ist aber gleichzeitig auch so, dass man sich eben auch in irgendeiner anderen Weise der Informationserfassung aus dem Internet oder in der Cyberwelt aussetzt, wobei Herr Schack dann natürlich sagen könnte, dass es irgendwo immer bei dem Nutzer eine Hardware gibt, die er benutzt hat, und solange es diese gibt, ist das „mit Mitteln in Deutschland“. Das könnte man machen, dann hat man es parallel meinetwegen auch zum Verbraucherschutzrecht.

Dann haben Sie natürlich noch einmal für Ihre Handlungsortbetrachtung gekämpft. Ich finde ja auch, dass man sich theoretisch – sagen wir einmal hätte man Artikel 40 nicht, Sie haben ja auch zuerst gesagt, Artikel 40 sei so nicht unangreifbar – sicher wieder in diese Handlungsort-Debatte stürzen könnte. So war es eigentlich auch damals bei dem – ich erwähne ihn jetzt noch einmal, weil ich ihn schon hatte – Herrn Sonnenberger als er gesagt hat, dass wir beim Handlungsort schon ganz viele Orte nehmen müssen. Da hat er noch geglaubt, dass das Optionsrecht, was wir in Artikel 40 Absatz 1 Satz 2 haben – das war ja noch neu damals – etwas völlig unrealistisches sei, was niemand nutzen würde. Ich bin jetzt umgekehrt davon ausgegangen, indem ich gesagt habe, dass der informierte Geschädigte dieses Optionsrecht nutzen kann, und habe mich deshalb quasi der momentanen Mainstream-Debatte angeschlossen, die sich beim Handlungsort nicht mehr sehr viel Mühe gibt. Selbst beim Presserecht ist es ja so, dass es inzwischen umstritten ist, ob das jetzt der Sitz des Verlags ist oder ob das der Erscheinungsort der Presse ist. Ich hatte mich jetzt dieser Sitzorttheorie angeschlossen, weil ich eben eigentlich einfach gesagt habe, dass man die ganze Debatte darauf verlagern kann, wo derjenige getroffen wird – nämlich auf den Erfolgsort. Man kann natürlich auch dabei bleiben, dass man schon beim Handlungsort aufsplittet. Dann muss man sich entscheiden, ob man da das Mosaik oder eine Konzentration nimmt. Da gibt es wunderbar viele Möglichkeiten und ich will diesen den großen Wert überhaupt gar nicht absprechen.

Herr Reinisch: Meine Damen und Herren, ich glaube, es ist im kollektiven Interesse, dass wir den Vortragenden genug Zeit geben, auf Ihre Fragen antworten zu können. Daher mein dringender Appell, da wir eine ganze Reihe von Fragen für Herrn von Arnald haben, sich noch kürzer zu fassen. Ich darf Sie darauf hinweisen, dass Justitia in der Regel blind ist. Stellen Sie sich vor, sie wären alle farbenblind: Wenn es gelb ist, ist es in Wahrheit schon rot. Bitte – nach Möglichkeit nicht mehr als drei Minuten. Ich darf die Herren Frowein, Bothe und Nowrot als Erste bitten.

Herr Frowein: Vielen Dank. Ich habe eine Frage an Herrn von Arnould zu seinem Satz auf der dritten Seite ganz oben: *Big Data* ist kein Konzept für Sicherheitsbehörden. Er klingt schön, aber ich halte ihn offen gestanden für völlig unrealistisch und will ein paar Worte dazu sagen. Was machen denn Sicherheitsbehörden in einer außerordentlich gefährdeten Welt? Darüber brauchen wir nicht weiter zu reden. Sie untersuchen Informationsmaterial auf Schlüsselwörter. Ich will Ihnen dazu eine kleine persönliche Sache erzählen. Als ich mit dem Bericht der Kommission in der Sache Klass befasst war – Sie kennen meistens das Urteil, weniger den Bericht – war gerade in der deutschen Presse berichtet worden, dass der BND damals ohne jede Rechtsgrundlage sämtliche Auslandstelefongespräche – einschließlich natürlich denen mit der DDR, insofern Ausland – auf Schlüsselwörter abhörte. Das hat mich dazu geführt, einen kleinen Sonderbericht anzuschließen und zu sagen, dass da eine richtige Rechtsgrundlage und Kontrollmöglichkeiten geschaffen werden müssen. Ich glaube, darauf kommt es an. Ich glaube, *Big Data* für diese Art der Gefährdung unserer Welt heute auszuschließen, ist illusorisch.

Herr Bothe: Ich würde jetzt gerne die restliche Zeit von Herrn Frowein kaufen, das geht aber nicht. Ich möchte trotz der Beliebtheit des aufgeklärten Unilateralismus die multilateralen Ansätze, die Sie, Herr von Arnould, gerade in Ihren letzten Thesen aufgeworfen haben, noch einmal aufwerfen und weiterprüfen. Sie sehen das offenbar so – und dem kann man sich nur anschließen –, dass das Finden angemessener Regelungen eine Aufgabe der Netzgemeinschaft ist. Wer ist das? Das ist offenbar die Gemeinschaft der einschlägigen Normunternehmer. Und wer ist das nun und wo sind die und vor allem – multilateral – wie kommen sie zusammen? Schauen wir zunächst auf die Staaten und die Foren, die die Staaten schaffen. Die ITU ist ja mehrfach erwähnt worden. Ich möchte mich den misstrauischen Bemerkungen anschließen. ITU ist der Verein der Telekommunikationsverwalter und –regulierer. Die haben ihre eigenen Interessen. Technische Machbarkeit sowie der ganze politische und individualrechtliche Rahmen, die dazu gehören, geraten dabei leicht aus dem Blickfeld. Wir brauchen etwas Umfassenderes, und dafür können eigentlich nur die Vereinten Nationen mit Sonderveranstaltungen wie dem Weltgipfel den Rahmen bieten.

Schauen wir uns dann die Verhandlungen näher an. Was sind hier die Interessenspositionen? Zunächst haben wir etwas sehr Merkwürdiges für die staatlichen Interessen. Wir haben etwas, was ich als Kuckuckseiprobem bezeichnen möchte. Da sind viele Informationen auf den Servern, die in bestimmten Staaten stehen, und diese Staaten haben an diesen Informationen – Herr Paulus hat das schon richtig gesagt – nur begrenzt ein Interesse. Wie kann man sie dann dazu anleiten, diese Daten irgendwie zu schützen und angemessen zu behandeln? Wir haben bei den Staaten natürlich wirtschaftliche und Sicherheitsinteressen. Sicherheitsinteressen sind immer ambivalent: Es ist das Interesse, möglichst viele Informationen zu haben und möglichst wenig abzugeben. Wo bleibt da die Privatsphäre? Für uns ist die Privatsphäre politisch eine Funktion der Bedeutung von Innenpolitik, weil sie in der Innenpolitik eine große Rolle spielt.

Die nächsten Akteure sind die Wirtschaftsunternehmen. Da kommen hauptsächlich die Anbieter zusammen. Das ist ja auch richtig. Diese haben ihre Interessen, die legitim sind. Wo aber bleibt die Organisation der Nutzer? Das wäre eine ganz große Herausforderung und damit sind wir bei der Zivilgesellschaft. Dazu ist vieles schon gesagt

worden. Ich will dem nichts hinzufügen, außer der Anregung, dass man vielleicht eine Vereinigung, eine internationale Organisation der Datenschützer bilden sollte.

Herr Nowrot: Ich möchte mich zunächst in gebotener Kürze für zwei tolle Referate bedanken und habe dann eine kleine fragende Anmerkung an Andreas von Arnould in Bezug auf ein mögliches Spannungsverhältnis bzw. Konkretisierungspotenzial hinsichtlich der Wahrnehmung privater Akteure in der Cyberwelt. Du hast einerseits, lieber Andreas, ausgeführt, dass private Akteure im vorliegenden Kontext nicht unmittelbar an völkerrechtliche Vorgaben gebunden sind. Das möchte ich für heute einmal so stehen lassen. Andererseits hast du aber auch im Grundsatz vollkommen zu Recht die Bedeutung von interaktiven und inklusiven Rechtsetzungs- und Normgebungsprozessen im Cyberspace unter Beteiligung von kommerziellen und nicht-kommerziellen Akteuren hervorgehoben. Vor diesem Hintergrund stellt sich mir aber eine Frage. Ist denn nicht zumindest in Bezug auf diese grundsätzlich notwendige Inklusion in die Rechtssetzungsprozesse eine gewisse Qualifizierung im Lichte der von dir angesprochenen mangelnden Pflichtenstellung angebracht? Also mit anderen Worten: Sollte nicht zumindest ein solcher – im Prinzip ja doch etwas privilegierter – Zugang zu den Normgebungsprozessen voraussetzen, dass die entsprechenden privaten Akteure einer hiermit korrespondierenden grundsätzlichen Verpflichtung zur Beachtung und Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen, einschließlich des Rechts auf Privatsphäre, unterliegen oder diese zumindest für sich selbst als verbindlich annehmen müssen? Ist das vielleicht sogar damit gemeint, wenn du von der öffentlich-rechtlichen Hegung einer entsprechenden Normgebungskultur sprichst?

Solche Vorstellungen habe ich mir auch nicht ausgedacht, sondern sie finden sich im Prinzip beispielsweise bereits im grundlegenden Weißbuch der Europäischen Kommission von 2001 zur *European Governance*, in dem ausdrücklich auch in normativer, rechtspositiver Hinsicht die notwendige Verknüpfung der Beteiligung mit einem verantwortungsbewussten, gemeinwohlorientierten Verhalten und einer entsprechenden Ausrichtung der privaten Akteure hervorgehoben wird. Selbst wenn solche Ideen vielleicht vielen angesichts der Realität in der Cyberwelt und ihren Normgebungsprozessen eher als eine Art von Utopie vorkommen, so würde ich doch darauf insistieren, dass es sich hierbei zumindest um so etwas wie eine notwendige und realistische Utopie handelt, an deren Verwirklichung die Völkerrechtswissenschaft – und wahrscheinlich nicht nur diese – auch aktiv mitwirken sollte.

Herr Reinisch: Ich habe nun auf meiner Liste die Herren Uerpmann-Witzack, Tietje und Hobe.

Herr Uerpmann-Witzack: Mich treibt die strategische Überwachung der internationalen Telekommunikation um. Andreas, du hattest dargestellt, dass dort regelmäßig zwischen Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen unterschieden wird, und hast das abgelehnt. Da möchte ich ein Fragezeichen setzen. Für meine Begriffe hat diese Unterscheidung durchaus eine innere Logik. Es geht nicht darum, dass Ausländer gefährlicher wären als eigene Staatsangehörige. Das sind sie natürlich nicht, jedenfalls nicht generell. Es geht darum, dass Staatsangehörige ganz besonders auf den Schutz durch den eigenen Staat angewiesen sind. Sie sind diesem Staat vor allem ausgeliefert und müssen deshalb vorrangig durch diesen Staat geschützt werden, so wie es ja etwa auch in der Debatte um die Schutzverantwortung thematisiert wird. Wenn dann der

Schutz durch den eigenen Staat greift, dann ist die Überwachung durch einen ausländischen Staat, der keinen unmittelbaren Zugriff auf die Person hat, relativ harmlos. Freilich wird diese Logik unterlaufen, wenn verschiedene Staaten zusammenarbeiten. Wenn der fremde Staat Daten an den Heimatstaat übermittelt, dann hat doch wieder der Heimatstaat, dem dieses Individuum ausgeliefert ist, den unmittelbaren Zugriff.

Herr Tietje: Ich möchte auf das wichtige Thema der Jurisdiktion noch einmal zurückkommen und Sie ganz konkret zur funktionalen Jurisdiktionsbestimmung befragen. Erste Frage: Ist das, was Sie vertreten haben, Ihrer Ansicht nach völkergewohnheitsrechtlich abgesichert? Können wir ungeachtet von Territorialität oder Personalität funktional anknüpfen?

Zweitens: Ist das Cyber- oder Internetsonderrecht, also ist Ihr Beitrag im Sinne einer fortschreitenden Fragmentierung des Völkerrechts zu verstehen oder können wir die funktionale Anknüpfung auf alle Sachbereiche ausdehnen? Hintergrund meiner Frage ist, dass das, was Sie umschreiben und mit der funktionalen Anknüpfung in den Griff zu bekommen versuchen, ein typisches Globalisierungsphänomen ist. Hierzu nur ein kurzes Beispiel aus dem Wirtschaftsbereich: die Finanztransaktionssteuer. Es gibt die Vorstellung im Gesetzgebungsprozess zur Finanztransaktionssteuer hier Anknüpfungen zu realisieren, die dazu führen, dass wir mit EU-Recht eine Finanztransaktion an der Börse in Hongkong zwischen einem amerikanischen und einem australischen Unternehmen besteuern. Ist das noch begründbar, unter Verweis auf eine funktionale Anknüpfung möglicherweise? Oder geht das nicht ein wenig weit und lösen wir damit nicht eventuell Grenzen auf, die dann möglicherweise zu einer recht losen, anarchischen Situation im internationalen System führen? Danke.

Herr Hobe: Ich möchte gerne mit meiner Frage an Herrn von Arnould noch einmal die Rolle des Internet und damit des Staates im Zeitalter der Globalisierung ein bisschen unter die Lupe nehmen, weil das, glaube ich, in der Tat durch Ihr schönes Referat nahegelegt wird. Sie sprechen mit Recht von der Legende vom unbeherrschbaren *Cyberspace* und haben uns sehr schön die drei Phasen der Behandlung des Internets vorgeführt – zunächst als Raum unbegrenzter Möglichkeiten, später als Bewirker globaler Entwicklung und schließlich die aktuelle Befassung mit Sicherheit und Gefahrenabwehr. Soweit völlig *d'accord* – insofern in der Tat eine mögliche Re-Territorialisierung, jedenfalls die Möglichkeit des Staates hier Regelungsbefugnis geltend zu machen. Hier setzen aber die Probleme an, die ich auf zwei Ebenen jetzt in Fragen an Sie erörtern möchte.

Das eine ist schon mehrfach angesprochen worden: Tritt die von Ihnen hier festgestellte funktionale Jurisdiktionsanknüpfung neben andere Anknüpfungsmerkmale? Ist sie spezifisch zur Bewältigung des Problems des Schutzes der Privatsphäre gedacht und gemeint? Insofern würde ich nämlich in der Tat – wie Thilo Marauhn das angesprochen hat und Sie das auch bejaht haben – auch nicht auf die territoriale Anknüpfung verzichten wollen – natürlich dann auch mit den Problemen der Durchsetzung. Spiegelt sich darin möglicherweise in ganz besonderer Weise die notorische Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts, die hier wie durch ein Brennglas noch deutlicher wird?

Der zweite Punkt ist sozusagen ein Blick auf die Rechtsetzungsmöglichkeiten des Staates. Sie sprechen – glaube ich – mit gutem Recht von *multi-shareholder policy/law setting*. Was ist die Rolle des Staates in diesem Bereich? Tritt er jetzt neben andere,

wird das sozusagen ein *public private partnership policy setting*? Ich wäre genau wie Herr Bothe extrem skeptisch, was die Rolle der ITU angeht, die ja wohl in der Tat eher technische Regulierungsmöglichkeiten hat. Zu beiden Fragen bin ich für Aufklärung dankbar.

Herr Reinisch: Herzlichen Dank. Wir haben noch drei Wortmeldungen. Ich darf Herrn Haratsch, Herrn Proelß und Herrn Schorkopf ersuchen.

Herr Haratsch: Ich habe eine Frage zum Referat von Andreas von Arnould, das ich sehr, sehr lichtvoll fand und das mir Vieles klar gemacht hat. Ich fand den Versuch, dieses Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre in die Cyberwelt zu übertragen, eindrucksvoll. Ich fand auch die Behandlung von Eingriff, Einwilligung und Rechtfertigung sehr nachvollziehbar. Die Frage, die sich mir stellt, ist, wie ich denn den Schutzbereich dieser digitalen Privatsphäre definiere. Wo setzt der Schutz dieses Grundrechts an? Ich bewege mich im Internet, im *Cyberspace*, in einem öffentlichen Raum. Wie privat ist dieser öffentliche Raum? Ab wann ist es ein geschützter Bereich? Ist es so, dass alle Daten, die ich einstelle und die dort über mich kursieren, zu meiner Privatsphäre gehören und es nur eine Frage der Einwilligung ist, ob ich das will oder nicht? Oder gibt es einen bestimmten Bereich im Internet, wo der Schutzbereich dieses Grundrechts ansetzt, also erst dort, wo ich versuche, Inhalte vor bestimmten anderen Nutzern geheim zu halten, zum Beispiel wenn ich bei Facebook sage, dass bestimmte Inhalte nur meine Facebook-Freunde sehen dürfen? Und alles andere, was ich öffentlich einstelle, fällt gar nicht mehr in den Schutzbereich? Kann man diesen Schutzbereich sinnvoll definieren? Lassen sich hier Grundsätze aus der realen Welt, aus dem realen Grundrechtsschutz in diesen *Cyberspace* übertragen oder muss man letztlich kapitulierend sagen, dass dort alles privat und es nur eine Frage der Einwilligung und der Rechtfertigung ist?

Herr Proelß: Noch einmal kurz zum funktionalen Ansatz, wie er von Andreas von Arnould befürwortet wurde. Ich kann insoweit anknüpfen an das, was schon gesagt wurde, habe mich aber natürlich, das möchte ich nicht verhehlen, über die Parallelen zum Seevölkerrecht gefreut. Wenn man das weiter denkt, steht dahinter möglicherweise eine noch größere Frage. Zunehmend gerät in den Mittelpunkt der Diskussion, was eigentlich geschehen soll, wenn Staaten in Folge des Meeresspiegelanstiegs irgendwann untergehen, und das meine ich jetzt ganz im wörtlichen Sinne. Was passiert dann mit den funktionellen Nutzungsrechten, die den Staaten von Seevölkerrechts wegen zugewiesen sind? Friert man die ein? Oder sagt man, dass diese Rechte in Folge der natürlichen Entwicklung ebenfalls untergehen? Wenn wir ein Umschlagen von Territorialität zu Funktionalismus im Völkerrecht allgemein akzeptieren wollen, dann müssen wir auch klären, wie weit dieses Umschlagen reichen soll. Was genau ist mit einem funktionalen Ansatz gemeint? Was heißt es, von Handlungs- und Bewirkungsmacht zu sprechen? Das ist mir nach wie vor nicht ganz klar, insbesondere deshalb nicht, weil wir es mit zahlreichen, global verteilten Akteuren zu tun haben. Was ist die Voraussetzung für jenes Umschlagen? Besteht nicht die Gefahr, dass wir damit, verglichen mit den bisherigen Anknüpfungspunkten für die Ausübung staatlicher Hoheitsmacht, zusätzliche Jurisdiktionskonflikte herbeiführen?

Herr Schorkopf: Ich möchte an die These 23 von Herrn von Arnould anknüpfen und eine Verbindungslinie zum Grußwort von Herrn Hector schlagen. Herr Hector sprach

sehr nüchtern und stark davon, dass die Staatenimmunität wieder eine besondere Rolle spielen würde. Ich – als außenstehender Beobachter – habe das Auswärtige Amt eigentlich als einen Vertreter des affirmativen Multilateralismus, wenn nicht gar Universalismus, wahrgenommen. Die besorgte Nachfrage von Herrn von Bogdandy zeigt, dass das auch andere so sehen. Nun ist vielleicht das Handeln Russlands aber auch eine Folie, die Gelegenheit gibt, den eigenen Standpunkt und vor allen dessen Kern deutlicher zu machen. Und hier ist die Verbindungslinie zur These 23 von Herrn von Arnould, die lautet, ein behutsamer und ausgewogener Unilateralismus sei notwendig für eine Differenzsetzung. Letztendlich spricht er sich für einen Institutionenschutz oder eine Institutionenerneuerung, wenn auch, wie er in einer Antwort sagte, aus einer dialektischen Perspektive.

Ich sehe in diesen Hinweisen eine intellektuelle Trendwende in der Völkerrechtswissenschaft. Diese intellektuelle Trendwende ist vielleicht noch nicht ganz verarbeitet, denn in der weiteren Argumentation von Herrn von Arnould zeigte er deutliche Sympathien für das Sondervotum *Al-Skeini* und für dessen funktionelle Territorialität. Dieser Ansatz ist insofern noch nicht ganz verarbeitet. Denn verfolgt der EGMR mit seiner viel kritisierten *Banković*-Entscheidung, die weiter ausdifferenziert worden ist, nicht gerade diesen partikularen Ansatz? Der EGMR erkennt an, dass unter den momentanen Rahmenbedingungen für das Völkerrecht, die Völkerrechtswissenschaft und die Rechtsprechung die Anerkennung von Differenz eine Funktionsvoraussetzung für das Gelingen internationalen Rechts ist.

Herr von Arnould: Das waren ja zum Glück nur einige wenige Fragen... Ich will versuchen, einigermaßen adäquat zu antworten. Vorziehen möchte ich eine Klarstellung zum funktionalen Ansatz, auf den sich eine ganze Reihe von Fragen bezogen hat: Ich habe für einen funktionalen Ansatz in Bezug auf die Bindung an Menschenrechte plädiert. Ich habe es nicht in Bezug auf die Abgrenzung staatlicher Jurisdiktionen ganz allgemein getan – und ich würde nie wagen, mich zu Aussagen über die Jurisdiktion in Besteuerungsfragen hinreißen zu lassen. Insofern beschränke ich mein Plädoyer ausdrücklich auf die Frage des menschenrechtlichen Zugangs – natürlich dann auch mit den Folgewirkungen, die wir vorhin in der ersten Runde diskutiert hatten.

Die Frage lautet für mich also: Was bedeutet das für den Einzelnen und seine Möglichkeit, Schutz zu erhalten? Wo wird ihm sein Recht? Durch diese Beschränkung entgehe ich, so meine ich, der mehrfach geäußerten Fundamentalkritik, ein funktionaler Ansatz anstelle eines territorialen führe zu einer Vermehrung von Jurisdiktionskonflikten. Denn von meinem Standpunkt aus kommt es darauf an, ob ein Staat es in der Hand hat, gerade in einem bestimmten Augenblick Menschenrechte zu verletzen oder nicht. Und hier würde ich tatsächlich – das beantwortet hoffentlich die eine Frage von Herrn Hobe – komplett umstellen, nicht nur beschränkt auf den Schutz der Privatsphäre im Internet. Herr Dr. Weingärtner weiß, dass ich das schon vor einigen Jahren auf einer Tagung vertreten habe; ich bin Überzeugungstäter. Das heißt, ich halte in der Tat für die Frage der Bindung an Menschenrechte einen funktionalen Ansatz, wie ihn Herr Bonello in *Al-Skeini* – einem klassischen Non-Cyberspace-Fall – vertreten hat, für richtig. Ich halte ihn auch mit Blick auf potenzielle Jurisdiktionskonflikte für beherrschbar, gerade weil eben in der Schutzpflichtendimension dem Staat nichts abverlangt wird, was er völkerrechtlich nicht darf. Hier kommt die Frage der Regelungs- und Durchsetzungszuständigkeit ins Spiel; hier gilt es zu prüfen, ob ein Staat einen jurisdiktionellen

Titel hat, einen *claim*, den er tatsächlich völkerrechtskonform aufrechterhalten kann oder nicht. Hat er ihn nicht, weil er damit eine ausländische Jurisdiktion verletzen würde, dann darf er insoweit auch völkerrechtlich nicht handeln. An dieser Stelle bekomme ich also kein Problem. Abwehrrechtlich kommt es ebenfalls nicht zu Jurisdiktionskonflikten, denn wenn ein Staat etwas menschenrechtlich unterlassen soll, was unter Umständen auch noch zusätzlich in die Rechte eines anderen Staates eingreifen würde, dann erzeugt dies keine zusätzlichen zwischenstaatlichen Friktionen. Dies meine ich mit einer strikten Begrenzung des funktionalen Ansatzes auf die Bindung an Menschenrechte.

Auf die Frage, die Frank Schorkopf zum Schluss aufgeworfen hat, auf die Frage nach der Anerkennung von Differenz, möchte ich antworten: „ja, aber“. Ich finde mich nicht ganz wieder in dem Trend, den du ausgemacht hast, lieber Frank, weil ich die Dialektik stark machen würde, die ich in der Antwort auf die Frage von Herrn von Bogdandy vorhin angesprochen habe. Mir geht es im Kern um eine realistische Utopie, es geht nicht darum, dass wir uns gewissermaßen einfrieden und sagen: So ist es. Zunächst: Wir werden mit Differenzen leben müssen, und das ist auch gut so. In einem gewissen Rahmen brauchen wir sogar Differenzen. Aber das berührt nicht meine Aussage, dass dort, wo wir für uns selbst entscheiden und handeln, wo Bewirkungsmacht ist, diese auch gebunden ist. Wo der Staat extraterritorial in globalisierten Kontexten handelt, kann er sich von der Hypothek der Menschenrechte, die den Staat bindet, nicht befreien. Sie begleitet ihn überall dorthin, wo er Hoheitsgewalt ausübt, wo er tatsächliche Handlungs- und Bewirkungsmacht hat. Alles andere würde für mich übrigens auch zu einem ethischen Widerspruch führen. Insofern habe ich keine Schwierigkeit zu akzeptieren, dass wir eventuell unsere Standards haben und andere ihre eigenen. Von diesem Ausgangspunkt aus können wir dann versuchen, auch andere davon zu überzeugen, den Standard, den ich hier propagiere, zu übernehmen – eine Position, die übrigens viel näher am Menschenrechtsausschuss ist als am EGMR. Ich sehe da keinen Widerspruch, muss ich gestehen.

Hier gibt es eine Brücke zur Schutzdimension des Grundrechts, und das bringt mich zur Frage von Robert Uerpmann-Witzack: Die Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit und der Fall, den du aufgezeigt hast, scheinen mir andere Fragen zu betreffen. Denn ein Deutscher im Ausland ist natürlich nicht denselben Zugriffsmöglichkeiten des deutschen Staates ausgesetzt wie ein Deutscher im Inland. Das heißt, ich würde eher eine Differenzierung zwischen Auslandsüberwachung und Inlandsüberwachung akzeptieren können, weil im Ausland erschwerte Zugriffsmöglichkeiten bestehen. Ironischerweise macht dies der englische Gesetzgeber, indem er – noch, denn er bekommt mittlerweile vom *Investigatory Powers Tribunal* auf die Finger – eben überhaupt keine Regeln für die Überwachung von Auslandskommunikation hat, auch nicht für die eigene Überwachung der eigenen Staatsangehörigen im Ausland. Und das ist das, was mich irritiert. Ich kann die Idee des Unterworfenseins unter den eigenen Staat im Ausland schwer nachvollziehen, soweit es an der Projektion von Herrschaftsgewalt fehlt. Wird aber Herrschaftsgewalt durch Abhören ausgeübt und es heißt dann, wir privilegieren nur unsere Staatsangehörigen, dann sehe ich eben tatsächlich den Diskriminierungsaspekt.

Ausgestaltung des Schutzbereiches – wie privat ist der öffentliche Raum oder der Raum des *Cyberspace*? Eine riesengroße Frage, die man nur differenziert beantworten kann, das ist klar. Wir können das Internet auf ganz unterschiedliche Art und Weise

nutzen. Wenn jemand beispielsweise eine eigene Webseite unterhält und Dinge öffentlich macht, dann tritt er selbst an die Öffentlichkeit. Trotzdem müssen wir uns die Frage nach dem Recht auf Vergessen stellen, wenn er diese Website irgendwann einmal abschaltet. Ein Jugendlicher stellt beispielsweise alle möglichen Informationen über sich ins Internet, ohne darüber nachzudenken, dass dies vielleicht irgendwann einmal für ihn nachteilige Folgen haben kann. Hier muss es sozusagen eine Ausstiegsperspektive geben. Wie sieht es mit sozialen Netzwerken aus? Wenn ich hier nur bestimmte Personen zulasse, dann will ich eben auch nur diese zulassen. Daher wird es eine Leitlinie sein müssen, das Selbstbestimmungsrecht ernst zu nehmen und differenziert zu deuten, sodass ich eben auch selbst über den Kreis bestimmen kann, an den ich bestimmte Daten weitergebe. Ich denke, wir können diese Fragen eigentlich ganz gut beantworten, wenn wir die Leitlinie des Bundesverfassungsgerichtes beherzigen, dass jeder selbst darüber bestimmen kann, wer was bei welcher Gelegenheit über ihn weiß, ganz differenziert.

Angesprochen wurde die Durchsetzungsschwäche. So schlecht scheint es mir um die Durchsetzung gegenüber Privaten gar nicht bestellt. Wir haben Gesetze, und wir können den Marktzugang versperren. Das ist möglich und kann genau die Leute abschrecken, die an den Daten interessiert sind. Die in diesem Zusammenhang relevante Geolokalisationssoftware wird zum Schutz von Urheberrechten übrigens längst viel stärker eingesetzt. Dann heißt es, dass dieser Link leider für IP-Adressen aus dem betreffenden Staat nicht zur Verfügung steht. Beim Urheberrecht steckt natürlich *big business* dahinter – beim Datenschutz nicht. Aber dahin könnten wir kommen.

Schließlich gab es noch ein Bündel von Fragen, die sich mit dem Akteursgeflecht beschäftigen haben. Ich habe die *net community* – natürlich sind das alles keine klar definierten Begriffe – hier auf Private beschränkt verstanden. So eingesetzt, umfasst er kommerzielle und nicht-kommerzielle Anbieter. Wir können natürlich ebenso sagen, wir alle sind die Netzgemeinschaft – einschließlich der Staaten. Das ist, denke ich, kein fixierter Begriff. Als Normunternehmer tauchen natürlich sehr viele Akteure auf – doch würde ich die Staaten tatsächlich in einer zentralen Verantwortung sehen. Das antwortet hoffentlich auf die Frage von Stephan Hobe. Nicht jeder Staat mag dabei das gleiche Interesse haben. Hier komme ich wieder zu den Ungleichzeitigkeiten und dem Unilateralismus, für den ich plädiert habe – einem europäischen Unilateralismus. 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind ja nicht nichts, sondern das ist tatsächlich schon ein Plurilateralismus, wenn man so will, aber eben kein „internationaler Multilateralismus“. Ich erinnere aber daran, dass die Mehrzahl der Staaten weltweit bereits vom europäischen Datenschutzrecht inspiriert ihr eigenes Datenschutzrecht in Teilen an das europäische Vorbild angepasst hat.

Man wird näher zu diskutieren haben, wie Normaushandlungsprozesse zum Schutz der Privatsphäre laufen sollen. Als wichtige Impulsgeber, die auch ein *bonum commune* vor Augen haben, sehe ich die nicht profitorientierte Netzgemeinschaft – mehr als diejenigen, die ökonomische Interessen vertreten. Gleichwohl wird man diese einbeziehen müssen. Ich würde nicht so weit gehen, wie dies teilweise in der Diskussion über transnationales Recht geschieht, dass Private damit zwingend auch Rechtssubjektivität erhalten müssen, unmittelbar verpflichtet und berechtigt sind und bindendes Recht mitautorisieren können. Das nicht. Aber es gibt die weiche Lösung, die Karsten Nowrot vorgeschlagen hat, nämlich dass, wer mitsprechen will, sich jedenfalls selbst verpflichtet haben muss und auch bestimmte Vorkehrungen, also *Compliance-*

Mechanismen innerhalb des Unternehmens braucht, die sicherstellen, dass er sich an bestimmte Standards hält – zum Beispiel einen Datenschutzbeauftragten hat. Das wären Elemente, wie man es machen kann.

Was die Zivilgesellschaft angeht: Diese Debatte will ich hier nicht weiter vertiefen. Wir kennen alle die Probleme der Legitimation von NGOs. Es gibt genügend NGOs, die sich im Bereich von *digital privacy* tummeln. Wenn man ein vernünftiges Forum findet – welches nicht die ITU sein muss, ich will nicht Anwalt der ITU sein –, wird man über vernünftige Akkreditierungsprozesse – auch hier haben wir Erfahrungen – vernünftige Stimmen sammeln können. Wahre Repräsentativität werden wir wohl nie hinkommen – ein Klassiker leider der NGO-Debatte.

Zwei Punkte zum Abschluss noch: Zum einen, weil ich es gerade selbst angesprochen habe, die Datenschutzbeauftragten. Ich wollte Datenschutzbeauftragten nicht die Relevanz absprechen. Ich halte diese Einrichtung ebenfalls für sehr wichtig, es ging mir in dem Beispiel nur darum, wie weit ich von einem Unternehmen, das keine Niederlassung in der Europäischen Union hat – bei einer Niederlassung kann man hier mehr fordern – verlangen kann, dass es seine internen Strukturen europäischen Vorgaben anpasst. Das wird man gewiss je nach Situation und Instrument differenziert zu beantworten haben. Ich habe hier lediglich typisiert, um zu zeigen, dass es Regelungselemente geben kann, bei denen wir – sofern Marktzugang rechtlich garantiert ist – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit reflektieren müssen, dass der Regelungsadressat in mehreren Jurisdiktionen verwurzelt ist. Das ist ein kleiner Versuchsballon, den ich steigen lassen wollte.

Abschließend zu Herrn Frowein. Ich bin selbst ein Neuling in der Terminologie. *Big Data* habe ich so verstanden, dass wir nach diesem Modell alle Daten, egal von wo und aus welcher Quelle sie stammen, egal ob es verlässliche Daten oder Gerüchte sind, zusammenführen und aus ihnen etwas generieren. Als Grundlage für die Tätigkeit von Sicherheitsbehörden taugt das nicht. Momentan gibt es aber eben eine Bewegung dahin. Was Sie angesprochen haben, hätte ich terminologisch unter *bulk surveillance* gefasst, also die massenhafte Überwachung. Hier hatte ich mich auf die UN-Hochkommissarin berufen, die erklärt hat, dass solch eine Überwachung Regel und Ausnahme verkehre und deswegen schon nicht zulässig sei. Persönlich würde ich vielleicht noch keine ganz abschließende Antwort geben wollen. Ich würde Ihnen konzedieren, dass man natürlich genauer schauen muss, was möglich und zulässig ist und was nicht. Allerdings haben wir auch in der nationalen Sicherheitsdebatte oft gehört, dass eine bestimmte Maßnahme zur Gewährleistung von Sicherheit unabdingbar sei. Die Sicherheitsbehörden haben dann unter restriktiven Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht so sehr gelitten, wie mancher es geglaubt hat.

Ich denke, wir müssen hier in eine genauere Prüfung eintreten, was machbar und hinnehmbar ist, an welche Voraussetzungen eine massenhafte Überwachung geknüpft werden muss. Richtervorbehalte sind in England und den USA wirkungslos gewesen. Es wurde nicht kontrolliert, sondern bloß durchgewunken. Insofern wird man über andere Mechanismen nachdenken müssen, wie man solche groß angelegten Überwachungsmaßnahmen zeitlich eingrenzen und wie man sie anlassgebunden zulassen kann. Auch wird man zusehen müssen, wie man sie technisch so umsetzt, das nicht notwendigerweise stets jemand draufschauen muss. Sonst lehrt uns die Erfahrung, dass es zwar schön sein mag, so wahnsinnig viele Daten zu haben, auf die man zugreifen kann.

Sobald die Daten aber interessant werden – und je mehr wir untersuchen, desto mehr Daten werden interessant – muss sich irgendjemand hinsetzen und sie sichten. Das ist das große Problem mit der Datenflut – und das ist leider dann auch ein Versprechen von Sicherheit, das sich in der Praxis oft als nicht einlösbar erweist.

(Applaus)

Herr Reinisch: Herzlichen Dank, Herr von Arnould. Lassen Sie mich unseren beiden Vortragenden noch einmal für die beiden schönen Referate und die ausführliche Fragenbeantwortung danken.

(Applaus)

Regulierung der Cyberwelt – Aus dem Blickwinkel des internationalen Wirtschaftsrechts

Von Prof. Dr. Josef Drexl, München

- I. Einleitung
 - II. Bestandsaufnahme zur grenzüberschreitenden Regulierung
 - 1. Geltung der allgemeinen Rahmenordnung der WTO
 - 2. Festlegung substantieller Standards durch das Völkerrecht
 - 3. Selbstregulierung der Wirtschaft und Beilegung von grenzüberschreitenden Online-Streitigkeiten
 - 4. Internationales Privatrecht
 - 5. Europäisches Recht im Übrigen
 - 6. „Renationalisierung“ des Internet?
 - 7. Zusammenfassung
 - III. Neue Herausforderungen
 - 1. Phasen der Entwicklung
 - 2. Explosion der Datenströme
 - 3. Kontrolle von Marktmacht
 - 4. Zielkonflikte der Regulierung
 - IV. Aktuelle Regulierungsfragen
 - 1. Ordnung staatlicher Maßnahmen nach dem Grad der Eingriffsintensität
 - 2. Netzausbau versus Netzneutralität
 - 3. Mobiles Internet und standardessenzielle Patente
 - 4. Personenbezogene Daten und Big Data als Grundlage von Marktmacht
 - 5. Digitaler Binnenmarkt: Paradigmenwechsel der Harmonisierungspolitik?
 - V. Schlussfolgerungen
- Thesen
Summary

I. Einleitung

Zu Beginn der Entwicklung des Internet stellte sich die Frage, ob die neue „Cyberwelt“ einen rechtsfreien Raum bildet oder vielleicht sogar einen solchen bilden sollte. Vor allem Internet-Aktivisten verstanden das Internet als neuen Raum der Freiheit, der die Kommunikation ohne Rücksicht auf nationale Grenzen und Beschränkungen, auch zum Zwecke wirtschaftlichen Handelns, ermöglichen soll.¹ Dennoch wurde schnell klar, dass berechtigte Schutzanliegen durch das Internet nicht einfach verschwinden und daher entsprechender Schutz auch im Internet durchgesetzt werden muss. In der nun schon 20-jährigen Geschichte des Internet ging es dagegen immer wieder darum, wie die Cyberwelt geregelt werden soll.

Da das Internet einen Raum ohne nationale Grenzen zur Verfügung stellt, war auch dessen grenzüberschreitende und internationale Regulierung von Anfang an ein The-

¹ Siehe vor allem das sehr weit reichende Manifest von *J.P. Barlow*, A Declaration of Independence of Cyberspace, 1996, <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (abgerufen am 4. Juni 2015), in dem den Staaten jegliche Souveränität abgesprochen wird, das Internet zu regeln.

ma. Im Raume stand in der Tat die „Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen“. Anlässlich der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht im Jahre 1999 in Kiel, die sich diesem Thema widmete, untersuchte Christoph Engel umfassend die Auswirkungen des Internet auf den Nationalstaat.² In vorbildlicher Weise gelang es ihm, die Zusammenhänge von den technologischen Gegebenheiten des Internet über die neuen Möglichkeiten zwischenmenschlicher Interaktionen zu den rechtlichen Herausforderungen aufzuzeigen.

Die von Engel untersuchte Denationalisierung durch das Internet erklärt, weshalb sich Staaten in manchen Bereichen des Wirtschaftsrechts schon früh auf internationale Maßstäbe der Regelung geeinigt haben. Das war vor allem im Urheberrecht der Fall, für das man schon im Jahre 1996 durch den Abschluss neuer Abkommen versuchte, auf die neuen Möglichkeiten der digitalen Verwertung von Werken im Internet und die daraus entstehenden Gefährdungslagen zu reagieren.³

Aber auch diese Regeln führen zu keinem Weltrecht des Internet. Vielmehr definieren sie lediglich internationale Standards, denen das nationale Recht zu entsprechen hat. Ausgangspunkt zur Lösung von Rechtsfragen im Internet ist daher weiterhin das nationale und unmittelbar anwendbare supranationale Recht. Da das Internet transnationale Transaktionen genauso wie grenzüberschreitende Verletzungshandlungen in besonderem Maße erleichtert, führte das Internet zu einem enormen Bedeutungszuwachs auch für das Internationale Privatrecht.

Was das Maß der Regulierung angeht, bestand von Anfang an ein Zielkonflikt zwischen der Sicherung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten einerseits und der Durchsetzung berechtigter Schutzinteressen andererseits. Niedergeschlagen hat sich dies vor allem in der europäischen Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (sog. E-Commerce-Richtlinie) aus dem Jahre 2000,⁴ in der einerseits das Internet über die Einführung des Herkunftslandprinzips liberalisiert wurde, andererseits aber auch wichtige Regelungsbereiche, wie insbesondere das Datenschutz- und Verbrauchervertragsrecht sowie das Immaterialgüterrecht, von der Anwendung dieses Prinzips ausgenommen wurden. Für diese Regelungsbereiche sieht das europäische Recht bislang nur eine Rechtsangleichung über Richtlinien vor, so dass auch insoweit das nationale Recht weiterhin relevant bleibt.

Dieser Regelungsrahmen hat sich über die letzten 15 bis 20 Jahren als außerordentlich robust erwiesen. Aus dem Umstand allein kann aber keineswegs gefolgert werden, dass kein Reformbedarf besteht. Tatsächlich deuten aktuelle Entwicklungen auf die Notwendigkeit neuer regulatorischer Weichenstellungen und besonderen Reformbedarf hin.

2 *Chr. Engel*, Das Internet und der Nationalstaat, in: K. Dicke/W. Hummer/D. Giersberger/K. Boele-Woelke/Chr. Engel/J. A. Frowein, Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 39, 2000, 353-423.

3 Siehe den WIPO Copyright Treaty (WCT) und der WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), abgeschlossen am 20. Dezember 1996, in Kraft getreten 2002. Der Text beider Abkommen ist abrufbar auf der Website der World Intellectual Property Organization (WIPO): <http://www.wipo.org>.

4 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. 2000 Nr. L 178, 1 ff.

Einige aktuelle Debatten, die die neuen regulatorischen Herausforderungen belegen, seien schon hier gelistet: Von zentraler Bedeutung ist die Frage nach der Anerkennung des Prinzips der Netzneutralität („net neutrality“), welches Telekommunikationsunternehmen verbieten würde, im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeit zwischen Inhalten zu diskriminieren. Während in der EU hierüber intensiv gestritten wird, hat sich in den USA im Februar 2015 die zuständige Federal Communications Commission (FCC) für die Durchsetzung dieses Prinzips entschieden.⁵

Schließlich hat die neu aufgestellte Europäische Kommission die Errichtung des „Digitalen Binnenmarktes“ zu einer ihrer Prioritäten erklärt, in der Hoffnung, damit ein zusätzliches Wachstum von € 250 Mio. zu generieren.⁶ Dabei wird eingeräumt, dass die europäische Gesetzgebung in den Bereichen Telekommunikation, Datenschutz, Verbraucherschutz und Urheberrecht nicht ausreicht, um diesen Binnenmarkt zu gewährleisten.⁷

Besonders deutlich zeigt sich schließlich die Notwendigkeit der Neubestimmung des regulatorischen Umfeldes im Hinblick auf den Umgang mit den neu entstandenen Großunternehmen der Internet-Wirtschaft. Im Scheinwerferlicht der Öffentlichkeit steht vor allem Google und das von der Europäischen Kommission gegen dieses Unternehmen schon vor über 4 Jahren eröffnete⁸ und inzwischen stark politisierte kartellrechtliche Verfahren, wobei dem Unternehmen vorgeworfen wird, die Trefferlisten bei der Nutzung der Suchmaschine zu manipulieren, um eigene Dienste und Inhalte zu bevorzugen.⁹ Trotz der Zweifel darüber, ob Google überhaupt ein Verstoß nachgewiesen werden kann,¹⁰ sah sich das Europäische Parlament veranlasst, in einer Resolution eine generelle Regulierung von Suchmaschinen dahingehend zu fordern, den Betrieb der Suchmaschinen von den übrigen Geschäftsteilen abzutrennen.¹¹ Mit diesem Vorschlag verfolgt das Parlament nichts weniger als die Zerschlagung von Google in seiner

5 Federal Communications Commission, FCC Adopts Strong, Sustainable Rules to Protect the Open Internet, News Media Information 202/418-0500 vom 26. Februar 2015, http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0226/DOC-332260A1.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

6 J. C. Juncker, Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und Demokratischen Wandel, Rede zur Eröffnung der Plenartagung des Europäischen Parlaments, 15. Juli 2014, S. 5, http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_de.pdf#page=6 (abgerufen am 4. März 2015).

7 Zu den geplanten Maßnahmen siehe inzwischen Mitteilung der Kommission vom 6. Mai 2015 – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM (2015) 192 final.

8 Verfahrenseröffnung am 30. November 2010.

9 Siehe J. Almunia, Statement of the Google Investigation, Press conference of 5 February 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.doc (abgerufen am 4. Juni 2015).

10 So jüngst die Kritik von Frédérique Jenny, Vorsitzender des OECD Competition and Policy Committee, in einem Interview mit der Global Competition Review, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/35370/an-interview-frederic-jenny/> (abgerufen am 4. Juni 2015). Zur kartellrechtlichen Kontrolle des Betriebs von Suchmaschinen siehe A. Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Vorträge und Berichte Nr. 213, 2015; Th. Höppner/J.F. Grabenschröer, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162; T. Körber, Google im Focus des Kartellrechts, Wettbewerb in Recht und Praxis 2012, 761-772; R.H. Weber/St. Volz, Kartellrechtlicher Handlungsbedarf im Lichte potenzieller Meinungsmacht von Suchmaschinen, WuW 2015, 356. Siehe auch R. Weber, From competition law to sector-specific regulation in internet markets? A critical assessment of a possible structural change, in: J. Drexler/F. Di Porto (Eds.), Competition Law as Regulation?, 2015, 239-267.

11 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. November 2014 zur Stärkung der Verbraucherrechte im digitalen Binnenmarkt, 2014/2973(RSP), Tz. 15, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2014-0071+0+DOC+XML+V0//DE> (abgerufen am 4. Juni 2015).

jetzigen Form. Mit der Eröffnung eines weiteren kartellrechtlichen Verfahrens gegen Google in Bezug auf dessen Android-Geschäftsmodell hat nun die Kommission den Druck auf das Unternehmen noch verstärkt.¹² Zu erwähnen ist schließlich auch die höchst umstrittene Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger durch den deutschen Gesetzgeber im Jahre 2013, das sich spezifisch gegen die Betreiber von Suchmaschinen und News-Aggregatoren im Internet wie Google News richtet.¹³

Im Folgenden ist es angesichts der Fülle der Themen nicht möglich, alle Felder notwendiger Regulierung zu diskutieren. Wichtiger erscheint es, die neuen rechtlichen Herausforderungen im Lichte aktueller technischer Entwicklungen und der daran anschließenden ökonomischen Auswirkungen zu identifizieren. Dabei gilt es spezifisch die grenzüberschreitende Dimension der Problemlagen zu betonen.

Im Folgenden wird deshalb zunächst eine Bestandsaufnahme in Bezug auf die existierende grenzüberschreitende Regulierung unternommen (unten II.). Sodann sind die neuen technologischen Herausforderungen zu identifizieren (unten III.), aus denen sich schließlich die aktuellen Regulierungsfragen ergeben (unten IV.).

II. Bestandsaufnahme zur grenzüberschreitenden Regulierung

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat das Recht auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlicher Art und Weise auf die grenzüberschreitenden Herausforderungen des Internet reagiert. Dabei fällt zugleich die geringe Regelungstiefe als auch die Beständigkeit dieser Regelungen über doch viele Jahre auf.

1. Geltung der allgemeinen Rahmenordnung der WTO

Die Rahmenordnung für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsaustausch bildet das Welthandelsrecht. Dessen zentralen Vorschriften, die auf Verhandlungen beruhen, die schon 1986 im Rahmen der GATT-Uruguay-Runde begonnen und 1994 mit der Unterzeichnung des WTO-Abkommens abgeschlossen wurden, konnten jedoch die zentralen Herausforderungen des Internet noch nicht berücksichtigen.

12 COMP/40.099 – *Google Android* (Verfahrenseröffnung am 15. April 2015). Siehe Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte zu seinem Preisvergleichsdienst und leitet außerdem förmliche Untersuchung zu Android ein, Pressemitteilung IP/15/4780, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_de.htm (abgerufen am 4. Juni 2015). Im Android-Verfahren stellt sich vor allem die Frage, ob mit der Koppelung von Google-Internet-Diensten auf der Grundlage von Apps mit dem Smartphone-Betriebssystem nicht der Wettbewerb beschränkt wird. Siehe dazu auch *B. Edelman*, Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?, *J. Comp. L. & Econ.* 11 (2015), 365. Zum Google-Verfahren siehe auch *R. Nazzini*, Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFEU, *J. Eur. Comp. L. & Prac.* 6 (2015), 301.

13 Siehe §§ 87f-87h UrhG. Einfügt durch das Achte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 7. Mai 2013, BGBl. 2013 I S. 1161. Siehe u.a. die ablehnende Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme zum Gesetzentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, 27. November 2012, http://www.ip.mpg.de/fileadmin/templates/pdf/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1_01.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Ausdruck der Problematik des Gesetzes ist es, dass die Opposition im Bundestag bereits wieder die Abschaffung des Rechts fordert und dabei jüngst in einer Anhörung von der Mehrheit der Experten unterstützt wurde. Siehe Deutscher Bundestag, Leistungsschutzrecht für Presseverleger, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (öffentliche Anhörung), 4. März 2015, https://www.bundestag.de/presse/hib/2015_03-/363778 (abgerufen am 4. Juni 2015).

Trotzdem findet das WTO-Recht grundsätzlich auch auf den neu entstandenen elektronischen Geschäftsverkehr Anwendung. Hier wäre zunächst zu thematisieren wie der elektronische Geschäftsverkehr in das System von GATT und GATS und damit die Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen einzuordnen ist. Außer Zweifel steht, dass der grenzüberschreitende Verkehr physischer Waren, die lediglich über Internet bestellt werden, dem GATT unterliegt. Entsprechend kommt das GATS zur Anwendung, wenn klassische Dienstleistungen – z.B. Finanzdienstleistungen oder Rechtsberatung – über das Internet erbracht werden. Bis heute nicht eindeutig geklärt ist jedoch wie der Internet-Vertrieb digitaler Produkte – z.B. Musik- oder Film-Downloads – einzuordnen ist.¹⁴ Dies ist nicht nur eine juristische Frage. Vielmehr geht es auch um eine wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung darüber, in welchem Maße der Handel mit digitalisierten Produkten liberalisiert und insbesondere von Zöllen und ähnlichen Abgaben freigestellt werden soll. Tatsächlich scheint aber die WTO schon lange mit einem Offenlassen der Entscheidung hierüber gut leben zu können, was wohl daran liegt, dass vor allem die großen Handelsnationen nicht daran interessiert sind, Abgaben auf den grenzüberschreitenden Datenverkehr zu erheben oder diesen aus protektionistischen Gründen mengenmäßig zu beschränken.¹⁵

Doch auch was Entwicklungs- und Schwellenländer betrifft, hat sich die Ausgangslage schon längst verändert. Gerade das Internet ermöglicht kleineren und abgelegenen sowie weniger entwickelten Staaten neue Geschäftsfelder jenseits von Tourismus und dem Export von landwirtschaftlichen Produkten. Dies zeigt sich etwa im Falle von Antigua und Barbuda, das für das grenzüberschreitende Angebot von Online-Glücksspielen gegenüber Kunden in den USA die Unterstützung der WTO-Streitbeilegungsorgane erfahren durfte.¹⁶ Das Welthandelsrecht ist auf der Grundlage von GATS in der Lage, auch den elektronischen Geschäftsverkehr zu liberalisieren.

2. Festlegung substanzieller Standards durch das Völkerrecht

Das Internet macht es aber auch erforderlich, dass sich die Staatengemeinschaft in manchen Bereichen auf einheitliche Grundsätze des materiellen Rechts einigt. Das zeigte sich schon 1996 im Urheberrecht, als man durch den Abschluss von zwei neuen Abkommen, dem WCT und dem WPPT, im Rahmen der World Intellectual Proper-

14 Siehe hierzu die rechtswissenschaftlichen Ansätze der Einordnung bei *J. Munro*, Pushing the Boundaries of 'Products' and 'Goods' under GATT 1994: An Analysis of the Coverage of New and Unorthodox Articles of Commerce, *J. World Trade* 47 (2013), 1323-1348; *F. Smith/L. Woods*, A Distinction Without a Difference: Exploring the Boundaries Between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union, *Colum. J. Eur. L.* 12 (2006), 1-51. Nicht ausreichend für die Unterscheidung ist der Hinweis, dass als Ware im Sinne von GATT nur gelten könne, was an der Grenze mit einem Zoll belegt oder dessen Import mengenmäßig beschränkt werden könne. Siehe dazu *F. Weiss*, Internationaler Dienstleistungshandel, in: Chr. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, 215 (Rn. 5). Die Digitaltechnik selbst bietet die Möglichkeit, genau diesen Anforderungen gerecht zu werden.

15 Zum bisherigen Diskussionsstand innerhalb der WTO siehe *G. Christou/S. Simpson*, The New Electronic Market Place: European Governance Strategies in a Globalising Economy, 2007, 147 ff. (unter besonderer Betonung der Position der EU, die stets vertrat, dass Transaktionen über digitale Produkte GATS und nicht GATT unterliegen sollten).

16 *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, DS285, Appellate Body Report vom 7. April 2005. Siehe dazu *P. Delematsis*, Don't Gamble with GATS – The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US-Gambling Case, *J. World Trade* 40 (2006), 1059-1080.

ty Organization (WIPO) versuchte, der besonderen Gefährdung des Urheberrechts durch die neuen Möglichkeiten des Internet vorzubeugen.¹⁷

Sowohl der Zeitpunkt als auch der Abschluss der Abkommen im Rahmen der WIPO überraschen. Erst im Jahre 1994 schied die entscheidende Initiative zum Abschluss multilateraler Abkommen im Bereich des Immaterialgüterrechts auf die neu gegründete Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) übergegangen zu sein. Das TRIPS-Abkommen (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) als multilaterales Abkommen des WTO-Systems hatte zudem das schon bestehende und von der WIPO verwaltete internationale Immaterialgüterrecht in seinen wichtigsten Bestandteilen in das Welthandelsrecht integriert.¹⁸ Die Uruguay-Runde, die schließlich zum Abschluss von TRIPS führte, nahm zwar Rücksicht auf die Notwendigkeit, für das internationale Urheberrecht die Verfügbarkeit urheberrechtlicher Schutzes für Computerprogramme und elektronische Datenbanken klarzustellen.¹⁹ Aktuellere Herausforderungen durch das Internet konnten aber nicht mehr berücksichtigt werden. So eröffnete sich durch das Aufkommen des Internet die Chance für die WIPO, ihre eigene Existenzberechtigung wieder unter Beweis zu stellen.

Das WCT und das WPPT haben überdies besondere Bedeutung für die Europäische Union. Im Gegensatz zur Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ), die für die EU nur mittelbar über die Mitgliedschaft der EU in der WTO wirkt,²⁰ ist die EU neben ihren Mitgliedstaaten selbst Vertragspartei dieser beiden Abkommen geworden. Dies hat vor allem Bedeutung für die Umsetzung der Abkommen in nationales Recht. Was die EU anlangt, geschah dies in zwei Stufen. Zuerst wurde vom europäischen Gesetzgeber mit der sog. InfoSoc-Richtlinie aus dem Jahre 2001 auf europäischer Ebene den Verpflichtungen aus den beiden Abkommen entsprochen,²¹ woraufhin die Mitgliedstaaten diese Richtlinie umsetzten. Die Doppelstufigkeit der Umsetzung schlägt sich auch in der Rechtsprechung des EuGH nieder. Legen nationale Gerichte dem EuGH Fragen zur Auslegung der Richtlinie im Rahmen der richtlinienkonformen Anwendung nationalen Rechts vor, unternimmt der EuGH eine völkerrechtskonforme Auslegung der Richtlinie im Lichte der WIPO-Abkommen.²²

17 Siehe Anm. 3.

18 Dies geschah durch die Paris-Plus-Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 TRIPS sowie die Bern-Plus-Bestimmung in Art. 9 Abs. 1 TRIPS. Nach diesen Vorschriften sind die WTO-Mitglieder verpflichtet, von gewissen Ausnahmen abgesehen, die Verpflichtungen der von der WIPO verwalteten Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes sowie der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) in ihrer jüngsten Fassung einzuhalten, selbst soweit sie diesen Abkommen nicht beigetreten sind. Dies hat zur Folge, dass auch WTO-Streitbeilegungsverfahren wegen Verletzung dieser Abkommen eingeleitet werden können. Entsprechend konnte auch die EU mit Erfolg eine Beschwerde gegen die USA wegen Verletzung der RBÜ einlegen. Siehe *United States – Section 110(5) US Copyright Act*, DS 160, Panel Report v. 15. Juni 2000, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm (abgerufen am 4. Juni 2015).

19 Dazu Art. 10 TRIPS.

20 Dies liegt an der Bern-Plus-Verpflichtung nach Art. 9 Abs. 1 TRIPS. Siehe schon Anm. 18.

21 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 Nr. L 167, 10 ff.

22 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-456/06, Peek & Cloppenburg gegen Cassina, EU:C:2008:232, Slg. 2008, I-2731, Rn. 30-33 (zur Auslegung des Begriffs der Verbreitung). Dabei unterlag der EuGH jedoch einem grundsätzlichen Fehlverständnis im Hinblick auf die Reichweite der Verpflichtung zur Umsetzung des Verbreitungsrechts nach Art. 6 WCT. Der Vorschrift wurde entnommen, dass die Verbreitung eine Eigentumsübertragung voraussetzt und entsprechend auch von der Richtlinie kein Urheberschutz gewährt

Dass man ausgerechnet im Bereich des Urheberrechts eine zentrale völkerrechtliche Regelung findet, die auf das Phänomen der Digitalisierung im Allgemeinen und des Internet im Besonderen reagiert, ist keineswegs überraschend. Das Internet führte für das Urheberrecht zu einem Paradigmenwechsel und machte eine grundlegende Überprüfung des Interessenausgleichs im Lichte der neuen technologischen Möglichkeiten erforderlich. In den beiden Abkommen ging es keineswegs nur um die Anerkennung eines „making available right“ für die Urheber, mit dem auch die Online-Zugänglichmachung von Werken über das Internet in den Schutzbereich des Urheberrechts gebracht werden sollte.²³ Ein solches Recht war etwa in Deutschland schon durch eine allgemeine Formulierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe gewährleistet.²⁴ Praktisch wichtiger erscheinen die Behandlung der Grundsatzfrage nach der Zulässigkeit der Privatkopieausnahme im digitalen Bereich sowie der Schutz technischer Schutzmaßnahmen, die zum Zwecke der Verhinderung unerlaubten Kopierens eingesetzt werden können. Im Hinblick auf die Privatkopie üben die beiden Abkommen aber ausgesprochene Zurückhaltung. Was die Schutzschranken allgemein betrifft, schreiben die Abkommen lediglich fest, dass die Staaten solche im Rahmen des sog. Dreistufentests vorsehen können. Dieser Dreistufentest konnte dabei aus der Regelung zum Vervielfältigungsrecht nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ sowie aus der allgemeinen urheberrechtlichen Regelung nach Art. 13 TRIPS übernommen werden.²⁵ Dagegen findet sich in den Abkommen eine Verpflichtung zum Schutze gegen die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen sowie gegen die Verbreitung von Informationen, die die Entfernung oder Änderung von elektronischen Informationen (z.B. elektronische Wasserzeichen) verhindern sollen, die der Durchsetzung von Rechten dienen.²⁶ Diese Schutzverpflichtung reicht aber nur soweit wie der Urheberschutz selbst. Werden daher technische Schutzmaßnahmen und elektronische Informationen dazu eingesetzt, um die Benutzung von Werken, Darbietungen ausübender Künstler und Tonträgern zu verhindern, obwohl diese Benutzung aufgrund von gesetzlichen Schutzschranken erlaubt ist, können die Staaten die Umgehung durchaus erlauben. Im Gegensatz dazu sieht Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 und 2 InfoSoc-Richtlinie lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten, für den Fall, dass der Rechteinhaber die Schrankennutzung nicht freiwillig gestattet, Maßnahmen vorsehen müssen, um die Nutzung der Schutzschranken – aller-

werde, soweit es an einer Eigentumsübertragung fehlt. Dabei übersah der EuGH, dass auch das WCT lediglich einen internationalen Mindestschutz definiert, was sich aus Art. 3 WCT i. V.m. dem Inländerbehandlungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 und 3 RBÜ ergibt. Somit stünde Art. 6 Abs. 1 WCT gerade nicht einem weiteren Verständnis der Verbreitung nach Art. 4 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie (Anm. 21) entgegen, soweit diese eine „Verbreitung in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise“ verlangt. Zu dieser allseits geäußerten Kritik siehe nur *S. von Lewinski*, Gedanken zur Cassina-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Schutz von Kreativität und Wettbewerb, in: FS. Loewenheim, 2009, 175-192 (177 f.).

23 Siehe Art. 8 WCT und Art. 10 und 14 WPPT.

24 Siehe § 15 Abs. 2 UrhG. Die spätere Anerkennung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in § 19a UrhG konkretisiert lediglich das allgemeine Recht der öffentlichen Wiedergabe.

25 Siehe Art. 10 WCT und Art. 16 WPPT. Der Dreistufentest verpflichtet die Staaten, Beschränkungen und Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz (1.) auf bestimmte Sonderfälle zu beschränken, die (2.) weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch (3.) die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar verletzen.

26 Siehe Art. 11 und 12 WCT und Art. 18 und 19 WCT.

dings mit gewissen Einschränkungen²⁷ – zu ermöglichen. Nach der deutschen Umsetzung in § 95b UrhG ist es dem Rechteinhaber erlaubt, auch im Bereich der Schranken technische Schutzmaßnahmen einzusetzen; er wird aber schuldrechtlich verpflichtet, den begünstigten Personen die Werknutzung zu ermöglichen.²⁸

Nach 1996 sind größere Erfolge bei der Regelung des Urheberrechts in Bezug auf die neuen Herausforderungen der Digitalisierung durch multilaterale völkerrechtliche Abkommen ausgeblieben.²⁹ Auch gehören das WCT und das WPPT nach wie vor nicht zum Besitzstand des WTO-Rechts. Dies würde eine Reform von TRIPS voraussetzen.³⁰ Gewisse Relevanz für die Internet-Verwertung weisen lediglich zwei jüngere, noch nicht in Kraft getretene Abkommen der WIPO auf, die allerdings im Anwendungsbereich sehr beschränkt sind. Zum einen geht es um das Peking-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler für audiovisuelle Darbietungen. Über das WPPT hinaus verschafft dieses Abkommen auch Schutz bei der digitalen Verwertung audiovisueller Festlegungen von Darbietungen durch Vervielfältigung und Online-Zugänglichmachung.³¹ Zum anderen ist das Marrakesch-Abkommen über den Zugang von Sehbehinderten zu veröffentlichten Werken zu erwähnen.³² Das Marrakesch-Abkommen ist trotz seines begrenzten Regelungsbereichs von rechtspolitisch großer Bedeutung, da es mit ihm zum ersten Mal gelungen ist, eine internationale Vereinbarung über verbindliche Schutzschränken zu erzielen. Im Rahmen der WIPO wird gegenwärtig über ein weiteres Abkommen verhandelt, das das Schutzmodell des WPPT für die dort geregelten beiden angrenzenden Rechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller auch für die angrenzenden Rechte der Sendeunternehmen übernehmen wür-

27 Wichtig ist dabei vor allem Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 InfoSoc-Richtlinie in Bezug auf die Nutzung der Schranke der privaten Vervielfältigung. Danach sind die Mitgliedstaaten lediglich berechtigt, solche Maßnahmen zur Ermöglichung privater Vervielfältigungen vorzusehen. Machen Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss dem Rechteinhaber immer noch die Möglichkeit bleiben, durch technische Schutzmaßnahmen die Zahl der Vervielfältigungen zu beschränken.

28 Dies ist nur eine von sehr zahlreichen Umsetzungsmöglichkeiten. Siehe hierzu den kurzen Rechtsvergleich bei *S. von Lewinski*, in: M. M. Walter/S. von Lewinski (Eds.), *European Copyright Law – A Commentary*, 2010, Rn. 11.6.14. In Bezug auf Kopien zum privaten Gebrauch hat der deutsche Gesetzgeber in § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG nur begrenzt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Rechteinhaber zu verpflichten, die Schrankennutzung zu ermöglichen. Durch technische Schutzmaßnahmen kann vor allem die nach § 53 Abs. 1 UrhG an sich zulässige private Vervielfältigung in digitaler Form – etwa durch Kopie auf einen USB-Stick – ausgeschlossen werden, ohne dass der Nutzer die Ermöglichung der Kopie erzwingen kann.

29 Nicht berücksichtigt werden können hier die zahlreichen bilateralen Handelsabkommen, die vor allem von den USA und der EU abgeschlossen wurden und auch das Urheberrecht regeln.

30 Entsprechend können WTO-Mitglieder selbst entscheiden, ob sie die Verpflichtungen aus den beiden Abkommen durch Beitritt zu diesen akzeptieren. Das WCT wurde bislang von 93, das WPPT von 94 Vertragsparteien, darunter die EU und deren Mitgliedstaaten, akzeptiert (Angaben der WIPO: www.wipo.org).

31 *Beijing Treaty on Audiovisual Performances* vom 24. Juni 2012, http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295837 (abgerufen am 4. Juni 2015). Siehe dazu *S. von Lewinski*, Ein Happy End nach vielen Anläufen: Der Vertrag von Peking zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen, *GRUR Int.* 2013, 12-19.

32 *Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled* vom 27. Juni 2013, http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=301016 (abgerufen am 4. Juni 2015). Siehe auch *R. M. Hilty/K. Köklü/A. Kur/S. Nérisson/J. Drexler/S. von Lewinski*, Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zur Umsetzung des WIPO-Vertrags von Marrakesch über eine zwingende urheberrechtliche Schranke zugunsten von Blinden, Sehbehinderten und Menschen mit Leseschwäche, *GRUR Int.* 2015, 704-709.

de.³³ Überdies wird im Rahmen der WIPO mittlerweile über die Vereinbarung einer Reihe weiterer verbindlicher Schutzschranken, insbesondere in Bezug auf den Unterrichtsgebrauch sowie die Bibliotheksnutzung und Archivierung, beraten.³⁴

Das Internet bildet aber nicht nur eine Herausforderung für das Urheberrecht. Auch andere Immaterialgüterrechte sind betroffen. Obwohl das Internet etwa auch für das Markenrecht schwierige Schutzrechtsfragen neuer Art aufwirft, wie etwa im Hinblick auf das sog. Keyword-Advertising,³⁵ ist es bislang zu keinen internationalen Vereinbarungen hierüber gekommen. Allerdings ist die WIPO nicht ganz untätig geblieben. Das Internet gab hier Anlass zu einer spezifisch für das Internet geschaffenen Empfehlung, nämlich der *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs* aus dem Jahre 2001, die bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung des nationalen Rechts angenommen werden kann, wenn Kennzeichen im Internet genutzt werden.³⁶ Das Regelungsproblem, auf das die Empfehlung reagiert, besteht darin, dass identische oder verwechslungsfähige Zeichen in unterschiedlichen Staaten oftmals für unterschiedliche Personen geschützt werden. Während sich in der analogen Welt die Nutzung von Kennzeichen territorial eher abgrenzen lässt, ist dies im Internet nicht mehr möglich. Diese Kollision von Rechten im Internet ist nicht auf der Ebene des Kollisionsrechts, sondern des Sachrechts zu lösen. Konkret stellt sich für die nach dem Schutzlandprinzip (Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO) anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften die Frage, ob eine Nutzung des Kennzeichens im Inland vorliegt.³⁷ Ließe man es für eine Verletzung genügen, dass entsprechende Webseiten, auf denen das Kennzeichen genutzt wird, von einem bestimmten Territorium aus abgerufen werden können, würde der elektronische Geschäftsverkehr, der zentral auf die Nutzung von Kennzeichen und insbes. Marken angewiesen ist, wegen der Gefahr der unbeabsichtigten Nutzung von Rechten Dritter in irgendeinem anderen Staat erheblich eingeschränkt. Hier nimmt die WIPO Recommendation die notwendige Beschränkung vor, in dem sie zusätzliche Kriterien definiert, die vorliegen müssen, damit eine inländische Verletzung angenommen werden kann. Trotz ihres unverbindlichen Charakters hat diese WIPO Recommendation durchaus Bedeutung. Vor allem können einzelstaatliche Gerichte sich an ihr orientieren, um zu einer Eingrenzung der verletzten nationalen Rechte zu kommen. So hat auch der BGH unter ausdrücklicher Berufung auf die WIPO Recommendation die Verletzung des deutschen

33 Siehe WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/27/2 REV, 25. März 2014, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_27/sccr_27_2_rev.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

34 Siehe die einschlägige Website der WIPO: <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/> (abgerufen am 4. Juni 2015).

35 Dabei handelt es sich um eine Internet-spezifische Werbeform, bei der nach Eingabe bestimmter Schlüsselwörter in die Suchmaschine mit dem Suchergebnis die vom Werbekunden in Auftrag gegebene Werbung angezeigt wird. Die Frage geht dahin, ob bei der Verwendung von Markennamen als Schlüsselwörter eine Benutzung der Marke durch den Suchmaschinenbetreiber vorliegt. Siehe hierzu EuGH, Verb. Rs. C-236/08 bis C-238/08, Google France SARL und Google Inc. gegen Luis Vuitton, EU:C:2010:159, Slg. 2010, I-2417.

36 Abrufbar unter: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2015). Siehe dazu J. Drexel, in: MünchKommBGB, Band 11, 6. Aufl. 2015, IntImmGR Rn. 327-330; A. Kur, Use of Trademarks on the Internet – The WIPO Recommendations, IIC 33 (2002), 41-47.

37 Siehe dazu Drexel, (Anm. 36), IntImmGR Rn. 254; A. Kur, Trademark Conflicts on the Internet: Territoriality Redefined, in: A. Basedow/J. Drexel/A. Kur/A. Metzger (Eds.), Intellectual Property in Conflict of Laws, 2005, 175-193 (179 f.).

Markenrechts durch den deutschsprachigen Internet-Auftritt eines Hotels in Kopenhagen mit dem Namen „Maritime“ mit der Begründung verneint, die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die klagende deutsche Hotelkette Maritim (ohne „e“ am Ende) seien nur geringfügig.³⁸

Als wichtigstes grenzüberschreitendes Problem im Immaterialgüterrecht ist die Rechtsdurchsetzung anzusehen. Vor allem im Urheberrecht stellt sich das Problem, dass Piraten sehr leicht ihre Webseiten mit rechtsverletzenden Inhalten von Staaten aus betreiben können, in denen entsprechende Verstöße kaum geahndet werden. Im Gegensatz zu den großen immaterialgüterrechtlichen Konventionen hat TRIPS erstmalig auch internationale Standards der Rechtsdurchsetzung geschaffen,³⁹ die, den Grundsätzen eines fairen Verfahrens entsprechend, auch Verfahrensrechte der vermeintlichen Verletzer anerkennen.⁴⁰ Durchsetzungsvorschriften, die über TRIPS hinausgehen (sog. TRIPS-plus-Standards), die fast ausschließlich die Rechtsposition des Rechteinhabers stärken, sind jedoch später in zahlreichen bilateralen Handelsabkommen vor allem der USA und der EU aufgenommen worden.⁴¹

Diesem letzteren Ziel verschrieb sich auch das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), das von einer Gruppe überwiegend entwickelter Staaten, einschließlich der EU und ihrer Mitgliedstaaten, ausgehandelt worden war,⁴² aber schließlich im Juli 2012 an der Ablehnung durch das Europäische Parlament gescheitert ist.⁴³ Anders als der Name indiziert, enthält das Abkommen keine Regeln über den internationalen Han-

38 BGH GRUR. Int. 2005, 433 (434) – Hotel Maritim.

39 Teil III des Abkommens.

40 So schreibt etwa Art. 41 Abs. 4 TRIPS die Möglichkeit der Nachprüfung von Behördenentscheidungen und erstinstanzlichen Gerichtsentscheidungen vor. Von Art. 42 TRIPS werden unabhängig von der Parteienstellung Verfahrensrechte in Bezug auf ein faires Verfahren formuliert. Art. 48 sieht schließlich sogar die Möglichkeit der Anordnung von Schadensersatz zugunsten des vermeintlichen Verletzers vor, wenn Durchsetzungsmaßnahmen in missbräuchlicher Weise betrieben werden. Für den Fall, dass einstweilige Maßnahmen ohne Anhörung des Antragsgegners angeordnet werden, schreibt Art. 50 Abs. 4 TRIPS vor, dass dieser unverzüglich nach der Vollziehung zu informieren und ihm die Möglichkeit einer Überprüfung der Entscheidung zu geben ist.

41 Siehe z.B. Art. 16.9 des Freihandelsabkommens zwischen den USA und Singapur vom 6. Mai 2003 (als erstes Abkommen der USA dieser Art), https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Aus europäischer Sicht siehe vor allem Art. 10.41 ff. des Freihandelsabkommens mit der Republik Korea, ABl. 2011 Nr. L 127, 6 ff. Dieses Abkommen ist besonders in Bezug auf die strafrechtliche Durchsetzung problematisch. Dort wird etwa von Art. 10.56 Abs. 1 bestimmt, dass die Vertragsparteien eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vorsehen, obwohl es auf EU-Ebene keine Harmonisierung strafrechtlicher Verantwortlichkeit für die Verletzung von Immaterialgüterrechten gibt und einzelne EU-Mitgliedstaaten, einschließlich Deutschland, eine solche nicht kennen. Zu den gescheiterten Versuchen auf EU-Ebene zur Angleichung der strafrechtlichen Durchsetzung siehe *T. Mylly, Criminal enforcement and European Union law*, in: Chr. Geiger (Ed.), *Criminal Enforcement and Intellectual Property – A Handbook of Contemporary Research*, 2012, 213-244.

42 Anti-Counterfeiting Trade Agreement vom 3. Dezember 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc_147079.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Mit Ausnahme der Schweiz wurde das Abkommen von allen Verhandlungsparteien – Australien, der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, Japan, Kanada, Marokko, Mexiko, Neuseeland, Singapur, Südkorea und den USA – unterzeichnet.

43 Abstimmung vom 4. Juni 2012 (478 dagegen, 39 dafür, 165 Enthaltungen). Siehe Europäisches Parlament, Europäisches Parlament lehnt ACTA ab, Pressemitteilung vom 4. Juli 2012, <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20120703IPR48247/html/Europ%C3%A4isches-Parlament-lehnt-ACTA-ab> (abgerufen am 4. Juni 2015). Japan ist bis heute der einzige Staat geblieben, der seine Ratifikationsurkunde hinterlegt hat.

del, sondern lediglich Vorschriften zur Durchsetzung des Urheber- und Markenrechts. Auch ging es nicht spezifisch darum, den Rechtsschutz zwischen den Vertragsstaaten zu verbessern. Vielmehr führte ACTA zu einem Abkommen ganz neuer Art, das zwischen gleichgesinnten Staaten abgeschlossen wurde, um einen globalen „Goldstandard“ des Rechtsschutzes festzulegen,⁴⁴ der später im Rahmen von Verhandlungen über bilaterale Freihandelsabkommen vor allem weniger entwickelten Staaten übergestülpt werden sollte.⁴⁵ Zu Beginn des Jahres 2012 lösten jedoch andere Gründe gegen dieses Abkommen eine Protestwelle mit Massendemonstrationen in mehreren EU-Mitgliedstaaten aus. Groß waren die Befürchtungen, das Abkommen würde die Freiheit des Internet und den Datenschutz für vermeintliche Verletzer von Urheberrechten im Netz untergraben. Solche Besorgnisse waren vor allem im Hinblick auf frühere Fassungen des Abkommens berechtigt. Die lange von den Verhandlungsparteien praktizierte Geheimhaltungsstrategie erwies sich schließlich als kontraproduktiv. Die geleakten Entwurfstexte nährten die öffentliche Empörung und den Protest. Die EU-Kommission beteuerte zwar weiterhin, dass der Abschlusstext dem Rechtsbestand der EU entsprach, traf damit aber sogar auf Widerspruch von Rechtswissenschaftlern, die ihrerseits die Ablehnung des Abkommens empfahlen.⁴⁶ In der Tat betont auch der EuGH in seiner Rechtsprechung vor allem zur Frage der Zulässigkeit von Anordnungen gegen Internet Access Provider immer wieder die besondere Bedeutung des Schutzes der Informationsfreiheit der vermeintlichen unmittelbaren Verletzer nach den Bestimmungen der Grundrechte-Charta.⁴⁷

Das Beispiel von ACTA zeigt, wie schwierig es inzwischen geworden ist, internationale Vereinbarungen vor allem zum Urheberrecht zum Abschluss zu bringen. Das Urheberrecht ist heute ein Rechtsgebiet, das nicht nur hoch politisiert ist, sondern infolge der Internet-Nutzung große Teile der Bevölkerung unmittelbar berührt. Angesichts dieses Befundes ist es weder nützlich noch besonders hilfreich, wenn Handelsdiplomaten versuchen, entsprechende Vereinbarungen mit geringstmöglicher Bereitschaft zu Transparenz zu verhandeln. Allenfalls kann eine solche Strategie – wie etwa im Falle des Freihandelsabkommens der EU mit Südkorea – bei bilateralen Abkommen zum Erfolg führen. Geht es jedoch um wichtigere Staaten, ist, wie die gegenwärtige Debatte zum Abkommen über ein Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit

44 So die Wortwahl auch der Europäischen Kommission, Europäische Kommission ersucht um Mandat für Verhandlungen über ein neues internationales Abkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie, Presseerklärung IP/07/1573 vom 23. Oktober 2007, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1573_de.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

45 Siehe hierzu A. *Abdel-Latif*, Developing Countries and the Contestation of ACTA at the TRIPS Council, in: P. Roffe/X. Seuba (Eds.), *The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda: Genesis and Aftermath*, 2014, S. 357-375.

46 Siehe R. *D'Erme*/Chr. *Geiger*/H. *Grosse Ruse-Khan*/Chr. *Heinze*/Th. *Jaeger*/R. *Matulionytė*/A. *Metzger*, Opinion of European Academics on Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2012, http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/pdf/ACTA_opinion_200111_2.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

47 EuGH, Rs. C-275/06, *Promusicae gegen Telefónica de España*, EU:C:2008:54, Slg. 2008, I-271, Rn. 63 ff.; Rs. C-70/10, *Scarlet Extended gegen SABAM*, EU:C:2011:771, Slg. 2011, I-11959, Rn. 50 f. und 53; Rs. C-314/12, *UPC Telekabel Wien gegen Constantin Film Verleih*, EU:C:2014:192, Rn. 47 und 55 f.

den USA zeigt, mit nicht geringerer Aufmerksamkeit zu rechnen als bei ACTA.⁴⁸ Nach dem Scheitern von ACTA die Regelung der Rechtsdurchsetzung der internen Gesetzgebung zu überlassen, ist angesichts der Relevanz grundrechtlich geschützter Rechtspositionen nicht das schlechtestes aller denkbaren Ergebnisse.

Außerhalb des Immaterialgüterrechts finden sich kaum internationale Abkommen, die sich spezifisch der Internet-Problematik annehmen. Eine Ausnahme bildet die UN-Konvention über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bei internationalen Verträgen, die von der UNCITRAL ausgearbeitet und 2005 von der UN-Vollversammlung angenommen worden ist.⁴⁹ Das Abkommen legt Maßstäbe für das Zustandekommen elektronischer Verträge fest, die grenzüberschreitend abgeschlossen werden. Die praktische Bedeutung des Abkommens ist allerdings gering geblieben, da es bislang nur von 6 Staaten ratifiziert wurde.⁵⁰ Einfluss auf die nationale Gesetzgebung zu Vertragsschlüssen im Internet hat jedoch schon vorher das nicht verbindliche UNCITRAL-Modellgesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1996 genommen.⁵¹ Schon auf Grund des frühen Annahmezeitpunkts war es geeignet, die nationale Rechtsentwicklung zu beeinflussen. So beruht das Recht zahlreicher Staaten auf den Bestimmungen des Modellgesetzes.⁵² Ebenso orientieren sich an dem Modellgesetz der US-amerikanische Uniform Electronic Transactions Act (UETA) von 1999 und das kanadische Einheitsgesetz von 1999, die wiederum auf das Recht der Einzelstaaten ausstrahlen. Die Lektüre des Modellgesetzes offenbart zudem einen Einfluss auf die vertragsrechtliche Regelung der E-Commerce-RL. In beiden Dokumenten geht es darum, die Sicherheit im Umgang mit rechtlichen Transaktionen zu erhöhen. So findet sich in Art. 14 des Modellgesetzes vor allem eine Bestätigungsregelung. Danach soll die Bestätigung sicherstellen, dass eine Nachricht auf elektronischem Wege auch erhalten wurde. Diese Bestätigung wird allerdings nicht von Gesetzes wegen gefordert, sondern nur dann, wenn der Erklärende die Bestätigung verlangt. Das Modellgesetz ordnet damit den Schutz des Erklärenden im elektronischen Geschäftsverkehr ausschließlich der Privatautonomie zu, während Art. 11 E-Commerce-RL im Grundsatz von zwingendem Recht ausgeht. Dieser Unterschied liegt in der Natur der Sache be-

48 Zunächst steht der EU aber die Entscheidung über den Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement mit Kanada bevor, wozu die Verhandlungen am 26. September 2014 abgeschlossen worden sind. Zum Vertragstext siehe http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Die Europäische Kommission versucht die Annahme des Abkommens im Europäischen Parlament dadurch zu gewährleisten, dass man alle Vorschriften, die man ursprünglich aus ACTA übernommen hatte, wieder gestrichen hat. Nicht auszuschließen ist jedoch, dass die Annahme des Abkommens in Kanada scheitert, da auch die Zustimmung der kanadischen Provinzen erforderlich ist und das Abkommen Kanada in Bezug auf den patentrechtlichen Schutz von Arzneimitteln im Interesse der europäischen Pharmaindustrie einiges abverlangt. Siehe hierzu *J. de Beer*, Implementing International Trade Agreements in Federal Systems: A Look at the Canada-E.U. CETA's Intellectual Property Issues, *Legal Issues of Economic Integration* 38(4) (2011), 51-71.

49 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts vom 23. November 2005, http://treaties.un.org/doc/Treaties/2005/11/20051128%2004-23%20PM/Ch_X_18p.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Siehe hierzu *D. Hettenbach*, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Verwendung elektronischer Mitteilungen bei internationalen Verträgen, 2008.

50 Dies sind die Dominikanische Republik, Honduras, die Republik Kongo, Montenegro, die Russische Föderation sowie Singapur. Für das Inkrafttreten waren lediglich 3 Ratifikationen erforderlich.

51 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce vom 16. Dezember 1996, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

52 Siehe hierzu die Angaben von UNCITRAL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html (abgerufen am 4. Juni 2015).

gründet. Das UNCITRAL-Modellgesetz verfolgt lediglich eine Regelung von Verträgen im Handelsverkehr, während es in Art. 11 E-Commerce-RL ganz zentral um den Schutz des Verbrauchers geht.

Vor allem gibt es keine verbindlichen internationalen Regeln des Verbraucherschutzes bei Vertragsschlüssen im Internet. Mit dem Thema befasst sich gleichwohl die OECD. Die OECD-Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce aus dem Jahre 1999⁵³ enthalten eine Kombination einer staatlich verbindlichen Regulierung des Verbraucherschutzes im Internet, wie er eher dem europäischen Ansatz entspricht, mit dem in den USA bevorzugten Ansatz der Selbstregulierung. Die Informationspflichten, die die Guidelines empfehlen, lassen sich zu einem großen Teil genauso in der E-Commerce-RL wiederfinden. Gleiches gilt für die Pflicht, dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche Mittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser Eingabefehler erkennen und korrigieren kann (Art. 11 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie). Nimmt man die Regelung des UNCITRAL-Modellgesetzes und der OECD-Guidelines zusammen, wird deutlich, dass der europäische Gesetzgeber in den vertragsrechtlichen Bestimmungen der E-Commerce-RL die handels- und verbraucherrechtlichen Ansätze des internationalen Rechts zusammengeführt hat. Mit einzelnen dieser Elemente können europäische Anbieter auch in Drittstaaten rechnen. Mittlerweile hat sich die OECD zum Ziel gesetzt, die Guidelines aus dem Jahre 1999 zu überarbeiten. Als erstes Ergebnis hat sie im Jahre 2014 eine weitere „Consumer Policy Guidance“ zu digitalen Produkten veröffentlicht.⁵⁴ Dabei wird auch der Datenschutz angesprochen, indem Unternehmen, die entsprechende Produkte vertreiben, empfohlen wird, die Verbraucher über die Verwendung persönlicher Daten, die im Zusammenhang mit der Transaktion erlangt werden, zu informieren und bei Vertragsschluss die Zustimmung für die entsprechende Datenverwendung zu verlangen.⁵⁵ In diesem Zusammenhang ist ganz allgemein auf die Arbeiten der OECD im Hinblick auf die Beachtung eines Mindestmaßes an Datenschutz im grenzüberschreitenden Bereich hinzuweisen.⁵⁶ Die OECD ist die zentrale internationale Organisation, die sich dieses wichtigen Themas der Regelung von Wirtschaftstransaktionen im Internet annimmt.

3. Selbstregulierung der Wirtschaft und Beilegung von grenzüberschreitenden Online-Streitigkeiten

Das Internet brachte auch Formen internationaler Selbstregulierung zum Entstehen. So ist die Vergabe von Inter-Domain-Namen privatrechtlich organisiert. Domain-Namen mit einer generischen Top-Level-Domain werden zentral von der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), einer Non-Profit-Organisation

53 Recommendation of the OECD Council of 9 December 1999 Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=183&InstrumentPID=179&Lang=en&Book=> (abgerufen am 4. Juni 2015).

54 OECD, Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products, OECD Digital Economy Papers No. 241, <http://dx.doi.org.10.1787/5jxvbrjq3gg6-en> (abgerufen am 4. Juni 2015).

55 OECD (Anm. 54), 11-13.

56 Siehe insbes. die im Jahre 2013 überarbeiteten OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (ursprüngliche Fassung 1980). Siehe insgesamt – mit dem Text der Guidelines – OECD, The OECD Privacy Framework, 2013, http://oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

mit Sitz in den USA, vergeben.⁵⁷ Da die Vergabe rein nach dem Prioritätsprinzip häufig Anlass zu Streitigkeiten kennzeichenrechtlicher Natur führt, weil etwa fremde Markennamen als Domain-Name angemeldet werden, hat ICANN sein eigenes internationales Streitschlichtungssystem auf der Grundlage der Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) geschaffen.⁵⁸ Wer eine Domain bei ICANN anmeldet,⁵⁹ akzeptiert automatisch die Jurisdiktion von Schiedsstellen, die bei ICANN akkreditiert sind.⁶⁰ Diese ermöglichen ein schnelles und kostengünstiges Verfahren zur Beilegung von internationalen Rechtsstreitigkeiten, ohne die Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes auszuschließen. Das Beispiel von ICANN zeigt, dass alternative Streitbeilegungsmechanismen möglich sind, soweit sich im Vorfeld eines Rechtsstreits Vereinbarungen darüber organisieren lassen. Gerade deshalb ist aber das Beispiel von ICANN nicht auf andere Fälle von Verletzungen von Immaterialgüterrechten im Internet übertragbar.

Die Einigung auf entsprechende Systeme der Schiedsgerichtsbarkeit wäre im Grundsatz auch bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten im Zusammenhang mit vertraglichen Transaktionen im Internet, einschließlich Verbraucherrechtstreitigkeiten, denkbar. Das Problem ist jedoch, dass das Angebot einer entsprechenden Vereinbarung vom Internet-Händler ausgehen müsste, der damit wiederum die Möglichkeit erhielte, ein für sich günstiges Verfahren zu bestimmen.

Das EU-Recht ging daher 2013 mit dem Erlass der ADR⁶¹-Richtlinie⁶² und der ODR⁶³-Verordnung⁶⁴ einen anderen Weg. Die ADR-Richtlinie schafft die Voraussetzungen dafür, dass den Verbrauchern in den Mitgliedstaaten „einfache, effiziente, schnelle und kostengünstige Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung“ auch im grenzüberschreitenden Bereich in Bezug auf offline und online getätigte Geschäfte zur Verfügung stehen.⁶⁵ Die ODR-Verordnung soll eine elektronische Streitbeilegung in Verbrauchersachen ermöglichen. Dazu wird die Europäische Kommission eine Online-Streitbeilegungsplattform als zentrale Anlaufstelle für Streitigkeiten, die sich aus Online-Geschäften zwischen Verbrauchern und Unternehmen aus der Union ergeben, einrichten und unterhalten. Die Verfahrenseinleitung erfolgt über die Online-Platt-

57 Länder-Domains werden nur zum Teil von ICANN, zum anderen Teil durch nationale Organisationen vergeben. Für die Domain „.de“ erfolgt die Vergabe durch DENIC (Deutsches Network Information Center), eine eingetragene Genossenschaft mit Sitz in Frankfurt/M. Zu ICANN siehe auch *J. Lüdemann*, Internationales Telekommunikationsrecht, in: Chr. Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, 433-453 (Rn. 30-34).

58 Aus dem umfangreichen Schrifttum hierzu siehe etwa *D. M. Maher*, The UDRP: The Globalization of Trademark Rights, *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)* 33 (2002), 924-940.

59 Das Verfahren gilt auch bei einigen Länder-Domains, aber nicht für die domain „.de“.

60 Die größte Bedeutung hat das WIPO Arbitration and Mediation Center. Von 1999 bis 2013 wurden dort mehr als 28.000 Verfahren auf der Grundlage des UDRP eingeleitet. Siehe WIPO, Expansion of Domain Name Space May Shift Trademark Protection Strategies, Press Release WP/2014/756 of 17 March 2014, http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2014/article_0003.html (abgerufen am 4. Juni 2015).

61 Alternative Dispute Resolution.

62 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABl. 2013 Nr. L 165, 63 ff.

63 Online Dispute Resolution.

64 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABl. 2013 Nr. L 165, 1 ff.

65 Erwägungsgrund 4 der ADR-Richtlinie.

form der Kommission, die die Beschwerde dem Streitgegner mitteilt und die zuständige nationale alternative Streitbeilegungsstelle nach der ADR-Richtlinie ermittelt.

Da weder die ADR-Richtlinie noch die ODR-Verordnung das reguläre staatliche Verfahren ersetzen sollen, kommt auch für Streitigkeiten in Bezug auf Online-Geschäfte der sog. Small-Claims-Verordnung Bedeutung zu.⁶⁶ Mit dieser Verordnung, deren Anwendungsbereich nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt ist, stellt das EU-Recht ein vereinfachtes Gerichtsverfahren zur Beilegung von grenzüberschreitenden Streitigkeiten von geringer Bedeutung bereit. Für Verbraucher ist auch dieses Verfahren von besonderem Vorteil, weil sie nach den Zuständigkeitsregeln der Brüssel-I-Verordnung Klagen vor den Gerichten ihres Aufenthaltsstaates erheben können.⁶⁷ Da dieses eigenständige europäische Gerichtsverfahren bislang noch wenig bekannt und daher auch wenig genutzt wird, strebt die Europäische Kommission gegenwärtig eine Reform an, die die Nutzung dieses Verfahrens attraktiver machen soll. Dazu soll die Streitwertobergrenze von 2.000 auf 10.000 € angehoben werden.⁶⁸

4. Internationales Privatrecht

Nach den obigen Ausführungen sind die meisten Rechtsfragen im Internet weiterhin über das nationale Recht zu lösen, das nur zum Teil international oder europarechtlich angezogen ist. Da das Internet transnationale Geschäfte genauso wie grenzüberschreitende Verletzungshandlungen in besonderem Maße erleichtert, führt das Internet zu einem enormen Bedeutungszuwachs für das Internationale Privatrecht.

Die Besonderheiten des Internet machten es erforderlich, dass jedenfalls einzelne Kollisionsregeln angepasst wurden. Dies gilt etwa im Verbrauchervertragsrecht. Art. 5 Abs. 2 des Römischen Schuldrechtsübereinkommens aus dem Jahre 1980 bestimmte noch, dass ein Verbraucher durch Rechtswahl nicht den Schutz durch die zwingenden Regeln des Staates seines gewöhnlichen Aufenthaltes verlieren darf, „wenn dem Vertragsschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen ist und wenn der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat“. Diese Vorschrift berücksichtigte nicht die Interaktivität des Internet und damit den Umstand, dass Unternehmen mit einem einheitlichen Internet-Auftritt Verbraucher in ganz vielen Staaten ansprechen können und sich Verbraucher aufgrund eigener Entscheidung auf die Webseiten von Anbietern begeben. Entsprechend formuliert Art. 6 Abs. 1 b) Rom I-Verordnung⁶⁹ nun anders. Danach ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers zur Anwendung berufen, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit

66 Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines Verfahrens für geringe Forderungen, ABl. 2007 Nr. L 199, 1 ff.

67 Art. 18 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2012 Nr. 351, 1 ff.

68 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines Verfahrens für geringe Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, 19. November 2013, COM(2013) 794 final.

69 Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 Nr. L 177, 6 ff.

„auf irgend einer Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet.“

Zu besonderen Herausforderungen führt das Internet aber vor allem für das internationale Deliktsrecht, indem es „ubiquitäre“ Rechtsverletzungen etwa im Bereich des Urheberrechts oder des Schutzes von Persönlichkeitsrechten ermöglicht. Insoweit ergeben sich Anwendungsprobleme sowohl bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit als auch mit Blick auf das anwendbare Recht.

Was die internationale Zuständigkeit bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts betrifft, hat die eDate-Entscheidung des EuGH zu einer erheblichen Erleichterung für die Verletzten geführt.⁷⁰ In dieser Entscheidung grenzte der Gerichtshof die Konstellation von Persönlichkeitsverletzungen im Internet von solchen in anderen Medien ab. Bei letzteren soll es bei der bisherigen Shevill-Rechtsprechung bleiben.⁷¹ Danach kann bei grenzüberschreitenden Verletzungen der gesamte entstandene Schaden nur am allgemeinen Beklagtengerichtsstand eingeklagt werden. Erhebt dagegen der Verletzte Klage vor den Gerichten des eigenen Wohnsitzstaates kann er, nach der Regel über den besonderen Gerichtsstand am Ort der schädigenden Handlung der Brüssel I-Verordnung,⁷² nur jenen Schaden einklagen, der in diesem Staate zu lokalisieren ist. Dagegen erlaubt der EuGH in eDate dem Verletzten, den gesamten Schaden auch in jenem Staate einzuklagen, in dem der Verletzte den Mittelpunkt seiner Interessen hat. In der Regel sei dies der Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts.⁷³ Begründet wird diese Abweichung von der Shevill-Rechtsprechung mit der Ubiquität der Verletzungshandlung im Internet, den Schwierigkeiten, bei Internet-Verletzungen den Schaden für einzelne Staaten zu bestimmen, sowie schließlich der besonderen Schwere der Persönlichkeitsverletzungen im Internet.⁷⁴

Im Anschluss an die eDate-Entscheidung stellte sich die Frage, ob der Entscheidung auch für Internet-Verletzungen von Immaterialgüterrechten, insbesondere von Urheberrechten gefolgt werden sollte. Bei Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechts wäre eine Entscheidung wie in eDate sogar besonders naheliegend. Dennoch hat der EuGH in den beiden jüngeren Entscheidungen Pinckney⁷⁵ und Hejduk⁷⁶ anders entschieden, wobei er in Pinckney auch den Unterschied zu eDate offen ansprach.⁷⁷ Danach soll bei Urheberrechtsverletzungen im Internet ein Gericht schon dann nach dem besonderen Gerichtsstand des Verletzungsortes für Urheberrechtsverletzungen zuständig sein, wenn eine Webseite von dem entsprechenden Staate aus zugänglich ist.⁷⁸ Nicht verlangt werde, dass die Website besonders auf diesen Staat ausgerichtet sei, da im Bereich des Immaterialgüterrechts das Gericht lediglich zu prüfen habe, ob auch ein Schaden im Staate des Gerichts eingetreten ist.⁷⁹ Jedoch könne vor diesen Gerichten nur Ersatz desjenigen Schadens begehrt werden, der im Gerichtsstaat eingetreten

70 EuGH, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, eDate Advertising und Martinez, EU:C:2011:685, Slg. 2011, I-10269.

71 EuGH, C-68/93, Shevill gegen Presse Alliance, EU:C:1995:61, Slg. 1995, I-415, Rn. 20 und 21.

72 Jetzt Art. 7 Nr. 2 Verordnung Nr. 2015/2012 (Anm. 67).

73 EuGH (Anm. 70), Rn. 49.

74 EuGH (Anm. 70), Rn. 45-48.

75 EuGH, Rs. C-170/12, Pinckney gegen KDG Mediateck, EU:C:2013:635.

76 EuGH, Rs. C-441/13, Hejduk gegen EnergieAgentur.NRW, EU:C:2015:28.

77 EuGH (Anm. 75), Rn. 36.

78 EuGH (Anm. 75), Rn. 44; EuGH (Anm. 76), Rn. 34.

79 EuGH (Anm. 75), Rn. 42 f.; EuGH (Anm. 76), Rn. 32 f.

sei.⁸⁰ Der EuGH gibt auch eine Begründung für die Abgrenzung zur Entscheidung in der Rechtssache eDate, die letztlich überzeugt. Er beruft sich auf den Grundsatz der Territorialität des Urheberrechts.⁸¹ Das angerufene Gericht am Ort der Verletzungshandlung ist als besonders sachnahes Gericht nur zuständig, um über die Rechtsverletzung nach nationalem Urheberrecht zu entscheiden.

Vor allem urheberrechtliche Nutzungshandlungen im Internet können wegen der Geltung des Territorialitätsprinzips zahllose nationale Rechte verletzen. Gerichte werden möglicherweise gefordert, zahllose nationale Rechte nebeneinander anzuwenden (sog. Mosaikbetrachtung).⁸² Entsprechend ist über eine Einschränkung der anwendbaren nationalen Rechte nachzudenken. Eine Einschränkung kann zunächst über zusätzliche Kriterien der Ausgerichtetheit des Internet-Auftritts auf ein bestimmtes Territorium oder der ökonomischen Auswirkung auf den nationalen Markt erreicht werden.⁸³ Noch weiter gehen Überlegungen von wissenschaftlicher Seite, bei ubiquitären Rechtsverstößen sogar von der geltenden Schutzlandanknüpfung – in der EU also von Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO – abzuweichen. So schlägt die Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) im Rahmen ihrer Prinzipien für ein Internationales Privatrecht im Bereich des Geistigen Eigentums vor, in Fällen, in denen davon ausgegangen werden kann, dass es über die Verwendung ubiquitärer Medien wie das Internet zu einer Verletzung in allen Staaten kommt,⁸⁴ nur das Recht des Staates der engsten Verbindung anzuwenden. Jedoch soll der vermeintliche Verletzer die Möglichkeit behalten, der Anwendung dieser Kollisionsregel durch den Nachweis zu entgehen, dass sich in einzelnen Staaten das Recht von jenem im Staate der engsten Verbindung wesentlich unterscheidet.⁸⁵

Bei der Diskussion über die hohe Zahl anwendbarer Rechtsordnungen geht es aber keineswegs nur um grenzüberschreitende Rechtsverletzungen im Internet. Die Problematik wirkt sich auch auf die Lizenzierung von Urheberrechten aus. Möchte jemand eine Internet-Radiostation (sog. Webcasting) oder einen Download-Service mit globaler Abrufmöglichkeit betreiben, benötigt er, zumal wenn es um Musik geht, die in allen Staaten auf beachtliche Popularität trifft, eine weltweite Mehrstaatenlizenz.

80 EuGH (Anm. 75), Rn. 45; EuGH (Anm. 76), Rn. 36.

81 EuGH (Anm. 75), Rn. 46, EuGH, (Anm. 76), Rn. 37.

82 Obwohl die Internet-Nutzung enorm zugenommen hat, überrascht es, dass Streitfälle über die ubiquitäre Verletzung von Urheberrechten, mit der Notwendigkeit der parallelen Anwendung aller nationalen Rechtsordnungen durch das angerufene Gericht, bislang praktisch nicht aufgetreten sind. Zu den möglichen Gründen hierfür *M. Trimble, The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet*, Fordham IP, Media & Entertainment L.J. 25 (2015), 339-405.

83 Siehe hierzu auch den Ansatz des BGH (Anm. 38) im Fall *Hotel Maritime*. Allgemein *Drexl* (Anm. 36), IntImmGR Rn. 299. Nach den wissenschaftlichen Vorschlägen der European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property, CLIP Principles, 2013, für IPR-Regeln im Bereich des Geistigen Eigentums wird alternativ ein "substantial effect" oder eine Ausgerichtetheit der Verletzungshandlung auf das jeweilige Staatsgebiet verlangt. Siehe Art. 3.602(1)(b) CLIP Principles. Die CLIP Principles sind auch abrufbar, wenn auch ohne die in der Buchveröffentlichung von 2013 enthaltene Kommentierung, unter: http://www.cl-ip.eu/_www/en/pub/home.html (abgerufen am 4. Juni 2015).

84 Was voraussetzt, dass der Kläger auch vortragen kann, in allen Staaten die Rechte zu haben. Dies kommt allenfalls im Urheberrecht oder bei besonders berühmten Marken in Betracht.

85 Art. 3:603 CLIP Principles (Anm. 83). Siehe hierzu auch *A. Kur*, Die Ergebnisse des CLIP-Projekts – zugleich eine Einführung in die deutsche Fassung der Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, GRUR Int. 2012, 857-868 (865 f.). Zum praktisch vielleicht noch bedeutsameren Vorschlag einer vom Schutzlandprinzip abweichenden Kollisionsregel für die Haftung von Intermediären, siehe ausführlich unten IV.5. a.E.

An sich wäre zu erwarten, dass hier die Rechteinhaber selbst aktiv werden, um eine möglichst effiziente Mehrstaatenlizenzierung in Bezug auf das Weltrepertoire zu ermöglichen (sog. One-Stop-Shop). Eine zentrale Rolle spielen dabei die nationalen Verwertungsgesellschaften, die traditionell die grenzüberschreitende Lizenzierung über sog. bilaterale Gegenseitigkeitsverträge organisieren. Die traditionellen Gegenseitigkeitsverträge erlauben jedoch nur eine territorial begrenzte Lizenzierung durch die jeweilige nationale Verwertungsgesellschaft. An dieser Stelle ist es kaum möglich, die verschiedenen Versuche der Verwertungsgesellschaften selbst sowie die Bemühungen der Europäischen Kommission in den vergangenen Jahren zur Einführung einer funktionierenden Mehrstaatenlizenzierung nachzuzeichnen.⁸⁶ Mittlerweile findet sich eine europarechtliche Rahmenregelung für eine Mehrstaatenlizenzierung von Online-Rechten in Titel III der Richtlinie über kollektive Rechtewahrnehmung aus dem Jahre 2014,⁸⁷ die gegenwärtig von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist.

5. Europäisches Recht im Übrigen

Das europäische Recht nimmt, wie sich schon aus der vorangegangenen Analyse ergibt, für die grenzüberschreitende Regelung des Internet eine ganz zentrale Stellung ein, obwohl es doch, abgesehen von Ausnahmen wie im Bereich des europäischen Kartellrechts, Internet-Sachverhalte nicht unmittelbar regelt, sondern lediglich nationales Recht harmonisiert.

Im folgenden Abschnitt geht es nicht darum, ein umfassendes Bild des europäischen Wirtschaftsrechts in Bezug auf die Regulierung des Internet zu zeichnen. Vielmehr sollen die zentralen Rechtsakte der EU zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Internet-Wirtschaft in das Bewusstsein gerückt, zentrale Veränderungen der Rechtsangleichungspolitik, die durch die Entwicklung des Internet ausgelöst wurden, angesprochen und schließlich die Unzulänglichkeiten des rein europäischen Regelungsansatzes kritisiert werden.

Als grundlegender europäischer Rechtsakt für die Regulierung des Internet im System des europäischen Binnenmarktes ist die E-Commerce-Richtlinie aus dem Jahre 2000 anzusehen.⁸⁸ Im Spannungsfeld zwischen der Ermöglichung und Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs einerseits und berechtigter Schutzanliegen andererseits entscheidet sie sich auf der Grundlage des Herkunftslandprinzips (Art. 3 E-Commerce-Richtlinie) für einen neuen Ansatz der Liberalisierung, der, von Ausnahmereichen abgesehen, den Mitgliedstaaten die Rechtfertigung der Anwendung nationaler

⁸⁶ Siehe hierzu umfassend *J. Heyde*, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011.

⁸⁷ Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. 2014 Nr. L 84, 72 ff. Siehe hierzu auch die kritische Stellungnahme zum vorausgegangenen Kommissionsvorschlag bei *J. Drexel/S. Nérisson/F. Trimpke/R. M. Hilty*, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC) 44 (2013), 322-350 (Rn. 46-65).

⁸⁸ Siehe schon oben bei Anm. 4.

Vorschriften im Lichte zwingender Erwägungen des Gemeinwohls verbietet.⁸⁹ Der Ermöglichung bzw. Erleichterung wirtschaftlichen Handelns dienen schließlich die Haftungsprivilegierungen für bestimmte Internetdienste in den Art. 13-15 E-Commerce-Richtlinie. Im Wege von Filterregelungen wird hier die Haftung in Bezug auf alle Rechtsgebiete vorab ausgeschlossen oder jedenfalls beschränkt. Damit soll sichergestellt werden, dass Geschäftsmodelle von Internet-Intermediären nicht durch Haftungsregime verschiedenster Art zu sehr beeinträchtigt oder gar verhindert werden.

Schließlich hat der europäische Gesetzgeber weitere Rechtsakte erlassen, die mit spezifisch industriepolitischer Zwecksetzung dazu gedacht sind, die Internet-Wirtschaft zu fördern. Zu erwähnen ist hier die sog. Public Sector Information (PSI)-Richtlinie aus dem Jahre 2003. Diese sollte Anreize für die Mitgliedstaaten setzen, Informationen, die von öffentlichen Stellen gehalten werden, privaten Unternehmen zur Erbringung von Mehrwertinformationsdiensten zugänglich zu machen.⁹⁰ Gleichzeitig regelte sie die Art und Weise der Lizenzierung der Weiterverwendung solcher Daten nach einheitlichen Grundsätzen. Die Richtlinie blieb allerdings zunächst reichlich wirkungslos, da sie den Mitgliedstaaten die Entscheidung überließ, ob in bestimmten Bereichen eine Lizenzierung der Weiterverwendung solcher Informationen überhaupt erfolgen sollte. Europarechtlich verpflichtend wurde eine entsprechende Lizenzierung erst durch die Änderungsrichtlinie aus dem Jahre 2013.⁹¹ Voraussetzung ist nur, dass die entsprechenden Informationen für Bürger, d.h. vor allem unter Zugrundelegung der Regeln zur Informationsfreiheit, überhaupt zugänglich sind. Die praktische Bedeutung der Richtlinie für die Internet-Wirtschaft ist beachtlich. Sie gewährt etwa Informationsdiensten wie Google Maps den Zugang zu den Daten der Katasterämter und erspart damit im großen Umfang Investitionen in die Generierung eigener Daten.⁹²

Probleme für die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes blieben nach Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie gerade in jenen Bereichen erhalten, die von der Anwendung des Binnenmarktpinzips ausgenommen wurden. Von zentraler Bedeutung sind hier vor allem das Urheberrecht, das Datenschutzrecht sowie das Verbrauchervertragsrecht. In diesen drei Bereichen begnügte sich der europäische Gesetzgeber einstweilen mit einer bloßen Rechtsangleichung, die die nationalen Unterschiede gerade nicht beseitigen konnte.

Im Bereich des Urheberrechts sollte die InfoSoc-Richtlinie⁹³ die Probleme der Digitalisierung meistern. Diese reagierte aber keineswegs auf alle Herausforderungen des Internet, so dass weitere europäische Richtlinien zu Einzelthemen, nämlich zum

89 Zur lange Zeit umstrittenen Frage, ob das Herkunftslandprinzip kollisionsrechtlicher Natur ist, muss hier nicht gesondert Stellung bezogen werden. Der EuGH hat dies mittlerweile in der schon erwähnten eDate-Entscheidung verneint. Siehe EuGH (Anm. 70), Rn. 60. Siehe weiterführend *Drexl* (Anm. 36), IntLautR Rn. 60-83 (dort auch zum Verhältnis zur lauterkeitsrechtlichen Kollisionsnorm in Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO und zur nationalen Umsetzung des Herkunftslandprinzips).

90 Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. 2003 Nr. L 345, 90 ff.

91 Richtlinie 2013/37/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Änderung der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. 2013 Nr. L 175, 1 ff.

92 Weiterführend zur gegenwärtigen Situation der Regulierung in diesem Bereich siehe *J. Drexl*, The competition dimension of the European regulation of public sector information and the concept of an undertaking, in: *J. Drexl/V. Bagnoli* (Eds.), *State Initiated-Restraints of Competition*, 2015, 64-100.

93 Anm. 21.

Schutz der Datenbanken⁹⁴ und zur Nutzung verwaister Werke,⁹⁵ nachfolgten.⁹⁶ Schließlich bemühte sich auch der nationale Gesetzgeber, das Urheberrecht auch außerhalb des Regelungsbereichs der europäischen Richtlinien an die modernen Bedürfnisse der Informationsgesellschaft anzupassen.⁹⁷ Aber selbst in ihrem eigenen Regelungsbereich bleibt die InfoSoc-Richtlinie unbefriedigend. Dies liegt vor allem an der unzureichenden Rechtsangleichung im Bereich der Schutzschranken. Die Richtlinie sieht zwar in ihrem Art. 5 eine abschließende Liste von Schutzschranken vor, überlässt aber, von einer Schranke abgesehen, den Mitgliedstaaten, ob sie entsprechende Schranken überhaupt einführen. Der EuGH nimmt zwar für sich in Anspruch, die Bestimmungen der Richtlinie zu den optionalen Schrankenbestimmungen einheitlich auszulegen,⁹⁸ um ein Auseinanderdriften des Rechts der Mitgliedstaaten zu verhindern, kann aber nicht gewährleisten, dass sich alle Mitgliedstaaten für die Einführung entsprechender Schranken entscheiden.

94 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. 1996 Nr. L 77, 20 ff. Sie glied nicht nur den urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken an, sondern schuf auch einen speziellen und durchaus problematischen, allein auf der Grundlage einer wesentlichen Investition gewährten sui-generis-Schutz von Datenbanken. Drittstaaten haben diesen Schutz nicht übernommen. Auch die Kommission räumt inzwischen ein, dass dieser sui-generis-Schutz nicht zu den erhofften positiven Auswirkungen auf die Datenbankwirtschaft geführt hat. Im Gegenteil läuft dieser Schutz Gefahr, den Zugang zu Informationen zu beeinträchtigen. Siehe European Commission, DG Internal Market and Services Working Paper – First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 12. Dezember 2005, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Der sui-generis-Datenbankschutz hat, was sich auch in der Rechtsprechung des EuGH abbildet, vor allem für Online-Sportwetten Bedeutung erlangt. Siehe z.B. EuGH, C-173/11, Football Dataco gegen Sportradar, EU:C:2012:642.

95 Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. 2012 Nr. L 299, 5 ff. Die Richtlinie soll die Digitalisierung von noch geschützten Werken erleichtern, für die die Rechteinhaber nicht bekannt und nicht mit vertretbarem Aufwand festgestellt werden können (sog. „verwaiste Werke“).

96 Erwähnt werden könnte auch die sog. Verwertungsgesellschaften-RL aus dem Jahre 2014, die mit der Schaffung eines regulatorischen Rahmens für die Erteilung von Mehrstaatenlizenzen für die Nutzung von Online-Rechten in Bezug auf Musikwerke einen Beitrag zur Funktionsfähigkeit des Internet leisten möchte. Siehe dazu schon die Ausführungen bei Anm. 87.

97 In Deutschland entschied der Gesetzgeber, das Urheberrecht zunächst aus Zeitgründen unter Beschränkung auf das nach der InfoSoc-Richtlinie Erforderliche anzupassen (sog. „Erster Korb“). Dem folgte der „Zweite Korb“ in Gestalt des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 5. Juli 2007, BGBl. 2007 I S. 2513. Der Plan zu einem Dritten Korb wurde in der vergangenen Legislaturperiode nicht mehr verwirklicht. Stattdessen begnügte sich der Gesetzgeber mit kleineren Anpassungen, wozu auch das Leistungsschutzrecht für Presseverleger gehört. Siehe dazu oben bei Anm. 13. Dagegen hat sich die aktuelle Bundesregierung die weitere Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse des digitalen Zeitalters zum Ziel genommen, wobei ein besonderes Augenmerk auf die Bedürfnisse der Bildung und Forschung gelegt werden soll. Siehe Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, „Deutschlands Zukunft gestalten“, 18. Legislaturperiode, 93 f., <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2015). Jüngst hat Ohly in einem Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag umfassende Vorschläge zur Anpassung des Urheberrechts an das Bedürfnis des Internet unterbreitet. Siehe A. Ohly, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft. Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014. Siehe dazu auch die Besprechung von M. Leistner, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, JZ 2014, 846.

98 Siehe EuGH, Rs. C-467/08, Padawan, EU:C:2010:620, Slg. 2010, I-10055, Rn. 33 und 36; Rs. C-435/12, ACI Adam gegen Stichting te Thuiskopie, EU:C:2014:254, Rn. 49; Rs. C-201/13, Deckmyn gegen Vandersteen, EU:C:2014:2132, Rn. 15 f.

Was das Datenschutzrecht angeht, gilt auch im Bereich des Internet die Datenschutzrichtlinie 95/46, die noch aus dem Vor-Internet-Zeitalter stammt.⁹⁹ Sie wird ergänzt durch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation aus dem Jahre 2002.¹⁰⁰ Letztere richtet sich an Telekommunikationsunternehmen, die insbesondere den Zugang zum Internet anbieten (Internet Access Provider). Deshalb werden von dieser Richtlinie die gerade heutzutage verstärkt in den Blick gekommenen Diensteanbieter (Google, Facebook, etc.), die ihre Geschäftsmodelle auf die Nutzung persönlicher Daten aufbauen, nicht erfasst. Deren Handeln beurteilt sich grundsätzlich weiterhin nach der Datenschutzrichtlinie aus dem Jahre 1995.¹⁰¹

Im Lichte dieser Analyse mag es erstaunen, dass die europäische Rechtspolitik einerseits sehr schnell auf unmittelbare Herausforderungen des Internet reagiert hat, sich aber andererseits doch lange Jahre im Grundsatz mit dem Erreichten zufrieden gegeben hat. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Beibehaltung des grundlegenden Konzepts der Harmonisierung im Binnenmarkt für den digitalen Bereich. Dass dieses Konzept der Änderung bedarf, hat sich zuerst für das Verbrauchervertragsrecht gezeigt. Dort führte nämlich die Schaffung von zwingendem Verbrauchervertragsrecht über rechtsangleichende Richtlinien, die dem Mindestschutzprinzip folgten, verbunden mit der kollisionsrechtlichen Entscheidung, dass dem Verbraucher, der im Staate seines gewöhnlichen Aufenthalts angesprochen wird (sog. „passiver Verbraucher“),¹⁰² nicht durch Rechtswahl der zwingende Schutz im Aufenthaltsstaat versagt werden darf, gerade zu einer Verschlechterung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes.¹⁰³ Obwohl das Internet für Verbraucher die Chance bietet, auf einfache Art und Weise im Ausland einzukaufen, machte es die vom europäischen Verbrauchervertragsrecht geschaffene Rechtslage Anbietern im Internet praktisch unmöglich, mit einem einheitlich gestalteten Internet-Auftritt EU-weit Verbraucher anzusprechen. Die hohen Kosten für die Gestaltung jeweils nationaler Verkaufsplattformen, die das nationale Verbraucherschutzrecht zur Kenntnis nehmen, wirken hier geradezu prohibitiv. Unvermeidlich ist damit ein Paradigmenwechsel im Verbrauchervertragsrecht. Die Verbraucherrechte-Richtlinie aus dem Jahre 2011 vollzieht hier zumindest den notwendigen Wechsel von der Mindestangleichung zur vollständigen Harmonisierung.¹⁰⁴

Die europäische Regelung zwischenstaatlicher Transaktionen im Internet leidet aber unter einem wesentlichen Manko. Das Internet, das die nationalen Grenzen überwin-

99 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 Nr. L 281, 31 ff.

100 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. 2002 Nr. L 201, 37 ff.

101 Diesbezüglich erkennt die Kommission inzwischen eindeutigen Reformbedarf. Siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 15.

102 Siehe hierzu schon die Ausführungen bei Anm. 69.

103 Dies wurde spätestens nach der Jahrtausendwende deutlich erkannt. Siehe etwa *J. Drexler*, Continuing Contract Law Harmonisation under the White Paper of 1985? – Between Minimum Harmonisation, Mutual Recognition, Conflict of Laws, and Uniform Law, in: *St. Grundmann/J. Stuyck* (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, 103-129.

104 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 Nr. L 304, 64 ff. Nach Erwägungsgrund 5 soll die vollständige Harmonisierung der Verbraucherrechte gerade die Anreize für grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte im Interesse der Verbraucher, aber auch kleinerer Anbieter erhöhen.

det, wird lediglich aus der Perspektive des Binnenmarktes und damit der digitalen Kommunikation zwischen den Mitgliedstaaten betrachtet. Dieser Ansatz ist konsequent, soweit die Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs ja nicht den Verkehr mit Drittstaaten erfassen soll. Zudem sind die harmonisierten Schutzbestimmungen im Bereich vor allem des Urheberrechts sowie des Datenschutz- und Verbraucherschutzrechts auch gegenüber Anbietern in Drittstaaten durchzusetzen. Trotzdem muss sich die eurozentrische Perspektive dort als zu eng erweisen, wo die zu regelnde Kommunikation von Hause aus globaler Natur ist. So ist es vor allem unzureichend, wenn die Rahmenregelung für die Mehrstaatenlizenzierung von Online-Musikrechten nur mit Blick auf das Territorium der Mitgliedstaaten erfolgt, die Anbieter von entsprechenden Online-Diensten, die in der EU niedergelassen sind, aber natürlich auch Lizenzen für Staaten außerhalb der EU benötigen.¹⁰⁵

Schließlich erweist sich die europäische Regulierung immer wieder als unzureichend, weil das Internet auf einem grundsätzlich weltumspannenden physischen Netzwerk beruht. Auch wenn Personen innerhalb der EU über das Internet kommunizieren, ist es nicht ausgeschlossen, dass die entsprechenden Datenströme, dem Kriterium technischer Effizienz folgend, über Drittstaaten geleitet werden, in denen vor allem kein den europäischen Maßstäben entsprechender Datenschutz verbürgt wird.

Hinzukommt, dass die größten und zunehmend marktmächtigen Anbieter in der Internet-Wirtschaft nicht mehr in der EU beheimatet sind, sondern aus den USA stammen, wo ganz andere Vorstellungen darüber herrschen, was im Internet erlaubt ist oder nicht. Auch wenn sich diese Unternehmen an die rechtlichen Anforderungen innerhalb der EU zu halten haben, erschwert die andere „Rechtskultur“ dieser Unternehmen die Durchsetzung europäischer Schutzkonzepte.¹⁰⁶ Anschaulichstes Beispiel für diesen Konflikt ist die Anerkennung eines „right to be forgotten“ auch im Internet – konkret in Bezug auf das Auflisten personenbezogener Informationen bei der Nutzung von Suchmaschinen – durch den EuGH in der Rs. Google Spain,¹⁰⁷ das in einem krassen Widerspruch zu den amerikanischen Vorstellungen zur Informationsfreiheit im Internet steht.

Die hier geäußerte Kritik zeigt, dass die europarechtliche Regulierung des Internet nur die zweitbeste Lösung sein kann, wenn das zu regelnde Problem über die geografischen Grenzen der EU hinausreicht. Insoweit kann die europarechtliche Regulierung auf Dauer internationale Vereinbarungen über zentrale Fragen des Internet nicht überflüssig machen. Wie im nachfolgenden Abschnitt (III.) noch darzulegen sein wird, werden die Herausforderungen für das internationale Recht vor allem durch neue technologische Entwicklungen ganz erheblich anwachsen. Grundsätzlich unterschiedliche Vorstellungen im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor allem in den USA und Europa zeigen aber auch, wie hoch die Hürden sind, die es hier zu überwinden gilt.

105 Zur Regelung der Mehrstaatenlizenzierung durch die Verwertungsgesellschafts-Richtlinie siehe oben bei Anm. 86.

106 Dem entspricht die Wahrnehmung der europäischen Bürger. Nach den Feststellungen der Kommission haben nur 22 % der Europäer volles Vertrauen in Unternehmen wie Betreiber von Suchmaschinen, sozialen Netzen und E-Mail-Diensten. 72 % befürchten, dass zu viele personenbezogene Daten von ihnen online abgefragt werden. Europäische Kommission (Anm. 7), 15.

107 EuGH, Rs. 131/12, Google Spain und Google Inc. gegen AEPD und Costeja González, EU:C:2014:317.

6. „Renationalisierung“ des Internet

Die Digitalisierung überwindet über die Nutzung des Internet die nationalen Grenzen. Gleichzeitig erlauben aber Fortschritte der Digitaltechnik auch, die Nutzung des Internet wieder zu „nationalisieren“. Im Folgenden soll die Ambivalenz dieser Renationalisierungstendenz aufgezeigt werden.

Das Internet ist mit seinem grenzüberschreitenden Charakter sowohl aus der Sicht des europäischen als auch des Welthandelsrechts als Chance für die Intensivierung des grenzüberschreitenden Handels zu verstehen. Problematisch erscheinen daher Methoden des „Geoblockings“, die den grenzüberschreitenden Zugriff auf gewisse Seiten und damit Internet-Dienstleistungen unterbinden.¹⁰⁸

Problematisch kann dies vor allem dann sein, wenn dies ausschließlich auf Initiative des Internet-Anbieters geschieht. So lässt sich Geoblocking vor allem zum Zwecke der Preisdiskriminierung zwischen Kunden aus unterschiedlichen Ländern einsetzen. Auf diese Weise kann ein Anbieter Kunden am Einkauf in einem günstigeren Staate hindern, indem er dessen Webseitenaufruf automatisch auf jene Seite weiterleitet, die spezifisch für den Heimatstaat des Kunden konfiguriert wurde. Genauso ist es möglich, den Einkauf auf einer Website nur Kunden zu erlauben, die mit einer Kreditkarte zahlen, die von einer Bank mit Niederlassung in einem bestimmten Staat ausgegeben wurde. Ob ein solches Verhalten vor allem innerhalb der EU zulässig ist, ist nach kartellrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden.¹⁰⁹

Deutlich komplexer liegt die Situation dagegen, wenn das Geoblocking auf Besonderheiten nationaler rechtlicher Regelungen beruht. So ist es nicht nur zulässig, sondern sogar rechtlich geboten, dass ein Verbraucher auf die für ihn gedachte nationale Webseite seines Aufenthaltsstaates weitergeleitet wird, wenn ihm gerade diese Seite den national gebotenen Verbraucherschutz gewährleistet. In den Fällen des Deliktsrechts erlaubt die Methode des Geoblockings Gerichten sogar, Unterlassungsverfügungen auch in Bezug auf das Verhalten im Internet auf jene Staaten zu begrenzen, deren Recht verletzt wurde. Gleichzeitig bleibt dem verurteilten Unternehmen die Möglichkeit, sein Geschäftsmodell für Staaten, deren Recht es entspricht, beizubehalten.¹¹⁰

108 Zum Phänomen des Geoblocking siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 6.

109 So griff die Europäische Kommission vor einigen Jahren die Praxis von Apple an, Musik-Downloads Kunden nur jeweils von den nationalen iTunes-Plattformen zu gestatten. Dazu stellte Apple den gewöhnlichen Aufenthalt des Kunden über die Kreditkarte fest, die als Zahlungsmittel eingesetzt wurde. Diese Praxis erlaubte Apple, im Vereinigten Königreich wesentlich höhere Preise zu verlangen als im Euro-Raum. Die Kommission vermutete zuerst wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen den Musikverlagen und Apple, was sich allerdings nicht bestätigte. Apple fand sich schließlich doch bereit, die Preise im Vereinigten Königreich zu senken. Siehe Europäische Kommission, Kartellrecht: Europäische Kommission begrüßt beabsichtigte Angleichung der Preise für iTunes-Musikdownloads in Europa, Pressemitteilung IP/08/22, 9. Januar 2008, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-22_de.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

110 Zu territorial begrenzten Unterlassungsanordnungen bei Rechtsverstößen im Internet siehe auch *Drexl* (Anm. 36), IntLautR Rn. 185 und IntImmGR Rn. 302. Die CLIP Principles (Anm. 83), schlagen sogar vor, dass zur Vermeidung einer zu weitreichenden Wirkung von Unterlassungsurteilen im Rahmen der Anerkennung ausländischer Urteile die Vollstreckung im Inland verweigert wird, wenn sich aus der Begründung ergibt, dass das Recht im Vollstreckungsstaat, entgegen dem Anschein der territorial unbeschränkt formulierten Anordnung im Tenor, nicht angewendet worden ist. Siehe Art. 4:102(3) CLIP Principles. Diese Regelung ist dogmatisch als Auslegung des Tenors formuliert, um einen Widerspruch zum allgemeinen Verbot der *revision à fond* zu vermeiden.

Eine entsprechende Situation kann sich vor allem im Urheberrecht aus verschiedenen Gründen ergeben. Zum einen kann das Recht in einzelnen Staaten strenger ausgestaltet sein als in anderen, etwa weil der Nutzer in einem Staat in den Genuss von Schranken kommt und im anderen nicht. Denkbar ist es aber auch, dass die Urheberrechte in verschiedenen Staaten von verschiedenen Personen gehalten oder verwaltet werden. So wird vor allem das Urheberrecht an Musik häufig nicht vom Rechtsinhaber selbst durchgesetzt, sondern von den jeweiligen nationalen Verwertungsgesellschaften. Dies kann dazu führen, dass bestimmte Videos auf YouTube für Zugriffe aus Deutschland gesperrt sind, während sie in anderen Staaten weiter abrufbar sind.¹¹¹

Dieses Beispiel zeigt, dass trotz der rechtsangleichenden Maßnahmen das europäische Recht bislang nicht in der Lage ist, einen funktionierenden Binnenmarkt auch aus der Sicht der Nutzer zu errichten. In diesen Fällen kann es allerdings nicht darum gehen, das Geoblocking als solches zu verbieten. Vielmehr müssen die rechtlichen Ursachen dafür durch weitere gesetzgeberische Schritte im Bereich Urheberrecht beseitigt werden. Entsprechend setzt sich die Kommission nunmehr im Rahmen des Projekts zur Errichtung eines Digitalen Binnenmarktes zum Ziel, durch eine Überarbeitung des Urheberrechts einen besseren und vor allem einheitlichen Zugang zu Werken zu verwirklichen.¹¹²

7. Zusammenfassung

In Teil II. dieses Beitrags wurde die aktuelle grenzüberschreitende Regulierung des Internet und einige ihrer noch zu bewältigenden Aufgaben herausgearbeitet. Dabei hat sich gezeigt, dass das Regulierungskonzept im Wesentlichen sowohl auf internationaler Ebene als auch auf europäischer Ebene auf Rechtsakten beruht, die zu Beginn der Entwicklung des Internet formuliert wurden oder gar auf das Internet noch gar keine Rücksicht nehmen konnten. Diese Regelungen haben sich über einen beachtlichen Zeitraum als robust erwiesen. Trotzdem zeigt sich an verschiedenen Stellen die Reformbedürftigkeit schon im Lichte der gegenwärtigen Gegebenheiten im Internet. Die Rechtspolitik erfüllt ihre Aufgabe nicht ausreichend, wenn sie nur auf bereits eingetretene technologische Veränderungen (ex post) reagiert. Vielmehr sollte sich das Recht auf neue Herausforderungen möglichst vorab einstellen. Daher ist im nächsten Abschnitt auf neue, überwiegend technologisch bedingte Herausforderungen bei der Entwicklung des Internet und seiner Nutzung einzugehen.

111 YouTube hat noch versucht, durch besondere Mitteilungen öffentlichen Druck gegenüber der GEMA aufzubauen. Beim Aufruf bestimmter Musikvideos wurden Internet-Nutzer mit folgender Information frustriert: „Leider ist dieses Video in Deutschland nicht verfügbar, da es Musik enthalten könnte, für die die GEMA die erforderlichen Musikrechte nicht eingeräumt hat. Das tut uns leid.“ Der GEMA gelang es schließlich, YouTube diese Mitteilung als irreführend und ehrverletzend zu untersagen. Siehe OLG München vom 12. Mai 2015, Az. 6 U 1211/14. Seitdem informiert YouTube nur noch darüber, dass man sich mit GEMA nicht auf die Lizenzierung einigen konnte.

112 Siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 6-8.

III. Neue Herausforderungen

In ökonomischer Hinsicht wird die Entwicklung des Internet häufig mit einem Paradigmenwechsel in Verbindung gebracht, nämlich von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft. Diese Informationsgesellschaft ist jedoch nicht statisch zu verstehen. Sie entwickelt sich vielmehr dynamisch mit dem Ausbau der technischen Möglichkeiten, die das Internet bietet. Insoweit lassen sich verschiedene aktuelle, z.T. technisch bedingte Entwicklungen identifizieren, die das Recht vor neue Herausforderung stellen. Diese Entwicklung auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, ist kaum möglich. In den jüngsten Stellungnahmen der Europäischen Kommission wird zwar von einer „vernetzten“ digitalen Wirtschaft gesprochen.¹¹³ Da aber die Vernetzung das Internet seit seinen Anfängen kennzeichnet, ist es besser, sich Klarheit über die konkreten Veränderungen zu verschaffen, um daran anschließend die erforderlichen regulatorischen Maßnahmen zu diskutieren.

Bevor im Folgenden auf einzelne neue Herausforderungen eingegangen wird, macht es Sinn, sich verschiedene Phasen der Entwicklung des Internet zu vergegenwärtigen, in die sich die neuen Herausforderungen einfügen lassen (unten 1.). Sodann werden drei Herausforderungen identifiziert, nämlich die zu erwartende Explosion der Datenströme (unten 2.), die Notwendigkeit der Kontrolle zunehmender Marktmacht (unten 3.) und schließlich die Zunahme von Zielkonflikten bei der Regulierung des Internet (unten 4.).

1. Phasen der Entwicklung

Im Folgenden können drei Phasen der Entwicklung des Internet unterschieden werden. Den verschiedenen Phasen entsprechen unterschiedliche digitale Anwendungen und Geschäftsmodelle im Internet.

In einer *ersten Phase* hat sich das Internet als *Kommunikationsplattform zwischen Personen* entwickelt. Es erlangte damit zugleich politische und ökonomische Bedeutung. In politischer Hinsicht erlaubt es den unmittelbaren Austausch von politisch relevanten Informationen über Ländergrenzen hinweg. Dabei erfolgt die Nutzung entweder bilateral, etwa über den Austausch von E-Mails, oder über neue Webauftritte und, in einer Weiterentwicklung, über Diskussionsplattformen (Blogs) und soziale Netzwerke. Das Internet wurde Teil einer sich internationalisierenden Medienlandschaft und zugleich zum Konkurrenten für bekannte Medienformen (Zeitungen und Rundfunk).

In ökonomischer Hinsicht lässt sich das Internet auch zur Anbahnung von Verträgen nutzen. Das Internet bietet die Möglichkeit zur Eröffnung digitaler Vertriebsplattformen, über die Kunden Waren bestellen können, die sodann in klassischer Weise über Logistikunternehmen ausgeliefert werden. Gleichzeitig eröffnen sich mit dem Internet auch neue Möglichkeiten der Unternehmensorganisation. Das Internet erlaubt die Vernetzung und kostengünstige Kommunikation zwischen Teilen eines Unternehmens über größere Strecken hinweg. Insgesamt eröffnet damit das Internet nicht nur neue Möglichkeiten für den grenzüberschreitenden Handel, sondern auch für die Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit und trägt damit ganz wesentlich zur Globalisierung der Wirtschaft bei.

¹¹³ Siehe Juncker (Anm. 6), 5.

Die *zweite Phase* ist durch die *Digitalisierung von Gütern* gekennzeichnet. Mit der Zunahme der Übertragungskapazitäten und der Übertragungsgeschwindigkeit wurde es möglich, auch große Datenpakete zu übertragen. Damit migrierte vor allem der Absatz von urheberrechtlich geschützten Werken von der physischen zur digitalen Welt. An die Stelle des Vertriebs von Computerprogrammen, Musikstücken und Filmen durch den Verkauf physischer Träger (Diskette, CD, Video und DVD) tritt der digitale Download. Erfasst wird aber auch der Bereich des Publizierens von Schriftwerken. Während im Bereich der Belletristik das gedruckte Buch wohl noch lange nicht vom E-Book abgelöst wird, hat die Digitalisierung den Bereich wissenschaftlicher Veröffentlichungen schon längst erfasst. Zitiert wird heute vor allem, was online verfügbar ist. Viele wissenschaftliche Verlage verdienen mit ihren Datenbanken bereits mehr Geld als mit dem Verkauf von gedruckten Medien.

Ökonomisch gesehen erzeugt der Download beachtliche Effizienzgewinne. Die Kosten sowohl der Produktion als auch des Vertriebs sinken gewaltig. Die Veränderungen der Digitalisierung führen zu nachhaltigen Strukturveränderungen. Die Digitalisierung stellt die Überlebensfähigkeit des stationären Einzelhandels in den betroffenen Branchen grundlegend in Frage.

Die Digitalisierung stellt aber auch bekannte rechtliche Konzepte in Frage und macht eine Neujustierung des Interessenausgleichs vor allem im Urheberrecht erforderlich. Im Vergleich zum Musik- und Filmvertrieb über CD und DVD tritt beim digitalen Download der Lizenzvertrag als bloßer, u.U. zeitlich befristeter Nutzungsvertrag an die Stelle der Eigentumsübertragung. Wissenschaftliche Bibliotheken erwerben nicht mehr Exemplare einer Zeitschrift, die sie auf Dauer in ihren Beständen bewahren können, sondern nur noch Nutzungsrechte auf Zeit an wissenschaftlichen Datenbanken. Werden die entsprechenden Verträge nicht verlängert, weil etwa die Bibliothek nicht mehr in der Lage ist, geforderten Preiserhöhungen zuzustimmen, geht der Zugang auch zu älteren Publikationen verloren. Die Digitalisierung macht entsprechend eine Neujustierung der Interessen vor allem im Urheberrecht erforderlich. In der viel beachteten *UsedSoft-Entscheidung* hat diese Notwendigkeit den EuGH dazu veranlasst, ohne Rücksicht auf die Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eigentum am bloßen digitalen Datensatz anzunehmen, um die Erschöpfung des Urheberrechts – mit potenzieller Bedeutung auch im grenzüberschreitenden Bereich – beim digitalen Download von Computerprogrammen und damit einen Sekundärmarkt für gebrauchte Software zu ermöglichen.¹¹⁴ Die rechtspolitische Bedeutung der *UsedSoft-Entscheidung* reicht weit über das Urheberrecht hinaus. Indem sie hervorhebt, dass bei digitalen Produkten die Interessen nicht wesentlich anders liegen als bei Sachen, stellt sie ganz grundsätzlich die klassische Unterscheidung zwischen körperlichen und nicht körperlichen Gegenständen im Vermögensrecht der verschiedenen Zivilrechtsordnungen in Frage.

Die *dritte Phase* der Entwicklung des Internet, die unmittelbar bevorsteht, wird schlagwortartig mit dem „Internet der Dinge“ bezeichnet. Bei dieser wird die Kommunika-

114 EuGH, Rs. C-128/11, *UsedSoft gegen Oracle*, EU:C:2012:407. Ob der EuGH den Fall anderer digitaler Produkte, wie z.B. E-Books, genauso entscheiden würde, ist gegenwärtig noch offen. Gegenwärtig beim EuGH anhängig ist eine niederländische Vorlage zur Frage, ob Bibliotheken die Online-Ausleihe von E-Books nach den Regeln der Verleih- und Vermietrechts-Richtlinie ermöglichen dürfen. In Deutschland hat das OLG Hamm die Erschöpfung bei der Verbreitung von E-Books verneint. Siehe OLG Hamm v. 15. Mai 2014, Az. 22 U 60/13, GRUR 2014, 853.

tion zwischen Menschen ergänzt durch eine Vernetzung von und mit Produkten und Orten. Das Internet der Dinge verändert die mittlerweile schon als klassisch anzusehenden digitalen Anwendungen genauso wie sie ganz neue Anwendungsfelder für die Digitalisierung erschließt.

Zum „Internet der Dinge“ gehört insbesondere das „Cloud Computing“. Dabei geht es um neue Geschäftsmodelle, die es dem Kunden ermöglichen, die für die Datenverarbeitung erforderliche Infrastruktur eines Diensteanbieters in Form von Hard- und Software dezentral zu nutzen. Das Cloud Computing erspart dem Nutzer, eigene Infrastruktur insbesondere in Form von Speicherplatz und Anwendungsprogrammen bereitzuhalten. Er braucht nur noch ein netzwerkfähiges Endgerät.¹¹⁵ Das Cloud Computing beruht mithin auf der Idee des Outsourcing. Technisch verwirklicht wird das Cloud Computing über das Internet; es kommt zu einer weiteren Stufe der Vernetzung. Das Cloud Computing erlaubt dem Nutzer, jederzeit von einem Endgerät seiner Wahl und damit von jedem beliebigen Ort aus auf seine Daten zuzugreifen.¹¹⁶ Damit wird die Datenbearbeitung unabhängig vom eigenen Endgerät und dem eigenen Datenträger. Besonders geeignet ist das Cloud Computing für die Zusammenarbeit von Personen an unterschiedlichen Standorten und über Unternehmens- und Organisationsgrenzen hinweg.

Aus rechtlicher Sicht führt das Cloud Computing notwendig zu grenzüberschreitenden Problemlagen, da keineswegs vorab festgelegt ist, wo die relevanten Daten gespeichert werden. Ein besonderes Problem ergibt sich daraus, dass mehrere Server mit unterschiedlichen Serverstandorten in vernetzter Form zu einer Hardwareressource zusammengefasst werden können, um Daten „irgendwo in der Cloud“ abzuspeichern.¹¹⁷ Schließlich liegt es auf der Hand, dass Cloud-Geschäftsmodelle nur dann Erfolg haben können, wenn die Erwartungen des Nutzers im Hinblick auf IT-Sicherheit und Datenschutz gewährleistet werden. So wird gerade vor der Nutzung von Cloud-Diensten, wie Dropbox, gewarnt, die zur Abspeicherung von Daten in den USA führen, wo der Schutz persönlicher Daten entsprechend europäischer Maßstäbe nicht gewährleistet ist.¹¹⁸ Gerade beim Cloud Computing kann sich zeigen, dass die Nutzung der wachsenden Möglichkeiten des Internet ausreichenden rechtlichen Schutz zur Voraussetzung hat. Wenn Nutzer diesen Diensten kein Vertrauen entgegenbringen können, werden sie von der entsprechenden Nutzung Abstand nehmen.

Mit dem Internet der Dinge werden aber vor allem die Digitalisierung aller denkbaren Produkte und deren Vernetzung bezeichnet. So verspricht die weitere Entwicklung die Steuerung der heimischen Heizung über das Smartphone. Bei der Entwicklung „intelligenter“ Produkte – wie der Schuh mit eingebautem GPS¹¹⁹ –, bei denen die Kommunikation über das Internet unmittelbar mit dem Produkt erfolgt, sind der Phantasie

115 Siehe insgesamt *M. Lehmann/A. Giedke*, Cloud Computing – technische Hintergründe für die territorial gebundene rechtliche Analyse, CR 2013, 608-616.

116 *Lehmann/Giedke* (Anm. 115), 610.

117 Zu den verschiedenen Virtualisierungsmöglichkeiten siehe *Lehmann/Giedke* (Anm.. 115), 611 ff.

118 Siehe die Ergebnisse der Untersuchung der Stiftung Warentest nach *Carsten Drees*, Dropbox und Co: Stiftung Warentest testet Cloud-Dienste – und mahnt zur Vorsicht, 27. Juli 2013, <http://www.mobilegeeks.de/dropbox-und-co-stiftung-warentest-testet-cloud-dienste-und-mahnt-zur-vorsicht/> (abgerufen am 4. Juni 2015).

119 Siehe „Future Shoes I – GPS-Schuhe weisen den Weg“, <http://www.shoepassion.de/blog/future-shoes-gps> (abgerufen am 4. Juni 2015).

letztlich keine Grenzen gesetzt. Besondere Bedeutung erlangt diese Entwicklung im Automobilsektor. Das Auto als fahrender und vernetzter Computer ermöglicht zahlreiche Internet-gestützte Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Nutzung eines Pkw (Unterhaltungs-, Bezahl-, Sicherheits-, Wartungs- und Diagnosedienste etc.), die weit über die bisherige Nutzung eines Navigationsgeräts im Pkw hinausgehen. Vor allem aber wird das von der Industrie versprochene führerlose Auto (autonomes Fahren) über das Internet gesteuert. In Bezug auf das Internet der Dinge gehen Ökonomen davon aus, dass die damit einhergehenden neuen Geschäftsmodelle und Möglichkeiten zu zerstörenden Veränderungen in der Wirtschaft führen werden.¹²⁰

Bei der zunehmenden Vernetzung von Produkten dürften die rechtlichen Herausforderungen – abhängig vom konkreten Geschäftsmodell – u.a. in den neuen Vertragsformen liegen, die neben der Produktverschaffung auch Dienstleistungen in Form von Dauerschuldverhältnissen vorsehen. So ist absehbar, dass ein Pkw nur noch zusammen mit einem Wartungsvertrag als Dauerschuldverhältnis zu haben sein wird. Der Weg in die Werkstatt wird wohl in der Zukunft oftmals durch ein automatisches Programm-Update durch den Pkw-Hersteller aus der Ferne ersetzt werden.¹²¹ Neu überdacht werden muss daher wohl das kartellrechtlich geprägte Kfz-Vertriebsrecht auf der Grundlage der Gruppenfreistellungs-VO über den Kfz-Vertrieb¹²² und die dazugehörigen Leitlinien,¹²³ die bislang die Vernetzung von Pkws noch nicht zur Kenntnis nehmen. Die neuen rechtlichen Problemlagen dürften aber insgesamt außerordentlich vielfältig sein. Von zentraler Bedeutung sind auch hier die Herausforderungen in Bezug auf die Datensicherheit und den Datenschutz.¹²⁴ So stellen sich bei der Vernetzung von Pkws sogar besondere ethische Fragen, nämlich dann, wenn der Bordcomputer in einer Gefahrenlage zwischen zwei allein denkbaren Unfallalternativen mit potenziell schwerwiegendsten Auswirkungen auf andere Verkehrsteilnehmer zu entscheiden hat.¹²⁵ Hier wird das Recht vorzugeben haben, wie ein Pkw zu programmieren ist. Da Pkws immer auch grenzüberschreitend genutzt werden sollen, handelt es sich dabei auch um Fragen von internationaler Relevanz.

120 Siehe *Heike Simmet*, Internet of Everything: Virtuelle Vernetzung von Menschen, Produkten und Orten, 4. September 2013, <http://hsimmet.com/2013/09/14/internet-of-everything-virtuelle-vernetzung-von-menschen-produkten-und-orten/> (abgerufen am 4. März 2015).

121 So ist Tesla als erster Pkw-Hersteller dazu übergegangen, Updates der Pkw-Software nicht mehr durch Rückrufe der Pkws in die Werkstatt, sondern gleich über Internet vorzunehmen. Siehe „Update für das Auto: Rückrufe statt Software-Updates aus der Ferne“, 13. März 2014, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Update-fuers-Auto-Rueckrufe-statt-Software-Updates-aus-der-Ferne-2139670.html> (abgerufen am 4. Juni 2015).

122 Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 Nr. L 129, 52 ff.

123 Bekanntmachung der Kommission vom 28. Mai 2010 – Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. 2010 Nr. C 138, 16 ff.

124 Siehe dazu *R. Weber*, Internet of Things – New security and privacy challenges, *Comp. L. & Security Rev.* 26 (2010) 23-30.

125 Siehe hierzu *Patrick Beuth*, Wenn Software über Leben und Tod entscheidet, 13. Mai 2014, <http://www.zeit.de/digital/internet/2014-05/unfall-fahrerlose-autos-ethik> (abgerufen 4. Juni 2015).

2. Explosion der Datenströme

Die beschriebene Entwicklung der Internetnutzung unterstreicht eindringlich die explosionsartige Zunahme der Datenströme. Hierzu tragen alle drei Phänomene der Internetnutzung – zur individuellen Kommunikation, zum Transport digitaler Güter und zur umfassenden Vernetzung im Rahmen des Internet der Dinge – bei.

Die ständige Verfügbarkeit eines leistungsstarken und schnellen Netzes erscheint danach nicht nur als ökonomisches Gebot zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wirtschaft. Sie wird auch zum politischen Petition im Lichte umfassender Informationsfreiheiten des Bürgers. Dies liegt ganz wesentlich daran, dass sich auch das individuelle Nutzerverhalten bereits stark verändert hat. War man früher für die Nutzung des Internet auf einen Festanschluss und einen PC angewiesen, surfen heute immer mehr Menschen an beliebigen Orten und zu beliebigen Zeiten mit ihrem Smartphone im Internet. Der Internetnutzung wird zum täglichen Begleiter des modernen Menschen. Entsprechend erwartet der Bürger vom Staat, für die Bereitstellung des schnellen Internet als „öffentliche Dienstleistung“ zu sorgen.

Daraus ergibt sich gegenwärtig vor allem das Petition nach Förderung frei zugänglicher WLAN-Netze im öffentlichen Raum. Dieser Forderung verschafft inzwischen ein Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur Änderung des Telemediengesetzes (TMG) Nachdruck, der sicherstellen soll, dass vor allem öffentliche Einrichtungen wie Flughäfen, Cafés, Rathäuser und Bibliotheken kostenloses WLAN zur Verfügung stellen können, ohne Gefahr laufen zu müssen, als mittelbare Störer für Rechtsverletzungen der Internet-Nutzer in Anspruch genommen zu werden.¹²⁶

Vor allem ist aber die Bereitstellung eines flächendeckenden Netzes für das schnelle Internet als zentrale Aufgabe der Netzpolitik anzusehen. Mittlerweile leidet das mobile Internet noch darunter, dass die gegenwärtige 3. Generation der Mobilfunktechnologie nicht die Übertragungsraten des schnellen DSL-Breitbandkabels erreicht. Nach Einführung der 4. Mobilfunktechnologie sollen sich aber die Übertragungsraten des Mobilfunks dem allgemeinen Breitbandstandard stark annähern.¹²⁷ Diese 4. Generation, die auf dem sog. Long Term Evolution (LTE)-Standard beruht, bringt zwei wesentliche Vorteile mit sich. Sie wird nicht nur einen schnellen mobilen Internet-Zugang ermöglichen. Mit dieser Technologie erübrigt sich auch der weitere Ausbau des DSL-Netzes

126 Referentenentwurf vom 11. März 2015 für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/telemedienaenderungsgesetz.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2015). Die Haftungsprivilegierung soll erreicht werden durch eine gesetzliche Gleichstellung der entsprechenden öffentlichen Einrichtungen mit Internet Access Providern in § 8 TMG.

127 Zu beachten ist, dass es keinen allgemein anerkannten Maßstab dafür gibt, ab welcher Übertragungsratenrate von einem Breitband gesprochen werden kann. Dies liegt daran, dass sich die Technik laufend verbessert und die Übertragungsraten steigen. So hat sich die Europäische Kommission zum Ziel gesetzt, bis 2020 einen flächendeckenden Breitbandausbau mit einer Übertragungsratenrate von mindestens 30 Mbit/s zu verwirklichen. Davon soll aber die Hälfte der Anschlüsse eine Übertragungsratenrate von 100 Mbit/s erreichen. Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes verfügten im Jahre 2014 etwas mehr als ein Viertel der Unternehmen in Deutschland über einen Anschluss, der 30 Mbit/s erreicht, was in etwa dem EU-Durchschnitt entspricht. Siehe Statistisches Bundesamt, Statistikbrief, Digitale Agenda in Europa: schnelles Internet für Unternehmen, Dezember 2014, https://www.destatis.de/DE/UberUns/Wegbeschreibung/I_Punkt/Statistikbrief/2014_Dez.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 4. Juni 2015). Der sog. Long Term Evolution (LTE)-Standard ermöglicht jedenfalls Übertragungsraten von 35 Mbit/s im Vergleich zu nur 384 Kbit/s der 3. Generation. Siehe zu den technischen Daten: <http://www.long-term-evolution.de/> (abgerufen am 4. Juni 2015).

in ländlichen Bereichen.¹²⁸ In Deutschland sollen bereits 90 % des Territoriums mit der LTE-Technologie abgedeckt sein, wobei sich die Telekommunikationsunternehmen zunächst vor allem auf die ländlichen Bereiche konzentriert haben. Bereits 2016 soll eine vollständige Abdeckung erreicht sein.¹²⁹ Das wirtschaftliche Potenzial der LTE-Technologie wird sich aber vor allem in den Entwicklungsländern zeigen. Das LTE-Netz kann das schnelle Internet in alle Ecken der Welt bringen, ohne dass man auf die Errichtung eines teuren Netzwerks von Glasfaserkabeln angewiesen ist. Es wird die Voraussetzungen für die Teilnahme ärmster Länder an der modernen digitalen Wirtschaft schaffen.

Die 4. Generation der Mobilfunktechnologie bildet aber keineswegs den Endpunkt der Entwicklung. Für das Internet der Dinge werden die Übertragungskapazitäten der 4. Generation der Mobilfunktechnologie nicht ausreichen. Geschäftsmodelle wie das autonome Fahren, bei dem Autos etwa mit intelligenten Ampeln kommunizieren können, sind wesentlich auf die Bereitstellung der 5. Generation der Mobilfunktechnologie angewiesen. Die Industrie geht davon aus, dass diese Technologie bis zum Jahre 2020 verfügbar sein wird.¹³⁰ Dies bedeutet, dass die Herausforderungen, die sich an den Netzausbau richten, grundsätzlich auch weiterhin bestehen. Dennoch sieht man, dass sich mit der Entwicklung der Mobilfunktechnologie die Debatte zum Breitbandausbau wandeln muss. Während noch über die Finanzierung des Ausbaus von Glasfaserkabeln diskutiert wird, stehen bereits effizientere und wohl auch kostengünstigere Alternativen in Form von Mobilfunknetzen zur Verfügung.

Die Bereitstellung eines schnellen Internet ist aber nicht die einzige Forderung, die die Gesellschaft an die Politik richtet. Gefordert wird auch, dem Prinzip der Netzneutralität folgend, ein umfassender und diskriminierungsfreier Zugang zu allen legalen Inhalten, die im Internet zur Verfügung stehen. In diese Richtung weist auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH zum Urheberrecht, in der betont wird, dass der Zugang zu den im Internet zur Verfügung stehenden Inhalten über die Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 Grundrechtecharta geschützt ist und dass Maßnahmen zum Schutze des Urheberrechts zu einem angemessenen Ausgleich mit den Grundrechten Dritter führen müssen.¹³¹ Danach dürfen Unterlassungsverfügungen im Internet insbesondere nicht dazu führen, dass Nutzern der Zugang zu legalen Inhalten verschlossen wird.¹³² Entsprechend begründete auch die US FCC ihre kürzlich ergangene Entscheidung

128 Siehe LTE-Anbieter.info, LTE Karte und Ausbau in Deutschland, <http://www.lte-anbieter.info/verfuegbarkeit/lte-karte.php> (abgerufen am 2. Juli 2015).

129 Siehe LTE-Anbieter.info, LTE Netzausbau & Netzabdeckung inkl. Ausbaukarte, <http://www.lte-anbieter.info/verfuegbarkeit/netzausbau-abdeckung-lte.php> (abgerufen am 2. Juli 2015).

130 Siehe NGMN (Next Generation Mobile Networks) Alliance, NGMN White Paper, 2015, 9, https://www.ngmn.org/uploads/media/NGMN_5G_White_Paper_V1_0.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Im Übrigen nimmt auch die europäische Politik die Bedeutung der 5. Generation der Mobilfunktechnologie zur Kenntnis. Siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 18. Führend in dieser Technologie ist gegenwärtig Samsung. Nach jüngsten Medienberichten erreicht Samsung in seinen Tests mittlerweile eine Übertragungsrate von 7,5 Gbit/s. Siehe *J. Brühl*, Eine Frage der Kommunikation, *Süddeutsche Zeitung* v. 10. Juni 2015, S. 19. Im Vergleich dazu verspricht die Deutsche Telekom mit dem aktuellsten Stand der Glasfasertechnologie gerade mal 200 Mbit/s. Siehe *Glasfaser.net*, Glasfaser Internet: Schnell wie des Licht, <http://www.glasfaser.net/> (abgerufen am 2. Juli 2015). Damit wäre schon jetzt die 5. Generation der Mobilfunktechnologie nahezu 40mal schneller als das Glasfasernetz.

131 Grundlegend EuGH v. 24. November 2011, Rs. C-70/10, *Scarlet Extended*, EU:C:2011:771, Tz. 50 ff.

132 Ebenda, Tz. 52.

zugunsten des Prinzips der Netzneutralität gerade mit der Sicherung der Meinungsfreiheit im Internet.¹³³

Ob angesichts des enormen Anwachsens des Datenverkehrs ein Prinzip der Netzneutralität überhaupt dauerhaft gewährleistet werden kann, ist keineswegs sicher. So berufen sich vor allem die Netzanbieter darauf, dass ein zügiger Ausbau leistungsfähiger Netze nur gelingen kann, wenn sie auch bei den Anbietern von Diensten im Internet Entgelte für eine schnellere Datenübertragung verlangen können. Damit ist die Frage nach der Durchsetzung des Prinzips der Netzwerkneutralität über das Recht von zentraler Bedeutung für die zukünftige Entwicklung des Internet (siehe dazu unten IV.2.).

Davon zu unterscheiden ist, dass eventuell noch aus anderen Gründen eine Abkehr vom Grundsatz der Netzneutralität geboten sein kann. Das Internet der Dinge bringt viele sicherheitsrelevante Dienste mit sich, wie etwa im Bereich des Straßenverkehrs oder bei medizinischen Operationen auf Distanz.¹³⁴ Diesbezüglich spricht schon die Abwägung grundrechtlich geschützter Positionen dafür, entsprechende Dienste gegenüber anderen Diensten bei der Stabilität der Datenübertragung zu bevorzugen. Dies legitimiert aber nur bestimmte Ausnahmen von der Netzneutralität, die wiederum besondere regulatorische Eingriffe erforderlich machen, und nicht die Überlassung der Bestimmung der Übertragungsraten dem Preismechanismus des freien Marktes. Es ist nämlich alles andere als ausgemacht, dass ausgerechnet der Anbieter des Dienstes mit der höheren Sicherheitsrelevanz auch die höhere Zahlungsfähigkeit besitzt.

3. Kontrolle von Marktmacht von Internetunternehmen

Eine weitere aktuelle Herausforderung liegt im Entstehen neuer Unternehmen, die weltweit agieren und in der Internet-Wirtschaft eine zentrale Stellung einnehmen. Auch wenn sich deren Geschäftsmodelle im Einzelnen unterscheiden, lassen sich doch gewisse Gemeinsamkeiten feststellen, die auf die Ursachen für die Erlangung von Marktmacht hinweisen.

Das Heranwachsen marktmächtiger Unternehmen und die Zunahme der Konzentration in der Internetwirtschaft ist alles andere als überraschend, da die Internetwirtschaft ökonomisch von Netzwerkeffekten geprägt ist. Diese Effekte können direkter und indirekter Art sein.¹³⁵

Direkte Netzwerkeffekte zeichnen sich dadurch aus, dass der Nutzen eines Kunden aus einer Dienstleistung exponentiell mit der Zahl weiterer Kunden in Bezug auf dieselbe Dienstleistung ansteigt. Dies trifft vor allem auf soziale Netzwerke im Internet zu. Jemand wird sich einem sozialen Netzwerk viel eher anschließen, je mehr erwünschte Kontakte dieses Netzwerk vermittelt. Umgekehrt sind die Wechselkosten für den einzelnen Kunden besonders hoch, wenn mit dem Wechsel zu einer anderen Plattform zahlreiche Kontakte aufgeben werden müssen. Wer aus Protest über schlechten Da-

133 FCC (Fn. 5).

134 Hierauf beruft sich der zuständige EU-Kommissar Günther Oettinger, um den Grundsatz der Netzneutralität in Frage zu stellen. Siehe Wirtschaftswoche, Netzneutralität – Oettinger nennt Befürworter „Taliban-artig“, 11. März 2015, <http://www.wiwo.de/technologie/digitale-welt/netzneutralitaet-oettinger-nennt-befuerworter-taliban-artig/11489414.html> (abgerufen am 4. Juni 2015).

135 Siehe aus ökonomischer Sicht *J. Haucap/U. Heimeshoff*, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?, *Int'l Economics & Economic Pol.* 11 (2014), 49-61.

tenschutz bei Facebook das Netzwerk verlassen möchte, zahlt mit dem Verlust sozialer Kontakte.

Indirekte Netzwerkeffekte treten in Bezug auf zahlreiche Dienste im Internet auf, die im ökonomischen Sinne mehrseitige Märkte darstellen.¹³⁶ Dabei handelt es sich um Plattformen oder Intermediäre, deren Dienste für die Kunden auf einer Seite umso attraktiver werden, je mehr Kunden sich auf der anderen Seite des Marktes anschließen.¹³⁷ Ein Beispiel hierfür ist die Auktionsplattform von eBay. Für Anbieter von Waren ist der Dienst von eBay umso attraktiver, je mehr potentielle Bieter die Webseite von eBay aufsuchen. Umgekehrt führt die höhere Zahl von Angeboten auch zu höherer Attraktivität des Dienstes für Bieter. Indirekte Netzwerke führen dazu, dass letztlich Kunden den größeren Wettbewerber bevorzugen und schließlich ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erlangt. Indirekte Netzwerkeffekte sind auch in Bezug auf die Suchmaschine von Google festzustellen.¹³⁸ Google verdient sein Geld mit Werbekunden, denen auf die Präferenzen der Suchmaschinennutzer abgestimmte Werbung ermöglicht wird. Dazu erstellt Google Nutzerprofile auf der Grundlage personenbezogener Daten, die Google über die wiederholte Nutzung der Suchmaschine und anderer seiner Dienste erwirbt. Damit steigt der Wert der Werbeleistung für Kunden unmittelbar mit der Zahl der Nutzer der Suchmaschine und der Häufigkeit ihrer Nutzung. Auf den ersten Blick scheint die Attraktivität des Dienstes für Werbekunden sich nicht unmittelbar als Vorteil für die Suchmaschinennutzer auszuwirken. Allerdings führt die höhere Attraktivität der Google-Suchmaschine für Werbekunden zu höheren Einnahmen bei Google, die Google wiederum in die Verbesserung der Suchmaschine investieren kann, was schließlich die Attraktivität der Suchmaschine für Kunden erhält und weiter fördert. Der Erfolg einer Internetplattform hängt also auch dann, wenn der Nutzer nicht zahlt, von der Qualität der Leistung ab.¹³⁹ Beim Betrieb von Suchmaschinen sind aber auch direkte Netzwerkeffekte festzustellen.¹⁴⁰ Je mehr Nutzer die Suchmaschine von Google benutzen und ihre Daten hinterlassen, umso besser werden aufgrund des verwendeten Suchlogarithmus die Suchergebnisse für die Nutzer. Bessere Suchergebnisse verstärken die Attraktivität der Suchmaschine für Nutzer. Solche Netzwerkeffekte erklären, weshalb der Wettbewerb bei Internet-Geschäftsmodellen vor allem in der Form von Plattformwettbewerb stattfindet. Jedes Unternehmen ist daran interessiert, möglichst viel „Traffic“ auf seiner Plattform zu generieren.

Viele der genannten Dienste werden schließlich den Nutzern zur Verfügung gestellt, ohne dass diese dafür zahlen müssen. Die Finanzierung erfolgt typischerweise, wie etwa bei Google oder Facebook, über Werbegelder. Grundlage des Geschäftsmodells, und mithin auch der damit zu erlangenden Marktmacht, ist aber die Nutzung von privaten Daten. Daher stellt sich für die Beurteilung und Regulierung dieser Unternehmen die weitere Frage, ob und welche Bedeutung dem Umstand der Verwertung personenbezogener Daten und damit dem Datenschutz eingeräumt werden muss.

136 Grundlegend hierzu *J.-Ch. Rochet/J. Tirole*, Platform Competition in Two-sided Markets, J. Eur. Econ. Ass. 1 (2003) 990-1029. Aus kartellrechtlicher Sicht siehe auch *Höppner/Grabenschröer* (Anm. 10), die den Markt für Suchmaschinen sogar als dreiseitigen Markt ansehen, indem sie neben dem Nutzer und dem Werbekunden auch noch die Anbieter von Inhalten hinzunehmen, die von Google indexiert werden (ebenda, S. 164).

137 Siehe hierzu etwa auch *Körber* (Anm. 10), 762.

138 Siehe etwa auch *Heinemann* (Anm. 10), 14. Zu Suchmaschinen siehe auch *Weber* (Anm. 10).

139 So auch *Weber* (Anm. 10).

140 Siehe ausführlicher *Weber* (Anm. 10).

Schließlich geht es regelmäßig um die Kontrolle international agierender Unternehmen. Damit führt die wachsende Marktmacht dieser Unternehmen auch zu einem internationalen Regulierungsproblem. Es stellt sich die Frage, ob diesen Unternehmen die Kontrolle des Internet als globales Netzwerk überlassen werden soll, bzw. umgekehrt, welche Staaten die Regulierung der marktmächtigen Unternehmen übernehmen sollen.

4. Zielkonflikte der Regulierung

Im Grundsatz sollte ein Staat in das Marktgeschehen nur eingreifen, soweit eine ökonomische Rechtfertigung im Sinne eines Marktversagens vorliegt. Bei der Regulierung des Internet spielen aber nicht nur ökonomische Erwägungen eine Rolle. Andere Erwägungen können sogar in Widerspruch zur rein ökonomischen Beurteilung treten.

Zu nennen ist dabei an erster Stelle die besondere Bedeutung der Informationsfreiheit im Internet. Diese schlägt sich, wie bereits gesehen, in der Forderung nach einem vollständigen und diskriminierungsfreien Zugang zu allen Inhalten im Internet entsprechend dem Prinzip der Netzneutralität nieder.¹⁴¹ Umgekehrt können aber wiederum andere Erwägungen, insbesondere der Schutz von Leben und Gesundheit im Zusammenhang mit sicherheitsrelevanten Diensten vor allem des Internet der Dinge, gegen das Prinzip der Netzneutralität sprechen.

Zudem erweist sich das Ziel des Schutzes personenbezogener Daten im Internet als omniprésente Herausforderung, da vor allem sehr viele Internet-Geschäftsmodelle auf der Nutzung solcher Daten aufbauen. Inwieweit sich der Schutz personenbezogener Daten in eine marktbezogene Analyse, etwa im Sinne einer Marktversagenslehre oder im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung, einbauen lässt, ist keineswegs klar.

Schließlich führen die aktuellen technologischen Entwicklungen zu neuen sicherheitspolitischen Problemen. Unternehmen, die im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle personenbezogene Daten sammeln oder, etwa im Rahmen des Cloud Computing, datenbezogene Dienste anbieten, sind auch potenzielle Informationsquellen für die Sicherheitsdienste anderer Staaten. Daher müssen der Umstand, in welchen Staaten Daten abgespeichert werden, sowie die Beziehungen von einzelnen im Internet tätigen Unternehmen zu ausländischen Regierungen auch aus sicherheitspolitischen Erwägungen heraus berücksichtigt werden.

Wie sind diese Zielkonflikte zu lösen? Die ökonomische Beurteilung sollte stets den Ausgangspunkt der Analyse bilden. Am Anfang steht also die Frage, ob staatliche Eingriffe notwendig sind, um wirtschaftliches Handeln im Internet überhaupt erst zu ermöglichen oder um angemessen auf Fälle des Marktversagens zu reagieren. Diese Beurteilung ist zuvörderst geeignet, Rationalität in viele Diskussionen zu aktuellen Regulierungsfragen zu bringen. Dabei kann sich auch zeigen, dass andere Politikziele bereits angemessen über eine ökonomische Beurteilung mit verfolgt werden können. Nur soweit dies nicht der Fall ist, ergibt sich die Erforderlichkeit, die ökonomische Beurteilung mit kollidierenden Zielsetzungen abzuwägen.

¹⁴¹ Siehe hierzu schon oben 2.

IV. Aktuelle Regulierungsfragen

Die neuen Möglichkeiten der ökonomischen Betätigung im Internet sollte der Staat als Vorteil anerkennen und die Chancen der neuen Freiheiten für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung nutzen. Eingriffe sollten nur dort erfolgen, wo dies in ordnungspolitischer Hinsicht oder nach Abwägung mit zwingenden Gemeinwohlerwägungen erforderlich erscheint. Im Folgenden kommt es deshalb zunächst darauf an, staatliche Maßnahmen in Bezug auf das Internet nach ihrer Eingriffsintensität zu ordnen (unten 1.). Diese Ordnung erleichtert nachfolgend eine strukturierte Analyse verschiedener aktueller Regulierungsfragen (unten 2. bis 5.).

1. Ordnung staatlicher Maßnahmen nach dem Grad der Eingriffsintensität

Bei den nachfolgend zu erörternden Regulierungsfragen geht es stets darum, ob der staatliche Entscheidungsträger vor dem Hintergrund bestehender Regelungen – durch deren Änderung oder Anwendung – spezifische Maßnahmen ergreifen sollte und auf welche Art und Weise dies zu geschehen hat. Dabei lassen sich im Hinblick auf die Intensität der Einwirkung auf die Internetwirtschaft drei Stufen von Eingriffen unterscheiden, die entsprechend mehr oder weniger leicht zu rechtfertigen sind.

Auf der ersten Stufe stehen Maßnahmen, die wirtschaftliches Handeln im Internet erleichtern. Hier tritt der Staat in einer gewährleistenden Funktion auf. In diesen Bereich fällt zunächst die Infrastrukturverantwortung des Staates im Hinblick auf den Netzausbau. Wirtschaftliches Handeln im Internet lässt sich auch durch Liberalisierungsmaßnahmen fördern, wie dies durch die Einführung des Herkunftslandprinzips in der E-Commerce-Richtlinie oder die PSI-Richtlinie geschehen ist.¹⁴² Liberalisierende Maßnahmen werfen aber die Frage auf, ob damit nicht die Verfolgung anderer, auch ökonomischer Politikziele preisgegeben wird, etwa durch Schwächung kreativen Schaffens infolge eines Abbaus urheberrechtlichen Schutzes. Im europäischen und auch globalen Kontext ist jedoch zu berücksichtigen, dass insbesondere im Rahmen der Liberalisierung des grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehrs besonderen Schutzanliegen durch weitere Harmonisierungsschritte entsprochen werden kann. So fördert etwa die weitere Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes das grenzüberschreitende Wirtschaften im Internet.

Auf der zweiten Stufe stehen Maßnahmen, die wirtschaftliches Handeln im Internet aus ordnungspolitischen, d.h. originär ökonomischen Erwägungen heraus, beschränken. Solche Eingriffe kommen in Betracht, wo sich ein spezifisches Marktversagen feststellen lässt. Zu diesen Maßnahmen zählt etwa die Durchsetzung des Kartellrechts gegenüber Internetunternehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass kartellrechtliche Maßnahmen eine grundsätzlich gewährleistende Funktion erfüllen. Einerseits wird zwar die Freiheit wirtschaftlichen Handelns für jene Unternehmen eingeschränkt, die Adressaten kartellrechtlicher Maßnahmen sind. Kartellrechtliche Verpflichtungen und

142 Siehe oben III.5. Die Einordnung der PSI-Richtlinie als Liberalisierungsmaßnahme mag überraschen, da die Richtlinie durch spezifische Eingriffe und Verpflichtungen neue Märkte für Mehrwertdienste zur Entstehung bringen möchte. Dabei ist jedoch zu sehen, dass die Verpflichtungen das Handeln staatlicher Stellen einschränken und privaten Marktakteuren neue Handlungsmöglichkeiten eröffnen. So schon *Drexl* (Anm. 92), 85.

Maßnahmen dienen jedoch der Gewährleistung des Wettbewerbs im Internet und damit der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit der Internetwirtschaft.

Auf der dritten Stufe werden Maßnahmen getroffen, die auf andere Politikziele Rücksicht nehmen und eine Abwägung zwischen der rein ökonomischen Beurteilung und kollidierenden Interessen erforderlich machen. Dabei ist es von Hause aus nicht immer eindeutig, wie die Grenze zwischen Maßnahmen auf der zweiten und dritten Stufe zu ziehen ist. Ob die Durchsetzung des Prinzips der Netzneutralität oder von Datenschutz gegenüber Unternehmen wie Google beim Betrieb seiner Suchmaschine auf der zweiten oder dritten Stufe zu verorten ist, bleibt eine noch zu erörternde Frage.

2. Netzausbau versus Netzneutralität

Wie gesehen kommt es im Lichte der zu erwartenden Explosion der Datenströme auf einen schnellen Ausbau der Breitbandversorgung und die Steigerung der Übertragungskapazitäten an. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich bei hohem Datenaufkommen nicht die maximale Übertragungsgeschwindigkeit ausschöpfen lässt, sondern sich die Übertragung für alle Daten verlangsamt. Die zentrale ökonomische Frage geht gegenwärtig dahin, wie der Ausbau der erforderlichen Telekommunikationsnetzwerke finanziert werden kann. Überlässt man die Bereitstellung der Infrastruktur dem Markt, so muss die Finanzierung durch die Betreiber der entsprechenden Netzwerke erfolgen. Diese wären wiederum darauf angewiesen, ihre Kosten aus den Einnahmen bei ihren Kunden zu decken.

Als Einkommensquellen der Netzbetreiber kommen unterschiedliche Geschäftsfelder in Betracht. Ihr originäres Geschäftsfeld ist ihre Tätigkeit als Internet Access Provider. Insofern finanzieren die Anschlussinhaber mittelbar über ihre Nutzungsentgelte den Netzausbau.

Darüber hinaus können Netzbetreiber weitere Internet-Dienste zur Verfügung stellen, wie E-Mail-Dienste, Hosting-Dienste und sogar eigene Inhaltsdienste. Entsprechende Zusatzdienste ermöglichen den Telekommunikationsunternehmen in Wettbewerb zu treten zu den unabhängigen Internet-Unternehmen. Angesichts der Knappheit an Übertragungskapazität besteht aber die Gefahr, dass Telekommunikationsunternehmen eigene Inhalte bei der Übertragung gegenüber fremden Inhalten in Widerspruch zum Gedanken der Netzneutralität bevorzugen. Insofern stellt sich besonders bei vertikal integrierten Unternehmen die Frage, ob nicht im Wege des Telekommunikationsrechts eine Verpflichtung festgeschrieben werden sollte, eigene Dienste bei der Übertragung nicht gegenüber fremden Diensten zu bevorzugen. Eine entsprechende Verpflichtung wäre möglicherweise auch wettbewerbspolitisch gerechtfertigt, jedenfalls soweit Telekommunikationsunternehmen nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.¹⁴³

143 Dies entspricht auch dem Ansatz der Europäischen Kommission im Verfahren gegen Google, soweit es um die „Suchneutralität“ beim Betrieb der Google-Suchmaschine geht. Danach soll Google gegen das europäische Kartellrecht verstoßen, soweit es über die verwendeten Logarithmen eigene Dienste bei der Darstellung der Listung der Suchergebnisse gegenüber solchen von Wettbewerbern bevorzugt. Siehe Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte zu seinem Preisvergleichsdienst, Factsheet MEMO/15/4781, 15. April 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_de.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Vorsichtig dagegen P. Ibáñez Colomo, Discriminatory Conduct in the ICT Sector: A Legal Framework, in: G. Surblyte (Ed.), *Competition on the Internet*, 2015, 63-79, der als Voraussetzung verlangt, dass der Zugang zum Dienst des Marktbeherrschers für den Wettbewerber unerlässlich ist.

Die zentrale Frage geht aber dahin, ob Netzbetreibern erlaubt werden soll, auch andere Diensteanbieter im Internet zu Zusatzzahlungen heranziehen, indem sie höhere Übertragungsgeschwindigkeiten für bestimmte Inhalte nur gegen höheres Entgelt zur Verfügung stellen. Damit würde es möglich, dass die Telekommunikationsunternehmen an den hohen Werbeeinnahmen der großen Internet-Unternehmen wie Google partizipieren können. Eine entsprechende Preisdiskriminierung nach verschiedenen Inhalten würde bei der Nutzung eines knappen Wirtschaftsgutes den Marktgesetzen entsprechen. Gleiches gilt für eine Beteiligung der sonstigen Diensteanbieter an den Kosten des Netzausbaus, da letztlich gerade diese Diensteanbieter vom Netzausbau ökonomisch profitieren.

Nach dieser Überlegung wäre die Abkehr vom Grundsatz der Netzneutralität unerlässliche Voraussetzung für einen schnellen, privat finanzierten Netzausbau. Umgekehrt erscheint die Durchsetzung des Prinzips der Netzneutralität dem ökonomischen Gebot zuwiderzulaufen, wonach Anbieter eines knappen Gutes, nämlich die Netzbetreiber im Hinblick auf Übertragungskapazitäten, in der Lage sein sollten, für die Nutzung des knappen Gutes Preise mit den Nutzern zu verhandeln. Die Begründung der Abkehr vom Grundsatz der Netzneutralität ergibt sich letztlich aus der grundsätzlichen Bedeutung des Preismechanismus als Steuerungsinstrument in der freien Marktwirtschaft.

Aus rein ökonomischer Sicht erscheint eine regulatorische Verpflichtung auf die Einhaltung des Grundsatzes der Netzneutralität oder gar einer Entflechtung der Inhaltsdienste von der eigentlichen Telekommunikationsdienstleistung als Access Provider daher allenfalls gerechtfertigt, soweit der Wettbewerb aufgrund von besonderer Marktmacht des Telekommunikationsunternehmens bedroht ist. Stehen dagegen Internet-Nutzern ausreichend Anbieter für die Bereitstellung des Internet-Zugangs zur Verfügung, kann davon ausgegangen werden, dass der Wettbewerb dafür sorgen wird, dass die Nutzer angemessenen Zugang zu den von ihnen präferierten Internet-Inhalten erhalten werden.

So mag umgekehrt für die Entscheidung der US FCC zugunsten des Grundsatzes der Netzwerkneutralität¹⁴⁴ gerade sprechen, dass die Marktkonzentration bei Internet-Zugangsdiensten in den USA besonders hoch ist. Aufgrund dieser Überlegung lässt sich aber auch der Schluss ziehen, dass es ganz besonders auf den Ausbau alternativer Netze und damit auf das mobile Internet auf der Grundlage des LTE-Standards selbst in jenen Gebieten ankommt, in denen Breitbandanschlüsse schon zur Verfügung stehen.

Nicht übersehen werden darf freilich auch, dass weitere wettbewerbspolitische Gesichtspunkte für eine Durchsetzung des Grundsatzes der Netzneutralität sprechen. Im Internet geht es nämlich nicht nur um den Wettbewerb auf dem Markt für Internet-Zugangsdienste, sondern auch um jenen auf den Märkten für weitere Internet-Dienste. Dürften nämlich die Netzbetreiber Zusatzgebühren für hohe Übertragungsgeschwindigkeiten verlangen, würde dies die Marktposition der großen und finanzstarken Internet-Unternehmen wie Google etc., die sich diese Zahlungen viel eher leisten können, noch weiter stärken. Die Gewährleistung von Netzneutralität hilft also, die Offenheit der Internet-Märkte im Grundsatz zu bewahren und bereits bestehende Marktmacht angreifbar zu halten.

144 Siehe oben bei Anm. 5.

Schließlich ist es durchaus nicht illegitim, sich aus dem Gesichtspunkt der Informationsfreiheit für das Prinzip der Netzneutralität zu entscheiden. Dabei steht dieser Gesichtspunkt keineswegs in einem fundamentalen Widerspruch zu einer ökonomischen Betrachtung. Dazu muss sich aber die ökonomische Begründung von der rein statischen Betrachtung lösen, die allein auf die Funktion des Wettbewerbs zur Erzielung allokativer Effizienzen im Verhältnis von Preis und Menge abstellt, und in einer evolutionären Betrachtung das Argument der Vielfalt des Angebots als Grundlage des dynamischen Wettbewerbs berücksichtigen.¹⁴⁵ Bei Aufgabe des Prinzips der Netzneutralität wären Nachteile in Bezug auf die Produktvielfalt vor allem im Hinblick auf Medieninhalte – z.B. Musik – zu befürchten. Das Internet bietet gerade die Chance, dass sich unbekannte Urheber und Interpreten durch einen eigenen Internetauftritt Popularität verschaffen. Würde man aber die Übertragungsgeschwindigkeit von der Zahlungsbereitschaft der Content Provider abhängig machen, würde dies die großen Rechtsinhaber – insbesondere in Form der großen Musikverlage –, die sich auf den Durchschnittsgeschmack konzentrieren, im Markt bevorzugen.¹⁴⁶

Danach muss die Diskussion über den Grundsatz der Netzneutralität nicht notwendig bzw. nicht ausschließlich als Ausdruck eines „externen“ Zielkonflikts zwischen der ökonomischen Rationalität und nicht ökonomischen Zielen verstanden werden. Vielmehr geht es auch um einen intra-ökonomischen Zielkonflikt zwischen der Erzeugung allokativer Effizienzen und dem Interesse an einem vielfältigen Angebot. Dies bedeutet, wenn letztlich politisch über die Durchsetzung des Prinzips der Netzneutralität das Interesse an Vielfalt bevorzugt werden soll, dass die Gesellschaft dafür einen Preis zu zahlen haben wird. Dieser Preis kann sich entweder in einer Verlangsamung des Breitbandausbaus und der allgemeinen Verlangsamung der Internet-Nutzung infolge eines Datenstaus ausdrücken. Oder aber die Finanzierung eines schnellen Breitbandausbaus muss über den zusätzlichen Einsatz von Steuermitteln vorangetrieben werden. Auch sollten die Regulierungsbehörden bei einer Entscheidung zugunsten des Grundsatzes der Netzneutralität bei der Kontrolle der Netzzugangsentgelte, die von früheren Staatsmonopolisten erhoben werden, berücksichtigen, dass die regulierten Unternehmen ausreichend Mittel erhalten, um diese in den Breitbandausbau zu investieren.¹⁴⁷

145 Zu einer Wettbewerbspolitik, die dem evolutionären Ansatz folgt, siehe im Allgemeinen *W. Kerber*, Competition, innovation and maintaining diversity through competition law, in: *J. Drexel/W. Kerber/R. Podszun* (Eds.), *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations*, 2011, 173-201. Mit dieser Begründung lässt sich auch ökonomisch rechtfertigen, dass die Wettbewerbspolitik negative Auswirkungen auf Demokratie bei der Kontrolle von Medienunternehmen berücksichtigt. Siehe dazu *J. Drexel*, *Competition Law in Media Markets and its Contribution to Democracy – A Global Perspective*, *World Competition* 38 (2015), 367-399.

146 Grundsätzlich zur Forderung nach einem diskriminierungsfreien Marktzugang für alle urheberrechtlich geschützten Werke i.S. eines „kreativen Wettbewerbs“ siehe *J. Drexel*, *Competition in the field of collective management: preferring creative competition to allocative efficiency in European copyright law*, in: *P. Torremans* (Ed.), *Copyright Law – An Handbook of Comparative Research*, 2007, 255-282.

147 Siehe hierzu etwa *A. Berndt*, *Anreizregulierung in den Netzwirtschaften*, 2011; *Z.-H. Huang*, *Zugangsregulierung und Innovationsanreize im Telekommunikationsrecht*, 2010. Dabei sollte aber auch berücksichtigt werden, dass Telekommunikationsunternehmen, die Zugang zu den Festnetzen etwa der Deutschen Telekom verlangen, selbst auch in den Aufbau eigener, oft mobiler Breitbandnetze investieren. So erreichen gegenwärtig Vodafone und die Deutsche Telekom gleichermaßen 58 Mio. Haushalte in Deutschland mit der neuen LTE-Mobilfunktechnologie der 4. Generation. Vodafone hat schon über 8.000 Sendestationen in Betrieb genommen im Vergleich zu 3.000 bei der Deutschen Telekom. Angaben nach *LTE-Anbieter.info*, <http://www.lte-anbieter.info/lte-provider/lte-anbieteruebersicht.php> (abgerufen am 2. Juli 2015).

3. Mobiles Internet und standardessenzielle Patente

Während das Prinzip der Netzneutralität viel diskutiert wird, wird kaum zur Kenntnis genommen, dass eine Verlangsamung des Netzausbaus auch als Folge der Nutzung standardessenzieller Patente (SEPs) eintreten kann. Dabei geht es gegenwärtig vor allem um die Bereitstellung eines schnellen Netzzugangs auf der Grundlage der 4. Generation des Mobilfunkstandards (sog. LTE-Standard), der den Anschluss an ein physisches Breitbandnetz substituieren kann und in jenen Gebieten, in denen sich der Breitbandausbau ökonomisch nicht lohnt, die einzige Option ist, um überhaupt einen schnellen Internet-Zugang zu bekommen. Da der Netzausbau in Bezug auch auf diese Technologie schon weit vorangeschritten ist, ist die Thematik standardessenzieller Patente vor allem im Hinblick auf die Einführung des Standards für die 5. Generation der Mobilfunktechnologie von Bedeutung.

Besondere Aktualität hat das Thema in Deutschland und der EU durch ein Verfahren zwischen zwei chinesischen Unternehmen vor deutschen Gerichten erlangt, das gegenwärtig vor dem EuGH anhängig ist.¹⁴⁸ Klage erhoben hat Huawei gegen ZTE wegen Verletzung eines standardessenziellen Patents in Bezug auf den LTE-Standard.¹⁴⁹ ZTE hatte das Patent nach den Feststellungen des LG Düsseldorf beim Vertrieb von Basisstationen tatsächlich benutzt. Umgekehrt hatte aber Huawei sein Patent bei der Standardisierungsorganisation ETSI (European Telecommunications Standards Institute) als standardessenziell angemeldet¹⁵⁰ und dabei entsprechend der IPR Policy von ETSI¹⁵¹ seine Bereitschaft erklärt, Lizenzen zu sog. FRAND-Bedingungen zu erteilen.¹⁵² Da ein standardessenzielles Patent dem Inhaber die Macht verschafft, die Implementierung der Technologie in Produkte und damit den Marktzugang zu verhindern, ist es Ziel der FRAND-Erklärung, überhöhten Gebührenforderungen entgegenzuwirken und damit die Implementierung des Standards zu fördern. Im konkreten Fall waren die Parteien auch in Verhandlungen eingetreten, wobei ZTE eine Kreuzlizenzierung in Bezug auf eigene standardessenzielle Patente anbot. Huawei lehnte dies jedoch ab, worauf die Verhandlungen scheiterten und ZTE begann, das Patent zu nutzen. Im Verfahren vor dem LG Düsseldorf berief sich ZTE zur Verteidigung darauf, dass Huawei durch zu hohe Gebührenforderungen und der nachfolgenden Klage auf Unterlassung der Patentnutzung gegen das Kartellrecht verstoßen habe. Die Vorlage vor dem EuGH betraf die Frage, was bei einem entsprechenden Kartellrechtsverstoß der Lizenzsucher seinerseits tun muss, bevor er die Patentnutzung beginnen darf. Im Anschluss an die grundlegende *Orange-Book-Standard*-Entscheidung des BGH,¹⁵³ die zwar ein

148 Siehe die Vorlageentscheidung des LG Düsseldorf v. 21.3.2013 – Akz. 4 b O 104/12, NZKart 2013, 256 – Klagepatent LTE; abrufbar unter: <http://openjur.de/u/617729.html> (abgerufen am 4. Juni 2015). Das am 16.7.2015 ergangene Urteil des EuGH konnte für diesen Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden. Siehe EuGH, Rs. C-170/13, Huawei Technologies gegen ZTE, EU:C:2015:477.

149 Ein Patent ist als standardessenziell anzusehen, wenn ein Unternehmen einen technologischen Standard nicht implementieren kann, ohne das Patent zu nutzen. Voraussetzung ist also, dass es zur Nutzung des Patents keine technologische Alternative innerhalb der Standardnutzung gibt.

150 Zu beachten ist dabei, dass ETSI die Behauptung, das Patent sei standardessenziell, nicht überprüft. Dies wäre wegen der hohen Zahl angemeldeter standardessenzieller Patente auch gar nicht möglich. Die Frage, ob die Behauptung zutrifft, kann daher nur in einem späteren Verletzungsprozess geklärt werden.

151 Verfügbar unter: <http://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2015).

152 FRAND = fair, reasonable and non-discriminatory.

153 BGH v. 6. Mai 2009, Az. KZR 39/06, BGHZ 180, 312 = GRUR 2009, 694 = GRUR Int. 2009, 747 – *Orange-Book-Standard*.

standardessenzielles Patent betraf, aber kein Patent, für das der Inhaber vorher eine FRAND-Erklärung abgegeben hatte, hatten deutsche Instanzgerichte eine strenge Linie eingeschlagen. Diese Gerichte verpflichteten die Patentsucher dazu, einerseits vor der Nutzung dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines FRAND-konformen Lizenzvertrages zu unterbreiten und andererseits, bei Ablehnung des Angebots, eine FRAND-konforme Lizenzgebühr bei Gericht zu hinterlegen. Nach dem Erfordernis des unbedingten Angebots sollte der Patentsucher das Angebot auch weder unter den Vorbehalt der Wirksamkeit des Patents noch den Vorbehalt stellen, dass das Patent überhaupt benutzt wurde.¹⁵⁴ Diese strengen Anforderungen der deutschen Gerichte hatte die Kommission in zwei Verfahren gegen die Inhaber von standardessenziellen Mobilfunkpatenten wegen Verletzung des EU-Kartellrechts als überzogen eingestuft,¹⁵⁵ was das LG Düsseldorf schließlich veranlasste, durch die Vorlage beim EuGH möglichst schnell eine höchstrichterliche Klärung herbeizuführen.

Hier geht es nicht darum, wie entsprechende Fälle aus dem Blickwinkel des Kartellrechts behandelt werden sollten,¹⁵⁶ sondern um das zugrundeliegende regulatorische Problem und dessen ökonomische Grundlagen und Auswirkungen. Für eine Kontrolle von Unterlassungsansprüchen spricht ein doppeltes Marktversagen. Ausgangspunkt beider Marktversagen ist, dass alle Unternehmen, die Telekommunikationsgeräte in einem Markt anbieten, darauf angewiesen sind, dieselbe Technologie zu implementieren, damit diese Geräte miteinander kommunizieren können (Erfordernis der Interoperabilität). Daher ist der Markt für Telekommunikationsgeräte durch technologische Standards geprägt, die typischerweise im Rahmen von Standardisierungsorganisationen wie ETSI festgelegt werden und deren Nutzung Voraussetzung für den Markteintritt von produzierenden Unternehmen ist. Jeder Inhaber eines standardessenziellen Patents könnte damit über den durch das Patent als Ausschließlichkeitsrecht gewährten Unterlassungsanspruch über die Implementierung des Standards und den Markteintritt anderer Unternehmen entscheiden. Schon die Festlegung des Standards durch die Standardisierungsorganisation verschafft den Inhabern von SEPs im Hinblick auf die Standardnutzung u.U. eine marktbeherrschende Stellung. Die beiden Fälle des Marktversagens werden mit „Patent Hold-up“ sowie „Royalty Stacking“ bezeichnet.¹⁵⁷ „Patent Hold-up“ beschreibt dabei das Phänomen, dass der Inhaber eines SEP mit der Drohung eines Unterlassungsanspruchs besonders hohe Lizenzgebühren von einem Nutzer erpressen kann, der auf die Nutzung des Patents angewiesen ist. Die Gefahr erhöht sich, sobald der Nutzer in die Implementierung die Technologie investiert hat. Ökonomisch betrachtet bilden solche Investitionen „versunkene Kosten“ (sunk costs),

154 LG Mannheim v. 9. Dezember 2011, Az. 7 O 122/11, BeckRS 2011, 29013 = MittDtPatA 2012, 120; OLG Karlsruhe v. 23. Januar 2012, Az. 6 U 136/11, GRUR-RR 2012, 124; OLG Karlsruhe vom 27. Februar 2012, Az. 6 U 136/11, GRUR 2012, 736

155 Die beiden Verfahren waren schon vor der Vorlageentscheidung des LG Düsseldorf eingeleitet worden, wurden aber erst danach abgeschlossen. Siehe Entscheidung der Kommission vom 29. April 2014, Rs. AT.39939 – Samsung – Enforcement of UMTS standard essential patents, C (2014) 2891 final (Verpflichtungszusagenentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003); Entscheidung der Kommission vom 29. April 2014, Rs. AT.39985 – Motorola – Enforcement of GPMS standard essential patents, C (2014) 2892 final (Untersagungsentscheidung nach Art. 8 VO 1/2003).

156 Siehe hierzu *J. Drexler*, Zugang zu standardessenziellen Patenten: Wie reagiert das EU-Kartellrecht auf Patentkriege zwischen chinesischen Unternehmen?, in: X. Fang (Hrsg.), Öffentliche und private Unternehmen – Rechtliche Vorgaben und Bedingungen, 2016 (im Erscheinen)..

157 Siehe dazu grundlegend *M. A. Lemley/C. Shapiro*, Patent Hold-up and Royalty Stacking, Texas L. Rev. 85 (1991), 1991-2049.

die verloren gehen, wenn der Investor aufgrund einer Unterlassungsklage aus dem Markt ausscheiden muss. Um diesen Verlust zu vermeiden, wird der Investor bereit sein, besonders hohe Gebühren zu entrichten (Problem des Lock-in). Die FRAND-Selbstverpflichtung verhindert nicht die Einforderung überhöhter Gebühren, da die FRAND-Erklärung die konkrete Höhe der Lizenzgebühren gerade nicht festlegt, sondern nachträglichen Verhandlungen zwischen den Parteien überlässt.¹⁵⁸ Das Problem des „Royalty Stacking“ resultiert schließlich aus dem Umstand, dass die einen Standard kontrollierenden standardessenziellen Patente oftmals nicht in den Händen nur eines Unternehmens liegen, sondern eine beachtliche Zahl von Unternehmen solche Patente an ein und demselben Standard halten können. Damit können mehrere Unternehmen versuchen, parallel Monopolrenditen für die Nutzung des gesamten Standards zu erlangen, was schließlich in eine „Anhäufung“ von Monopolpreisen mündet. Entsprechend der Theorie von der „Tragik der Anti-Allmende“ (tragedy of the anti-commons) läuft man ohne Intervention Gefahr, dass hier zu viele Eigentumsrechte die Nutzung eines Guts – nämlich des technologischen Standards – unter das effiziente Niveau drücken.¹⁵⁹ Beide Probleme zeigen auf, dass die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen von SEP-Inhabern die Implementierung von Telekommunikationsstandards erheblich beschränken und erschweren und auch Folgeinnovationen durch die Hersteller von Telekommunikationsgeräten verhindern kann. Gleichzeitig wird das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Standardisierungsprozesses gestört, da der Standard regelmäßig nur zugunsten bestimmter Patentinhaber vergeben wird, nachdem sich diese zur FRAND-Lizenzierung bereit erklärt haben.

Während in den letzten Jahren vor allem Streitigkeiten in Bezug auf standardessenzielle Patente zwischen den Herstellern von Smartphones die Debatte in der Öffentlichkeit bestimmten, betrifft die *Huawei*-Entscheidung des EuGH Geräte zum Aufbau der Netze für ein schnelles mobiles Internet. Wenn dieser Markt über den Hebel von Unterlassungsklagen der Inhaber von SEPs monopolisiert wird, kann dies zu einer erheblichen Verteuerung und Verzögerung der Errichtung der entsprechenden Mobilfunknetze führen. Werden hier Patente zu stark geschützt, wozu vor allem jüngst deutsche Patentverletzungsgerichte tendiert haben, kann dies erhebliche Wettbewerbsnachteile der nationalen Wirtschaft auf den unterschiedlichsten Folgemärkten, die auf die Nutzung des mobilen Internet angewiesen sind, nach sich ziehen. In Bezug auf die 5. Generation der Mobilfunktechnologie wären davon alle Unternehmen betroffen, die

158 Jüngst hat jedoch die amerikanische Standardisierungsorganisation IEEE (Institute of Electrical and Electronics Engineers), die vor allem den WLAN-Standard festgelegt hat, ihre IP Policy geändert und darin allgemeine Grundsätze über die Berechnung der Lizenzgebühren aufgestellt. Siehe Abschnitt 6 der IEEE-SA Standards Board Bylaws, <http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/sect6-7.html#6> (abgerufen am 2. Juli 2015). Diese Regeln wurden von der Antitrust Division des US-Department of Justice akzeptiert. Siehe DoJ Business Review Letter vom 2. Februar 2015 No. 15-1, Institute of Electrical and Electronics Engineers, Incorporated („IEEE“), <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/letters.html#page=page-0> (abgerufen am 2. Juli 2015). Diese neuen Regeln wirken sich jedoch eher zugunsten der Nutzer von Standards aus, so dass sie von Unternehmen, die eher auf der Lizenzgeberseite stehen, heftig kritisiert werden. Siehe *L. Lloyd, Ericsson, and Nokia the latest to confirm that they will not license under the new IEEE patent policy*, 11. Februar 2015, <http://www.iam-media.com/blog/detail.aspx?g=d07d0bde-ebd6-495a-aa72-4ecb9dac67d> (abgerufen am 2. Juli 2015). Nicht diskutiert werden kann hier, ob eventuell die FRAND-Selbstverpflichtung selbst schon als verbindlicher Antrag zum Abschluss eines Lizenzvertrages zu FRAND-Bedingungen führt. Dies hängt primär vom anwendbaren Vertragsrecht ab.

159 Grundlegend *M. A. Heller, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, *Harv. L. Rev.* 111 (1998), 621-688.

Produkte im Rahmen des Internet der Dinge anbieten möchten. Hierzu würden vor allem auch die Automobilhersteller zählen, da gerade auch Autos auf die Kommunikation über das Internet zentral angewiesen sein werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Gerichte in anderen Rechtsordnungen entsprechende Unterlassungsklagen gegen „willige Lizenznehmer“ in Anerkennung des Vorliegens der genannten Marktversagen abweisen.¹⁶⁰

Schließlich zeichnet sich der Huawei-Fall durch weitere Besonderheiten aus. Technologisch ist wohl keines der beiden Unternehmen führend in Bezug auf den LTE-Mobilfunkstandard. Die Zahl standardessenzieller Patente geht insgesamt in die Tausende,¹⁶¹ die wiederum auf eine beachtliche Zahl unterschiedlicher Inhaber verteilt sind. Dabei soll Huawei an neunter und ZTE an zehnter Stelle in der Liste der – quantitativ berechnet – wichtigsten Inhaber von standardessenziellen Patenten für den LTE-Standard stehen.¹⁶² Geklagt wurde schließlich aus nur einem Patent. Die besondere ökonomische Bedeutung des Falles ergibt sich vielmehr aus der Stellung der beiden Unternehmen auf den Produktmärkten. Beide Unternehmen gehören neben Ericsson, Samsung und Nokia Siemens zu den fünf wichtigsten Unternehmen im Markt für Telekommunikationsausrüstung. Im Verfahren vor dem LG Düsseldorf geht Huawei also mit Mitteln des Patentrechts gegen einen unmittelbaren Wettbewerber auf den nachgelagerten Produktmärkten vor. Der Wettbewerb wird gleichsam vom Markt in den Gerichtssaal verlagert, wobei das standardessenzielle Patent zu strategischen Zwecken eingesetzt wird. Belegt wird dies auch durch eine geradezu beliebige Haltung von Huawei, soweit es um die eigenen patent- und kartellrechtlichen Argumente geht. Dies belegt die chinesische Entscheidung des Obersten Volksgerichtshofs von Guangdong vom Oktober 2013, in der Huawei in zweiter Instanz auf der Grundlage chinesischen Kartellrechts einen Schadensersatzanspruch i.H.v. umgerechnet US\$ 3,2 Mio. gegen das US-Unternehmen InterDigital zugesprochen wurde. Der Vorwurf ging dahin, dass InterDigital für die Nutzung seiner SEPs in Bezug auf die zweite, dritte und vierte Mobilfunkgeneration in den USA trotz vorheriger Abgabe einer FRAND-Selbstverpflich-

160 Hierzu zählen auch die USA. Siehe zuletzt *Apple Inc. and NeXT Software, Inc. v. Motorola, Inc. and Motorola Mobility, Inc.* (Fed. Cir. 25. April 2014), <http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/12-1548/12-1548-2014-04-25.pdf?ts=1411173326> (abgerufen am 4. Juni 2015). Das US-Berufungsgericht stützte sich allerdings nicht auf das US-Antitrust-Recht, sondern versagte den Unterlassungsanspruch im Anschluss an eine Rechtsprechung des US Supreme Court (*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006)) nach Equity-Grundsätzen. Besonders drastisch sind die Maßnahmen inzwischen in China. Dort hat jüngst die für preisbezogene Beschränkungen zuständige Kartellbehörde NDRC (National Development and Reform Commission) gegen Qualcomm ein Bußgeld i.H.v. umgerechnet US\$ 975 Mio. in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich überhöhter Gebühren, für die Lizenzierung standardessenzieller Patente verhängt; Entscheidung der NDRC vom 2. März 2015. Siehe auch *S. Ning/K Peng/L. Wei*, NDRC's Qualcomm Decision: A Warning to Patent-heavy Companies, 7. März 2015, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2978d8b6-d625-4407-9335-ec650d6e4890> (abgerufen am 2. Juli 2015). Siehe auch den rechtsvergleichenden Überblick zu nicht amerikanischen Entscheidungen bei *L.B. Greenfield/H. Schneider/J.J. Mueller*, SEP Enforcement Disputes Beyond the Water's Edge: A Survey of Recent Non-U.S. Decisions, *Antitrust* 27:3 (2013), 50-56.

161 Dabei ist keineswegs klar, wie viele SEPs überhaupt in Bezug auf den LTE-Standard bestehen. Bis zum 30. November 2011 waren ETSI insgesamt 3.116 Patente als standardessenziell angemeldet worden; Angaben nach *M. Phelps/Ch. Milone*, LTE Standard Essential Patents Now and in the Future, http://newsletters.articleonepartners.com/news_f1317eac-ee13-5a66-d0f5-38ea99a4c1eeLTE-Standard-Essential-Patents-Now-and-in-the-Future.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Der EuGH (Anm. 148), Rn. 40 zählte 4.700 SEPs in Bezug auf den LTE-Standard.

162 Huawei mit 116 und ZTE mit 84 Patenten; Angaben nach *Phelps/Milone* (Fn. 161), S. 3.

tungserklärung versucht hatte, unangemessene Gebührenforderungen gegen Huawei durchzusetzen.¹⁶³

Diese Rechtsstreitigkeiten zeigen die internationale Dimension der Problematik. Tatsächlich handelt es sich um ein grenzüberschreitendes Regulierungsproblem, das mit Mitteln des nationalen Patent- und Kartellrechts gelöst werden muss. Mobilfunkstandards sind notwendigerweise internationaler Natur, da sie die Grundlage für die Vernetzung aller Anschlusssteilnehmer unabhängig vom Aufenthaltsort gewährleisten sollen. Entsprechend wird über SEPs für denselben Standard vor den Gerichten unterschiedlichster Jurisdiktionen gestritten. Dies zeigt, dass SEPs heute eine ähnliche Rolle einnehmen wie früher das Eigentum der staatlichen Telekommunikationsunternehmen am Telefonfestnetz. Nur ist diese marktbeherrschende Stellung nicht mehr auf das jeweilige nationale Territorium begrenzt, sondern von globaler Natur. Dies führt sogar zur Gefahr, dass einzelne Rechtsordnungen mit Mitteln des Patent- sowie des Kartellrechts die Interessen ihrer eigenen Unternehmen schützen.¹⁶⁴ So macht sich schmerzlich bemerkbar, dass es an internationalen Institutionen und Regeln fehlt, die die Anwendung der nationalen Kartellrechtsordnungen koordinieren.¹⁶⁵

Mit der rein ökonomischen Betrachtung der Problematik ist es allerdings nicht getan. Wegen der überragenden Bedeutung des Datenschutzes im Bereich der Telekommunikation sollten die Staaten sich auch dafür interessieren, welche Unternehmen über zentrale Marktpositionen im Telekommunikationsbereich verfügen. Diesbezüglich kann es nur beunruhigen, dass es im Huawei-Fall um chinesische Unternehmen geht, die in enger Verbindung zum chinesischen Staat stehen. Huawei wurde als privates Unternehmen durch Ren Zhen-fai, einem früheren Armeeeoffizier, gegründet und steht seitdem als Kooperative der Rechtsform nach im Eigentum der eigenen Mitarbeiter. Ren Zhen-fai ist führendes Mitglied der Kommunistischen Partei Chinas. ZTE wurde ursprünglich als staatliches Unternehmen unter wesentlicher Beteiligung des chinesischen Raumfahrtministeriums gegründet. Heute werden seine Aktien an den Börsen von Shanghai und Hongkong gehandelt. Was die Infrastruktureinrichtungen für Mobilfunk anlangt, spielen Satelliten eine entscheidende Rolle, die von diesen Unternehmen von China aus betrieben werden. Zweifel in Bezug auf die Vertrauenswürdigkeit der beiden Unternehmen haben dazu geführt, dass der US-Kongress schon vor einigen Jahren eine deutliche Warnung vor der Nutzung von Huawei- und ZTE-Geräten ausgesprochen hat, da sich diese Geräte u.a. zu Zwecken der Wirtschaftsspionage nutzen lassen.¹⁶⁶ Natürlich können auch solche Vorwürfe zum Zwecke der Förderung eigener

163 Siehe *M. Han/K. Li*, Huawei v InterDigital, China at the Crossroads of Antitrust and Intellectual Property, Competition and Innovation, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/AsiaNovember3.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2015).

164 So erscheint es kritikwürdig, dass in der oben erwähnten chinesischen Entscheidung chinesisches Kartellrecht überhaupt für anwendbar gehalten wurde, obwohl es doch wohl nur um die Nutzung von Patenten in den USA ging.

165 Auf der Ebene internationaler Organisationen wurde das Problem erkannt, kann aber dort nur diskutiert werden. So wurde die Thematik anlässlich einer Sitzung des OECD Commission Committee am 17./18. Dezember 2014 erörtert. Siehe OECD Commission Committee, Intellectual Property and Standard-Setting – Note by Germany, DAF/COMP/WD(2014)113, 5. Dezember 2014, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)113&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)113&doclanguage=en) (abgerufen am 4. Juni 2015).

166 Siehe „USA warnen vor Huawei und ZTE-Geräten“, 8. Oktober 2012, <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article109682055/USA-warnen-vor-Huawei-und-ZTE-Geraeten.html> (abgerufen am 4. Juni 2015). Siehe auch den Kongress-Bericht: *M. Rodgers/D. Ruppertsberger*, Investigative Report on the

Wirtschaftsinteressen eingesetzt werden. Das Beispiel von Huawei und ZTE bestätigt jedoch, dass mittlerweile auch Staatsunternehmen nicht demokratischer Staaten zu Global Playern auf Märkten herangewachsen sind, die für die Nutzung des Internet von zentraler Bedeutung sind, und dort sogar marktbeherrschende Stellungen einnehmen können. Da China inzwischen WTO-Mitglied ist, kann das Land für seine Staatsunternehmen die Handelsvergünstigungen des WTO-Rechts in Anspruch nehmen. Sicherheitsbedenken werden dadurch aber nicht beseitigt. Vertrauen kann sich nur bilden, wenn Mindestmaßstäbe des Schutzes von personenbezogenen Daten und Geschäftsgeheimnissen auch von chinesischen Staatsunternehmen eingehalten werden. Gegenwärtig fehlt es vor allem an internationalen Standards für den Schutz personenbezogener Daten. Angesichts der beschriebenen Gefährdungslage sollte auch in den USA ein Umdenken beginnen. Gerade die Reaktionen aus den USA auf Huawei und ZTE zeigen, dass dort das Bewusstsein von der Bedeutung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen besonders groß ist. Dies sollte die EU nutzen, um Überzeugungsarbeit auch für verbesserten internationalen Datenschutz zu leisten. Geschäftsgeheimnisse sind letztlich nichts anderes als die personenbezogenen Daten der Unternehmen.

4. Personenbezogene Daten und Big Data als Grundlage von Marktmacht

Zu den neuen Herausforderungen des Internet gehört, wie oben dargestellt (III.3.), dass durch die Nutzung des Internet Personen ständig Spuren im Internet hinterlassen. Dies wirft nicht nur originär datenschutzrechtliche Fragen auf.¹⁶⁷ Personenbezogene Daten bilden im Rahmen zahlreicher Geschäftsmodelle des Internet – wie beim Betrieb von Suchmaschinen oder den zahlreichen Plattformen (z.B. Facebook) – die Währung des Internet-Zeitalters, mit der der Nutzer für die entsprechende Dienstleistung bezahlt. Das Sammeln personenbezogener Daten der Nutzer verstärkt die Netzwerkeffekte, was wiederum im Plattformwettbewerb zur Herausbildung stark konzentrierter Märkte führen kann.

Personenbezogene Daten werden damit zu einem Thema der Wettbewerbspolitik.¹⁶⁸ Damit ist aber nicht entschieden, ob und welche Rolle die Nutzung personenbezogener Daten bei der kartellrechtlichen Analyse von Internet-Geschäftsmodellen zu spielen haben. Kartellrecht soll schließlich den wirtschaftlichen Wettbewerb schützen und kein Substitut für Datenschutz bilden.

Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Analyse bildet zunächst die Feststellung, dass Internet-Unternehmen, die ihre Geschäftsmodelle auf die Nutzung personenbezogener Daten stützen, auf mehrseitigen Märkten tätig sind.¹⁶⁹ Allerdings finden sich, wie etwa beim Betrieb der Google-Suchmaschine, nur auf einer Seite des Marktes Transaktionen mit einer konkreten wirtschaftlichen Gegenleistung. Daher stellt sich die Frage, ob alle wettbewerbspolitisch relevanten Bedenken über eine Konzentration der Analyse auf den Werbemarkt, auf dem Google seinen Kunden Werbedienstleistungen

U.S. National Security Issues Posed by Chinese Telecommunications Companies Huawei and ZTE, U.S. House of Representatives, 8. Oktober 2012, [https://intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/Huawei-ZTE%20Investigative%20Report%20\(FINAL\).pdf](https://intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/Huawei-ZTE%20Investigative%20Report%20(FINAL).pdf) (abgerufen am 4. Juni 2015).

167 Grundlegend hierzu die Entscheidung des EuGH (Anm. 107).

168 Siehe auch *J. Drexel*, Droit de la concurrence et propriété intellectuelle à l'ère du numérique, in: B. Touchais/N. Charbit/R. Amaro (Hrsg.), *A quoi sert la concurrence?*, 2014, 485.

169 Siehe oben III.3.

anbietet, erfasst werden können.¹⁷⁰ Tatsächlich beschränkt man sich auch bei der Wettbewerbskontrolle bei anderen mehrseitigen Märkten – etwa, wenn es um die Beurteilung des Zusammenschlusses von privaten Fernsehsendern geht, die ausschließlich werbefinanziert sind – auf den Schutz des Wettbewerbs auf dem Werbemarkt als dem Markt, auf dem wirtschaftliche Transaktionen stattfinden.¹⁷¹ Tatsächlich kann dies im Falle des werbefinanzierten Fernsehens zu angemessenen Ergebnissen führen. Letztlich soll zwar der Wettbewerb auch dafür sorgen, dass dem Zuschauer ein angemessenes Angebot zur Verfügung gestellt wird. Dies sollte aber im Prinzip auch bei einer Konzentration der kartellrechtlichen Analyse auf den Werbemarkt gewährleistet sein.¹⁷² Dies erklärt sich aus den positiven Rückkoppelungseffekten zwischen den beiden Marktseiten. Letztlich ist es im Wettbewerb um Werbekunden entscheidend, dass die Sender ein großes Publikum erreichen. Mit den Einschaltquoten steigt auch die Attraktivität des Senders für Werbekunden.

Beim Betrieb einer Suchmaschine liegen die Dinge jedoch anders. Hier ist es gerade nicht so, dass der Nutzer die Suchmaschine ohne Gegenleistung nutzt. Er zahlt mit seinen persönlichen Daten.¹⁷³ Wettbewerbspolitisch müsste es daher auch um die Sicherung des „Preiswettbewerbs“ auf der Marktseite der Suchmaschinennutzung gehen. Im Ergebnis würde man erwarten, dass Anbieter von Suchmaschinen in Wettbewerb zueinander treten, indem sie Kunden besseren Datenschutz verbürgen. Ein solcher Wettbewerb wird aber weder durch die Marktprozesse auf der Seite des Werbemarktes noch auf der Seite der Nutzung der Suchmaschine gewährleistet. Auf der Seite des Werbemarktes ist dies offensichtlich. Die Werbekunden sind daran interessiert, dass die Nutzer der Suchmaschine gerade möglichst viele persönliche Daten preisgeben, mithin also ein besonders hoher Preis von den Nutzern bezahlt wird. Damit ist der Schluss zu ziehen, dass die Konzentration der kartellrechtlichen Analyse auf den Werbemarkt gerade nicht geeignet ist, zu besserem Datenschutz zugunsten der Nutzer der Suchmaschine zu führen. Das genaue Gegenteil ist der Fall.

170 Zur Marktabgrenzung beim Betrieb der Google-Suchmaschine siehe auch *Heinemann* (Anm. 10), 13-30; *Körber* (Anm. 10), 763 f.

171 So etwa auch die Position des Bundeskartellamts. Siehe BKartA v. 12. April 2000 – B6-20/00, WuW/E DE-V 334, 335 – akzent; v. 19. Januar 2006 – B6-103/05, WuW/E DE-V 1163, 1168 – Springer/ProSiebenSat1. Siehe auch BGH v. 16. Januar 2008 – KvR 26/07, WuW DE-R 2327, 2330 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt.

172 Dies wird hinterfragt von *M.E. Stucke/A. Ezrachi*, *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2598128 (abgerufen am 4. Juni 2015).

173 Das wird von Kartellrechtlern verstärkt zum Anlass genommen, Erweiterungen der kartellrechtlichen Analyse jedenfalls in Betracht zu ziehen. So etwa *Körber* (Anm. 10), 764. *Höppner/Grabenschlöer* (Anm. 136), 164 (dort mit dem Hinweis, dass es nicht an einer Gegenleistung fehlt, sondern aufgrund der Unentgeltlichkeit der Leistung schwierig ist, Marktanteile zu bestimmen) und 166 f. Gegen eine Berücksichtigung des Nutzermarktes sprechen sich aus *Chr. Kersting/S. Dworschak*, *Google als Marktbeherrscher? – Zur (geringen) Aussagekraft hoher Nutzerzahlen im Internet*, 2014, S. 3 f., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495300 (abgerufen am 4. Juni 2015). Zur Einordnung der persönlichen Daten als „Währung“ im Internet siehe auch den Europäischen Datenschutzbeauftragten: *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and Competitiveness in the age of big data: The interplay of data protection, competition policy and consumer protection in the Digital Economy*, März 2014, Rn. 10, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015). Tendenziell anders *Heinemann* (Anm. 10), 14-17, der zwar auch den Nutzermarkt in Betracht ziehen möchte, aber nicht auf die gelieferten Daten, sondern die der Plattform geschenkte „Aufmerksamkeit“ als eigentlichen wirtschaftlichen Wert abstellt.

Es bleibt aber die Frage, weshalb nicht die Nutzer bei der Auswahl der Suchmaschine eine Entscheidung für besseren Datenschutz treffen. Diesbezüglich griffe es zu kurz, schlicht auf die marktbeherrschende Stellung von Google zu verweisen.¹⁷⁴ Dies zeigt sich schon daran, dass konkurrierende Suchmaschinen wie Bing besseren Datenschutz nicht als Wettbewerbsparameter einsetzen. Zur Erklärung dieses Phänomens ließe sich an verschiedene Gründe denken. Zum einen kann es sein, dass die Nutzer gar nicht an einem besseren Datenschutz interessiert sind. Besserer Datenschutz hätte zur notwendigen Folge, dass die Suchmaschine an Qualität und Attraktivität einbüßt. Suchmaschinen könnten sich zwar verbesserten Datenschutz von den Nutzern auch bezahlen lassen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine hinreichende Zahlungsbereitschaft besteht, wenn andere Suchmaschinen, die noch dazu bessere Ergebnisse liefern, ihre Dienste ohne Zahlung anbieten. Das Argument liefe damit darauf hinaus, dass Suchmaschinennutzer bewusst die Preisgabe ihrer Daten in Kauf nehmen, um den Dienst ohne Geldzahlung nutzen zu können. Wettbewerbspolitisch kann dieses Argument allerdings nicht überzeugen, da die Nutzer gar nicht in der Lage sind, eine informierte Entscheidung zu treffen. Wie Google mit persönlichen Daten umgeht und vor allem welche Auswirkungen die Preisgabe in der Zukunft haben wird, ist für den Nutzer nicht transparent. Überdies ist zweifelhaft, ob Nutzer überhaupt in der Lage sind, eine informierte und – weitergehend – rationale Entscheidung zu treffen. In Bezug hierauf ist vor allem weitere psychologische Forschung im Hinblick auf die Bedeutung des Datenschutzinteresses der Verbraucher beim Verhalten im Internet erforderlich.¹⁷⁵ Dies zeigt sich auch daran, dass die Bereitschaft zur Preisgabe von Daten im Internet sehr stark generationen- und kulturabhängig ist. Vor allem jüngere Personen gehen mit persönlichen Daten im Internet tendenziell bedenkenloser um als ältere, obwohl die Langzeitfolgen der Datenpreisgabe für die jüngeren sehr viel gravierender sein können.

Diese Analyse zeigt, dass auch das Datenschutzanliegen im Grundsatz durchaus in eine ökonomische Analyse einbezogen werden kann. Dieser Ansatz ist sogar vorzuziehen, da er nicht mit einem öffentlich geprägten Vorverständnis des Datenschutzes an die Regelung des wirtschaftlichen Einsatzes von personenbezogenen Daten im Internet herangeht. Dieser Ansatz trifft aber auf besondere Herausforderungen, vor allem bei der Anwendung des Kartellrechts. Hier konnte nur aufgezeigt werden, dass die klassische kartellrechtliche Analyse erweitert werden müsste, um das Problem zu erfassen. Ob dann allerdings die Lösung des Problems in der Anwendung des Kartellrechts liegt, ist damit noch nicht beantwortet. Denkbar wäre es auch, eher bei den Regelungsmustern des Verbraucherschutzrechts anzuknüpfen, wobei allerdings zu bedenken ist, dass das bloße Informationsmodell nicht ausreicht, um angemessenen Schutz bereitzustellen.

174 Die Suchmaschine von Google wird in 68,54 % aller Suchanfragen weltweit genutzt. Dieser relativ niedrige Wert liegt vor allem auch daran, dass die Suchmaschine in China gar nicht verfügbar ist. Dies führt zu einem Weltmarktanteil von Baidu, Google's Pendant in China, von 10,18 %. Siehe <https://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomd=0> (abgerufen am 4. Juni 2015). In der EU liegt Google dagegen wesentlich über 90 %.

175 Die psychologische Forschung über die Bedeutung, die Personen im Marktgeschehen dem Datenschutzinteresse beimessen, ist noch relativ wenig entwickelt. Siehe hierzu jedoch S. Preibusch, Guide to measuring privacy concern: review of survey and observational instruments, *Int'l J. Human-Computer Stud.* 71 (2013), 1133-1143. Der Beitrag geht zwar davon aus, dass grundsätzlich auch besserer Datenschutz als Wettbewerbsparameter eingesetzt werden kann. Er weist aber auch auf die Unzulänglichkeiten der bisherigen Methoden hin, um die Bedeutung dieses Kriteriums in der psychologischen Forschung zu messen.

len. Im Internet werden lange Texte, die über die Verwendung von personenbezogenen Daten informieren, typischerweise „weggeklickt“. Vielmehr wäre über Regeln nachzudenken, die spezifisch auf die Irrationalität des Verhaltens der Nutzer reagieren.

Das Schlagwort „Big Data“ greift noch über die soeben besprochene Problematik hinaus. Bei „Big Data“ geht es nicht mehr nur um die individuelle Preisgabe personenbezogener Daten im Rahmen einer Internetinteraktion, sondern um das Sammeln großer Datenbestände, die personenbezogene, aber auch andere Daten umfassen können. Solche Datenbestände werden von den Unternehmen der Internetwirtschaft zunehmend als eigenes Wirtschaftsgut von beachtlichem ökonomischen Wert wahrgenommen, die sich im Wege des Data Mining auch über die eigenen Geschäftsmodelle hinaus verwerten lassen.¹⁷⁶ Auch diese Entwicklung wirft wettbewerbspolitische Fragen auf. So könnte die Kontrolle über große Datenbestände selbst zur Grundlage von Marktmacht werden. Vor allem in den häufigen Fällen der Zusammenschlüsse von Internet-Unternehmen verdient der Aspekt von Big Data besondere Aufmerksamkeit. Selbst wenn die Unternehmen auf unterschiedlichen relevanten Märkten tätig sind, kann durch die Zusammenführung der Datensätze verschiedener Unternehmen die Marktmacht auf den Einzelmärkten durchaus anwachsen. Im Falle des Erwerbs von WhatsApp durch Facebook hat die Kommission deshalb untersucht, ob WhatsApp von Facebook als Quelle von Daten genutzt werden kann, um seine Position auf dem eigenen Werbemarkt, auf dem WhatsApp nicht tätig war, zu stärken. Im Ergebnis hat die Kommission dies aber verneint. Den Umstand alleine, dass Facebook nach dem Erwerb über größere Mengen an personenbezogenen Daten verfügen würde, ordnete die Kommission als lediglich datenschutzrechtliches Problem ein.¹⁷⁷

5. Digitaler Binnenmarkt: Paradigmenwechsel der europäischen Harmonisierungspolitik?

Im Rahmen der Bestandsaufnahme der grenzüberschreitenden Regulierung hat sich gezeigt, dass der europäische Gesetzgeber die Entwicklung des Internet in der Harmonisierung des Rechts nur sehr zögerlich aufgenommen hat. Hier scheint die aktuellere Entwicklung des Internet die Europäische Union nun doch zu einem Paradigmenwechsel zu bewegen, der sich mit dem groß angekündigten Projekt der Verwirklichung des Digitalen Binnenmarktes verbindet.¹⁷⁸

Zu tun hat dieser Paradigmenwechsel mit dem politischen Petition, dass das Internet im Bereich der gesamten EU in gleicher Weise den Zugang zu allen verfügbaren Inhalten ermöglichen soll. Das von Jean Claude Juncker abgegebene Versprechen ist klar formuliert:¹⁷⁹

„Wir könnten sicherstellen, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher – unabhängig davon, wo sie sich gerade in Europa befinden und ungeachtet jeglicher Grenzen – jederzeit auf ihren elektronischen Geräten Zugang zu Diensten, Musik, Filmen oder Sportveranstaltungen haben.“

176 Siehe hierzu European Data Protection Supervisor (Anm. 146), Rn. 6 ff.

177 Europäische Kommission, Fusionskontrolle: Kommission gibt grünes Licht für Übernahme von WhatsApp durch Facebook, Pressemitteilung IP/14/1088, 3. Oktober 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_de.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

178 Siehe schon oben I.

179 Juncker (Anm. 6), 5.

Bei diesem Versprechen wird vor allem auch an die Situation des Europäers gedacht, der auf einer Auslandsreise mit seinen Mobilgeräten Internet-Dienste nutzen möchte, dafür aber erhebliche Aufschläge für das Daten-Roaming bezahlen muss. Noch in ihrem Strategiepapier vom Mai 2015 versprach die Kommission, solche Roaming-Gebühren zu verbieten,¹⁸⁰ ist damit aber sofort auf den Widerstand der nationalen Regierungen im Rat gestoßen, die lediglich relative niedrige Datenobergrenzen pro Jahr für die Gebührenfreiheit akzeptieren wollten.¹⁸¹ In dieselbe Richtung wie das Verbot der Roaming-Gebühren zielt das Verbot des unberechtigten Geoblocking,¹⁸² wobei die Schwierigkeit gerade darin bestehen dürfte, eine Regelung zu schaffen, nach der sich berechtigtes und unberechtigtes Geoblocking unterscheiden lässt.¹⁸³

Vor allem aber würde sich der Paradigmenwechsel im Bereich des Datenschutzrechts, des Verbraucherschutzes und des Urheberrechts bemerkbar machen. Dies bringt die Kommission auch deutlich in ihrem Strategiepapier vom Mai 2015 zum Ausdruck, wenn sie den digitalen Binnenmarkt wie folgt beschreibt:¹⁸⁴

„In einem digitalen Binnenmarkt ist der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet und können Privatpersonen und Unternehmen unter fairen Wettbewerbsbedingungen und auf der Grundlage hoher Verbraucher- und Datenschutzstandards ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit bzw. ihres Wohn- oder Geschäftssitzes nahtlos Online-Aktivitäten nachgehen und Internetanwendungen nutzen. Mit der Vollendung des digitalen Binnenmarkts wird gewährleistet, dass Europa auch in Zukunft zu den Vorreitern der Digitalwirtschaft gehört und den europäischen Unternehmen zur Expansion auf den Weltmärkten verhelfen kann.“

Um entsprechend dieser Definition den digitalen Binnenmarkt zu verwirklichen, bedarf es eines Umdenkens in Bezug auf den Regelungsansatz der E-Commerce-Richtlinie aus dem Jahre 2000. Diese hat zwar mit der Einführung des Herkunftslandprinzips ein Liberalisierungsprojekt verfolgt, aber die genannten Rechtsbereiche hiervon ausgenommen. Für diese Rechtsbereiche finden deshalb die nationalen Bestimmungen im Grundsatz weiterhin Anwendung, wobei die nationalen Vorschriften europarechtlich nur bis zu einem gewissen Grade angeglichen sind.

Gerade die fortbestehende Relevanz nationaler Bestimmungen erschwert den digitalen Binnenmarkt. Zentral ist daher die Forderung zur umfassenden Rechtsvereinheitlichung. Im Raume steht damit die Überführung der bisher auf Richtlinien beruhenden punktuellen Rechtsangleichung in unmittelbar anwendbare Verordnungen. Es geht mithin um den Erlass einer Europäischen Datenschutzgrundverordnung,¹⁸⁵ einer

180 Europäische Kommission (Anm. 7), 10.

181 Siehe Heise-Online, Scharfe Kritik: EU-Staaten wollen an Roaming-Gebühren festhalten, 15. Mai 2015, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Scharfe-Kritik-EU-Staaten-wollen-an-Roaming-Gebuehren-festhalten-2651322.html> (abgerufen am 4. Juni 2015).

182 Europäische Kommission (Anm. 7), 6 f.

183 Siehe dazu schon oben II.6.

184 Europäische Kommission (Anm. 7), 3.

185 Vorschlag der Kommission vom 25. Januar 2012 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endg. Siehe auch das Strategiepapier der Europäischen Kommission (Anm. 7), 15.

Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,¹⁸⁶ das eine einheitliche Rechtsordnung für grenzüberschreitende Vertragsschlüsse im Interesse von Unternehmen und Verbrauchern zur Verfügung stellen soll, sowie eine am Horizont erscheinende Verordnung zur Schaffung eines einheitlichen Urheberrechts auf der Grundlage von Art. 118 AEUV, die vorher allenfalls in akademischen Kreisen diskutiert wurde.¹⁸⁷ Was das Urheberrecht angeht, erkennt die Kommission in ihrem Strategiepapier vom Mai 2015 deutlich, dass die Abrufbarkeit von medialen Inhalten über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg häufig an der Territorialität des Rechtsschutzes scheitert.¹⁸⁸ Ob sich im Zuge der versprochenen „Modernisierung“ des Urheberrechts die Kommission entschließen wird, eine Urheberrechtsverordnung vorzuschlagen, die genau dieses Problem überwinden würde, ist keineswegs abzusehen. Im Strategiepapier vom Mai 2015 findet sich keinerlei Hinweis auf ein entsprechendes Vorhaben. Dagegen wird die Schaffung eines einheitlichen Rechtstitels zur Gewährleistung des digitalen Binnenmarktes explizit in einem Berichtsentwurf für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments gefordert.¹⁸⁹ Unabhängig davon dürfte unbestritten sein, dass die EU zentral auf eine Angleichung der Schrankenbestimmungen angewiesen ist, für die die InfoSoc-Richtlinie 2001/29 bisher nur einen ganz überwiegend optionalen Katalog zulässiger Schranken für die Mitgliedstaaten bereithält.¹⁹⁰

Das Internet ist aber nicht auf die EU begrenzt. Die europäische Diskussion über den Digitalen Binnenmarkt spricht lediglich Probleme an, die in entsprechender Form auf internationaler Ebene zu lösen wären.

Das Bedürfnis nach internationaler Vereinheitlichung rechtlicher Standards besteht – wenn auch für die einzelnen Rechtsgebiete – in unterschiedlichem Maße. Angesichts vor allem der Globalisierung der Telekommunikationsverbindungen sowie der Entwicklung des Cloud Computing ist dieses Bedürfnis im Datenschutzbereich besonders ausgeprägt und dennoch kaum zu befriedigen. Wenn die Kommission nun im Rahmen ihres Projekts des Digitalen Binnenmarktes fordert, es sollen in der Europäischen Union auch die Vorteile des Cloud Computing genutzt werden,¹⁹¹ muss der Kommis-

186 Vorschlag der Kommission vom 11. Oktober 2011 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. Auf diese Verordnung nimmt die Kommission in ihrem Strategiepapier vom Mai 2015 nicht ausdrücklich Bezug. Sie betont aber gleichwohl, dass die Beseitigung von Unterschieden im Vertragsrecht wesentlich sei, um den Zugang von Verbrauchern zum Digitalen Binnenmarkt zu verbessern. Siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 4.

187 Siehe etwa *O. Fischer*, Perspektiven für ein Europäisches Urheberrecht, 2014. Mittlerweile fordern namhafte Vertreter der europäischen Urheberrechtswissenschaft die Kommission sogar ausdrücklich auf, ein Einheitliches Europäisches Urheberrecht zu schaffen. Siehe den Brief der European Copyright Society an Kommissar Günther Oettinger vom 19. Dezember 2014, <http://www.ivir.nl/syscontent/pdfs/78.pdf> (abgerufen am 4. Juni 2014).

188 Europäische Kommission (Anm. 7), 8.

189 Siehe *J. Reda* (Rapporteur), Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2014/2256(INI), 9 f., https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf (abgerufen am 4. Juni 2015).

190 Auch hierzu ist die Positionierung der Kommission in ihrem Strategiepapier vom Mai 2015 eher enttäuschend. Die Schutzschrankenproblematik wird nicht deutlich angesprochen. Die Kommission kündigt lediglich Vorschläge für eine Lösung an, die die „Übertragung und Nutzung von Inhalten über die Landesgrenzen hinaus ermöglicht“. Siehe Europäische Kommission (Anm. 7), 8.

191 Europäische Kommission (Anm. 7), 10.

sion in Erinnerung gerufen werden, das dies nur gelingen kann, wenn auch in Drittstaaten ein Mindestmaß an Datenschutz gewährleistet wird.

Bedarf nach mehr internationaler Vereinheitlichung besteht auch im Bereich des Urheberrechts. Das Internet wird es notwendig machen, sich auch international auf verbindliche Schutzschranken zu einigen. Dies würde einen grundsätzlichen Paradigmenwechsel im internationalen Urheberrecht bedeuten, da dieses traditionell nur einen Mindestschutz festlegt. Jedoch zeigt das bereits erwähnte Marrakesch-Abkommen, das erstmalig als multilaterales Abkommen im Urheberrecht den spezifischen Zweck verfolgt, Schutzschranken zu vereinheitlichen, dass diesbezüglich die Entwicklung durchaus offen ist.¹⁹²

Als besonderes grenzüberschreitendes Problem von globalem Ausmaß bleibt die Frage nach der Haftung von Intermediären bei Urheberrechtsverletzungen. Urheberverletzungen im Internet sind ein Massenphänomen. Deshalb ist für den Rechtsinhaber durch die Verfolgung von Einzelpersonen, die etwa im Internet illegal Musikdateien tauschen, wenig gewonnen. Effizienter wirkt oftmals das Vorgehen gegen die Intermediäre, die etwa Software oder Plattformen zum Tauschen von Dateien oder auch nur einen Internet-Anschluss zur Verfügung stellen. Ob solche Intermediäre haften sollen, muss notwendig auf einer Abwägung in den einzelnen Fallkonstellationen beruhen und für die einzelnen Gruppen von Intermediären entschieden werden, denn ihre Dienste lassen sich auch zu legalen Zwecken nutzen. Es überrascht daher nicht, dass sich die Haftungsvoraussetzungen von Staat zu Staat sehr unterscheiden; zudem werden die nationalen Lösungen oft von allgemeinen deliktsrechtlichen Theorien des nationalen Rechts geprägt.¹⁹³ Erscheint danach eine internationale Rechtsangleichung kaum realistisch, sind Lösungen weiterhin über das Kollisionsrecht anzustreben. Dabei erweist sich die Anwendung des Schutzlandprinzips (Art. 8 Abs. 1 Rom II-Verordnung) für die urheberrechtliche Anknüpfung als besonderes Problem. Intermediäre wären hier mit der Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen konfrontiert sowie mit der Gefahr, dass das weltweit strengste Recht über die Zulässigkeit des konkreten Geschäftsmodells entscheidet. Daher ist es notwendig, über abweichende Anknüpfungen für die Verantwortlichkeit von Intermediären nachzudenken. Eine solche Kollisionsregel wurde nun erstmalig von der European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) vorgeschlagen.¹⁹⁴ Dieser Vorschlag erlaubt die alleinige Anwendung des Rechts des Staates der engsten Verbindung zum Geschäftsmodell des Intermediärs, sofern dieses Recht ein Mindestmaß an Schutz gewährt.

192 Siehe dazu schon oben zu Anm. 28.

193 So ist etwa die Haftung in den USA in Form der *contributory liability* und *vicarious liability* Ausfluss des allgemeinen Deliktsrechts. Siehe insbesondere *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

194 Art. 3:604 CLIP Principles (Anm. 67). Siehe auch die umfassende Untersuchung zu diesem Themenbereich bei *S. Neumann*, Die Haftung der Intermediäre im Internationalen Immaterialgüterrecht, 2014.

V. Schlussfolgerungen

Das Internet ist ein internationales, aber kein neues Phänomen. Das internationale und das europäische Recht haben schon früh erste rechtliche Regelungen zur Bewältigung der grenzüberschreitenden Probleme der Internetwirtschaft entwickelt.

Diese Regeln sind seitdem relativ unverändert erhalten geblieben, obwohl sich das Internet infolge technologischer Fortschritte kontinuierlich weiterentwickelt hat. Heute ist das Internet noch überwiegend ein Netzwerk vor allem der individuellen Kommunikation, das sich auch als Kanal zum Absatz digitaler Güter nutzen lässt.

Unmittelbar bevor steht jedoch die Entwicklung des Internet der Dinge. Dieses wird eine immer weiter um sich greifende Vernetzung aller Lebensbereiche und, als Folge davon, eine Explosion der Datenströme bewirken. Die Hoffnung, dass nach Einführung von Wettbewerbsstrukturen nun bald keine Regulierung im Telekommunikationsbereich mehr erforderlich sein würde, muss sich danach als falsch erweisen. Die neuen Herausforderungen machen eine Anpassung der telekommunikationsrechtlichen Regulierung erforderlich. Ein komplettes „phasing-out“ der Regulierung wird es nicht geben.

Im Hinblick auf den Ausbau der Netze für das mobile Internet kommt auch der Problematik des Zugangs zu standardessenziellen Patenten Bedeutung zu. Standardessenzielle Patente führen zu einer ähnlichen und zudem internationalen Regulierungsaufgabe, wie sie früher in Bezug auf das Eigentum an den physischen Telekommunikationsnetzen bestand. In beiden Fällen hat das Recht für Zugang zu angemessenen Bedingungen zu sorgen.

Schließlich führen die neuen Geschäftsmodelle des Internet zu neuen Regulierungsfragen, die sich vor allem an das Kartellrecht richten. Dabei ist die Preisgabe von persönlichen Daten als neue Währung des Internet und die Aggregation von großen Datenbeständen („Big Data“) nicht nur als datenschutzrechtliche Thematik, sondern auch als Grundlage von Marktmacht zur Kenntnis zu nehmen und die wettbewerbspolitische Analyse für diese Besonderheiten fortzuentwickeln. Vor allem wird aber auch das Internet der Dinge zu vielen neuen Internet-gestützten Geschäftsmodellen führen, die im Einzelnen noch gar nicht absehbar sind.

Das Postulat auf gleichmäßigen Zugang zu Internet-Inhalten innerhalb der EU führt zu einem Umdenken in Bezug auf die Harmonisierungspolitik in verschiedensten Regelungsbereichen. Hier zeichnet sich ab, dass der europäische Gesetzgeber zur Errichtung des „digitalen Binnenmarktes“ verstärkt auf das Instrument der Rechtsvereinheitlichung durch Verordnungen zurückgreifen wird. Da es sich beim Internet um ein internationales Phänomen handelt, stellt sich die entsprechende Frage nach einer verstärkten Rechtsvereinheitlichung auch für das internationale Recht.

Überdies zeigt die Untersuchung, dass es nicht genügt, die Regulierung des Internet ausschließlich nach ökonomischen Kriterien zu gestalten. Die hohe Relevanz des Datenschutzes, das demokratische Bedürfnis nach Sicherung der Informationsfreiheit sowie sicherheitspolitische Problemlagen sind zu berücksichtigen, um letztlich das Internet als sozialen Raum mit rapide wachsender Bedeutung für die Bürger zu gestalten. Das Internet kann nicht als reiner Raum der Freiheit verfasst werden. Das Internet kann seine Akzeptanz nur erhalten, wenn der einzelne Bürger grundsätzlich darauf

vertrauen darf, dass seine verfassungsrechtlich verbürgten Rechte und wirtschaftlichen Interessen auch im Internet berücksichtigt werden. Über die zukünftige Gestaltung des Internet dürfen deshalb nicht nur Technokraten und Unternehmen entscheiden. Das Internet geht alle an! Auf die globale Ebene übertragen bedeutet dies, dass nicht einzelne Staaten für sich das Recht in Anspruch nehmen dürfen, allein über die im Internet herrschende Kultur zu entscheiden. Die Notwendigkeit, sich international auf eine globale Kultur des Internet zu verständigen, ist ohne Zweifel die größte Herausforderung für das internationale Recht.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Josef Drexler, München

1. Das Internet ist kein neues Phänomen. Die Frage nach der Regulierung des Internet beschäftigt das Recht seit gut 20 Jahren.
2. Von Anfang an bestand ein Zielkonflikt zwischen der Förderung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten und der Durchsetzung berechtigter Schutzanliegen.
3. Die schon in den Anfangsjahren des Internet geschaffenen Regelungen haben sich als erstaunlich beständig erwiesen. Das Recht steht jedoch vor neuen technologischen und wirtschaftlichen Herausforderungen, die Anlass zu einem Überdenken bestehender und zum Nachdenken über neue Regelungen geben.
4. Die Grundlage auch für das grenzüberschreitende Wirtschaften im Internet bildet auf globaler Ebene das WTO-Recht, das allerdings die besonderen Herausforderungen des Internet noch nicht berücksichtigen konnte.
5. Völkerrechtliche Verpflichtungen, die spezifisch auf Problemlagen des Internet reagieren, wurden vor allem im Bereich des Urheberrechts schon sehr früh geschaffen. Diese Regeln wirken über das Richtlinienrecht der EU auch auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten ein. Vor allem im Urheberrecht stellt sich im Lichte der Digitalisierung von Werken und veränderten Nutzungsmöglichkeiten immer wieder die Notwendigkeit, tradierte rechtliche Regelungen und die darin zum Ausdruck kommende Interessenabwägung im Lichte der neuen Herausforderungen grundsätzlich neu zu überprüfen.
6. Herausforderungen stellen sich durch das Internet auch für das Markenrecht. International geht es dabei vor allem darum, Unternehmen die Benutzung ihrer etablierten Bezeichnungen auch im Internet zu ermöglichen, ohne sie einem zu großen Risiko auszusetzen, Rechte in anderen Staaten zu verletzen. Der Lösung dieses Problems dient eine Empfehlung der WIPO, die auch Berücksichtigung in der Praxis einzelstaatlicher Gerichte findet.
7. Im Bereich des Immaterialgüterrechts liegt das wohl größte Problem in der Durchsetzung des Rechtsschutzes gegen Verletzungen im Internet. Gleichzeitig besteht in diesem Bereich die besondere Gefahr, dass entwickelte Staaten internationale Vereinbarungen treffen, die nicht ausreichend auf die Grund- und Verfahrensrechte vermeintlicher Verletzer Rücksicht nehmen. Mit der Ablehnung der Ratifikation des Anti-Counterfeiting Trade Agreements (ACTA) durch das Europäische Parlament wurde der europäischen Diplomatie die Grenze des Akzeptablen deutlich aufgezeigt.
8. Außerhalb des Immaterialgüterrechts finden sich kaum internationale Vereinbarungen, die spezifisch auf die Internet-Problematik reagieren. Eine Ausnahme bildet insoweit das UN-Abkommen über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bei internationalen Verträgen aus dem Jahre 2005, dem allerdings bislang nur 6 Staaten beigetreten sind.
9. Zu einer faktischen Rechtsangleichung auf internationaler Ebene im Hinblick auf Internet-Vertragsschlüsse hat jedoch das UNCITRAL-Modelgesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1996 geführt. Eine ähnliche Wirkung geht von

den OECD Guidelines über den Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1999 aus.

10. Darüber hinaus kommt auf internationaler Ebene auch der Selbstregulierung der Wirtschaft Bedeutung zu. Hier sind vor allem die zentrale Vergabe von generischen Domain-Namen über ICANN sowie das daran anknüpfende internationale Streit-schlichtungsverfahren zu erwähnen, welches sich in den letzten Jahren sehr bewährt hat. Das Beispiel zeigt jedoch auch, dass eine entsprechende Selbstregulierung im Bereich deliktischen Handelns nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen greifen kann.

11. Dringend notwendig sind Mechanismen der Streitschlichtung und erleichterter Gerichtsverfahren auch bei grenzüberschreitenden Verbraucherstreitigkeiten. Hier hat die EU mit der Verabschiedung der ADR-Richtlinie sowie der ODR-Verordnung im Jahre 2013 wichtige Schritte in Richtung auf die Einführung einer Online-Beilegung von Streitigkeiten bei Online-Verträgen von Verbrauchern unternommen. Eine Erleichterung für die Rechtsdurchsetzung bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten über Verbraucherstreitigkeiten hinaus bewirkt die europäische Small-Claims-Verordnung.

12. Die meisten Rechtsfragen im Internet sind weiterhin über die Regeln des nationalen Rechts zu lösen. Deshalb kommt dem Kollisionsrecht in Bezug auf Internet-Streitigkeiten besondere Bedeutung zu. Zum Teil mussten bestehende Kollisionsregeln (Bsp.: Verbraucherverträge) auch an die Besonderheiten des Internet angepasst werden.

13. Zu besonderen Herausforderungen führt das Internet auch bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit. Diesbezüglich hat der EuGH bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten im Internet die Möglichkeit für den Betroffenen eröffnet, seinen weltweiten Schaden nach den Regeln über den besonderen Gerichtsstand am Ort der schädigenden Handlung auch im eigenen Heimatstaat einzuklagen. Bei Verletzungen des Immaterialgüterrechts im Internet kann dagegen der Verletzte in seinem Heimatstaat weiterhin nur denjenigen Schaden einklagen, der in diesem Staate durch die Verletzung des dortigen Immaterialgüterrechts entstanden ist.

14. Nutzungshandlungen im Internet in Bezug vor allem auf das Urheberrecht können das Recht in sehr vielen Staaten verletzen. Entsprechend können Gerichte vor die Herausforderung gestellt sein, eine Verletzung parallel nach den nationalen Bestimmungen einer großen Anzahl von Staaten zu prüfen (sog. Mosaikbetrachtung). Daher wird von wissenschaftlicher Seite mittlerweile vorgeschlagen, bei ubiquitären Verletzungen von Immaterialgüterrechten im Internet von der Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip zugunsten der Anwendung des Rechts des Staates der engsten Verbindung abzuweichen.

15. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer großen Anzahl von Rechtsordnungen ergibt sich auch in Bezug auf die Lizenzierung von Urheberrechten, um letztlich eine weltweite Nutzung von Werken im Internet, z.B. durch Internet-Radiostationen, zu ermöglichen. Da die Rechte bei nationalen Verwertungsgesellschaften liegen, muss die wünschenswerte Mehrstaatenlizenzierung über diese organisiert werden. Mittlerweile hat hierzu auch der europäische Gesetzgeber eine Rahmenordnung als Teil der Richtlinie 2014/26 über die kollektive Rechtewahrnehmung erlassen, die sich allerdings erst noch bewähren muss.

16. Auf der europäischen Ebene soll der Zielkonflikt zwischen der Sicherung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten und der Durchsetzung berechtigter Schutzinteressen in der E-Commerce-Richtlinie aus dem Jahre 2000 gelöst werden. Diese Richtlinie liberalisiert den grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr über die Einführung des Herkunftslandprinzips, nimmt aber hiervon gleichzeitig wichtige Regelungsbereiche aus, die allenfalls einer Rechtsangleichung über europäisches Richtlinienrecht unterliegen. Insoweit kommt grundsätzlich weiterhin das nationale Recht des Abrufstaates zur Anwendung. Der Ermöglichung von Geschäftsmodellen im Internet dient schließlich die Privilegierung der Haftung bestimmter Provider nach den Regeln der E-Commerce-Richtlinie.

17. Die EU fördert schließlich die Internetwirtschaft auch über die sog. Public Sector Information (PSI)-Richtlinie, die mittlerweile die Mitgliedstaaten verpflichtet, Daten des öffentlichen Sektors an private Unternehmen zur Weiterverwendung im Rahmen von Mehrwertinformationsdiensten zu lizenzieren.

18. Im Urheberrecht hat die sog. InfoSoc-Richtlinie zu keiner ausreichenden Rechtsangleichung für das Internet geführt. Vor allem das Fehlen einer vollständigen Harmonisierung der Schutzschranken bewirkt weiterhin Probleme im grenzüberschreitenden Bereich.

19. Unbefriedigend ist schließlich die Rechtsangleichung im Bereich des Datenschutzrechts. Die neuen Unternehmen der Internet-Wirtschaft, die ihre Geschäftsmodelle entscheidend auf die Preisgabe personenbezogener Daten der Nutzer aufbauen, unterliegen den Regelungen der Datenschutzrichtlinie aus dem Jahre 1995, die auf solche Geschäftsmodelle noch gar nicht reagieren konnte.

20. Insgesamt leiden viele der europäischen Regelungen zum europäischen Geschäftsverkehr unter dem Manko, dass ein Phänomen von grundsätzlich globaler Dimension allein aus der Perspektive des Binnenmarktes geregelt wird. Dabei ist es durchaus legitim, dass Unternehmen aus Drittstaaten (z.B. aus den USA) den rechtlichen Anforderungen in der EU (z.B. des Datenschutzrechts) unterworfen werden. Der eurozentrische Ansatz greift aber dort zu kurz, wo europäische Unternehmen wie im Falle der Mehrstaatenlizenzierung von Urheberrechten auf global greifende und kompatible Lösungen angewiesen wären.

21. Als besondere Herausforderung für die grenzüberschreitende Liberalisierung im Internet erweist sich das Phänomen, dass die Digitaltechnik mittlerweile Unternehmen gestattet, das Internet mit den Mitteln des Geoblocking zu renationalisieren. Nicht jedes Geoblocking ist jedoch illegitim. Geoblocking kann vor allem auch dabei helfen, Unterlassungsverfügungen in Bezug auf das Internet auf das Gebiet jener Staaten zu beschränken, deren Recht verletzt wurde.

22. Das Internet führt zu einem Paradigmenwechsel von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft. Mit der weiteren technologischen Entwicklung verändert sich aber auch ständig die Nutzung des Internet mit Auswirkungen auf die Informationsgesellschaft. Während das Internet zunächst nur als private und geschäftliche Kommunikationsplattform zwischen Personen benutzt wurde und schließlich auch als Kanal zum Absatz von digitalen Produkten zum Einsatz kam, wird es sich demnächst auch zu einem „Internet der Dinge“ entwickeln.

23. Angesichts der damit zu erwartenden Explosion der Datenmengen kommt es vor allem darauf an, flächendeckend einen möglichst leistungsstarken Internet-Zugang zur Verfügung zu stellen. Dies trifft auf das Bedürfnis, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft im Internet-Zeitalter zu erhalten, sowie auf den Wunsch der Bürger, unabhängig von ihrem Wohnort eine optimale Versorgung mit Internet-Zugängen zu erhalten. Der Ausbau des Breitbandnetzes sowie des mobilen Internet auf der Grundlage der jeweils aktuellsten Generationen der Mobilfunktechnologie erfordert jedoch erhebliche Investitionen.

24. Hand in Hand mit der ständigen Verfügbarkeit des Internet über mobile Geräte geht die Forderung nach unbeschränktem Zugang zu allen im Internet verfügbaren legalen Inhalten. Dem entspricht das Prinzip der Netzneutralität, das einen diskriminierungsfreien Datentransport für alle Inhalte zur Sicherung der Informationsfreiheit im Internet gewährleisten soll. Das Prinzip der Netzneutralität würde es den Netzbetreibern verbieten, von Anbietern von Internetdiensten Zusatzentgelte für höhere Übertragungsgeschwindigkeiten zu verlangen. So tritt das Prinzip der Netzneutralität in Konflikt zum Interesse an einem schnellen Ausbau der Breitbandnetze.

25. Eine weitere aktuelle technische Entwicklung betrifft das sog. Cloud Computing. Dabei geht es um das Outsourcen von Hardware (Speicherplatz) und Software (Anwendungsprogramme) auf Diensteanbieter im Internet. Die Entwicklung des Cloud Computing treibt die Vernetzung im Internet voran, indem es dem Nutzer ermöglicht, von beliebigen Orten und Endgeräten aus auf seine Daten zuzugreifen. Gleichzeitig erhöht das Cloud Computing aber auch das Volumen der Datenströme im Internet und verschärft die Herausforderungen für den Datenschutz im grenzüberschreitenden Bereich, da keineswegs vorhergesehen werden kann, an welchen Orten ein Abspeichern der einzelnen Daten erfolgt. Der wirtschaftliche Erfolg des Cloud Computing ist daher zentral auf die internationale Gewährleistung eines ausreichenden Maßes an Datenschutz und Datensicherheit angewiesen.

26. Das „Internet der Dinge“ wird zu einer umfassenden Vernetzung „intelligenter Produkte“ des Alltagslebens führen. In der Folge wird es viele neue Geschäftsmodelle hervorbringen, die im Einzelnen noch nicht absehbar sind. Das Internet der Dinge wird auch die Telekommunikationsinfrastruktur für das führerlose Auto (autonomes Fahren) bilden.

27. Neue Geschäftsmodelle im Internet wie der Betrieb von Suchmaschinen, Auktionsplattformen oder sozialen Netzwerken haben international operierende Unternehmen von besonderer Größe, Finanzkraft und Marktstärke zur Entstehung gebracht. Viele dieser Geschäftsmodelle beruhen auf der Nutzung der personenbezogenen Daten, die Nutzer dem Diensteanbieter im Rahmen der Nutzung verschaffen. Die Finanzierung erfolgt meist, wie auch im Falle des Betriebs der Google-Suchmaschine, über Werbeeinnahmen. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte sorgen dafür, dass in den neuen Märkten jener Wettbewerber im Wettbewerb überlegen ist, der die größte Aufmerksamkeit von Nutzern auf sich zieht. Entsprechend tragen die neuen Märkte der Internetwirtschaft die Tendenz zur Konzentration in sich.

28. Die aktuellen Regulierungsfragen können nicht ausschließlich nach wirtschaftlichen Kriterien entschieden werden. Vielmehr bestehen Konflikte mit anderen Zielen, wie der Sicherung der Informationsfreiheit und des Datenschutzes im Internet oder der Vermeidung sicherheitspolitischer Gefahren. Bei der Frage der Rechtfertigung re-

gulatorischer Maßnahmen sollte aber immer zuerst eine ökonomische Analyse vorgenommen werden. Dabei kann es sich ergeben, dass die ökonomische Beurteilung nicht im Widerspruch zu den anderen Zielen steht und so möglicherweise eine weitere Güterabwägung gar nicht mehr erforderlich ist.

29. Bei der Auswahl der konkreten Regulierungsmaßnahmen sind solche unterschiedlicher Eingriffsintensität zu unterscheiden. Unbedenklich sind auf einer ersten Stufe Maßnahmen, die Grundlagen für das wirtschaftliche Handeln im Internet gewährleisten. Auf der zweiten Stufe finden sich ordnungspolitische Maßnahmen, die auf Marktversagen im Internet reagieren. Hierzu gehören auch Maßnahmen, die den Wettbewerb im Internet sichern sollen. Erst dort, wo die rein ökonomische Beurteilung keine Eingriffe rechtfertigt, stellt sich die Frage, ob nach Abwägung mit anderen Politikzielen ein Eingriff legitimiert werden kann.

30. Eine zentrale Herausforderung für die Regulierung des Internet betrifft die Frage nach der Festschreibung des Prinzips der Netzneutralität. Die ökonomische Analyse scheint zunächst gegen dieses Prinzip und für eine Steuerung der Datenübertragung im Internet über den Preismechanismus des Marktes zu sprechen. Jedoch gibt es auch ordnungspolitische Gesichtspunkte, die das Prinzip der Netzneutralität stützen. Entgelte für schnelle Übertragungsraten würden zwar dazu führen, dass die mit dem Internet groß gewordenen und besonders vermögenden Unternehmen der Internet-Wirtschaft am Ausbau der leistungsfähigen Netze beteiligt würden, diese aber auch dauerhaft im Wettbewerb mit kleineren, weniger finanzstarken Wettbewerbern begünstigen. Außerdem erscheint das Verbot der Diskriminierung im Lichte einer dynamischen und evolutionsökonomischen Wettbewerbspolitik, die die Vielfalt der Angebote als besonderen Vorteil versteht, als sinnvoll. Hierfür spricht auch der Umstand, dass im Internet vor allem kulturell geprägte und urheberrechtlich geschützte Güter vertrieben werden. Das Prinzip der Netzneutralität würde hier einen gleichberechtigten Zugang aller Werke zum Internet-Vertrieb eröffnen und damit einen wichtigen Beitrag zur kulturellen Vielfalt im Internet leisten.

31. Was den Ausbau des mobilen Internet betrifft, ist die Problematik des Zugangs zu standardessenziellen Patenten von großer Bedeutung. Hierzu hat jüngst der EuGH im Huawei-Verfahren entschieden, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen solche Patente nach kartellrechtlichen Grundsätzen nutzen darf, nachdem der Patentinhaber seine Bereitschaft erklärt hat, zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden (FRAND)-Bedingungen zu lizenzieren. Wird den Patentinhabern zu starker Schutz gewährt, kann dies den Ausbau der Netze verteuern und verzögern. Da es sich um weltweite technologische Standards handelt, liegt letztlich ein globales Regulierungsproblem vor, das nur mit den Mitteln der nationalen patent- und kartellrechtlichen Regeln gelöst werden kann. Der konkret im Huawei-Verfahren zu entscheidende Rechtsstreit zwischen zwei chinesischen und zudem staatsnahen Unternehmen, die heute zu den fünf weltweit wichtigsten Telekommunikationsausrüstern der Welt gehören, zeigt überdies datenschutzrechtliche und sicherheitspolitische Bedenken auf, die über die kartellrechtliche Beurteilung hinausgehen.

32. Im Hinblick auf die wettbewerbliche Analyse der Geschäftsmodelle der Internet-Plattformen stellt sich die Frage, ob dabei auch dem Aspekt der Nutzung privater Daten besondere Beachtung zu schenken ist. Jedenfalls greift eine Analyse zu kurz, die ausschließlich den Werbemarkt als relevanten Markt mit dem Hinweis anerkennt,

dass nur auf diesem der Leistung des Internetunternehmens auch eine monetäre Gegenleistung gegenübersteht. Der Werbekunde ist gerade nicht an verbessertem Datenschutz des Nutzers auf der anderen Seite des Marktes interessiert. Entsprechend sollte berücksichtigt werden, dass der Nutzer mit der Preisgabe eigener Daten für die Leistungserbringung bezahlt. Wettbewerbspolitisch zu schützen wäre danach der Wettbewerb von Internetunternehmen mit besserem Datenschutz. Freilich ist festzustellen, dass besserer Datenschutz von den Internet-Plattformen gerade nicht als Wettbewerbsparameter eingesetzt wird. Dies führt zur Frage, ob die Nutzer überhaupt in der Lage sind, sich bei der Nutzung der Dienste solcher Plattformen in Bezug auf die Datenpreisgabe ökonomisch rational zu verhalten.

33. Marktmacht von Internetunternehmen kann auch durch das Anhäufen großer Datensätze (Big Data) entstehen. Hier ist noch weitgehend ungeklärt, welche Bedeutung Big Data in der wettbewerblichen Analyse zukommen soll. Naheliegend ist es insbesondere, die Akkumulation von großen Datensätzen in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen.

34. Schließlich bahnt sich im Zuge des Projekts des „Digitalen Binnenmarktes“ ein Paradigmenwechsel in der europäischen Rechtsangleichungspolitik an. Nach den Vorstellungen der Kommission soll gewährleistet werden, dass die europäischen Bürger innerhalb der EU von allen Orten aus in gleicher Weise und unter denselben Bedingungen auf dieselben Inhalte im Internet Zugriff nehmen können. Um dies zu erreichen, wird allein das Verbot von Roaming-Gebühren und des unberechtigten Geoblocking nicht genügen. Zu diskutieren ist auch, ob die bislang nur teilweise oder punktuelle Rechtsangleichung nicht durch stärkere Rechtsvereinheitlichung über Verordnungen ersetzt werden sollte. Im Bereich des Datenschutzes und des Verbrauchervertragsrechts hat die Kommission mit entsprechenden Vorschlägen schon vor einigen Jahren erste Schritte in diese Richtung unternommen. Ob ein ähnlicher Weg auch im Bereich des Urheberrechts eingeschlagen wird, nämlich über die Einführung eines einheitlichen Unionsurheberrechts, bleibt noch abzuwarten. Jedenfalls wird es für das Urheberrecht in den kommenden Jahren ganz entscheidend darauf ankommen, zumindest die in der InfoSoc-Richtlinie nur teilweise harmonisierten Schutzschranken EU-weit einheitlich zu regeln und durchzusetzen.

35. Das europäische Projekt des einheitlichen europäischen Binnenmarktes wirft natürlich die Frage auf, ob angesichts des globalen Charakters des Internet nicht auch das internationale Recht mit einer weiteren Rechtsvereinheitlichung nachziehen muss. Was vor allem den Datenschutz anlangt, erscheint eine Verständigung auf einheitliche Maßstäbe, vor allem mit den USA, sehr notwendig und gleichzeitig denkbar schwierig. Aber auch im Bereich des Urheberrechts muss die Entwicklung weitergehen. Zu fordern ist eine Fortentwicklung des internationalen Urheberrechts weg von einer bloßen Festlegung von Mindestschutzstandards hin zu verbindlichen Schutzschranken. Das Marrakesch-Abkommen aus dem Jahre 2013 in Bezug auf den Zugang von Sehbehinderten zu veröffentlichten Werken deutet an, dass eine solche Entwicklung nicht vollkommen unrealistisch erscheinen muss. Als weiteres und bedeutsames internationales Problem ist die grenzüberschreitende Haftung von Intermediären für Urheberrechtsverstöße zu nennen. Um zu verhindern, dass sich die weltweit strengste nationale Regelung über die Zulässigkeit von Geschäftsmodellen von Intermediären durchsetzt, wäre über eine Reform des Kollisionsrechts und eine Abkehr von der Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip für diesen Fall nachzudenken.

36. Insgesamt zeigt sich, dass die dynamische Entwicklung des Internet das Recht auf allen Regelungsebenen immer wieder vor neue Herausforderungen stellt. Die Regulierung kann sich dabei nicht auf die Verfolgung rein ökonomischer (ordnungspolitischer) Ziele beschränken. Vielmehr sind Ziele unterschiedlichster Art in Bezug auf die aktuellen Herausforderungen miteinander verwoben. Vor allem die demokratiepolitische Forderung nach diskriminierungsfreiem Zugang zu allen legalen Inhalten im Internet tritt sowohl in den USA als auch Europa in Konkurrenz zur ökonomischen Regulierungslogik und führt angesichts explodierender Datenmengen an die Grenzen des technologisch Machbaren. Schließlich weisen die meisten aktuellen Herausforderungen eine enge Verbindung zum Thema des Datenschutzes auf. Lässt sich nicht dauerhaft ausreichender internationaler Datenschutz erreichen, können darunter die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit des Internet und schließlich die weitere Entwicklung der digitalisierten Wirtschaft leiden.

Summary

zum Referat von Prof. Dr. Josef Drexl, München

1. The Internet is not a new phenomenon. The question of how to regulate it has been discussed from a legal perspective for approximately 20 years.
2. From the very beginning there was a conflict between promoting the new freedoms of doing business and information and the need to guarantee the rights and values already accepted for the analogue world in the digital environment as well.
3. Rules for the regulation of the Internet that were adopted at the very beginning have proven to be very stable. Yet there are new technological and economic challenges that may argue in favour of reforming existing rules and devising new ones.
4. On the international level the law of the WTO constitutes the basis for cross-border economic transactions on the Internet, although the WTO agreements were adopted too early to specifically address the challenges of the digital age.
5. Binding international obligations that specifically react to the problems of the Internet were first drafted in the field of copyright. Through EU directives, these rules have also been implemented in the national law of the EU Member States. Due to the digitisation of works and emerging new possibilities of using works, there is a constant need to examine and reassess the balance of interests in copyright law.
6. The Internet also creates challenges for trademark law. Internationally, it is most important to enable firms to use their signs on the Internet without the imminent risk of infringing rights in other states. To address this problem, WIPO has adopted a Recommendation that is taken account of by national courts.
7. As regards intellectual property law, the biggest problem however concerns the enforcement of rights against infringements on the Internet. However, there is also a particular risk that countries will enter into agreements on enforcement that do not take sufficient account of the substantive and procedural rights of alleged infringers. With its refusal to ratify the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) the European Parliament has clearly set the limits to what can be accepted in this regard.
8. Outside of intellectual property law there are hardly any binding international agreements that specifically react to the challenges of the Internet. An exception is the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Transactions of 2005, which has however only been ratified by six states.
9. Yet the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996 and the OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce of 1999 led to the adoption of harmonised legal standards on the national level.
10. Apart from this, international self-regulation also plays an important role in form of the centralised administration of generic Internet domain names through ICANN and the dispute settlement regime linked to it. The latter was able to prove its effectiveness in most recent years. However, this example also shows that self-regulation of the Internet in the field of non-contractual obligations and torts can only work under very specific conditions.

11. There is also a need for adequate dispute settlement mechanisms and special judicial procedures for the solution of cross-border consumer disputes. In this regard, the EU has taken important steps towards online dispute resolution for conflicts relating to online consumer contracts by adopting the ADR Directive and the ODR Regulation in 2013. Judicial protection for consumers in the cross-border context is further facilitated by the European Small Claims Regulation.

12. Yet most legal issues on the Internet are regulated by national law. Therefore, private international law plays a major role in Internet-related cases. To some extent, namely, as regards consumer contracts, there has also been a need to adjust existing conflict rules to the situation of electronic commerce.

13. The Internet also presents challenges in the field of international jurisdiction. As regards infringements of personality rights, the CJEU, based on the jurisdiction of the courts in the country of infringement under the Brussels I Regulation, has empowered victims to claim full compensation without territorial restriction before the national courts of the plaintiff's residence. In contrast, as regards infringements of intellectual property rights, the right-holder can only claim damages in the country of residence based on this jurisdiction for the harm that the right-holder has suffered in this country.

14. Use of works on the Internet can lead to parallel infringement of the copyrights in a great number of jurisdictions. Accordingly, there is the challenge that courts seized by the plaintiff may have to apply the law of a multitude of states (so-called mosaic approach). This is why, in cases of ubiquitous infringements of IP rights on the Internet, some scholars nowadays propose to replace the application of the different laws of the country of protection by the application of the law of the closest connection.

15. The need to take into account a multitude of national laws also arises in the context of licensing copyrights for worldwide digital use of works on the Internet, for instance, in the form of music webcasting by Internet radio stations. Since the rights are typically administered by national collective rights management organisations (CMOs), it would be for these CMOs to organise a system for the grant of multi-state licences. To promote such a system, the EU legislature has most recently adopted new rules as part of the Collective Rights Management Directive 2014/26, which, however, still need to prove that they will be sufficiently effective.

16. On the EU level, the Electronic Commerce Directive of 2000 pursues a balance between promoting the new freedoms of doing business and of information and the need to protect specific rights and interests in the digital environment. For this purpose, the Directive liberalises cross-border economic commerce based on the country-of-origin principle. Yet the Directive also exempts important fields of regulation from this principle; these fields of law are only harmonised to some degree by other directives. Hence, it is still national law of the country of access to the Internet that applies in such fields. In addition, the Electronic Commerce Directive promotes new business models on the Internet by limiting or even excluding liability in favour of certain groups of Internet service providers.

17. In addition, the EU promotes the digital sector through the Public Sector Information (PSI) Directive, which, in its revised version, creates an obligation of the Member States to license the commercial re-use of publicly held information to private firms that intend to provide added-value information services to customers.

18. In the field of copyright law, the Information Society Directive has not led to sufficient harmonisation as regards the Internet. The most important deficiency relates to the lack of full harmonisation of the exceptions and limitations.

19. Moreover, harmonisation in the field of data protection also remains unsatisfactory. The new firms of the Internet economy that heavily rely on the use of personal data are only under an obligation to respect the rules of the Data Protection Directive of 1995, which could not yet take account of such new business models.

20. In general, European regulation of the Internet runs the risk of addressing issues of a global dimension from a perspective of the internal market of the EU. Yet it is perfectly legitimate to request firms of the Internet economy based in third states such as the US to respect European legal standards such as in the field of data protection. But the Eurocentric approach fails where European firms are, as in the case of multi-territorial licencing of copyrights for online use of works, in need of solutions that enable them to act globally.

21. New challenges for cross-border liberalisation of electronic commerce arise from the fact that firms are nowadays able to “re-nationalise” the Internet by means of geoblocking. However, geoblocking is not per se illegitimate. It can even be very useful as a means to help firms to limit the implementation of territorially limited injunctions in cases where conduct on the Internet only violates the law of some countries but not of others.

22. The Internet leads to a change of paradigm from the industrial society to the information society. Further technological developments continue to change the way we use the Internet and, thereby, also change the information society. Whereas the Internet was first used as a private and commercial communication platform and was then also used as a channel for the distribution of digital goods, in the near future, it will evolve into an “Internet of things”.

23. Since this evolution of the Internet will lead to an explosion of the volume of data to be processed over the Internet, it will be of utmost importance to provide society with high-performance telecommunications networks. This corresponds to the need to maintain competitiveness of the domestic economy in the digital era and the desire of citizens to have powerful Internet access from wherever they are. However, building up broadband landline networks as well as mobile phone networks on the basis of the most recent generation of mobile phone technology requires considerable investments.

24. In parallel with ubiquitous availability of mobile Internet access, society claims unrestricted access to all legal content that is available on the Internet. Such a claim would be implemented by regulation that follows the principle of net neutrality, which guarantees non-discriminatory transmission of all data with a view to safeguarding freedom of information on the Internet. The principle of net neutrality would prevent the operators of networks from charging content providers for privileged transmission. Accordingly, the principle of net neutrality may well conflict with the interest in rapid expansion and development of broadband networks based on private investment.

25. Another new technological development relates to the phenomenon of cloud computing. Cloud computing allows for the outsourcing of hardware and software to service providers on the Internet. The development of cloud computing promotes the interconnection of networks by enabling the user to access her data from any place and

from any end device. Yet cloud computing also increases the volume of data transported over the Internet and presents new challenges as regards the protection of personal data on the Internet across borders, since it is by no means foreseeable in which country the data will be stored. Hence, key to the economic success of cloud computing services will be the guarantee of a sufficient level of international protection of personal data and data security.

26. The “Internet of things” will bring about full network integration of intelligent products used in daily life and, thereby, lead to the emergence of many new business models that can hardly be foreseen at this moment. In particular, the Internet of things will constitute the backbone infrastructure for operating autonomous, i.e. driverless, vehicles.

27. New digital business models such as for the operation of search engines, auction platforms and social networks have led to the emergence of internationally active firms of considerable size and financial and market power. Many of these business models rely on the use of personal data, which is provided by the user in the context of using the service. Such services, such as Google’s search engine, are typically financed by income from advertising. Direct and indirect network effects explain why in such new markets the firm that manages to generate most attraction for users will typically prevail over competitors. Accordingly, these new digital markets demonstrate a tendency towards monopolisation.

28. The abovementioned current challenges cannot exclusively be addressed from an economic perspective. Rather, there may be conflicts with non-economic goals and values such as the guarantee of the freedom of information, the guarantee of a sufficient degree of data protection or security policy concerns. However, when it comes to the justification of regulatory measures in the digital sector, an economic analysis should be conducted as a first step. This analysis may well reveal that the results of the economic analysis will not conflict with other concerns and that, consequently, an additional balancing will not even be needed.

29. As regards selecting the appropriate measure for regulating the Internet, measures of different intensity of intervention are to be distinguished. On the lowest level, measures that promote economic business activity on the Internet will always be acceptable. On the next level, we can identify measures of intervention that react to a particular market failure. Such measures include those that protect competition on the Internet. On the last level, if it is not possible to find an economic justification for intervention, the question remains whether conflicting non-economic policy goals can justify intervention.

30. A most important current challenge concerning the regulation of the Internet relates to the recognition of the principle of net neutrality. Economic considerations seem to argue against net neutrality and leaving the regulation of the transmission of data to the price mechanism of the market. But there are also economic arguments that can support a decision in favour of net neutrality. Of course, charging a price for the transmission of data would lead to a co-financing of the broadband telecommunication infrastructure by the big, financially very strong firms that benefit most from the Internet. But this would even more increase their market power as compared to financially weaker competitors that would not be able to pay comparable prices. Moreover, the prohibition of discrimination also seems to make economic sense in the light of a dy-

dynamic competition policy based on evolutionary economics. The Internet is to a large extent used for the distribution of cultural goods that are often protected by copyright. With regard to such products, net neutrality would guarantee equal access of all works to the Internet as a distribution channel and thereby promote cultural diversity.

31. As regards the expansion and development of mobile Internet access, the issue of access to standard-essential patents (SEPs) is of utmost importance. In the Huawei case, the CJEU has just decided on the conditions under which, pursuant to EU competition law, a firm may use SEPs after a declaration of the SEPs owner's willingness towards the relevant standard-setting organisation to license at fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms. If patent courts provide too much protection to such SEPs, the expansion and development of mobile phone networks based on the most advanced mobile phone technology might become more expensive and might be delayed. Since such technological standards are implemented internationally, this issue is one of global regulation, which nevertheless has to be addressed based on the rules of national patent and competition law. Moreover, the concrete conflict in Huawei, involving two Chinese firms that started as state-owned enterprises and that are nowadays among the five globally most important telecommunication equipment providers, also raises data protection and security policy concerns that go beyond a typical competition law assessment.

32. As regards the competition law assessment of the business models of Internet platforms, the question arises whether particular attention should be given to the use of private data. Indeed, an assessment that only focuses on the protection of competition in the advertising market based on the argument that only advertising customers are engaged in an economic transaction by paying for the service they receive, appears too short-sighted. Since advertising customers have no interest whatsoever in higher standards of data protection, the fact that users of the service on the other side of the platform "pay" with personal data would not be taken into account by focusing the analysis of such cases only on the advertising market. From a competition law perspective, the challenge consists in protecting competition by higher standards of data protection. But operators of Internet platforms usually do not rely on data protection as a parameter of competition. This leads to the question whether the users of such platforms are able to act rationally as regards the disclosure of private data when making use of the relevant platform services.

33. Market power of firms of the Internet economy can also arise from the accumulation of large stocks of personal and other data (so-called "big data"). In this regard it still remains rather unclear which role big data has to play in the framework of applying competition law. To take account of the accumulation of large stocks of data seems most needed in the context of merger control.

34. Furthermore, as part of the project of establishing a "Digital Single Market", the EU seems to move towards a paradigm shift as regards its approach to harmonising the law of the Member States. The Commission strives to guarantee equal access of all citizens to the same content on the Internet from any place within the EU. To achieve this it will not suffice to implement a prohibition on roaming fees and illegitimate geoblocking. The question is also whether existing harmonisation of national laws through directives will need to be replaced by uniform legal standards based on regulations. In the fields of data protection and consumer contract law the Commission already submitted

respective proposals some years ago. Whether the Commission will move in the same direction in the field of copyright law, namely, by adopting a system of unitary copyright protection, still needs to be seen. In the upcoming years, the Commission will at least have to face the challenge to further harmonise the exceptions and limitations to copyright protection in order to move closer to the ideal of the Digital Single Market.

35. The European project of a Digital Single Market also raises the question of whether, in the light of the global character of the Internet, more harmonisation is also needed internationally. As regards data protection, an agreement on higher standards of protection with the United States is most needed, but at the same time extremely difficult to achieve. In the field of copyright law as well, additional advances are needed. Most importantly, international copyright law should move away from only fixing minimum standards of protection to including mandatory exceptions and limitations. The conclusion of the Marrakesh Agreement to Facilitate Access to Published Works for Visually Impaired People in 2013 indicates that such a development is not totally unrealistic. Another important international issue relates to cross-border liability of Internet intermediaries for copyright infringements. In order to prevent the most restrictive national approach from determining the availability of the business models of Internet intermediaries, a discussion is needed on a departure from the application of the different laws of the country of protection in favour of the law of the country with which the business model has the closest connection.

36. In sum, it is to be noted that the dynamic development of the Internet constantly produces new challenges on all levels of international, supranational (European) and national regulation. Regulation cannot and should not only follow an economic rationale. Quite the contrary, diverse policy goals are closely intertwined when it comes to identifying regulatory responses to these new challenges. It is above all the democratic claim for equal access to all legal content available on the Internet both in the United States and the EU that concurs with the economic approach to regulation. Yet, in the light of exploding data on the Internet, this claim may also encounter insurmountable technological capacity constraints in the future. Moreover, most of the current challenges demonstrate a close connection with the issue of data protection. If it is not possible to guarantee sufficient international protection of personal data, this may well impair future acceptance and effective functioning of the Internet as well as the further development of the digital economy.

Cybersecurity

Von Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Universität Würzburg

- A. Empirische Diagnose: Das Bedrohungspotential im Cyberspace
 - B. Terminologische Abgrenzungen: Cybersecurity als Gegenwehr zu schädlichen Cyberoperationen
 - I. Definition der Cybersecurity
 - II. Varianzen von Cyberoperationen und ihre systemischen Gemeinsamkeiten
 - 1. Nicht-intrusive und intrusive Cybermethoden
 - 2. Strukturbedingte Eigenheiten von Cyberoperationen
 - C. Rechtlicher Befund: Anwendbare Rechtsregeln im Bereich der Cybersecurity
 - D. Therapiemöglichkeiten *de lege lata et ferenda*: Sicherheitsmechanismen im Cyberspace
 - I. Defensive Abwehrmaßnahmen
 - 1. Selbstverteidigung und gewaltfreie Gegenmaßnahmen
 - 2. Zurechnungsfragen bei defensiven Abwehrmaßnahmen
 - 3. Beweisstandards im Recht defensiver Abwehrmaßnahmen
 - II. Offensiv-präventive Sicherheitsmaßnahmen
 - 1. Entwicklungs- und Einsatzverbot für Cyberoperationen?
 - 2. Vorsorge- und Sorgfaltspflichten der internationalen Staatengemeinschaft
 - E. Synthese und Fazit: Das internationale Recht der Cybersecurity als Querschnittsmaterie
- Thesen
Summary

A. Empirische Diagnose: Das Bedrohungspotential im Cyberspace

„*In the 21st Century, bits and bytes can be as threatening as bullets and bombs*“ Diese Feststellung des ehemaligen US Deputy Secretary of Defense *William J. Lynn*¹ ist nicht dem Genre der „*Science fiction*“ zuzuordnen. Vielmehr sind die Bedrohungen durch Computernetzwerkoperationen in der realen Welt angekommen und offenbaren eine bislang präzedenzlose systemische Verwundbarkeit hochtechnologisierter Staaten. Die Anzahl der bekannt gewordenen Cyberangriffe hat in den letzten Jahren exponentiell zugenommen.

So war im Frühjahr 2007 Estland über drei Wochen Ziel zahlreicher internetgestützter Attacken auf seine Informationssysteme, nachdem die Bronzestatue eines Soldaten der Roten Armee von einem zentralen Platz auf den Militärfriedhof von Tallinn verlegt worden war.² Webseiten von Staatsorganen und Nachrichtenportalen wurden mit pro-russischen Parolen manipuliert (sog. *Defacement*), und Server von Banken und Tele-

* *In memoriam patris mei.*

1 Remarks on the Department of Defense Cyber Strategy, As Delivered by Deputy Secretary of Defense *William J. Lynn, III*, vom 14.7.2011, <http://www.defense.gov/speeches/speech.aspx?speechid=1593>.

2 Näher dazu etwa *T. Keber/P.N. Roguski*, Ius ad bellum electronicum?: Cyberangriffe im Lichte der UN-Charta und aktueller Staatenpraxis, AVR 49 (2011), S. 399 (401).

fonschaltzentralen wurden durch sog. *Distributed Denial of Service*-Attacken³ überlastet und zum Absturz gebracht.⁴ Die Angriffe erzielten einen hohen ökonomischen Wirkungsgrad, da Estland zu den am höchsten technologisierten Ländern der Welt gehört.⁵ Bis heute ist allerdings unklar, wer die Cyberoperationen zu verantworten hat. Eine Beteiligung russischer staatlicher Stellen konnte nicht nachgewiesen werden.⁶

Zu Cyberoperationen kam es auch 2008 im Zusammenhang mit der militärischen Auseinandersetzung zwischen Russland und Georgien und jüngst im Jahre 2014 im Kontext des Ukraine-Konflikts. Die Angriffe bestanden, ähnlich wie bei Estland, aus Manipulationen von georgischen und ukrainischen Regierungswebseiten sowie aus *Distributed Denial of Service*-Attacken auf Server staatlicher Behörden wie privater Unternehmen.⁷ Auch hier konnten die Urheber nicht zweifelsfrei bestimmt werden; Indizien deuteten aber auf eine Beteiligung russischer patriotischer Hacker hin.⁸ Da Georgien und die Ukraine nicht in gleichem Maße informatisiert sind wie Estland, hielten sich die Auswirkungen der Cyberattacken auf das Wirtschaftsleben in Grenzen. Allerdings schwächten sie die Informationspolitik der betreffenden Regierungen in kritischen Phasen des bewaffneten Konflikts.⁹

Für große Aufmerksamkeit sorgte im Juni 2010 die Entdeckung des Computerwurms *Stuxnet*. Das hochentwickelte Schadprogramm infizierte zahlreiche Computer weltweit. Es verursachte aber vor allem – auch physische – Störungen in Nuklearzentrifugen der Urananreicherungsanlage in *Natanz*,¹⁰ weshalb Vermutungen geäußert wurden, es habe sich um eine gezielte Operation gegen den Iran gehandelt.¹¹ Wegen der hohen

3 Bei *Denial of Service*-Attacken wird das Zielsystem mit einer großen Anzahl von Befehlen über mit Schadsoftware infiltrierte Rechner angesteuert, was schließlich für dessen Absturz aufgrund von Überlastung sorgt, vgl. Ch. Stelter, Gewaltanwendung unter und neben der UN-Charta, 2007, S. 31. Von *Distributed Denial of Service*-Attacken spricht man, wenn mehrere Computersysteme für die Attacken benutzt werden, vgl. S. Gaycken, Cyberwar: Das Internet als Kriegsschauplatz, 2011, S. 233.

4 Einzelheiten hierzu bei S.J. Shackelford, From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law, Berkeley Journal of International Law 27 (2009), S. 192 (206 f.); S. Herzog, Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses, Journal of Strategic Security 4 (2011), S. 49 (50 f.).

5 Keber/Roguski (Fn. 2), S. 402. Näher E. Tikk/K. Kaska/L. Vihul, International Cyber Incidents: Legal Considerations, 2010, S. 16 f.

6 Man vermutet, dass sog. „patriotische Hacker“ die Angriffe über rund 85.000 *Botnets* (*robot networks*) aus etwa 170 Staaten steuerten, vgl. H.A. Harrison Dinniss, Cyber Warfare and the Laws of War, 2012, S. 15.

7 Zum Georgien-Konflikt vgl. etwa M.E. O’Connell, Cyber Security Without Cyber War, Journal of Conflict & Security Law 17 (2012), S. 187 (193); zum Ukraine-Konflikt vgl. G. Boulet, Cyber Operations by Private Actors in the Ukraine-Russia Conflict: From Cyber War to Cyber Security, ASIL Insights Vol. 19, Issue 1 vom 7.1.2015.

8 So wurden die bei dem Angriff auf die georgischen Regierungswebseiten benutzten *Botnets* offenbar über einen russischen Server gesteuert, vgl. Ch. Czosseck, State Actors and their Proxies in Cyberspace, in: K. Ziolkowski (Hrsg.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace, 2013, S. 1 (15).

9 Vgl. O. Theiler, Cyber-Defense als Herausforderung für die NATO: Angemessene Bedrohungsabwehr oder Umgang mit einem ‚Scheinriesen‘?, in: R. Schmidt-Radefeldt/Ch. Meissler (Hrsg.), Automatisierung und Digitalisierung des Krieges, 2012, S. 130 (136). Im Konflikt zwischen Israel und Palästina 2014 wurden offenbar ebenfalls Cyberoperationen eingesetzt, um die Informationspolitik des Gegners zu stören, vgl. M.N. Schmitt, The Notion of ‚Objects‘ During Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive and Applicative Precision, Israel Law Review 48 (2015), S. 81 (81).

10 Zu den Ereignissen näher etwa K. Ziolkowski, Stuxnet – Legal Considerations, HuV-I 2012, S. 139 (140); R. Buchan, Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?, Journal of Conflict & Security Law 17 (2012), S. 211 (220 f.).

11 Vgl. H. Krieger, Krieg gegen anonymous: Völkerrechtliche Regelungsmöglichkeiten bei unsicherer Zurechnung im Cyberwar, AVR 50 (2012), S. 1 (2).

Komplexität des Programmes, das vermutlich über einen von menschlicher DNA befreiten USB-Stick in die Computernetzwerke eingeschleust worden war,¹² nimmt man an, dass die Operation auf einen staatlichen Akteur zurückzuführen ist, wobei Spekulationen zur Urheberschaft von den USA über Israel bis nach China reichen.¹³

Die Liste schädlicher Cyberoperationen lässt sich bis in die jüngste Vergangenheit fortsetzen.¹⁴ Ende November 2014 infizierte etwa eine Hackergruppe das Computersystem von „Sony Pictures“ mit einem aggressiven Virus und kopierte sensible Firmenunterlagen. Die US-Filmtochter des japanischen Konzerns hatte ursprünglich geplant, zu Weihnachten eine Satire über fiktive CIA-Pläne zur Ermordung des nordkoreanischen Staatschefs *Kim Jong-un* in die Kinos zu bringen. Nachdem die Hacker mit Anschlägen auf die Theater drohten, in denen der Film gezeigt werden sollte, verschob „Sony Pictures“ die Filmpremiere um einige Wochen.¹⁵ Bei der Datenspionage wurden Schadprogramme eingesetzt, die eine Beteiligung des nordkoreanischen Geheimdienstes nahelegen. Die nordkoreanische Regierung hat die Operation im Anschluss zwar begrüßt, ihre Urheberschaft aber vehement in Abrede gestellt.¹⁶

B. Terminologische Abgrenzungen: Cybersecurity als Gegenwehr zu schädlichen Cyberoperationen

I. Definition der Cybersecurity

Keine der erwähnten Cyberangriffe hat bislang nachhaltige Verwerfungen im internationalen Sicherheitssystem oder gar einen bewaffneten Konflikt ausgelöst. Dennoch zeigen die Beispiele, dass von den – in ihren Wirkungen durchaus unterschiedlichen – Operationen ein hohes Bedrohungspotential für die internationale Stabilität ausgeht,¹⁷ dem sich das Recht stellen muss. Welche zulässigen defensiven und präventiven Abwehrmechanismen gegen Computernetzwerkoperationen bestehen, ist die zentrale Frage der Cybersecurity. Diese lässt sich als Internetsicherheit begreifen und meint im Bereich des Völkerrechts vor allem die Sicherheit gegen schädliche Cyberangriffe von außen.¹⁸ Überschreiten Informationsattacken die Schwelle eines bewaffneten Angriffs,

12 Hierzu *J.P. Farwell/R. Rohozinski*, Stuxnet and the Future of Cyber War, Survival: Global Politics and Strategy 53 (2011), S. 23 (24).

13 Vgl. nur *Gaycken* (Fn. 3), S. 175 f.

14 Eine Auflistung von Computernetzwerkoperationen zwischen 1982 und 2010 findet sich bei *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 281-292. Jüngere Cyberoperationen ab 2011 werden referiert bei *E.T. Jensen*, Cyber Deterrence, Emory International Law Review 26 (2012), S. 773 (775-777). Die bis dato (Mai 2015) letzte große Cyberattacke, von der breitflächig berichtet und die mutmaßlich von islamistischen Hackern durchgeführt wurde, fand am 9.4.2015 auf den französischen Fernsehsender „TV 5“ statt, vgl. SZ vom 10.4.2015, S. 2.

15 Zum Vorstehenden vgl. FAZ vom 19.12.2014, S. 11; sowie z.B. FAZ-online vom 25.12.2014 „The Interview“ ist zu sehen, Obama zufrieden“, „Kinobesucher strömen zu ‚The Interview‘“.

16 Nordkorea ist am 22./23.12.2014 selbst Opfer einer *Distributed Denial of Service*-Attacke geworden, hinter der man die USA vermutet, vgl. FAZ vom 24.12.2014, S. 5 und S. 21; dazu auch *T. Rodenhäuser*, Skirmishes in cyber space and the notion of ‚attack‘ under international law, BOFAXE Nr. 463E vom 16.1.2015.

17 Weitsichtig bereits *A.K. Cebrowski*, CNE and CNA in the Network-Centric Battlespace: Challenges for Operators and Lawyers, in: M.N. Schmitt/B.T. O'Donnell (Hrsg.), Computer Network Attack and International Law, 2002, S. 1 (1).

18 Zur Problematik des nicht-internationalen Cyberkonflikts und der Gefahren durch innerstaatliche Cyberoperationen eingehend *R. Geiß*, Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts, International Law Studies 89 (2013), S. 627 ff.

rücken zudem die Schlagworte „Cyberwar“ und „Cyberwarfare“ in das Blickfeld;¹⁹ nicht von ungefähr sind beide Begriffe mittlerweile dominierende Bestandteile sicherheitspolitischer Diskussionen in verschiedenen Staaten. Dabei wird der Ausdruck „Cyberwar“ teilweise extensiv verstanden und soll jedwede missbräuchliche Nutzung von Zugangsdaten im transnationalen Verkehr umfassen.²⁰ Einer derart ausufernden Verwendung des Begriffs „Informationskrieg“ kann indes nicht beigepröflichtet werden. Von „Cyberwar“ ist nur zu sprechen, wenn informationstechnische Operationen einen bewaffneten Konflikt zwischen Staaten hervorrufen oder als Angriffe im Rahmen eines solchen vorgenommen werden.²¹ Fehlt es hieran, bleiben die statthaften Reaktionsmöglichkeiten auf gewaltfreie Mittel beschränkt, die freilich ebenfalls dem Anwendungsfeld der Cybersicherheit zuzurechnen sind.²² Agieren, wie häufig, nicht-staatliche Akteure, werden Fragen nach der Zurechnung privaten Handelns aufgeworfen, die sich teilweise mit der Problematik des „Cyberterrorism“ und des „Cybercrime“ überschneiden²³ und deren Beantwortung für die Konturierung der Internetsicherheit von eminenter Bedeutung ist.

II. Varianzen von Cyberoperationen und ihre systemischen Gemeinsamkeiten

1. Nicht-intrusive und intrusive Cybermethoden

Die terminologischen Abgrenzungsprobleme erschöpfen sich nicht in den genannten Schlagworten, sondern erstrecken sich auch auf die verwendeten Cybertechniken, die in mannigfaltigem Gewande auftreten und in ihren variantenreichen Konsequenzen kategorisierungsbefürftigt sind.

Sieht man von bloßen computerimmanenten Funktionsstörungen ab, lassen sich im Wesentlichen nicht-intrusive und intrusive Operationsmethoden unterscheiden.²⁴ Nicht-intrusive Cybermethoden dringen nicht in das Computersystem ein, sondern verringern oder unterbinden dessen Funktionsfähigkeit, was etwa bei den *Denial of Service*-Angriffen auf die estnischen Server der Fall war. Auch im Georgien- und im Ukraine-Konflikt fanden nichtintrusive Taktiken der Cyberkriegführung Anwendung; sog. „flood attacks“ zielten darauf, die Computerkommunikation des Gegners lahmzulegen.²⁵

19 Dazu z.B. *M.N. Schmitt*, *Wired warfare: Computer network attack and jus in bello*, *International Review of the Red Cross* 84 (2002), S. 365 (367 f.); *J.-Ch. Woltag*, *Cyber Warfare*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, 2012, S. 988, Rn. 2.

20 So etwa *W.G. Sharp Sr.*, *Cyberspace and the Use of Force*, 1999, S. 130 f.; *A. Melnitzky*, *Defending America Against Chinese Cyber Espionage Through the Use of Active Defenses*, *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 20 (2012), S. 537 (566).

21 Zutreffend *M.N. Schmitt*, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), S. 885 (891). Vgl. auch *Krieger* (Fn. 11), S. 1.

22 Vgl. *L.R. Blank*, *International Law and Cyber Threats from Non-State Actors*, *Israel Yearbook on Human Rights* 43 (2013), S. 111 (137 ff.).

23 Ähnlich *Ch. Lülf*, *International Humanitarian Law in Times of Contemporary Warfare – The New Challenge of Cyber Attacks and Civilian Participation*, *HuV-I* 2013, S. 74 (76). Unscharf hingegen *W. Banks*, *The Role of Counterterrorism Law in Shaping ad Bellum Norms for Cyber Warfare*, *International Law Studies* 89 (2013), S. 157 (159 ff.).

24 Vgl. *Keber/Roguski* (Fn. 2), S. 405. Eine etwas andere Kategorisierung nimmt *Schmitt* (Fn. 21), S. 892 f., vor.

25 Zum Georgien-Konflikt vgl. *M.N. Schmitt*, *Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues*, in: R.A. Pedrozo/D.P. Wollschlaeger (Hrsg.), *International Law and the Changing Character of War*, 2011, S. 89 (89 f.).

Intrusive Angriffsmethoden greifen hingegen auf ein informationstechnisches System gezielt zu. Dies kann einerseits mittels *Spyware* geschehen, um Daten mithilfe aufgezeichneter Passwörter auszuspionieren;²⁶ ein solcher „Datenklau“ stand beim Angriff auf „*Sony Pictures*“ im Vordergrund. Andererseits können intrusive Methoden durchgeführt werden, um das Computersystem mit Viren oder anderer *Malware* (*malicious software*) zu infiltrieren und dadurch die entsprechenden Steuerungssysteme zu verändern oder zu löschen.²⁷ Dazu werden verschiedene Techniken verwendet, die in Intensität, Komplexität und Wirkungsspektrum variieren.²⁸ So bedürfen manipulative *Defacement*-Angriffe auf Webseiten keiner herausragenden Expertise oder großer Ressourcen. Die erforderlichen „*hacking tools*“ sind im Internet frei auffindbar und können von technisch versierten Personen von irgendeinem alltäglichen Computer an einem beliebigen Ort zu Angriffen auf Zielsysteme verwendet werden.²⁹ Technisch anspruchsvoll und auf erhebliche personelle und finanzielle Mittel angewiesen sind indes Erstellung und Verwendung von komplexer Schadsoftware, wie sie etwa beim Computervirus *Stuxnet* zur Anwendung gelangte.³⁰

Auch die Konsequenzen von Computernetzwerkoperationen sind vielfältig. Sie bleiben intrinsisch, wenn etwa Daten eines Computers schlicht ausgespäht werden; man spricht von Cyberspionage oder einer „*Computer Network Exploitation*“.³¹ Werden Daten von kritischen Infrastruktursystemen wie der Energie- und Wasserversorgung, der Verkehrssicherheit oder von Rettungsdiensten³² indes umfunktioniert oder gelöscht, zeitigt dies regelmäßig netzexterne Wirkungen, die im Extremfall destruktive Folgen für Sachwerte und Leib und Leben haben können. Dieser Vorgang wird als „*Computer Network Attack*“ definiert,³³ der bei Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle mit dem Begriff des „Cyberwar“ weitgehend identisch ist.³⁴

26 Zu sog. *Spyware* zählen etwa „*Sniffers*“ oder „*Backdoors*“, dazu näher *Stelter* (Fn. 3), S. 31.

27 Vgl. *J. Barkham*, *Information Warfare and International Law on the Use of Force*, *New York University Journal of International Law & Politics* 34 (2001), S. 57 (62 f.)

28 Zur Vielfalt der Techniken näher *Gaycken* (Fn. 3), S. 215 ff.

29 *Keber/Roguski* (Fn. 2), S. 405; eingehend hierzu *M. Maybaum*, *Technical Methods, Techniques, Tools and Effects of Cyber Operations*, in: *Ziolkowski* (Fn. 8), S. 103 (130 ff.).

30 Die gezielte Programmierung des Computervirus für einen bestimmten Industrieanlagentyp belegt, dass der Angreifer über einen hohen informationstechnologischen Wissensstand verfügt haben muss, vgl. *F.W. Kriesel/D. Kriesel*, *Cyberwar – relevant für Sicherheit und Gesellschaft? Eine Problemanalyse*, in: *Schmidt-Radefeldt/Meissler* (Fn. 9), S. 117 (127).

31 Vgl. z.B. *D.T. Kuehl*, *Information Operations, Information Warfare, and Computer Network Attack*, in: *Schmitt/O'Donnell* (Fn. 17), S. 35 (44); *J. Goldsmith*, *How Cyber War Changes the Laws of War*, *EJIL* 24 (2013), S. 129 (130).

32 Welche Infrastruktur als kritisch anzusehen ist, liegt grundsätzlich im Ermessen des betroffenen Staates, vgl. *M. Roscini*, *World Wide Warfare – Jus ad bellum and the Use of Cyber Force*, *MPYUNL* 14 (2010), S. 85 (117 f.). Eine verbindliche Begriffsklärung findet sich lediglich in Art. 2 lit. a der Richtlinie 2008/114/EG vom 8.12.2008, *ABl. EU* 2008, L 345, S. 75.

33 Vgl. früh schon *L.G. Downs, Jr.*, *Digital Data Warfare, Using Malicious Computer Code as a Weapon*, in: *M.A. Somerville* (Hrsg.), *Essays on National Strategy*, 1996, S. 43 (49 f.). Aus jüngerer Zeit vgl. etwa *M.C. Waxman*, *Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4)*, *The Yale Journal of International Law* 36 (2011), S. 421 (422).

34 Dazu z.B. *H. Lin*, *Cyber Conflict and International Humanitarian Law*, *International Review of the Red Cross* 94 (2012), S. 515 (518 f.).

2. Strukturbedingte Eigenheiten von Cyberoperationen

Ungeachtet ihrer unterschiedlichen Arten und Ausprägungen gibt es auch Gemeinsamkeiten, die allen Cyberoperationen strukturell anhaften. Dabei lassen sich im Wesentlichen sieben systemische Eigenheiten herauskristallisieren, die die bestehenden völkerrechtlichen Grundregeln und -prinzipien herausfordern.

Computernetzwerkoperationen verbleiben nie in einem virtuellen Sonderraum, sondern treffen immer, schon allein wegen der erforderlichen Hardware, auf ein territorial fassbares Raumkonzept.³⁵ Die dezentrale, ubiquitäre Struktur des Internets und die Mobilität globaler Datenübertragungen führen aber zu Jurisdiktionsüberlappungen zwischen mehreren Staaten.³⁶ Dies erschwert, erstens, die einzelstaatliche Governance; durch die Verknüpfung der globalen Informationsinfrastrukturen entsteht ein transnationaler Gefahrenverbund, der alle hochentwickelten Staaten umfasst.³⁷

Jede Art von Schadsoftware führt, zweitens, bloß zu mittelbaren Verwerfungen in der analogen Welt. Direkt betreffen Cyberoperationen nur die anvisierten Computersysteme. Erst in weiteren Schritten, die je nach eingesetzter *Malware* entweder in enormer Schnelligkeit oder wie bei „logischen Bomben“ mittels programmierter Zeitverzögerung stattfinden,³⁸ können reale Objekte oder Personen Schaden erleiden.³⁹ Diese amorphe Wirkungsstruktur ruft Zweifel an der Vergleichbarkeit von Cyberangriffen mit den herkömmlichen Anwendungsfällen des Interventions- und des Gewaltverbots hervor.⁴⁰

Eng damit verbunden ist, drittens, die weltweite Nutzung und Ausrichtung der Informationstechnologie. Computernetzwerkangriffe erfolgen unabhängig von territorialen Grenzen. Zumindest bergen alle Angriffe auf Computersysteme wegen der sog. Netzneutralität, also der gleichberechtigten Übermittlung von Daten im Internet, das Risiko, technisch nicht begrenzbare ubiquitär-simultane Wirkungen zu zeitigen.⁴¹ Herausgefordert werden damit nicht nur die Regelungskomplexe des *ius ad bellum* und des *ius*

35 Darin besteht Einigkeit, vgl. nur *T. Scassa/R.J. Currie*, New First Principles? Assessing the Internet's Challenges to Jurisdiction, *Georgetown Journal of International Law* 42 (2011), S. 1017 (1079); *K. Ziolkowski*, General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace, in: dies. (Fn. 8), S. 135 (162); *B. Pirker*, Territorial Sovereignty and Integrity and the Challenges of Cyberspace, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 189 (191 f.); *L. Liles*, The Civilian Cyber Battlefield: Non-State Cyber Operators' Status Under the Law of Armed Conflict, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 39 (2014), S. 1091 (1109). Auch das Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (hrsg. v. M.N. Schmitt, CUP 2013), Regel 1 Rn. 5 (S. 16), folgt dieser Sichtweise.

36 Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 2 Rn. 9 (S. 20 f.); vgl. auch *W. Heintschel von Heinegg*, Cyberspace – Ein völkerrechtliches Niemandsland?, in: Schmidt-Radefeldt/Meissler (Fn. 9), S. 159 (168 f.).

37 *S. Hobe*, Cyberspace – der virtuelle Raum, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band XI, 3. Aufl. 2013, § 231 Rn. 11.

38 Dazu etwa *A. Dietz*, Der Krieg der Zukunft und das Völkerrecht der Vergangenheit, *DÖV* 2011, S. 465 (471).

39 Vgl. *M. Roscini*, Cyber Operations and the Use of Force in International Law, 2014, S. 52 f., 169 f.; ähnlich bereits *D.B. Silver*, Computer Network Attack as Use of Force Under Article 2(4) of the United Nations Charter, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 73 (90).

40 Ähnlich *J.-Ch. Woltag*, Cyber Warfare, Military Cross-Border Computer Network Operations under International Law, 2014, S. 150 f.

41 Vgl. *M.N. Schmitt*, Computer Network Attack: The Normative Software, *Yearbook of International Humanitarian Law* 4 (2011), S. 53 (80 f.); *Ch. C. Demchak*, Economic and Political Coercion and a Rising Cyber Westphalia, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 595 (601 f.).

in bello,⁴² sondern letztlich die Grundprinzipien der zwischenstaatlichen Beziehungen, die wesentlich auf territorialer Souveränität aufbauen. Die im Wortsinne entgrenzende Wirkweise des Internets relativiert die grenzziehende Wirkung der Gebietshoheit.⁴³ Die rasante Schnelligkeit oder, umgekehrt, die automatisierte Zeitversetzung, mit der sich Datenpakete durch Raum und Zeit bewegen, mag zudem zu Akzentverschiebungen bei der vorbeugenden Gegenwehr führen.⁴⁴

In der Regel werden hochkomplexe Angriffe auf Computernetzwerke von staatlichen Akteuren ausgehen, da hierfür erhebliche Ressourcen erforderlich sind.⁴⁵ Nicht ausgeschlossen ist aber, dass, viertens, auch nichtstaatliche Akteure Cyberoperationen durchführen, die sicherheitspolitische Risiken hervorrufen.⁴⁶ Wie erwähnt erfordern *Defacement*- und *Denial of Service*-Angriffe keinen großen technologischen Aufwand und sind zudem kostengünstig. Ferner verfügen internationale Terrororganisationen über Mittel, die auch komplexere Cyberoperationen ermöglichen.⁴⁷ Die quasi-staatlichen Fähigkeiten solcher nichtstaatlichen Akteure werfen die Frage auf, ob Individuen oder Personengruppen unmittelbar auf die Ebene des Völkerrechts zu heben sind oder ob sie mediatisiert bleiben.⁴⁸

Des Weiteren lassen sich, fünftens, Cyberoperationen problemlos unter gefälschter Identität durchführen.⁴⁹ Staatliche wie nichtstaatliche Akteure können sich in der anonymen Welt des Internets verstecken, indem sie die Angriffe technisch verschleiern und unsichere Kausalketten zwischen Ursprungs- und Erfolgsort bewirken.⁵⁰ Nicht von ungefähr gibt es bislang keine Beispiele aus der Praxis, wo der Urheber einer Cyberoperation eindeutig identifiziert worden ist. Die Steuerungsfähigkeit der völkerrechtlichen Zurechnungsregeln für die notwendige Verantwortungsübernahme stößt

42 Dazu schon früh *W. Heintschel von Heinegg*, Informationskrieg und Völkerrecht, in: V. Epping/H. Fischer/W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Brücken bauen und begehen*, Festschrift für Knut Ipsen, 2000, S. 129 (151 ff.); *L. Doswald-Beck*, Some Thoughts on Computer Network Attack and the International Law of Armed Conflict, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 163 (175 f.). Auch das Neutralitätsrecht wird durch die Ubiquität der Datenübertragungen auf den Prüfstand gestellt, vgl. *G.K. Walker*, Information Warfare and Neutrality, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 33 (2000), S. 1079 ff.

43 *S. Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 82, unter Rückgriff auf *Ch. Engel*, Das Internet und der Nationalstaat, *BDGVR* 39 (2000), S. 353 (355, 389 ff.).

44 Ähnlich etwa *Kriesel/Kriesel* (Fn. 30), S. 126.

45 Vgl. *S. Gaycken*, Die vielen Plagen des Cyberwar, in: Schmidt-Radefeldt/Meissler (Fn. 9), S. 89 (92 f.).

46 Vgl. *R.W. Barnett*, A Different Kettle of Fish: Computer Network Attack, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 21 (25 f.).

47 Wie hier etwa *J.F. Murphy*, Computer Network Attacks by Terrorists: Some Legal Dimensions, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 323 (327); *Banks* (Fn. 23), S. 160. Zweifelnd indes: *A.P. Liff*, Cyberwar: A New „Absolute Weapon“?: The Proliferation of Cyberware Capabilities and Interstate War, *The Journal of Strategic Studies* 35 (2012), S. 401 (422 f.); *S. Gaycken*, Cyberwar: Das Wettrüsten hat längst begonnen, 2012, S. 194 f.

48 Soweit jugendliche Hacker in hochsensible Computersysteme eindringen, wird auch die Schutzpflichtdimension des internationalen Menschenrechtsschutzes, insbesondere der UN-Kinderrechtskonvention, aktiviert. Im Regelfall wollen minderjährige „Nerds“ nicht den Weltfrieden gefährden, sondern durch Angriffe auf Computernetzwerke bloß persönliche Befriedigung erlangen. Diese Motivation, gepaart mit den begrenzten sozialen Fähigkeiten manches Jugendlichen, kann aber sowohl durch staatliche Behörden als auch durch Terrororganisationen trefflich ausgenutzt werden. Daher ist zu erwägen, die Schutzstandards der Kinderrechtskonvention entsprechend zu konkretisieren. Problembewusst auch *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 78 (S. 218-220), sowie *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 175 ff.

49 Mit Beispielen näher *M. Pihelgas*, Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 31 (46 f.).

50 Aufschlussreich hierzu etwa *D.B. Hollis*, An e-SOS for Cyberspace, *Harvard International Law Journal* 52 (2011), S. 373 (397-400). Weitsichtig bereits *Engel* (Fn. 43), S. 365.

damit an ihre Grenzen.⁵¹ Zu untersuchen ist daher, ob und in welchem Umfang Präventionsstrategien anderer Rechtsregime fruchtbar gemacht werden können, um auch im Informationszeitalter Sicherheit zu gewährleisten.

Ferner kann die Informationsinfrastruktur, sechstens, zugleich Angriffsziel sowie Mittel und Methode von Gegenmaßnahmen, ja sogar der Kriegführung sein.⁵² Das Militär nutzt die Datenverarbeitungstechnologie nicht nur zur Unterstützung der konventionellen Kriegführung, sondern bedient sich ihrer auch für separate Operationen.⁵³ Damit werden die potentiellen Angriffsziele im Vergleich zu herkömmlichen bewaffneten Auseinandersetzungen erhöht.⁵⁴ Diese im Blick auf das Unterscheidungsgebot prekäre Gemengelage wird noch dadurch erschwert, dass die digitale Infrastruktur zu den sog. *dual use*-Gütern zählt.⁵⁵ Angreifer können hochtechnologisierte Staaten auch dann empfindlich treffen, wenn sie ihre Angriffe gegen – im Regelfall weniger gesicherte – zivile Computersysteme richten, die auch militärisch genutzt werden.⁵⁶ Da Verbreitung und Reproduktion bestimmter Schadprogramme (z.B. Computerviren), sind sie einmal freigesetzt, technisch nicht beherrschbar sind, verursachen Cyberoperationen zudem vielfach Kaskaden- und Kollateraleffekte für unbeteiligte Dritte.⁵⁷

Computernetzwerkoperationen werden regelmäßig aus großer Distanz und über nur wenige „Mausklicks“ gesteuert. Deshalb wird die Praxis des Cyberwar schließlich, siebte, mit den Herausforderungen niedriger Hemmschwellen konfrontiert.⁵⁸ Der vergleichsweise kostengünstige und einfache Zugriff auf Schadsoftware einerseits und die potentiell immensen Auswirkungen einer Cyberoperation andererseits begünstigen die asymmetrische Kriegführung.⁵⁹ Politisch instabile Staaten und lose Gruppierungen nichtstaatlicher Akteure können den hochentwickelten Industriegesellschaften mit un-

51 Wie hier etwa *Krieger* (Fn. 11), S. 3; *S.J. Shackelford*, State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem, <http://ssrn.com/abstract=1535351>.

52 Früh bereits *M.R. Jacobson*, War in the Information Age: International Law, Self-Defense, and the Problem of „Non-Armed“ Attacks, *Journal of Strategic Studies* 21 (1998), S. 1 (3); vgl. aus jüngerer Zeit auch *R. Geiß/H. Lahmann*, Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space, *Israel Law Review* 45 (2012), S. 381 (384 ff.).

53 Vgl. *Heinischel von Heinegg* (Fn. 42), S. 148 f.; *R. Hoffmann*, Information War: Tendenzen – Optionen – Perspektiven, *HuV-I* 2002, S. 158 (160 ff.).

54 Näher *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 183, 194 f.

55 Hierzu eingehend *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regeln 37-40 (S. 124-140); früh bereits *R. Wedgwood*, Proportionality, Cyberwar, and the Law of War, in: *Schmitt/O'Donnell* (Fn. 17), S. 219 (224 f.). Die gegenwärtige wissenschaftliche Diskussion in diesem Kontext konzentriert sich vornehmlich auf die vom *Tallinn Manual* nicht abschließend beantwortete Frage, in welchem Umfang der Begriff des militärischen Objektes im Sinne von Art. 52 Abs. 2 ZP I auch reine Computerdaten erfasst, vgl. *H.A. Harrison Dinniss*, The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives, *Israel Law Review* 48 (2015), S. 39 ff.; *K. Mačák*, Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law, *Israel Law Review* 48 (2015), S. 55 ff. einerseits, und *Schmitt* (Fn. 9), S. 85 ff. andererseits.

56 *F. Dittmar*, Angriffe auf Computernetzwerke – *Ius ad bellum* und *ius in bello*, 2005, S. 46.

57 Vgl. *C. Droege*, Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians, *International Review of the Red Cross* 94 (2012), S. 533 (539); *Y. Dinstein*, The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts, *Journal of Conflict & Security Law* 17 (2012), S. 261 (262, 267).

58 Vgl. *J.M. Beard*, Law and War in the Virtual Era, *AJIL* 103 (2009), S. 409 (413 ff.); *N. Schörnig*, Die Automatisierung des Krieges: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *Schmidt-Radefeldt/Meissler* (Fn. 9), S. 33 (54).

59 *T.C. Huntley*, Controlling the Use of Force in Cyberspace: The Application of the Law of Armed Conflict During a Time of Fundamental Change in the Nature of Warfare, *Naval Law Review* 60 (2010), S. 1 (33 f.); *R. Schmidt-Radefeldt/Ch. Meissler*, Einführung, in: dies. (Fn. 9), S. 9 (18).

konventionellen Angriffen dort wirkmächtig entgegnet, wo jene besonders verwundbar sind.⁶⁰

C. Rechtlicher Befund: Anwendbare Rechtsregeln im Bereich der Cybersecurity

Wie bei allen technischen Errungenschaften der Vergangenheit hinken positivrechtliche Normierungen und normative Einschätzungen dem komplexen Bereich der Cybersecurity hinterher. Der zur Verfügung stehende Kanon internationaler Verträge hält für die modernen Herausforderungen bislang keine maßgeschneiderte Lösung bereit. Denn außer der *Cybercrime*-Konvention des Europarates⁶¹ und einigen Rechtsakten der EU zur grenzüberschreitenden Strafverfolgung von Internetkriminalität,⁶² die aber allesamt auf hoheitliche Cyberaktivitäten nicht anwendbar sind,⁶³ gibt es kein Übereinkommen, das spezifisch auf die neuen Gefahrenlagen reagiert. Ebenso wenig sind passgenaue Regelungen des Gewohnheitsrechts am völkerrechtlichen Horizont ersichtlich. Selbst das – zweifellos als Argumentationstopos gewichtige – *Tallinn Manual* von 2013 wird nicht als Beleg für ein von der Staatenpraxis getragenes *ius digitale emergens* dienen können.⁶⁴ Abgesehen davon, dass das Handbuch im Schwerpunkt bestehende Völkerrechtsregeln analysiert,⁶⁵ haben an seiner Erarbeitung vornehmlich Militärs und Experten aus westeuropäischen Ländern und den USA teilgenommen. Staaten wie Russland, China, Israel und der Iran, die in der Vergangenheit entweder als mutmaßlicher Urheber oder als Zielobjekt von Cyberoperationen in Erscheinung getreten sind, waren nicht beteiligt.⁶⁶

Mangels spezifischer Regelungen zur Internetsicherheit verbleibt gegenwärtig nur ein Rückgriff auf die hergebrachten Regeln des Völkerrechts, um das neuartige Problemfeld auszuleuchten. Sowohl gewohnheits- als auch vertragsrechtliche Regelungen sind prinzipiell anpassungsfähig an den Wandel der Zeiten und Technologien.⁶⁷ Zu untersu-

60 *Dittmar* (Fn. 56), S. 47; vgl. auch *K. Ziolkowski*, Computernetzwerkoperationen und die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, HuV-I 2008, S. 202 (213).

61 Council of Europe Convention on Cybercrime vom 23.11.2001, CET Nr. 185, in Kraft seit 1.7.2004.

62 Vgl. den Rahmenbeschluss des Rates 2005/222/JI vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme (ABl. EU 2005, L 69, S. 67) und die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI (ABl. EU 2013, L 218, S. 8).

63 Näher *S. Reindl-Krauskopf*, Cyber-Kriminalität, ZaöRV 74 (2014), S. 563 ff.; vgl. auch *J.-Ch. Woltag*, Internet, in: Wolfrum (Fn. 19), Vol. VI, 2012, S. 227 (236), Rn. 36 f.

64 Ebenso *R. Liivoja/T. McCormack*, Law in the Virtual Battlespace: The Tallinn Manual and the Jus in Bello, Yearbook of International Humanitarian Law 15 (2012), S. 45 (48 f.); *Roscini* (Fn. 39), S. 31 f.

65 Vgl. *W. Heintschel von Heinegg*, The Tallinn Manual and International Cyber Security Law, Yearbook of International Humanitarian Law 15 (2012), S. 3 (12); *M.N. Schmitt*, The Use of Cyber Force and International Law, in: M. Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, S. 1110 (1111).

66 Deshalb kommt dem *Tallinn Manual* derzeit keine vergleichbare Bedeutung zu, wie sie etwa das *San Remo Manual* (L. Doswald-Beck [Hrsg.], San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 1995) für das Seekriegsvölkerrecht hat. Ähnliche Einschätzung von *K.E. Eichensehr*, Book Review: Tallinn Manual, AJIL 108 (2014), S. 585 (588).

67 Vgl. *A. D'Amato*, International Law, Cybernetics, and Cyberspace, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 59 (61). Speziell zur dynamischen Interpretation völkerrechtlicher Verträge IGH, Gutachten v. 21.6.1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, ICJ Rep. 1971, S. 16, Rn. 53, und IGH, Urt. v. 13.7.2009, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Rep. 2009, S. 213, Rn. 66.

chen bleibt aber, ob eine evolutiv-dynamische Auslegung der völkerrechtlichen Grundregeln die digitale Gefahrenlage in den Griff zu bekommen vermag oder ob selbst moderne Deutungen letztlich doch auf einem zu unbestimmten Niveau verbleiben, weshalb die Entwicklung spezieller formeller oder informeller Regeln zur Internetsicherheit *de lege ferenda* notwendig sein könnte.

D. Therapiemöglichkeiten *de lege lata et ferenda*: Sicherheitsmechanismen im Cyberspace

Um diese Kernfrage zu beantworten, sind zunächst die hergebrachten defensiven Abwehrmaßnahmen, die zugleich der Abschreckung dienen, auf ihre Effektivität im Cyberspace zu überprüfen, bevor anschließend mögliche offensiv-präventive Strategien zur Internetsicherheit in den Blick genommen werden.⁶⁸

I. Defensive Abwehrmaßnahmen

1. Selbstverteidigung und gewaltfreie Gegenmaßnahmen

Verschiedene Militär- und Strategiehandbücher verweisen darauf, dass bestimmte Erscheinungsformen von Cyberoperationen durchaus als „Gewalt“ oder sogar als „bewaffneter Angriff“ zu werten seien, denen mit den Mitteln der Selbstverteidigung begegnet werden dürfe.⁶⁹ Diesem Ansatz ist prinzipiell, aber nicht vorbehaltlos beizupflichten.

a) Gewaltbegriff

Die Begriffe „Gewalt“ und „bewaffneter Angriff“ sind traditionell mit militärischer Gewalt verbunden, die kinetische Energie freisetzt.⁷⁰ Weder die UN-Charta noch die

68 Auf multilaterale Reaktionsmöglichkeiten unter der Ägide der UN-Charta wird hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen. In Anbetracht der extensiven Auslegung, die der Sicherheitsrat dem Kapitel VII der UN-Charta seit langem angedeihen lässt (dazu *E. De Wet*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, 2004, S. 133 f.), bestehen aber keine Zweifel, dass Cyberoperationen, falls sie den erforderlichen Schweregrad erreichen, unter Art. 39 UN-Charta gefasst werden können, und der Sicherheitsrat ermächtigt ist, Zwangsmaßnahmen nach Art. 41 f. UN-Charta zu verhängen. Zum Gesamtkomplex näher Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 18 Rn. 2 (S. 69), sowie *Dittmar* (Fn. 56), S. 182 ff., und *Roscini* (Fn. 39), S. 112 ff.

69 Vgl. z.B. US National Strategy for Cyberspace, 2010; US Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace, 2011; Canada's Cyber Security Strategy, 2010; Conceptual Views Regarding the Activities of the Armed Forces of the Russian Federation in Information Space, 2011; UK Cyber Security Strategy, 2011; UK Cyber Security Strategy: Report on Progress and Forward Plans, 2014. Die NATO scheut sich bislang davor, Cyberattacken als klare militärische Aktionen zu verstehen, vgl. NATO Strategic Concepts for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organisation von 2010 und 2011.

70 Dies folgt für Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta aus einer systematischen Zusammenschau der Präambel mit den Regelungen der Art. 41 bis 43 UN-Charta, vgl. *A. Randelzhofer/O. Dörr*, in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, A Commentary, 2012, Art. 2(4) Rn. 16 ff. Zur parallelen Wertung im Blick auf Art. 51 UN-Charta vgl. *K. Zemanek*, Armed Attack, in: Wolfrum (Fn. 19), Vol. I, 2012, S. 595 (597), Rn. 11.

einschlägigen Resolutionen der Generalversammlung⁷¹ geben aber einen bestimmten Waffen- oder Gewaltbegriff vor. Ihnen liegt vielmehr eine offene, vorwiegend wirkungsspezifische Konzeption zugrunde, die neuartige technologische Entwicklungen einschließt.⁷² Der IGH hat im *Nuklearwaffen-Gutachten* ausdrücklich festgehalten, dass es beim Gewaltverbot nicht auf die Art der eingesetzten Mittel oder das Zielobjekt, sondern allein auf ihre zerstörerische Wirkung ankomme, die mit jener von konventionellen Waffen vergleichbar sein muss.⁷³ Dieses Prinzip der Wirkungs-Äquivalenz gelangt nach überwiegender Ansicht auch im Rahmen von Art. 51 UN-Charta zur Anwendung⁷⁴ und wird durch Resolutionen unterstützt, die der Sicherheitsrat im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 erlassen hat, die mit gekaperten Zivilluftfahrzeugen durchgeführt worden sind.⁷⁵

Wie erwähnt werden von *Malware* nur Computernetzwerke unmittelbar betroffen. Erst in zweiter Linie werden gegebenenfalls Infrastruktursysteme umfunktioniert oder außer Kraft gesetzt, was sodann als Tertiäreffekt Schäden bei realen Personen oder Objekten hervorrufen kann.⁷⁶ Für den Gewaltbegriff genügt eine solche indirekte, sogar zeitlich versetzte Schadenszufügung, die nicht in engem Wortsinne zerstörerisch sein muss.⁷⁷ Insoweit besteht eine gewisse Parallelität zum Einsatz von biologischen und chemischen Waffen.⁷⁸ Die Mittelbarkeit der physischen Zwangseinwirkung darf jedoch nicht zu vage ausfallen; wegen des Erfordernisses gleicher Wirkung zum Ein-

71 Vgl. die Friendly-Relations-Declaration (UNGA Res. 2625 [XXV] vom 24.10.1970) und die Aggressionsdefinition der Generalversammlung (UNGA Res. 3314 [XXIX] vom 14.12.1974, Annex). Beide Resolutionen können für die Interpretation der UN-Charta herangezogen werden, vgl. *G. Arangio-Ruiz*, The Normative Role of the General Assembly of the UN and the Declaration of Principles of Friendly Relations, RdC 137 (1972), S. 419 (444 f.). Umstritten ist lediglich, ob der „bewaffnete Angriff“ eine Unterkategorie der von Art. 39 UN-Charta in den Blick genommenen Aggressionshandlungen darstellt oder mit diesen identisch ist, dazu näher *A. Randelzhofer/G. Nolte*, in: Simma u.a. (Fn. 70), Art. 51 Rn. 17.

72 Vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 11 Rn. 8 f. (S. 48 ff.), sowie aus der Literatur z.B. *Y. Dinstein*, Computer Network Attacks and Self-Defense, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 99 (103); *Keber/Roguski* (Fn. 2), S. 406 f.; *M.N. Schmitt*, Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited, Villanova Law Review 56 (2011), S. 569 (573).

73 IGH, Gutachten v. 8.7.1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Rep. 1996, S. 226, Rn. 39.

74 Vgl. nur *Randelzhofer/Nolte* (Fn. 71), Art. 51 Rn. 43; *M. Benatar*, The Use of Cyber Force, Goettingen Journal of International Law 1 (2009), S. 375 (387 ff.), jeweils m.w.N. Auch die Mehrheit der an der Erarbeitung des *Tallinn Manual* beteiligten Experten unterstützt diese Sichtweise, vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 13 Rn. 3 f. (S. 54 f.).

75 Vgl. SR-Res. 1368 (2001) vom 12.9.2001 und SR-Res. 1373 (2001) vom 28.9.2001. Dazu etwa *T. Bruha*, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, AVR 40 (2002), S. 383 (391 ff.); *M. Krajewski*, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen, AVR 40 (2002), S. 183 (196 ff.).

76 Vgl. die Nachweise in Fn. 39. Möglich ist allerdings auch, dass Personen oder netzexterne Objekte bereits in einem zweiten Schritt Schäden erleiden, was etwa bei großflächlich angelegten *Distributed Denial of Service*-Angriffen der Fall sein kann.

77 Vgl. IGH, Urt. v. 27.6.1986, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Merits, ICJ Rep. 1986, S. 14, Rn. 205. Für den Cyberspace entsprechend etwa *T. Stein/T. Maruhn*, Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, ZaöRV 60 (2000), S. 1 (6 f.). Zu restriktiv hingegen *N. Lubell*, Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?, International Law Studies 89 (2013), S. 252 (266 ff.).

78 Dazu etwa *J.J. Busuttil*, A Taste of Armageddon: The Law of Armed Conflict as Applied to Cyberwar, in: G. Goodwin-Gill/S. Talmon (Hrsg.), The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie, 1999, S. 37 (52); *Barkham* (Fn. 27), S. 72, 87.

satz von Waffengewalt genügen extensiv verstandene Kausalitätskriterien nicht.⁷⁹ Konventionelle Waffen führen nämlich für den Angreifer vorhersehbar und ohne weitere Faktoren zur Zerstörung von Sachwerten und der Verletzung von Leib und Leben. Deshalb müssen physische (netzexterne) Objekt- oder Personenschäden auch bei Cyberoperationen unwiderstehlich zu erwarten sein.⁸⁰ Die vorübergehende informationstechnische Ausschaltung des Finanzdaten- und Börsensystems stellt als wirtschaftliche Zwangsmaßnahme etwa regelmäßig keine Gewaltausübung dar, wenngleich sie große Unannehmlichkeiten in der modernen Informationsgesellschaft hervorrufen und gegen das Interventionsverbot verstoßen mag.⁸¹ Im US-amerikanischen Schrifttum findet sich hierfür die zugespitzte Bezeichnung der „*weapons of mass annoyance*“.⁸²

b) *Schwellenwertbestimmung zwischen „Gewalt“ und „bewaffnetem Angriff“ sowie Abgrenzung zur „Intervention“*

Nicht jede bewaffnete Gewalt eröffnet nach dem *Nicaragua*-Urteil des IGH bereits den Anwendungsbereich des Selbstverteidigungsrechts. Damit ein bewaffneter Angriff im Sinne des Art. 51 UN-Charta vorliegt, müssen Ausmaß und Wirkungen der durchgeführten Aktion erheblich sein.⁸³ Eine bloß geringfügige Gewaltanwendung soll gerade nicht zu einer Selbstverteidigung berechtigen, um eine Eskalation der Situation zu vermeiden.⁸⁴ Auf Cyberoperationen gewendet bedeutet dies, dass die eingesetzte Schadsoftware signifikante physisch-destruktive Wirkungen auf den Gegner zeitigen muss.⁸⁵ Dies ist etwa bei der Manipulation der Kontrollsysteme von Chemiefabriken oder Atomkraftwerken der Fall, die unmittelbar zu Schäden an Personen und Sachwerten führen.⁸⁶ Demgegenüber lösen Cyberangriffe, die nur vorübergehende Schäden der kritischen Infrastruktur bewirken, als Zwischenfälle geringerer Intensität das Selbstverteidigungsrecht nicht aus.⁸⁷ Selbst eine Störung der militärischen Kontroll- und Aufklärungssysteme genügt alleine nicht, um Selbstverteidigungsmaßnahmen zu ergreifen.

79 Zutreffend *Schmitt* (Fn. 41), S. 67.

80 Dies ist ganz überwiegende Ansicht, vgl. etwa Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 11 Rn. 3 (S. 46); *Schmitt* (Fn. 21), S. 914 ff.; *Heintschel von Heinegg* (Fn. 42), S. 142; *Dinstein* (Fn. 72), S. 105; *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 74, wohl auch *M. Bothe*, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, Abschn. 8 Rn. 10. A.A. hingegen *Waxman* (Fn. 33), S. 435 ff.

81 Wie hier Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 11 Rn. 2 (S. 46); *Schmitt* (Fn. 21), S. 904-908; *Dittmar* (Fn. 56), S. 72 f.; 156; *Buchan* (Fn. 10), S. 217; *Roscini* (Fn. 39), S. 49, 62 f. A.A. indes *Sharp Sr.* (Fn. 20), S. 90 f.; *E. T. Jensen*, Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right of Self-Defense, *Stanford Journal of International Law* 38 (2002), S. 207 (228); *N. Tsagourias*, The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare: A Commentary on Chapter II-The Use of Force, *Yearbook of International Humanitarian Law* 15 (2012), S. 19 (22 f.). Unentschieden: *Ziolkowski* (Fn. 60), S. 208.

82 *J.A. Lewis*, Assessing the Risks of Cyber Terrorism, Cyber War and Other Cyber Threats, *Centre for Strategic & International Studies*, 2002, S. 4.

83 IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 195.

84 Vgl. IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 191, 195, sowie IGH, Urt. v. 6.11.2003, *Case Concerning Oil Platforms (Iran v. USA)*, ICJ Rep. 2003, S. 161, Rn. 51. Zweifelfnd hingegen *Zemanek* (Fn. 70), S. 597, Rn. 13, sowie *W.H. Taft*, Self-Defense and the Oil Platforms Decision, *The Yale Journal of International Law* 20 (2004), S. 295 (300 f.).

85 Wie hier etwa *Silver* (Fn. 39), S. 83, 93; *Dittmar* (Fn. 56), S. 154; *Roscini* (Fn. 32), S. 114 ff.; *Schmitt* (Fn. 72), S. 589. A.A. wohl *H.H. Koh*, *International Law in Cyberspace*, *Harvard International Law Journal Online* 54 (2012), S. 1 (7).

86 *T.D. Gill/P.A.L. Ducheine*, Anticipatory Self-Defense in the Cyber Context, *International Law Studies* 89 (2013), S. 438 (464); *W. Heintschel von Heinegg*, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 51 Rn. 13.

87 Vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 13 Rn. 6 f. (S. 55 f.); sowie früh schon *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 8.

Hinzu kommen müssen vielmehr belastbare Belege dafür, dass die Cyberaktivität Teil einer militärischen Gesamtoperation ist.⁸⁸

Vor diesem Hintergrund wurde die Cyberattacke auf die iranische Nuklearanlage in *Natanz* zutreffend bloß als ein „*use of force short of armed attack*“ qualifiziert.⁸⁹ Der mehrwöchige Angriff auf verschiedene Computersysteme in Estland sowie die Cyberoperationen im Georgien- und Ukraine-Konflikt sind mit Recht sogar weder als bewaffnete Angriffe noch als Gewaltausübung verstanden worden.⁹⁰ Dies bedeutet zwar nicht, dass diese Aktionen völkerrechtsgemäß gewesen sind. Es liegt vielmehr nahe, die zahlreichen *Defacement*- und *Denial of Service*-Attacken als rechtswidrige Intervention anzusehen, da mit ihnen nicht unerheblicher Zwang auf eine fremde Jurisdiktionsgewalt ausgeübt worden ist.⁹¹ Verstöße gegen das völkerrechtliche Einmischungsverbot dürfen jedoch nur mit gewaltfreien und reversiblen Gegenmaßnahmen und nicht mit Militärschlägen beantwortet werden.⁹²

Selbst auf Handlungen, die als Gewalt zu qualifizieren sind, aber den Schwellenwert zum bewaffneten Angriff nicht überschreiten, darf nach der Judikatur des IGH im *Ölplattformfall* grundsätzlich nur mit friedlichen Mitteln reagiert werden.⁹³ Dieses Diktum verlangt den Staaten eine gesteigerte Duldsamkeit ab, die zum Teil als unzumutbar und realitätsfern gewertet wird. Deshalb sehen manche einen gezielten militärischen Gegenschlag nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeit als legitim an.⁹⁴ Insbesondere nach der Doktrin der Nadelstichtaktik soll die Akkumulation verschiedener gewaltsamer Ereignisse ein „kleines Selbstverteidigungsrecht“ in Form von „*on-the-spot reac-*

88 Die Ansichten hierzu gehen in der Literatur freilich auseinander. Wie hier z.B. *Schmitt* (Fn. 21), S. 933; *Heintschel von Heinegg* (Fn. 42), S. 142 f.; *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 10; *Dinstein* (Fn. 72), S. 111; *Gill/Ducheine* (Fn. 86), S. 462, 465 f. A.A. etwa *Barkham* (Fn. 27), S. 82 f.; *Ziolkowski* (Fn. 60), S. 208; *N. Tsagourias*, Cyber attacks, self-defence and the problem of attribution, *Journal of Conflict & Security Law* 17 (2012), S. 229 (232); *Ch.C. Joyner/C. Lotrionte*, Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework, *EJIL* 12 (2001), S. 825 (855 f.).

89 Vgl. *T.D. Gill*, Non-Intervention in the Cyber Context, in: *Ziolkowski* (Fn. 8), S. 217 (235); *O'Connell* (Fn. 7), S. 201 f.; *Heintschel von Heinegg* (Fn. 86), § 51 Rn. 13. Als keine Gewaltausübung qualifizieren den *Stuxnet*-Einsatz hingegen etwa *Ziolkowski* (Fn. 10), S. 142 ff.; *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 57; *Tsagourias* (Fn. 81), S. 23 f. Zum Streitstand vgl. auch *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 10 Rn. 9 (S. 45) und Regel 13 Rn. 13 (S. 57 f.).

90 Vgl. z.B. *Heintschel von Heinegg* (Fn. 36), S. 162; *D. Fleck*, Searching for International Rules Applicable to Cyber Warfare – A Critical First Assessment of the New Tallinn Manual, *Journal of Conflict & Security Law* 18 (2013), S. 331 (332 f.). Differenzierend *Schmitt* (Fn. 72), S. 577.

91 Zutreffend *Roscini* (Fn. 39), S. 65. Zu Fragen der für eine Verletzung des Interventionsverbots erforderlichen „*coercion*“ vgl. IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 205, sowie *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 10 Rn. 6-10 (S. 44 f.). Demgegenüber sieht etwa das OLG Frankfurt, *Multimedia und Recht*, 2006, S. 547-553, in *Distributed Denial of Service*-Attacken vornehmlich einen Ausdruck von Meinungs- und virtueller Versammlungsfreiheit.

92 Vgl. Art. 22 und Art. 49 ASR sowie IGH, Urt. v. 25.9.1997, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Rep. 1997, S. 7, Rn. 83-87. Grundlegend zur Thematik *E. Klein*, Gegenmaßnahmen, *BDGVR* 37 (1997), S. 39 (45 ff., 61 f.). In Bezug auf Cyberoperationen wie hier *M.N. Schmitt*, Cyberactivities and the Law of Countermeasures, in: *Ziolkowski* (Fn. 8), S. 659 (675 ff.); *M. Gervais*, Cyber Attacks and the Law of War, *Berkeley Journal of International Law* 30 (2012), S. 525 (556 ff.); a.A. indes *Jensen* (Fn. 14), S. 798; wohl auch *S. Watts*, Low-Intensity Computer Network Attack and Self-Defense, in: *Pedrozo/Wollschlaeger* (Fn. 25), S. 59 (75 ff.).

93 IGH, *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 51.

94 So etwa das Sondervotum des Richters *Simma* zum *Oil Platforms*-Fall, ICJ Rep. 2003, S. 324 (331 f.), Rn. 12 f.; sowie *Y. Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Aufl. 2011, Rn. 552 f., 673; *T. Ruys*, The Meaning of „Force“ and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are „Minimal“ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?, *AJIL* 108 (2014), S. 159 (178 ff., 187 f.).

tions“ begründen.⁹⁵ Auch wenn ein Angreifer, der eine Politik der Nadelstiche betreibt, nicht privilegiert werden darf,⁹⁶ ist gleichwohl Vorsicht geboten, und zwar unabhängig davon, ob verschiedene Operationen sich musterhaft ergänzen oder jeweils identisch im Sinne eines Fortsetzungszusammenhangs kumuliert werden. Es besteht die Gefahr, dass damit ein zeitlich nicht limitierter Freibrief zur Selbstverteidigung gegeben und eine Gewaltspirale eröffnet wird.⁹⁷ Ohnehin bergen sog. „Cyber-Kampagnen“ zusätzliche Probleme. Cyberoperationen erfolgen überwiegend verdeckt, und ihre Wirkungen sind häufig nicht sofort ersichtlich. Daher ist es schwierig, wenn nicht gar unmöglich, einen Fortsetzungszusammenhang substantiiert darzulegen.⁹⁸

Desgleichen kommt eine vorbeugende Selbstverteidigung gegen schädliche Cyberoperationen nahezu nicht Betracht. Unter Zugrundelegung der *Webster-Formel*⁹⁹ genügt es nicht, dass destruktive Schadprogramme bloß auf Rechnern abgelegt sind; frühestens ihr nachweisbares Einschleusen in Datenbestände des Opferstaates kann als unmittelbar bevorstehender Cyberangriff gewertet werden.¹⁰⁰ Zudem können inaktive, „schlafende“ Schadprogramme, sind sie entdeckt, isoliert oder anderweitig technisch unschädlich gemacht werden mit der Folge, dass die Gefahr gebannt und ein Rückgriff auf militärische Mittel ausgeschlossen ist.¹⁰¹ Ferner bedarf es stets eines überzeugenden Beweises für die bevorstehende Cyberattacke, um Missbrauchsgefahren einzudämmen. Eine „*pre-emptive self-defense*“, die sich bloß auf abstrakte oder gar mutmaßliche Bedrohungslagen gründet,¹⁰² ist für die Zwecke der Cybersicherheit angesichts des großen Risikos einer Destabilisierung der internationalen Ordnung ebenso wenig statthaft wie bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus.¹⁰³

95 Vgl. das Sondervotum des Richters *Simma* (Fn. 94), Rn. 12 f. Ebenso: *J. Hargrove*, The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense, *AJIL* 81 (1987), 135 (138, 141); *Dinstein* (Fn. 94), Rn. 547 ff. Auch der IGH und das ICTY haben nicht ausgeschlossen, dass eine Akkumulierung verschiedener Ereignisse in Gesamtheit zu einem bewaffneten Angriff führen kann, vgl. IGH, *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 64; IGH, Ur. v. 19.12.2005, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, ICJ Rep. 2005, S. 168, Rn. 146; sowie ICTY, Ur. v. 14.1.2000, *Prosecutor v. Kupreškić*, Case No. IT-95-16-T, Rn. 526.

96 *Ch. Hillgruber*, in: J. Menzel/T. Pierlings/J. Hoffmann (Hrsg.), *Völkerrechtsprechung*, 2005, S. 812 (818).

97 *Ch. Tams*, The Use of Force Against Terrorists, *EJIL* 20 (2009), S. 359 (390).

98 In diese Richtung auch *Roscini* (Fn. 39), S. 110; *R. Geiß/H. Lahmann*, Freedom and Security in Cyberspace: Shifting the Focus away from Military Responses towards Non-Forcible Countermeasures and Collective Threat-Prevention, in: *Ziolkowski* (Fn. 8), S. 621 (627). Das Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 13 Rn. 8 (S. 56), stellt sich dieser Frage nicht.

99 Danach ist eine vorbeugende Selbstverteidigung nur statthaft, wenn die Gefahr als „*instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*“ zu bezeichnen ist, vgl. Letter from Secretary of State Daniel Webster to Lord Ashburton of 6 August 1842, abgedruckt in: J.B. Moore, *A Digest of International Law* 2 (1906), 412. Zum *Caroline-Zwischenfall* eingehend *J. Wolf*, The Caroline Case: Von der Aktualität eines verkannten *locus classicus*, 2013.

100 Ähnlich wie hier Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 15 Rn. 6 (S. 65); enger *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 648; weitergehend *Dietz* (Fn. 38), S. 471. Eine lediglich oberflächliche Wertung nimmt *L. Baudin*, Les cyberattaques dans les conflits armés, 2014, S. 123 f., vor.

101 Vgl. *Ziolkowski* (Fn. 35), S. 160; *Roscini* (Fn. 39), S. 79. Siehe auch Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 14 Rn. 3 (S. 62).

102 Zur sog. *Bush-Doktrin* der präemptiven Selbstverteidigung bei der Terrorismusbekämpfung, vgl. The White House, The National Security Strategy of the United States of America 15 (2002) und 15 (2006). Kritisch hierzu etwa *A. von Arnould*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 1066.

103 Wie hier etwa Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 15 Rn. 7 (S. 65 f.); *Ziolkowski* (Fn. 35), S. 160 f.; *Buchan* (Fn. 10), S. 226. A.A. *Waxman* (Fn. 33), S. 437 f.; *Tsagourias* (Fn. 88), S. 232.

2. Zurechnungsfragen bei defensiven Abwehrmaßnahmen

Auch die Frage, wer der richtige Adressat einer Abwehrmaßnahme ist, bereitet bei Cyberoperationen Schwierigkeiten. Denn grundsätzlich muss die rechtsverletzende Cyberhandlung einem konkreten Staat zugerechnet werden.¹⁰⁴ Zwar stellen nur das Interventions- und das Gewaltverbot gemäß Art. 2 Ziff. 1 und 4 UN-Charta eindeutig auf staatliches Verhalten ab,¹⁰⁵ während das Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 UN-Charta sich zur Rechtsnatur des bewaffneten Angriffs nicht verhält. Dennoch sind die Normen teleologisch nicht voneinander zu trennen.¹⁰⁶

Selbstverständlich ist jede Cyberaktivität, die von *de iure*-Staatsorganen – z.B. Militär, Sicherheitsbehörden oder Geheimdiensten – vorgenommen wird, dem betreffenden Staat zurechenbar.¹⁰⁷ Dabei ist unerheblich, ob das betreffende Organ *ultra vires* handelt.¹⁰⁸ Problembehaftet sind jedoch diejenigen Handlungen, die von Privaten vorgenommen werden. Die *Articles on State Responsibility* (ASR) schreiben das Verhalten nichtstaatlicher Akteure dem Staat nur unter bestimmten Bedingungen zu. Einbezogen werden dabei in erster Linie Akteure, die kraft staatlicher Ermächtigung hoheitliche Aufgaben erfüllen (vgl. Art. 5 ASR). Damit werden etwa private IT-Unternehmen, die vom Staat zur Durchführung von Cyberoperationen beauftragt sind, wie Staatsorgane behandelt.¹⁰⁹ In zweiter Linie genügt für die Zurechnung allerdings auch, dass ein nichtstaatlicher Akteur in einer faktischen Sonderverbindung zum Staat steht, weil er von diesem als „verlängerter Arm“¹¹⁰ gelenkt oder kontrolliert wird (vgl. Art. 8 ASR). Das *Tallinn Manual* spricht von „*cyber volunteers*“, deren subversive Aktivitäten sich der Staat zur Verfolgung seiner politischen oder militärischen Ziele durch Steuerung oder Kontrolle zunutze macht.¹¹¹

Während die gewohnheitsrechtliche Geltung dieser Zurechnungsregel nicht umstritten ist, herrscht keine Einigkeit in Bezug auf den Umfang der notwendigen staatlichen Kontrolle, insbesondere wenn es um den Rekurs auf das Selbstverteidigungsrecht geht.¹¹² Während das ICTY für die strafrechtliche Verantwortlichkeit im internationa-

104 J. Kranz, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt: Maßstäbe der Zurechenbarkeit, AVR 48 (2010), S. 281 (282).

105 Vgl. *Randelzhofer/Dörr* (Fn. 70), Art. 2(4) Rn. 29.

106 Vgl. *Bruha* (Fn. 75), S. 393, 400 ff.; differenzierend: *Heitschel von Heinegg* (Fn. 86), § 51 Rn. 24.

107 Vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 ASR, sowie IGH, Gutachten v. 29.4.1999, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Rep. 1999, S. 62, Rn. 62; IGH, *Congo v. Uganda* (Fn. 95), Rn. 110, 116. Auch das *Tallinn Manual* (Fn. 35) hebt dies in Regel 6 Rn. 6 (S. 30 f.) hervor.

108 Vgl. Rn. 13 des Kommentars zu Art. 4 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, UN Dok. A/56/10, Supplement No. 10. Grundlegend *F. Przetacznik*, The International Responsibility of the States for *ultra vires* Acts of their Organs, RD1 61 (1983), S. 67 (129), unter Bezugnahme auf *Caire Claim (France v. Mexico)*, Schiedsspruch v. 7.6.1929, RIAA Vol. V (1929), S. 516 (528 ff.).

109 *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 6 Rn. 8 (S. 31); vgl. auch *M.N. Schmitt*, Classification of Cyber Conflict, *Journal of Conflict & Security Law* 17 (2012), S. 245 (253); *Roscini* (Fn. 32), S. 99. Unschärfe insoweit *Pirker* (Fn. 35), S. 211. In bewaffneten Konflikten sind derart eingesetzte IT-Unternehmen als Kombattanten zu qualifizieren, vgl. *I.-I. Drews*, Die völkerrechtlichen Dimensionen des staatlichen Einsatzes privater Militärfirmen, 2011, S. 126.

110 Zum Begriff von *Arnauld* (Fn. 102), Rn. 407. Zur Figur grundlegend IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 109.

111 Vgl. *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 6 Rn. 9 (S. 32) und Regel 11 Rn. 4 (S. 46).

112 Vgl. nur *Randelzhofer/Nolte* (Fn. 71), Art. 51 Rn. 37 m.w.N.

len bewaffneten Konflikt eine „Gesamtkontrolle“ ausreichen lässt,¹¹³ fordert der IGH für die Annahme einer verbotenen Gewalt eine effektive Kontrolle des Staates über das konkrete Geschehen.¹¹⁴ Dieser *effective control*-Test wird im Blick auf Cyberangriffe allerdings wegen der obskuren Gefahrenlage aufgrund unsichtbarer oder verschleierte Datenströme vereinzelt für zu restriktiv gehalten, und es wird propagiert, dass hier der breitere Zurechnungsmaßstab des ICTY oder gar die noch intensivere „*harbouring doctrine*“ Anwendung finden müsse.¹¹⁵ Dieser Ansicht kann jedoch allenfalls im Ansatz zugestimmt werden. So dürfte zwar die Feststellung des IGH im *Nicaragua*-Urteil, dass bloß Bewaffnung, Ausbildung und Ausrüstung von Rebellen Gruppen, nicht aber deren Finanzierung als (indirekte) Gewalt anzusehen sind,¹¹⁶ seit dem Aufkommen des internationalen Terrorismus überholt sein.¹¹⁷ Allerdings erstreckt selbst das ICTY den *overall control*-Test nicht auf einzelne Individuen oder unorganisierte Gruppen.¹¹⁸ Daher genügt für eine Zurechnung nicht, dass im Internet Informationen zu „*hacking tools*“ zu finden sind, auf die von individuellen Hackern, die über anonyme Internetforen lose miteinander verbunden sind, in eigener Initiative zugegriffen wird.¹¹⁹ Anderes gilt lediglich, wenn der Staat das Verhalten solcher „patriotischer Hacker“ als eigenes anerkennt oder solidarisch unterstützt, wie dies ähnlich im *Teheraner Geiselfall* von Seiten der iranischen Regierung zum Ausdruck kam, die das Handeln der Demonstranten offiziell billigte.¹²⁰ Auch nach dem Cyberangriff auf „*Sony Pictures*“ hat die nordkoreanische Regierung ihre politische Solidarität mit der

113 ICTY, Urt. v. 15.7.1999, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Rn. 120, 131, 137, 145. Auch der EGMR greift gelegentlich auf den *overall control*-Standard zurück, vgl. EGMR, Urt. v. 23.3.1995, No. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*, Rn. 56.

114 IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 115; IGH, Urt. v. 26.2.2007, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Rep. 2007, S. 43, Rn. 399-401; 405 f. Vgl. auch IGH, *Congo v. Uganda* (Fn. 95), Rn. 160.

115 So z.B. *Shackelford* (Fn. 4), S. 235; *Tsagourias* (Fn. 88), S. 238 f.; vgl. auch *M.J. Sklerov*, Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect Their Duty to Prevent, *Military Law Review* 201 (2009), S. 1 (12 f., 70). Das *Tallinn Manual* äußert sich nicht abschließend zu dieser Frage.

116 IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 113 ff. Dieser Ansicht hat sich die Appeals Chamber des ICTY im *Tadić*-Fall im Wesentlichen angeschlossen, vgl. ICTY, *Tadić* (Fn. 113), Rn. 145.

117 Vgl. z.B. *C. Stahn*, International Law at a Crossroads?, *The Impact of September 11*, *ZaöRV* 62 (2002), S. 183 (226 f.); *T. Ruys/S. Verhoeven*, Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence, *Journal of Conflict & Security Law* 10 (2005), S. 289 (313 ff.). In diese Richtung gingen bereits die Ansichten der dissentierenden Richter *Schwebel* und *Jennings* zum *Nicaragua*-Urteil, ICJ Rep. 1986, S. 259 (349) und S. 528 (543).

118 Vgl. ICTY, *Tadić* (Fn. 113), Rn. 120, 131 f., 145. Allerdings muss der Organisationsgrad nicht demjenigen von staatlichen Streitkräften entsprechen, vgl. ICTY, Urt. v. 30.11.2005, Case No. IT-03-66-T, *Prosecutor v. Limaj*, Rn. 95-129, 132; Urt. v. 20.7.2009, Case No. IT-98-32/1-T, *Prosecutor v. Lukić*, Rn. 884; sowie ICC (Pre-Trial Chamber), Urt. v. 29.1.2007, Nr. ICC-01/04-01/06, *Prosecutor v. Lubanga*, Rn. 233. Zum Ganzen s. auch *A. Cassese*, The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia, *EJIL* 18 (2007), S. 649 (657 f.).

119 Vgl. *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 6 Rn. 11, 13 (S. 33 f.); ebenso *Roscini* (Fn. 32), S. 100 f.; *Blank* (Fn. 22), S. 127 f. Dies gilt unbeschadet des Umstandes, dass Bereitstellung und Beschaffung dieser *tools* gegen das Computerkriminalitätsbekämpfungsgesetz in Deutschland verstoßen können, vgl. *Kriesel/Kriesel* (Fn. 30), S. 121.

120 IGH, Urt. v. 24.5.1980, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran)*, ICJ Rep. 1980, S. 3, Rn. 69 f., 74. Eine schlicht positive Zustimmungäußerung allein genügt freilich nicht. Der Staat muss vielmehr das Verhalten der nichtstaatlichen Akteure unterstützen und sie zu einem Weitermachen motivieren, vgl. Rn. 6 des Kommentars zu Art. 11 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Fn. 108).

Cyberoperation kundgegeben.¹²¹ Dann kann in einer Gesamtschau eine substantielle Verwicklung vorliegen und sogar eine rückwirkende Zurechnung zum „Hintergrundstaat“ in Betracht kommen.¹²²

Davon zu trennen sind diejenigen Konstellationen, in denen ein Staat Cyberangriffe von selbständig handelnden „*hacktivists*“ auf seinem Territorium nicht unterbindet. Diese Situation unterscheidet sich von den zuvor genannten dadurch, dass hier dem Staat kein positives Tun, sondern lediglich ein Unterlassen seiner Schutzverpflichtung vorgeworfen wird.¹²³ Belege aus der Rechtsprechungspraxis, wonach aus dem völkerrechtlichen Schädigungsverbot als Kehrseite der ausschließlichen Gebietshoheit eine Schutzpflicht erwächst, sind die Entscheidungen des IGH im *Korfu-Kanal-* und im *Teheraner Geiselfall*.¹²⁴ Die ersten Grundlagen des nachbarrechtlichen Schädigungsverbots reichen sogar in die Anfänge des 20. Jahrhunderts zurück.¹²⁵ Auch der Afghanistan-Konflikt reiht sich in diese Linie ein. Die Resolution 1373 (2001) untersagt den Staaten ausdrücklich, Terroristen einen „sicheren Hafen“ zu bieten;¹²⁶ Verstöße gegen diese Pflicht schaffen ein eigenständiges staatliches Unrecht.¹²⁷

Im Grundsatz besteht kein Hindernis, diese Kautelen auch auf den virtuellen Raum anzuwenden,¹²⁸ zumal der erforderliche Maßstab für die staatliche Verantwortungsübernahme aufgrund des Schädigungsverbots – anders als bei der unmittelbaren Zurechnung wegen positiven Tuns – bloß die sog. „*due diligence*“ ist.¹²⁹ Die Staaten müssen danach angemessene Präventions- und Repressionsmaßnahmen bereithalten, um schädliche Cyberoperationen unter ihrer jeweiligen Gebiets- und Personalhoheit

121 Vgl. die Nachweise in Fn. 15 f.

122 Vgl. Rn. 4 des Kommentars zu Art. 11 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Fn. 108) sowie Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 6 Rn. 14 (S. 34).

123 Allgemein dazu *J. Wolf*, Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht, 1997, S. 463 ff.; *P.-M. Dupuy/Ch. Hoss*, Trail Smelter and Terrorism: International Mechanisms to Combat Transboundary Harm, in: R.M. Bratspies/R.A. Miller (Hrsg.), Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration, 2006, S. 225 (233 f.). Für Cyberoperationen ebenso *Woltag* (Fn. 40), S. 95 f.; ungenau insoweit *T. Plate*, Völkerrechtliche Fragen bei Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen Cyber-Angriffe, ZRP 2011, S. 200 (202).

124 Im *Korfu-Kanal-Fall* befürwortet der IGH ausdrücklich die Pflicht eines jeden Staates, „*not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*“, vgl. IGH, Urt. v. 9.4.1949, *The Corfu Channel Case, Merits*, ICJ Rep. 1949, S. 4 (22). Ebenso IGH, *Teheraner Geiselfall* (Fn. 120), Rn. 76-78, 80, sowie jüngst auch IGH, Urt. v. 20.4.2010, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Rep. 2010, S. 14, Rn. 101. Vgl. ferner die Entscheidung des Schiedsgerichts im *Case Concerning the Difference Between New Zealand and France Concerning the Interpretation of Two Agreements, Concluded on 9 July 1986 Between the two States and Which Related to the Problems Arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France)*, Schiedsspruch v. 3.4.1990, RIAA Vol. XX (1990), S. 217 (270), Rn. 113.

125 *The Trail Smelter Arbitration Case (USA v. Canada)*, Schiedsspruch v. 11.3.1941, RIAA, Vol. III (1941), S. 1905 (1963 f.).

126 Ziff. 2 lit. c SR-Res. 1373 (2001) vom 28.9.2001. Vgl. auch Ziff. 3 SR-Res. 1368 (2001) vom 12.9.2001, sowie *R.P. Barnidge, Jr.*, States' Due Diligence Obligations with regard to International Non-State Terrorist Organisations Post 11 September 2001: the Heavy Burden that States must Bear, *Irish Studies in International Affairs* 16 (2005), S. 103 (111 f.).

127 Vgl. *von Arnould* (Fn. 102), Rn. 1092; ebenso *Roscini* (Fn. 32), S. 102. Deutlich extensiveres Verständnis bei *Tsagourias* (Fn. 88), S. 242.

128 Vgl. bereits Ziff. 1(a) UN Dok. A/RES/55/63 (22.1.2001). Siehe auch Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 11 Rn. 5 (S. 46 f.) und – speziell zum Neutralitätsrecht – Regel 93 Rn. 6 (S. 253 f.).

129 Vgl. IGH, *Teheraner Geiselfall* (Fn. 120), Rn. 68; *Pulp Mills-Fall* (Fn. 124), Rn. 101. Ferner *T. Koivurova*, Due Diligence, in: *Wolftrum* (Fn. 19), Vol. III, 2012, S. 236 (240), Rn. 19.

nach Möglichkeit zu unterbinden und zu ahnden.¹³⁰ Auf Verstöße gegen diese Sorgfaltspflicht darf mit gewaltfreien Gegenmaßnahmen reagiert werden. Ein Recht auf militärische Gegenwehr muss jedoch ebenso ausscheiden¹³¹ wie eine über den erwähnten Sorgfaltsmaßstab hinausgehende striktere Haftung.¹³² Eine „*obligation of result*“ oder der Standard des „*should have known*“ würde die Staaten schlichtweg überfordern, da ihnen nicht zumutbar ist, jede schädliche Datenbewegung auf ihrem Hoheitsgebiet zu kennen oder zu ermitteln.¹³³ Angesichts der Schnelligkeit und Neutralität des Datentransfers ist es faktisch unmöglich, festzustellen, auf welchem Weg und über welche Jurisdiktionen versendete *Malware*-Pakete übermittelt werden.¹³⁴ Selbst bei entsprechender Kenntnis können Staaten die Routen von bestimmten Schadprogrammen technisch nicht unterbrechen; sie sind, einmal freigesetzt, sogar meist vom Absender der Schadsoftware in Reproduktion und Verbreitung nicht mehr beherrschbar.¹³⁵ Das *Tallinn Manual* hebt deshalb zu Recht hervor, dass der alleinige Umstand, dass eine Cyberoperation von einem Computersystem ausgeht, das in einem Staat belegen ist, nicht darauf schließen lässt, dass der Staat für den Angriff auch verantwortlich zeichnet.¹³⁶

Sind weder Beteiligung noch Duldung des Staates nachweisbar, stellt sich schließlich die Frage, ob der Opferstaat dennoch seine Abwehrmaßnahmen auf das Territorium des Aufenthaltsstaates ohne dessen Billigung ausdehnen darf, obgleich dieser grundsätzlich einen Anspruch auf Achtung seiner territorialen Integrität hat.¹³⁷ In außergewöhnlichen Notstandssituationen¹³⁸ mag dies zu bejahen sein vorausgesetzt, die

130 Dies ist einhellige Ansicht, vgl. etwa *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 12; *D.E. Graham*, *Cyber Threats and the Law of War*, *Journal of National Security Law & Policy* 4 (2010), S. 87 (101); *Schmitt* (Fn. 72), S. 580; *Heintschel von Heinegg* (Fn. 36), S. 170 f.; *Woltag* (Fn. 40), S. 96 ff., 109. – Die US International Strategy for Cyberspace, 2011, S. 10 bezeichnet die „*Cybersecurity due diligence*“ sogar als eine sich in der Entwicklung befindliche Norm des Gewohnheitsrechts.

131 Wie hier *Roscini* (Fn. 32), S. 102; *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 634 f. A.A. *Banks* (Fn. 23), S. 163 f.; *Woltag* (Fn. 40), S. 187 f., 196. Die Expertengruppe zur Erarbeitung des *Tallinn Manuals* (Fn. 35) war sich uneinig, vgl. Regel 13 Rn. 16-18 (S. 58 f.).

132 Ähnlich *Gervais* (Fn. 92), S. 549; *H. Lobel*, *Cyber War Inc.: The Law of War Implications of the Private Sector's Role in Cyber Conflict*, *Texas International Law Journal* 47 (2012), S. 617 (640). Vgl. *mutatis mutandis* auch IGH, *Crime of Genocide* (Fn. 114), Rn. 430, sowie *Affaire des biens britannique au Maroc espagnol (Espagne v. Royaume-Uni)*, Schiedsspruch v. 1.5.1925, RIAA Vol. II (1925), S. 615 (640 f.). Ohne nähere Begründung a.A. *E.T. Jensen*, *Sovereignty and Neutrality in Cyber Conflict*, *Fordham International Law Journal* 35 (2012), S. 815 (826, 834 f.); *S. Moore*, *Cyber Attacks and the Beginnings of an International Cyber Treaty*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 39 (2013), S. 223 (245).

133 Wie hier z.B. *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 12; *J.P. Kesan/C.M. Hayes*, *Mitigative Counterstriking: Self-Defense and Deterrence in Cyberspace*, *Harvard Journal of Law & Technology* 25 (2012), S. 415 (482); *Droege* (Fn. 57), S. 544 f.; *Pirker* (Fn. 35), S. 208; *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 636 f.; *Blank* (Fn. 22), S. 120. A.A. hingegen *C. Lotrionte*, *State Sovereignty and Self-Defense in Cyberspace: A Normative Framework for Balancing Legal Rights*, *Emory International Law Review* 26 (2012), S. 825 (840, 854 ff., 901). Die Experten des *Tallinn Manual* (Fn. 35) konnten zu dieser Frage keine Einigung erzielen, vgl. Regel 5 Rn. 11 f. (S. 28).

134 Gut verständliche Beschreibung der technischen Begebenheiten bei *Woltag* (Fn. 40), S. 10 f. Ferner vgl. *S. Stadlmeier/W.J. Unger*, *Cyber War und Cyber Terrorismus aus völkerrechtlicher Sicht*, in: *K. Schmalenbach* (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Völkerrechts*, 2012, S. 63 (80).

135 *Stadlmeier/Unger* (Fn. 134), S. 66; vgl. auch *Walker* (Fn. 42), S. 1158.

136 *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 7 Rn. 3 f. (S. 34); kritisch *Fleck* (Fn. 90), S. 339.

137 Ähnlich *Plate* (Fn. 123), S. 201.

138 Zum „*state of necessity*“: vgl. Art. 25 ASR sowie IGH, *Gabčikovo-Nagymaros* (Fn. 92), Rn. 51, und IGH, Gutachten v. 9.7.2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep. 2004, S. 136, Rn. 140.

Gegenmaßnahmen beziehen sich gezielt auf die Abwehr einer mit der erforderlichen *ex ante*-Sorgfalt identifizierten Gefahrenlage.¹³⁹ So darf ein Staat sowohl sein „*law enforcement*“ extraterritorialisieren und auf fremdes Gebiet erstrecken als auch die Kommunikationsrouten sperren, wenn zu befürchten ist, dass feindliche Cyberoperationen sein wesentliches Sicherheitsinteresse gefährden, selbst wenn dadurch unbeteiligte Staaten in Mitleidenschaft gezogen werden.¹⁴⁰ Nicht erlaubt ist aber wohl die gewaltsame Bekämpfung von Cyberterroristen und ihrer Einrichtungen.¹⁴¹ Der IGH hat in seinem *Mauer-Gutachten* noch einmal die Notwendigkeit einer staatlichen Zurechnung betont, um eine Selbstverteidigungslage zu begründen.¹⁴²

3. *Beweisstandards im Recht defensiver Abwehrmaßnahmen*

Während bei einer exceptionellen Notstandslage geringere Anforderungen genügen mögen,¹⁴³ setzt jede Art defensiver Gegenwehr voraus, dass Angriff und Angreifer eindeutig identifizierbar sind.¹⁴⁴ Nach den völkerrechtlichen Zurechnungsprinzipien trägt der angegriffene Staat hierfür die Beweislast.¹⁴⁵ Die erforderlichen Beweise müssen klar und überzeugend sein, der reine Anscheinsbeweis genügt nicht.¹⁴⁶ Verschiedene Schiedsgerichte und der IGH sprechen von einer „*reasonable certainty*“.¹⁴⁷

Anonyme oder verdeckte Informationsangriffe stellen den Regelungskomplex der Abwehrmaßnahmen vor besondere Herausforderungen. Dies beginnt bereits damit, dass es nicht leicht ist, Cyberangriffe von bloßen computerimmanenten Softwarefehlern zu scheiden. Nicht von ungefähr dauern verlässliche naturwissenschaftliche Analysen

139 Vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 9 Rn. 10-11 (S. 39 f.) sowie z.B. *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 11; *Dinstein* (Fn. 72), S. 108.

140 Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 9 Rn. 12 (S. 40). Vgl. auch *Pirker* (Fn. 35), S. 214; *Schmitt* (Fn. 65), S. 1129; *Woltag* (Fn. 40), S. 129 f., 194 f.

141 Wie hier *Blank* (Fn. 22), S. 120, 138; wohl auch *Schmitt* (Fn. 65), S. 1123. A.A. *Sklerov* (Fn. 115), S. 13, 38 f.; *N. Tsagourias*, *Necessity and the Use of Force: A Special Regime*, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010), S. 11 (37 f.). Die Ansichten der Experten des *Tallinn Manual* gehen zu dieser Frage auseinander, vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 13 Rn. 23 (S. 60 f.).

142 IGH, *Mauer-Gutachten* (Fn. 138), Rn. 139; zustimmend *Randelzhofer/Dörr* (Fn. 70), Art. 2(4) Rn. 31. Im *Kongo-Fall* (IGH, *Congo v. Uganda* [Fn. 95], Rn. 146 f.) wurde die Frage offengelassen. Kritik an der Ansicht der Richtermehrheit im *Mauer-Gutachten* üben etwa das Sondervotum des Richters *Kooijmans* im *Mauer-Gutachten*, ICJ Rep. 2004, S. 219, Rn. 35, und im Fall *Congo v. Uganda*, ICJ Rep. 2005, S. 306, Rn. 26-28, sowie das Sondervotum des Richters *Simma* im Fall *Congo v. Uganda*, ICJ Rep. 2005, S. 334, Rn. 11. Kritisch etwa auch *Ch. Tams*, *Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case*, *EJIL* 16 (2005), S. 963 (970-973); *R. Wedgwood*, *The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense*, *AJIL* 99 (2005), S. 52 (58).

143 Vgl. *J. Crawford*, *Second report on State Responsibility – Addendum 2*, UN Dok. A/Cn.4/498/Add.2, 30.4.1999, Rn. 289.

144 Statt vieler vgl. nur *Krieger* (Fn. 11), S. 16.

145 Grundsätzlich zur Regel *onus probandi incumbit actori Klein* (Fn. 92), S. 46 f., sowie IGH, *Pulp Mills-Fall* (Fn. 124), Rn. 162. Zum Recht der Selbstverteidigung und den damit verbundenen Beweisregeln vgl. IGH, *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 57-61; sowie *Randelzhofer/Nolte* (Fn. 71), Art. 51 Rn. 16.

146 Vgl. *M. Benzing*, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, 2010, S. 516. Dies gilt unbeschadet des Umstandes, dass der Beweisstandard bei Gegenmaßnahmen nicht so hoch ist wie im strafrechtlichen Bereich, vgl. *Gill* (Fn. 89), S. 228.

147 Vgl. *Trail Smelter Arbitration Case (USA v. Canada)*, Schiedsspruch v. 11.3. 1941, RIAA Vol. III (1941), S. 1938 (1965); *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. Claims Tribunal 17 (1987), S. 92 (101 f.), sowie IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 29, 57; *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 61, 64, 71, 76; *Congo v. Uganda* (Fn. 95), Rn. 136, und *Crime of Genocide* (Fn. 114), Rn. 209, 422.

von Cyberoperationen häufig mehrere Monate, wenn nicht gar Jahre.¹⁴⁸ Fehlt es zudem an der hinreichend sicheren Identifizierung des Urhebers eines Cyberangriffs, erweist sich dies als neuralgisch für eine Rechtsordnung, deren Steuerungskraft vorrangig auf Zurechnungs- und Beweisregeln beruht.¹⁴⁹ Zusätzliche Probleme bereiten dabei diejenigen Situationen, in denen eine Person oder staatliche Behörde ohne Kenntnis in die Aktionen involviert ist, weil etwa ihr Computer über sog. *Botnets* für einen Angriff missbraucht wird.¹⁵⁰

Das Vertrauen darauf, dass künftige technologische Entwicklungen die Identifizierung des Angreifers ermöglichen werden,¹⁵¹ ist, rechtlich besehen, nicht zufriedenstellend. Ebenso wenig kann die Ansicht überzeugen, wonach die für Angriffe mit konventionellen Mitteln entwickelten strengen Kausalitätsvorgaben zu Begründung und Nachweis der Verantwortlichkeit bei Cyberoperationen nicht griffen und eine Abweichung vom Erfordernis der „*reasonable certainty*“ zugunsten von widerlegbaren Vermutungen angezeigt sei.¹⁵² Die Vertreter dieser Auffassung stellen maßgeblich darauf ab, wem der Cyberangriff im Kontext einer Operation politisch nutze;¹⁵³ etwa sei im Georgien-Konflikt eine Koordinierung zwischen den Cyberangriffen und den militärischen Operationen Russlands ersichtlich gewesen.¹⁵⁴ Zusätzlich berufen sie sich auf einen Vergleich zum präemptiven Selbstverteidigungsrecht,¹⁵⁵ weshalb die Weigerung eines Staates, bei der Aufklärung von Cyberoperationen Rechtshilfe zu leisten, bereits eine Vermutung seiner Urheberchaft begründe.¹⁵⁶

Ein derartiger Dispens von Kausalitätssträngen und Beweisregeln findet weder im Gewohnheits- noch im Vertragsrecht eine Stütze. Die Schutzpflichtenlehre darf mit dem Recht der Abwehrmaßnahmen nicht verknüpft werden.¹⁵⁷ Der irrtümlichen Ausübung des Selbstverteidigungsrechts insbesondere gegen einen unrichtigen Adressaten wohnt

148 So konnten Analysten eine Cyberoperation gegen die USA erst nach rund sechs Jahren verlässlich der chinesischen Regierung zuordnen, dazu näher *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 626. Zur generellen zeitlichen Problematik vgl. auch *Gill/Ducheine* (Fn. 86), S. 451, 468.

149 So z.B. auch *Krieger* (Fn. 11), S. 4; *Schmitt* (Fn. 92), S. 668 f.

150 Dazu etwa *Dietz* (Fn. 38), S. 471, und *Pihelgas* (Fn. 49), S. 55.

151 So etwa die optimistische Einschätzung von *Dinstein* (Fn. 72), S. 112, und *Roscini* (Fn. 32), S. 97.

152 So die Auffassung von *S.M. Condron*, *Getting it Right: Protecting American Critical Infrastructure in Cyberspace*, *Harvard Journal of Law & Technology* 20 (2007), S. 403 (415 f.); *M. Hoisington*, *Cyberwarfare and the Use of Force Giving Rise to the Right of Self-Defense*, *Boston College International & Comparative Law Review* 32 (2009), S. 439 (452 f.); *R.A. Clarke/R.K. Knake*, *Cyber War*, 2010, S. 251. Besonders weitgehend und inkonsistent *Jensen* (Fn. 81), S. 234.

153 Zum sog. *Cui bono*-Test vgl. *M.C. Libicki*, *Cyberdeterrence and Cyberwar*, 2009, S. 43 f.; *R.K. Knake*, *Untangling Attribution: Moving to Accountability in Cyberspace*, 2010, S. 8 f.

154 So z.B. *Lotrionte* (Fn. 133), S. 898 f. Freilich konnte eine Beteiligung russischer Behörden nicht nachgewiesen werden, vgl. *Harrison Dinniss* (Fn. 6), S. 98.

155 Manche Stimmen in der Literatur haben seinerzeit aus der irakischen Weigerung, IAEA-Inspektoren die Atomanlagen kontrollieren zu lassen, auf den Besitz von Massenvernichtungswaffen geschlossen, vgl. *M.C. Waxman*, *The Use of Force against States that 'Might' Have Weapons of Mass Destruction*, *Michigan Journal of International Law* 31 (2009), S. 1 (70 ff.) m.w.N.

156 So die Ansicht etwa von *E. Tikk/K. Kaska*, *Legal Cooperation to Investigate Cyber Incidents: Estonian Case Study and Lessons*, in: J. Demergis (Hrsg.), *Proceedings of the 9th European Conference on Information Warfare and Security*, 2010, S. 288 (289); vgl. auch *Jensen* (Fn. 14), S. 805 f.; *Clarke/Knake* (Fn. 152), S. 250, und *Lotrionte* (Fn. 133), S. 904 f.

157 Zutreffend *M. Bothe*, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, *EJIL* 14 (2003), S. 227 (232), in Bezug auf das präemptive Selbstverteidigungsrecht. In diese Richtung auch IGH, *Korfu Kanal-Fall* (Fn. 124), S. 18 und 34 f.; sowie *Krieger* (Fn. 11), S. 12; *Woltag* (Fn. 40), S. 105, 182; *Roscini* (Fn. 39), S. 102 f. Unentschieden hingegen *Keber/Roguski* (Fn. 2), S. 416.

ein hohes Eskalationspotential inne.¹⁵⁸ Auch deshalb hat der IGH im *Ölplattformfall* festgestellt, ein *non liquet* in Bezug auf die Urhebererschaft führe dazu, dass der von Raketenangriffen betroffene Staat sich nicht auf ein Selbstverteidigungsrecht berufen könne.¹⁵⁹ Eine ausschließlich kontextbezogene Argumentation des Opferstaates, von welchem Staat mutmaßlich die Angriffe ausgingen, hat der Gerichtshof ausdrücklich abgelehnt.¹⁶⁰ Der als Verstoß gegen das Gewaltverbot zu wertende *Stuxnet*-Angriff zeigt, wie weitsichtig die Einlassungen des IGH waren, da auch hier aus dem Zusammenhang heraus mehrere Zurechnungsstränge konstruierbar gewesen sind.¹⁶¹

Die Unsicherheiten bei der Zurechnung von Cyberoperationen verwirklichen sich auch unterhalb der Gewaltschwelle. Anonyme *Denial-of-Service*-Attacks, wie sie in Estland, Georgien und der Ukraine anzutreffen waren, werfen ebenfalls die Frage auf, wie ein Staat sich hiergegen zur Wehr setzen darf. Greift der Opferstaat nur zum Mittel der Retorsion, besteht keine Notwendigkeit, ein hohes Maß an Sicherheit über die Identität des Verursachers zu verlangen, da die gewählte Maßnahme nicht völkerrechtswidrig ist.¹⁶² So war es zulässig, dass Estland einige russische IP-Adressen im Einklang mit Art. 34 f. der ITU-Constitution gesperrt hat, auch wenn eine Beteiligung Russlands an den vorangegangenen Cyberangriffen nicht gesichert war.¹⁶³ Selbst Fehldeutungen dürften bei Retorsionen keine schwerwiegenden Folgen für die internationale Stabilität zeitigen.¹⁶⁴ Wählt der Staat aber in Reaktion auf eine Verletzung des Gewalt- oder Interventionsverbots eine Gegenmaßnahme, muss an den strengen Anforderungen der Zurechenbarkeit festgehalten werden, die einen ähnlich hohen Grad an Bestimmtheit erfordern wie Maßnahmen nach Art. 51 UN-Charta.¹⁶⁵ Vor den Gefahren für die internationale Sicherheit eines willkürlichen Rechts auf Gegenmaßnahmen ist zu Recht gewarnt worden.¹⁶⁶

II. Offensiv-präventive Sicherheitsmaßnahmen

Verschleierungsmöglichkeiten der Urhebererschaft führen also dazu, dass die herkömmlichen Abwehrmaßnahmen, die wesentlich auf belastbaren Zuordnungssträngen fußen, bei Cyberoperationen an Wirksamkeit verlieren.¹⁶⁷ Damit Sicherheit im Cyberspace dennoch gewährleistet werden kann, muss zur Lösung der aufgezeigten Probleme der

158 *Krieger* (Fn. 11), S. 13; *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 627 f.

159 IGH, *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 57.

160 IGH, *Oil Platforms* (Fn. 84), Rn. 60 f. Vgl. auch IGH, *Nicaragua* (Fn. 77), Rn. 109. Daher scheidet auch eine Beweislastumkehr aus, die allerdings von S.-H. Schulze, *Cyber-,War“ – Testfall der Staatenverantwortlichkeit*, 2015, S. 151 ff., als sinnvoll angesehen wird.

161 Vgl. *Ziolkowski* (Fn. 10), S. 140; ähnlich auch *Krieger* (Fn. 11), S. 14.

162 *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 30; *Krieger* (Fn. 11), S. 15; vgl. auch T. *Giegerich*, *Retorsion*, in: *Wolfrum* (Fn. 19), Vol. VIII, 2012, S. 976 (981), Rn. 29.

163 Vgl. *Tallinn Manual* (Fn. 35), Regel 9 Rn. 13 (S. 40 f.).

164 Zutreffend *Krieger* (Fn. 11), S. 15.

165 Vgl. *J. Crawford*, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002, S. 281 ff., 297 f. Für den Cyberspace ebenso *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 30; *Krieger* (Fn. 11), S. 16; *Geiß/Lahmann* (Fn. 98), S. 624, 633 f. Ohne Begründung a.A. *K.C. Hinkle*, *Countermeasures in the Cyber Context: One More Thing to Worry About*, *The Yale Journal of International Law* 27 (2011), S. 11 (17 f.).

166 Vgl. *Klein* (Fn. 92), S. 45, unter Verweis auf A. *Bleckmann*, *Gedanken zur Repressalie*, in: I. von Münch (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, 1981, S. 193 (194).

167 Ähnliche Einschätzung von *Liff* (Fn. 47), S. 419; *L. Tang/X. Zhang*, *The View from China: Can Cyber Deterrence Work?*, in: A. Nagorski (Hrsg.), *Global Cyber Deterrence: Views from China, the U.S., Russia, India and Norway*, 2010, S. 1 (2). Wegen des sehr weitgehenden Zurechnungsansatzes, den sie vertreten, übergehen *Jensen* (Fn. 14), S. 779 f., und *Waxman* (Fn. 33), S. 445 ff., das Problem.

Blickwinkel verändert werden.¹⁶⁸ Im Vordergrund steht dann nicht die Anwendung defensiver Rechtsinstitute, sondern die Heranziehung des dem internationalen Umwelt- und Technikrecht bekannten Vorsorgeprinzips,¹⁶⁹ das auf generelle Gefahrenlagen und Situationen des Nichtwissens reagiert und der Risikominimierung im Vorfeld dient.¹⁷⁰ Derartige Vorsorgemaßnahmen sind auch dem humanitären Völkerrecht geläufig, das etwa für die Entwicklung neuer Waffentechnologien eine strenge Vorsorgeverpflichtung in Art. 36 ZP I enthält.¹⁷¹ Danach müssen die Vertragsparteien bei der Einführung neuer Waffen überprüfen, ob ihre Verwendung unzulässig wäre, weil die Waffe an sich zu unnötigen Leiden führt oder ihre Wirkungen unterschiedslos sind.

1. Entwicklungs- und Einsatzverbot für Cyberoperationen?

Es ist durchaus vollstellbar, dass die Verwendung bestimmter *Malware* gegen das Unterscheidungsgebot verstößt, wenn sie bei ihrer Verbreitung automatisierte Streuungen in Gang setzt, die technisch nicht beherrschbar sind.¹⁷² Keinesfalls verstößt die Entwicklung von Cybermethoden aber gegen das absolute Mittelverbot. Die Möglichkeiten ihres Einsatzes sind viel zu weit gefasst.¹⁷³ Dient die Cyberoperation allein der Informationsbeschaffung, ist sie zudem völkerrechtlich nicht grundsätzlich verboten¹⁷⁴ und vermag sogar positive Effekte zu generieren: Cyberspionage stellt ein gewisses Machtgleichgewicht zwischen den Staaten her, was der Abschreckung dienlich sein kann.¹⁷⁵ Zahlreiche Formen der Cyberspionage stellen ferner zulässige Kriegslisten im Sinne des Art. 37 ZP I dar¹⁷⁶ und versetzen die Staaten zudem in die Lage, den Anforderungen des Unterscheidungsgrundsatzes während bewaffneter Auseinandersetzungen Rechnung zu tragen.¹⁷⁷

168 Diese Auffassung scheint sich zunehmend zu verbreiten, vgl. etwa *Krieger* (Fn. 11), S. 4; *O'Connell* (Fn. 7), S. 191; *Boulet* (Fn. 7); *D. Fidler*, *Cyberattacks and International Human Rights Law*, in: S. Casey-Maslen (Hrsg.), *Weapons Under International Human Rights Law 2014*, S. 299 (306).

169 Das Vorsorgeprinzip zählt in seinem Kern mittlerweile zum Gewohnheitsrecht, vgl. IGH, *Pulp Mills-Fall* (Fn. 124), Rn. 162-164; sowie *M. Schröder*, *Precautionary Approach/Principle*, in: Wolfrum (Fn. 19), Vol. VIII, 2012, S. 400 (403 f.), Rn. 20 f. A.A. (allgemeiner Rechtsgrundsatz) *D. Maurmann*, *Rechtsgrundsätze im Völkerrecht am Beispiel des Vorsorgeprinzips*, 2008, S. 154.

170 Vgl. *T. Marauhn*, *Customary Rules of International Environmental Law*, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 465 (472 ff.), sowie *Schröder* (Fn. 169), S. 400 f., Rn. 2, 4.

171 Vgl. *Krieger* (Fn. 11), S. 6. Zu weiteren Vorsorgemaßnahmen vgl. *Woltag* (Fn. 40), S. 210 f.

172 Je unsicherer, breiter und unbeherrschbarer die Wirkungen einer Cyberoperation sind, desto eher ist diese als unterschiedslos zu werten, vgl. *Doswald-Beck* (Fn. 42), S. 170. Näher Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 43 (S. 144-146).

173 Vgl. die Beispiele bei *Dittmar* (Fn. 56), S. 211-217.

174 Vgl. etwa *Ch.D. Baker*, *Tolerance of International Espionage: A Functional Approach*, *American University International Law Review* 19 (2003), S. 1091 (1094); *S. Chesterman*, *The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law*, *Michigan Journal of International Law* 27 (2006), S. 1071 (1081 ff.); *H. Lin*, *Offensive Cyber Operations and the Use of Force*, *Journal of National Security Law and Policy* 4 (2010), S. 63 (78 f.); *K. Ziolkowski*, *Peacetime Cyber Espionage – New Tendencies in Public International Law*, in: dies. (Fn. 8), S. 425 (445 f.). Kritisch *D. Fleck*, *Individual and State Responsibility for Intelligence Gathering*, *Michigan Journal of International Law* 28 (2007), S. 687 (692).

175 Klarsichtig *Ch. Schaller*, *Spies*, in: Wolfrum (Fn. 19), Vol. IX, 2012, S. 435, Rn. 2; *Krieger* (Fn. 11), S. 8.

176 Nur wenige Cyberoperationen erfüllen den Tatbestand des Perfidieverbots gemäß Art. 37 Abs. 1 lit. c ZP I, vgl. dazu Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 60 Rn. 11-15 (S. 185 f.), sowie eingehend *Woltag* (Fn. 40), S. 221-226.

177 *Heintschel von Heinegg* (Fn. 42), S. 134.

Schon deshalb kommt ein umfassendes Entwicklungs- und Einsatzverbot für Cyberoperationen, wie dies von Russland in den Vereinten Nationen bereits 1998 erfolglos beworben wurde,¹⁷⁸ nicht in Betracht. Hinzu kommt, dass Cyberoperationen von nahezu jedermann von beliebigen Orten aus durchführbar sind, was die wirksame Kontrolle eines solchen Verbots *a priori* verhindert.¹⁷⁹ Der jüngst von Russland, China, Tadschikistan und Usbekistan vorgelegte Entwurf einer „*Convention on International Information Security*“¹⁸⁰ sieht zwar von einem vollständigen Verbot ab, birgt aber nicht weniger gewichtige Probleme. Denn der im Konventionsentwurf enthaltene Ansatz zur Regulierung von „Informationswaffen“ beschränkt sich nicht auf computernetzwerkspezifische Vorgänge, sondern erfasst auch traditionelle Kommunikationswege über Satelliten und die auf diesem Wege verbreiteten Inhalte.¹⁸¹ Hier bestehen Risiken einer Eindämmung der individuellen Meinungs- und Informationsfreiheit,¹⁸² und es droht ein Wiederaufbrechen der aus dem Kalten Krieg bekannten Grundsatzdebatte um „*prior consent*“ und „*free flow of information*“.¹⁸³

2. *Vorsorge- und Sorgfaltspflichten der internationalen Staatengemeinschaft*

Der Gedanke der Vorsorge ist allerdings nicht auf ein Verbot von risikobehaftetem Verhalten beschränkt. Das Vorsorgeprinzip kennt weder einen festgelegten Maßnahmenkatalog noch einen *numerus clausus* der Adressaten.¹⁸⁴ Es umfasst vielmehr auch niederschwellige Maßnahmen und verengt darüber hinaus den Blick nicht auf den konkreten Verursacher, sondern bezieht auch den Initiator der Gefahrenlage mit ein.¹⁸⁵ Aus dem Vorsorgeprinzip können deshalb Sorgfaltspflichten erwachsen, die sich an alle

178 Dem Versuch Russlands, im Jahr 1998 eine Resolution der Generalversammlung über ein Einsatzverbot besonders gefährlicher Formen der Cyberoperationen zu erzielen, war kein Erfolg beschieden. Vgl. den Resolutionsentwurf in UN Dok. A/C.1/53/3 vom 20.9.1995, sowie die letztlich verabschiedete Resolution 53/79 vom 4.12.1998 (UN Dok. A/RES/53/79 vom 8.1.1999), die bloß allgemeine Aufrufe zur Cybersicherheit enthält, dazu näher P.A. Johnson, *Is It Time for a Treaty on Information Warfare?*, in: Schmitt/O'Donnell (Fn. 17), S. 439 (443).

179 Vgl. *Woltag* (Fn. 19), S. 993, Rn. 21; G. *Kerschischnig*, *Cyberthreats and International Law*, 2012, S. 297.

180 Russland, China, Tadschikistan und Usbekistan haben zunächst einen *International Code of Conduct for Information Security* vorgeschlagen, vgl. Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan und Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Dok. A/66/359 (14.9.2011). Daran anschließend hat Russland dieses Vorgehen konkretisiert und auf einer internationalen Konferenz in Ekaterinenburg am 21./22.9.2011 den Entwurf einer *Convention on International Information Security* vorgestellt, vgl. K. *Ziolkowski*, *Confidence Building Measures for Cyberspace*, in: dies. (Fn. 8), S. 533 (538). Auch das Regelwerk der ITU ist auf der World Conference on International Telecommunication im Dezember 2012 in Dubai in diesem Sinne novelliert worden, vgl. L. *Areng*, *International Cyber Crisis Management and Conflict Resolution Mechanisms*, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 565 (566, 574).

181 Vgl. *Hobe* (Fn. 37), § 231 Rn. 41.

182 A. *Zimmermann*, *International Law and 'Cyber Space'*, *ESIL Reflections*, 2014, Vol. 3, Issue 1.

183 So auch die Stellungnahmen von Seiten des Vereinigten Königreichs und der USA in: UN-Dok. A/59/116/Add.1, 28.12.2004, S. 3, A/65/154, 2.6.2010, S. 15. Zu den in den VN geführten Diskussionen um Verbreitung oder Unterbindung von Rundfunkinhalten, die aufgrund von direktstrahlenden Satelliten in den 1970er Jahren möglich wurden, vgl. UN Dok. A/RES/37/92 vom 10.12.1982, sowie J.A. *Frowein*, *Satellite Broadcasting*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, 2000, S. 317 (318); S. *Schmahl*, *The United Nations Facing the Challenges of the „Information Society“*, *MPYUNL* 11 (2007), S. 197 (202 f.) m.w.N.

184 So auch *Schröder* (Fn. 169), S. 402, Rn. 11.

185 Vgl. *Schröder* (Fn. 169), S. 402, Rn. 11. S. auch *Schörnig* (Fn. 58), S. 5, sowie zum innerstaatlichen Recht ähnlich I. *Spiecker gen. Dömann*, *Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit*, 2000, S. 20 ff.

Staaten richten und nicht nur beim potentiellen Verletzerstaat ansetzen.¹⁸⁶ Eine solche gemeinsame „*duty to prevent cyber attacks*“ ist konzeptionell entwickelbar.¹⁸⁷

Staaten tragen die Verantwortung dafür, ihre Informationstechnologien vor Schaden und Missbrauch zu sichern.¹⁸⁸ Daher lässt sich überlegen, die Systeme kritischer Infrastrukturen höheren Sicherheitsstandards zu unterwerfen oder sie gar von den allgemeinen zivilen Telekommunikationsnetzen zu trennen.¹⁸⁹ Immerhin sieht das humanitäre Völkerrecht den besonderen Schutz etwa von Kernkraftwerken und Krankenhäusern vor und kennt darüber hinaus spezifische Sorgfaltspflichten zur Segregation der Zivilbevölkerung von den Streitkräften und militärischen Objekten.¹⁹⁰

Vor allem aber müssen diejenigen *soft law*-Entwicklungen zur zwischenstaatlichen Kooperation im Cyberspace stärker in das Blickfeld rücken, die sich ebenfalls aus dem Vorsorgeprinzip ableiten lassen und die mittlerweile auf der Ebene der Vereinten Nationen und anderer Organisationen unter dem Schlagwort „*Confidence Building in Cyberspace*“ diskutiert werden.¹⁹¹ Hierzu zählen Verhaltensmaximen wie gegenseitige Pflichten zu Information, Konsultation, Risikoabschätzung und, sollte ein Schadensfall eintreten, zur Rechtshilfe.¹⁹² Auch im Umweltvölkerrecht und im allgemeinen Völkerrecht wird zunehmend der Schwerpunkt auf Verfahrenspflichten im Vorfeld von

186 Vgl. J. Kulesza, State Responsibility for Cyber-Attacks on International Peace and Security, Polish Yearbook of International Law 29 (2009), S. 139 (149); Krieger (Fn. 11), S. 16. Vgl. auch ITLOS, Seabed Disputes Chamber, Gutachten v. 1.2.2011, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Rn. 132-135.

187 Keber/Roguski (Fn. 2), S. 433; ähnlich auch Woltag (Fn. 40), S. 108.

188 Dementsprechend befasst sich etwa die Cyber-Sicherheitsstrategie der Bundesregierung mit verschiedenen Wegen zur Verbesserung der IT-Sicherheit auf der innerstaatlichen Ebene, vgl. Bundesministerium des Innern, Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland, 23.2.2011, S. 7 ff. Darauf basierend wurde etwa das Nationale Cyber-Abwehrzentrum unter der Federführung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik im Juni 2011 eingerichtet, dazu T. Linke, Rechtsfragen der Einrichtung und des Betriebs eines Nationalen Cyber-Abwehrzentrums als informelle institutionalisierte Sicherheitskooperation, DÖV 2015, S. 128 (129 ff.). Zum Entwurf eines neuen IT-Sicherheitsgesetzes, vgl. BT-Drs. 18/4096, S. 9 ff.

189 Schon früh Heintschel von Heinegg (Fn. 42), S. 141, 151; aus jüngerer Zeit etwa S. Gaycken/M. Karger, Entnetzung statt Vernetzung, Multimedia und Recht 2011, S. 3 (8); Geiß/Lahmann (Fn. 52), S. 392 f. Skeptisch indes E. T. Jensen, Cyber Warfare and Precautions against the Effects of Attacks, Texas Law Review 88 (2010), S. 1533 (1535); S. Kanuck, Sovereign Discourse on Cyber Conflict under International Law, Texas Law Review 88 (2010), S. 1570 (1595). – Dass eine Abkoppelung von Computernetzwerken technisch machbar ist, zeigt etwa die Luft- und Raumfahrttechnologie, die weitgehend von der zivilen Netzstruktur unabhängig ist, dazu etwa S.A. Kaiser/O. Aretz, Legal Protection of Civil & Military Aviation against Cyber Interference, in: Ziolkowski (Fn. 8), S. 319 (323 f.; 328); M. Mejía-Kaiser, Space Law and Unauthorised Cyber Activities, ebd., S. 349 (351).

190 Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 59 (S. 176-180). Vgl. auch Krieger (Fn. 11), S. 17 f., und Fleck (Fn. 90), S. 344 f.

191 Vgl. UNGA, Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, UN Dok. A/65/201 (30.7.2010), und UN Dok. A/68/98 (24.6.2013), sowie OSCE, Joint Meeting of the OSCE Forum for Security Co-operation and the OSCE Permanent Council, OSCE Dok. FSC-PC.DEL/31/10 (10.6.2010), und OSCE, Development of Confidence-Building Measures to Reduce the Risks of Conflict Stemming from the Use of Information and Communication Technologies, OSCE Dok. PC.DEC/1039 (26.4.2012). Ferner vgl. W. Kleinwächter, Bericht zum Internet Governance Forum, VN 2014, S. 131 (132); H. Tiirmaa-Klaar, Cyber-Diplomacy: Agenda, Challenges and Mission, in: Ziolkowski (Fn. 8), 2013, S. 509 (519 ff.); I. Walden, International Telecommunications Law, the Internet and the Regulation of Cyberspace, ebd., S. 261 (266 ff.).

192 Vgl. Krieger (Fn. 11), S. 18; Hobe (Fn. 37), § 231 Rn. 25. Andere Akzentsetzung bei Ch. Walter, Cyber Security als Herausforderung für das Völkerrecht, JZ 2015, S. 685 (689 f.).

Projekten gelegt, die mit grenzüberschreitenden Risiken verbunden sind.¹⁹³ In dem Maße, wie gemeinsame Verhaltensstandards im Bereich der Cybersecurity vereinbart werden, können *erga omnes* wirkende Verpflichtungen entstehen, die bei Verletzung sogar eine Duldungspflicht gegenüber Gefahrenabwehrmaßnahmen anderer Staaten begründen.¹⁹⁴

E. Synthese und Fazit: Das internationale Recht der Cybersecurity als Querschnittsmaterie

Das internationale Recht der Cybersecurity ist eine Querschnittsmaterie, die eine ganze Palette von Regeln und Prinzipien des Völkerrechts auf den Prüfstand stellt¹⁹⁵ und vor allem wegen ihrer technologischen Herausforderungen auch auf interdisziplinäre Erkenntnisgewinnung angewiesen ist.¹⁹⁶ Aus völkerrechtlicher Perspektive ist freilich festzuhalten, dass ein grundlegender Paradigmenwechsel im Sinne der Erarbeitung neuer materiell-rechtlicher Parameter zur Internetsicherheit nicht angezeigt ist.¹⁹⁷ Insbesondere Entwicklungs- und Einsatzverbote von Computernetzwerkoperationen sind weder kontrollierbar noch hinnehmbar. Nicht nur freiheitliche Gesellschaften profitieren von der Meinungs- und Informationsvielfalt und der Interoperabilität, die das Internet bietet.¹⁹⁸ Dass die informationstechnologische Entwicklung in ihrer Kehrseite einen höheren Grad an systemischer Verletzbarkeit mit sich bringt, ist der Preis für Pluralität, die nirgendwo deutlicher wird als im Cyberspace.¹⁹⁹ Die tatbestandlichen Voraussetzungen von schädlichen Cyberoperationen lassen sich ohnehin nur schwer konsentieren;²⁰⁰ nicht von ungefähr lässt selbst die *Cybercrime*-Konvention des Europarates den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum.²⁰¹

193 Zu Vorsorgemaßnahmen im Umweltvölkerrecht, die häufig im Bereich des *soft law* liegen, vgl. *T. Cottier u.a.*, The Principle of Common Concern and Climate Change, AVR 52 (2014), S. 293 (317 f.); *C.F. Germelmann*, Moderne Rechtssetzungsformen im Umweltvölkerrecht – Entwicklung und Perspektiven sekundärrechtlicher Regelungsmechanismen, AVR 52 (2014), S. 325 (362 f.). Zu Verfahrenspflichten im allgemeinen Völkerrecht vgl. den von der ILC im Jahr 2001 verabschiedeten und von der Generalversammlung vorerst angenommenen Entwurf zu den „Articles on Prevention of Transboundary Harms from Hazardous Activities“ (vgl. UN Dok. A/RES/68/114 vom 18.12.2013), bei dem der ursprüngliche Gedanke einer reinen Gefährdungshaftung oder einer Risikoverteilung mittlerweile zugunsten einer Kooperationspflicht zurücktritt, vgl. *Heintschel von Heinegg* (Fn. 86), § 50 Rn. 21, 45.

194 Vgl. *Plate* (Fn. 123), S. 202.

195 *Heintschel von Heinegg* (Fn. 65), S. 13; jüngst auch *C. Focarelli*, Self-defence in cyberspace, in: N. Tsagourias/R. Buchan (Hrsg.), Research Handbook on International Law and Cyberspace, 2015, S. 255 (281 ff.).

196 Dazu etwa *Lin* (Fn. 34), S. 516; *Areng* (Fn. 180), S. 569.

197 Ebenso *Heintschel von Heinegg* (Fn. 65), S. 15, 17; *Buchan* (Fn. 10), S. 214; *Fleck* (Fn. 90), S. 349. Die Ausarbeitung eines speziellen Vertragswerks zur Cybersecurity befürworten indes etwa *D. Brown*, A Proposal for an International Convention to Regulate the Use of Information Systems in Armed Conflict, Harvard International Law Journal 47 (2006), S. 179 ff.; *Moore* (Fn. 132), S. 229, 231; *I.P. Pozon/A. Tupaz*, The Effects of Technological Advancements in Expanding the Concept of War and the Role of Non-state Actors and Individuals, Ateneo Law Journal 57 (2013), S. 1065 (1074).

198 *Heintschel von Heinegg* (Fn. 65), S. 6; *C. Williamson*, A Perspective on the United States' View of International Law in Cyber-Conflict, in: Schmidt-Radefeldt/Meissler (Fn. 9), S. 175 (196).

199 Vgl. *J. Döge*, Cyber Warfare, AVR 48 (2010), S. 486. Früh bereits *Johnson* (Fn. 178), S. 450.

200 Näher zu diesem Problemkreis *Liff* (Fn. 47), S. 420; *Gervais* (Fn. 92), S. 558 f.; *Woltag* (Fn. 40), S. 101-103.

201 Dazu *J.P. Jurich*, Cyberwar and Customary International Law: The Potential of a „Bottom-up“ Approach to an International Law of Information Operations, Chicago Journal of International Law 9 (2008), S. 275 (280, 283 f.). Dennoch haben weder Russland noch China die *Cybercrime*-Konvention des Europarates unterzeichnet, obgleich diese auch für Nichtmitglieder des Europarates offensteht.

Die neuen informationstechnischen Bedrohungen sind prinzipiell auf dem Boden des gegenwärtigen Rechtsinstrumentariums zu bewältigen, das schon deswegen seine Berechtigung hat, weil es der Konfliktvermeidung dient. Termini wie „Intervention“, „Gewalt“ oder „bewaffneter Angriff“ können so evolutiv-dynamisch interpretiert werden, dass sie auf die Realität der modernen Informationsgesellschaften passen.²⁰² Auch die faktische De-Territorialisierung, die mit der ubiquitären Datenübertragung einhergeht, ist kein unüberwindbares Hindernis für die Anwendung der geltenden Rechtsregeln, die sich wesentlich am Grundsatz der Gebietshoheit orientieren. Diese Regeln können dadurch handhabbar gemacht werden, dass die relevanten Aktivitäten über ihren Ursprungs- und Wirkungsort zugerechnet und Jurisdiktionskonflikte nach den gängigen Anknüpfungskriterien gelöst werden.²⁰³ Anders als die anerkannten Staatengemeinschaftsräume liegt der Cyberspace nicht außerhalb staatlicher Zugriffsgewalt und bedarf auch keines internationalen Managements, um die verfügbaren Ressourcen nachhaltig zu sichern oder zu verteilen.²⁰⁴

Die zunehmende Rolle, die nichtstaatliche Akteure im Cyberkontext innehaben, ist ein Phänomen, das mittlerweile fast jeden Bereich des Völkerrechts betrifft. Die geltenden Zurechnungsregeln vermögen hinreichende Verantwortungsstränge zu bilden, soweit Staaten sich nachweislich an (lokalisierbaren) Cyberoperationen Privater beteiligen oder diese lenken und kontrollieren. Ist dem Aufenthaltsstaat bloß Passivität vorwerfbar, liegt der Schwerpunkt auf der Konkretisierung staatlicher Sorgfaltpflichten.²⁰⁵ Jüngere Abkommen zur Terrorismusbekämpfung erlegen den Vertragsstaaten hinsichtlich Verhütung und Verfolgung von Straftaten bereits weitergehende Pflichten auf, als dies nach allgemeinem Gewohnheitsrecht im Rahmen der *due diligence* der Fall ist.²⁰⁶ Sie können bei einer weiten Auslegung auch auf Cyberoperationen Anwendung finden.²⁰⁷

Desgleichen wird das Problem der *dual use*-Natur der Cyberinfrastruktur methodisch eher überschätzt.²⁰⁸ Der Umstand, dass ein Objekt zugleich für zivile wie militärische Zwecke verwendet werden kann, ist kein Alleinstellungsmerkmal des Cyberspace.²⁰⁹ Besorgniserregend ist zwar die Befürchtung, dass die Zivilbevölkerung durch „*annoy*-

202 Ähnliche Stoßrichtung bei *Schmitt* (Fn. 72), S. 571, 604; *Lobel* (Fn. 132), S. 625 f.; *Gervais* (Fn. 92), S. 579; *Woltag* (Fn. 40), S. 154, 273, 276 f.

203 Vgl. Tallinn Manual (Fn. 35), Regel 1 Rn. 10 (S. 17), Regel 2 Rn. 3 (S. 19), sowie ferner *S. Schmahl*, Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace, AVR 47 (2009), S. 284 (299 ff.); *J. Zekoll*, Jurisdiction in Cyberspace, in: G. Handl/J. Zekoll/P. Zumbansen (Hrsg.), Beyond Territoriality – Transnational Legal Authority in an Age of Globalization 2012, S. 341 ff. Skeptisch indes *D. Bethlehem*, The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law, EJIL 25 (2014), S. 9 (22).

204 Wie hier *Woltag* (Fn. 40), S. 57 f. A.A. wohl *Stein/Marauhn* (Fn. 77), S. 21 f.

205 So auch *Woltag* (Fn. 40), S. 274.

206 *von Arnould* (Fn. 102), Rn. 1083.

207 Wie hier *Murphy* (Fn. 47), S. 331; *B. Saul/K. Heath*, Cyber terrorism, in: Tsagourias/Buchan (Fn. 195), S. 147 (153 ff.). Skeptisch *Johnson* (Fn. 178), S. 445.

208 So z.B. bei *Droege* (Fn. 57), S. 562-566.

209 *Roscini* (Fn. 39), S. 66, 285. Beispiele von anderen *dual use*-Objekten finden sich bei *Bothe* (Fn. 80), Abschn. 8 Rn. 68. Ohne Begründung a.A. *Joyner/Lotriente* (Fn. 88), S. 860 f.

ing attacks“ künftig vermehrt in Mitleidenschaft gezogen wird.²¹⁰ Das humanitäre Völkerrecht kennt aber mit der *Martens*’schen Klausel²¹¹ sowie mit verschiedenen konkreten Vorsorgeverpflichtungen und dem Segregationsprinzip des Art. 58 ZP I bereits eine Reihe valider Vorschriften, die für eine ernsthafte Bemühung der Staaten um effektivere Schutzmaßnahmen für sensible Computernetzwerke streiten.²¹²

Schließlich führt selbst die für das Internet typische Anonymität und Verschleierungsmöglichkeit, die Kriminellen und Terroristen gleichermaßen Tür und Tor öffnet, nicht dazu, dass die Grundprinzipien des Völkerrechts obsolet würden.²¹³ Defizite im Tatsächlichen, gerade bei der Frage der Identifikation und Zuordnung, sind auch anderen Bereichen wie etwa dem internationalen Terrorismus und der asymmetrischen Kriegführung bekannt.²¹⁴ Diesen Schutzlücken können und müssen die Staaten, deren Bedeutung als Garanten für den virtuellen Raum beständig wächst,²¹⁵ mit einer Intensivierung der zwischenstaatlichen Kooperationsbemühungen zur konkretisierenden Ausgestaltung der bestehenden Sorgfalts- und Vorsorgepflichten entgegenwirken.²¹⁶ *Erga omnes* geltende Verhaltensmaximen zur Minimierung des Risikos schädlicher Cyberoperationen sind anders als materielle Rechtsregime vergleichsweise schnell verhandelbar und dürften auch der rasanten technologischen Entwicklung standhalten.

210 Dazu etwa *Dittmar* (Fn. 56), S. 234. Ähnlich bereits *M.N. Schmitt*, *Wired Warfare: Computer Network Attack and the Jus in Bello*, in: ders./O’Donnell (Fn. 17), S. 187 (196 f.); *M.R. Shulman*, *Discrimination in the Laws of Information Warfare*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), S. 939 (961); *Hinkle* (Fn. 165), S. 20 f. Andere Akzentsetzung bei *K. Dörmann*, *The Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks – An ICRC Approach*, in: K. Byström (Hrsg.), *International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law*, 2005, S. 139 (142 f.).

211 Die *Martens*’sche Klausel fand ihren ersten positivrechtlichen Niederschlag in der Präambel zur II. Haager Konvention von 1899 und ist außerdem in Art. 1 Abs. 2 ZP I normiert, vgl. dazu IGH, *Nuklearwaffen-Gutachten* (Fn. 73), Rn. 78, 87.

212 Ähnlich *R. Geiß*, *The Conduct of Hostilities in and via Cyberspace*, *ASIL Proceedings* 104 (2010), S. 371 (371 f.). Eher zweifelnd *Droege* (Fn. 57), S. 576; *Liivoja/McCormack* (Fn. 64), S. 54.

213 A.A. wohl *Goldsmith* (Fn. 31), S. 136: „anonymity is a norm destroyer“. Skeptisch auch *Gaycken* (Fn. 47), S. 59 f.

214 Zutreffend *Roscini* (Fn. 39), S. 33, 281; ähnlich auch *Schörmig* (Fn. 58), S. 53.

215 *Hobe* (Fn. 37), § 231 Rn. 14.

216 Im Ansatz wohl ähnlich *Ziolkowski* (Fn. 180), S. 556 ff.; *Woltag* (Fn. 40), S. 108 f.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Würzburg

I. Empirische Diagnose: Das Bedrohungspotential im Cyberspace

1. Die Anzahl schädlicher Computernetzwerkoperationen hat in den letzten Jahren exponentiell zugenommen. Zu den Opfern spektakulärer Cyberangriffe zählen etwa Estland, Georgien, der Iran, die Ukraine und die USA. Bis heute ist allerdings unklar, wer die jeweiligen Cyberoperationen zu verantworten hat.

II. Terminologische Abgrenzungen:

Cybersecurity als Gegenwehr zu schädlichen Cyberoperationen

2. Obgleich nachhaltige Verwerfungen bisher nicht aufgetreten sind, geht von Cyberoperationen ein hohes Bedrohungspotential für die internationale Stabilität aus, dem sich das Recht stellen muss. Welche zulässigen defensiven und präventiven Abwehrmechanismen gegen Cyberangriffe von außen bestehen, ist die zentrale Frage der Cybersecurity. Dabei darf Cybersecurity nicht mit dem Schlagwort „*Cyberwar*“ gleichgesetzt werden; sie erstreckt sich etwa auch auf das Problemfeld des Cyberterrorismus.

3. Die bei schädlichen Computernetzwerkoperationen verwendeten Techniken sind variantenreich; im Wesentlichen lassen sich nicht-intrusive und intrusive Operationsmethoden unterscheiden. Nicht-intrusive Cybermethoden dringen nicht in das Computersystem ein, sondern verringern oder unterbinden dessen Funktionsfähigkeit. Intrusive Operationen greifen hingegen gezielt auf ein informationstechnisches System zu. Die Konsequenzen bleiben intrinsisch, wenn etwa Daten eines Computers ausgespäht werden (sog. „*Computer Network Exploitation*“). Werden Daten indes umfunktioniert oder gelöscht, zeitigt dies regelmäßig netzexterne Wirkungen, die im Extremfall destruktive Folgen für Sachwerte und Leib und Leben haben können (sog. „*Computer Network Attack*“).

4. Ungeachtet ihrer unterschiedlichen Arten und Ausprägungen haften allen Cyberoperationen strukturelle Gemeinsamkeiten an, die die bestehenden völkerrechtlichen Grundprinzipien herausfordern. Dazu zählen die rasante Schnelligkeit, die Neutralität und die Ubiquität von Datenübertragungen, die amorphe Wirkungsstruktur von Cyberoperationen und der „*dual use*“-Charakter der Informationsinfrastruktur. Probleme bereiten zudem die mangelnde technische Beherrschbarkeit mancher Schadprogramme, die quasi-staatlichen Fähigkeiten bestimmter nichtstaatlicher Akteure und vor allem die Möglichkeit, Cyberattacken anonym, technisch verschleiert und aus großer Distanz durchzuführen.

III. Rechtlicher Befund: Anwendbare Rechtsregeln im Bereich der Cybersecurity

5. Wie bei allen technischen Errungenschaften der Vergangenheit hinken positivrechtliche Normierungen und normative Einschätzungen dem komplexen Bereich der Cybersecurity hinterher. Der zur Verfügung stehende Kanon internationaler Verträge hält für die modernen Herausforderungen bislang keine maßgeschneiderte Lösung bereit. Auch ein von der Staatenpraxis getragenes *ius digitale emergens* ist (noch) nicht ersichtlich. Zu untersuchen ist daher, ob eine evolutiv-dynamische Auslegung der völ-

kerrechtlichen Grundregeln die digitale Gefahrenlage in den Griff zu bekommen vermag oder ob selbst moderne Deutungen letztlich doch auf einem zu unbestimmten Niveau verbleiben, weshalb die Entwicklung spezieller Regeln zur Internetsicherheit notwendig sein könnte.

IV. Therapiemöglichkeiten *de lege lata et ferenda*: Sicherheitsmechanismen im Cyberspace

1. Defensive Abwehrmaßnahmen

a) Selbstverteidigung und Gegenmaßnahmen

6. Bestimmte Erscheinungsformen von Cyberoperationen erfüllen den Gewaltbegriff. Denn hierfür genügt eine indirekte Schadenszufügung, die nicht in engem Wortsinne zerstörerisch sein muss. Wegen des Erfordernisses gleicher Wirkung zum Einsatz konventioneller Waffengewalt müssen aber physische (netzexterne) Objekt- oder Personenschäden auch bei Cyberoperationen unwiderstehlich zu erwarten sein.

7. Nicht jede bewaffnete Gewalt eröffnet den Anwendungsbereich des Selbstverteidigungsrechts. Damit ein bewaffneter Angriff vorliegt, müssen Ausmaß und Wirkungen der durchgeführten Aktion erheblich sein. Auf Cyberoperationen gewendet bedeutet dies, dass die eingesetzte Schadsoftware signifikante physisch-destruktive Wirkungen auf den Gegner zeitigen muss.

8. Auf Handlungen, die den Schwellenwert zum bewaffneten Angriff nicht überschreiten, aber als Verletzungen des Gewalt- oder des Interventionsverbots zu qualifizieren sind, darf nur mit Gegenmaßnahmen reagiert werden. Dies gilt prinzipiell auch bei der Akkumulation verschiedener Cyberereignisse (sog. „Cyber-Kampagnen“). Da Cyberoperationen überwiegend verdeckt erfolgen und ihre Wirkungen häufig nicht sofort ersichtlich sind, ist es schwierig, wenn nicht gar unmöglich, einen Fortsetzungszusammenhang im Sinne der Doktrin der Nadelstichtaktik substantiiert darzulegen.

9. Desgleichen kommt eine vorbeugende Selbstverteidigung gegen schädliche Cyberattacken nahezu nicht in Betracht. Unter Zugrundelegung der *Webster*-Formel genügt es nicht, dass destruktive Schadprogramme bloß auf Rechnern abgelegt sind; frühestens ihr nachweisbares Einschleusen in Datenbestände des Opferstaates kann als unmittelbar bevorstehender Cyberangriff gewertet werden. Zudem können inaktive, „schlafende“ Schadprogramme, sind sie entdeckt, isoliert oder anderweitig technisch unschädlich gemacht werden mit der Folge, dass die Gefahr gebannt und ein Rückgriff auf militärische Mittel ausgeschlossen ist.

b) Zurechnungsfragen

10. Die Frage, wer der richtige Adressat einer Abwehrmaßnahme ist, bereitet Schwierigkeiten, sofern nichtstaatliche Akteure Cyberoperationen durchführen, die nicht kraft staatlicher Ermächtigung hoheitliche Aufgaben erfüllen. Für die Zurechnung genügt zwar auch, dass ein nichtstaatlicher Akteur in einer faktischen Sonderverbindung zum Staat steht, weil er von diesem als „verlängerter Arm“ gelenkt oder kontrolliert wird. Nicht ausreichend ist aber, dass im Internet Informationen zu „*hacking tools*“ zu finden sind, auf die von individuellen Hackern in eigener Initiative zugegriffen wird. Selbst das ICTY erstreckt den gegenüber dem „*effective control*“-Test des IGH deutlich breiteren Zurechnungsmaßstab der „Gesamtkontrolle“ nicht auf einzelne Indivi-

duen oder unorganisierte Gruppen. Anderes gilt lediglich, wenn der Staat das Verhalten privater Hacker als eigenes anerkennt oder solidarisch unterstützt. Dann kann in einer Gesamtschau eine substantielle Verwicklung vorliegen und sogar eine rückwirkende Zurechnung zum „Hintergrundstaat“ in Betracht kommen.

11. Davon zu trennen sind diejenigen Konstellationen, in denen ein Staat Cyberangriffe von selbständig handelnden „*hacktivists*“ auf seinem Territorium nicht unterbindet, ihm also lediglich ein Unterlassen seiner aus dem völkerrechtlichen Schädigungsverbot folgenden Schutzverpflichtung vorgeworfen wird. Anders als bei der unmittelbaren Zurechnung aufgrund positiven Tuns ist hier der erforderliche Maßstab für die staatliche Verantwortungsübernahme bloß die sog. „*due diligence*“. Danach müssen die Staaten angemessene Präventions- und Repressionsmaßnahmen bereithalten, um schädliche Cyberoperationen unter ihrer jeweiligen Gebiets- und Personalhoheit nach Möglichkeit zu unterbinden und zu ahnden. Verstöße gegen diese Pflicht schaffen ein eigenständiges staatliches Unrecht, auf das mit Gegenmaßnahmen reagiert werden darf. Ein Recht auf militärische Gegenwehr muss jedoch ebenso ausscheiden wie eine über den erwähnten Sorgfaltsmaßstab hinausgehende striktere Haftung. Eine „*obligation of result*“ oder der Standard des „*should have known*“ würde die Staaten schlichtweg überfordern, da ihnen nicht zumutbar ist, jede schädliche Datenbewegung auf ihrem Hoheitsgebiet zu kennen oder zu ermitteln.

12. Sind weder Beteiligung noch Duldung des Staates nachweisbar, darf der Opferstaat seine Abwehrmaßnahmen nur in außergewöhnlichen Notstandssituationen auf das Territorium des Aufenthaltsstaates ohne dessen Billigung ausdehnen. Anderes gilt allerdings im Blick auf die gezielte militärische Bekämpfung von Cyberterroristen und ihrer Einrichtungen. Der IGH hat in seinem *Mauer-Gutachten* noch einmal die Notwendigkeit einer staatlichen Zurechnung betont, um eine Selbstverteidigungslage zu begründen.

c) Beweisstandards

13. Anonyme oder verdeckte Informationsangriffe stellen den Regelungskomplex der Abwehrmaßnahmen vor besondere Herausforderungen. Denn jede Art defensiver Gegenwehr setzt voraus, dass Angriff und Angreifer eindeutig identifizierbar sind. Nach den völkerrechtlichen Zurechnungsprinzipien trägt der angegriffene Staat hierfür die Beweislast.

14. Das Vertrauen darauf, dass künftige technologische Entwicklungen die Identifizierung des Angreifers ermöglichen werden, ist, rechtlich besehen, nicht zufriedenstellend. Ebenso wenig kann die Ansicht überzeugen, wonach bei Cyberoperationen eine Abweichung vom Erfordernis der „*reasonable certainty*“ zugunsten von widerlegbaren Vermutungen angezeigt sei. Ein derartiger Dispens von Kausalitätssträngen und Beweisregeln findet weder im Gewohnheits- noch im Vertragsrecht eine Stütze. Die Schutzpflichtenlehre darf mit dem Recht der Abwehrmaßnahmen nicht verknüpft werden. Der irrtümlichen Ausübung des Selbstverteidigungsrechts insbesondere gegen einen unrichtigen Adressaten wohnt ein hohes Eskalationspotential inne; auch der willkürliche Rückgriff auf Gegenmaßnahmen birgt Gefahren für die internationale Sicherheit.

2. Offensiv-präventive Sicherheitsmaßnahmen

15. Anstelle der Anwendung defensiver Rechtsinstitute, die bei Verschleierung der Urhebererschaft einer Cyberoperation an Wirksamkeit verlieren, bietet sich die Heranziehung des dem internationalen Umwelt- und Technikrecht bekannten Vorsorgeprinzips an, das auf generelle Gefahrenlagen und Situationen des Nichtwissens reagiert und der Risikominimierung im Vorfeld dient. Derartige Vorsorgemaßnahmen sind auch dem humanitären Völkerrecht geläufig.

16. Ein umfassendes Entwicklungs- und Einsatzverbot für Cyberoperationen kommt nicht in Betracht. Arten und Ausprägungen von Cybermethoden sind viel zu weit gefasst, und die wirksame Kontrolle eines solchen Verbots ist nicht möglich. Der jüngst von Russland, China und anderen Staaten vorgelegte Entwurf einer „*Convention on International Information Security*“ sieht zwar von einem vollständigen Verbot ab, birgt aber Risiken einer Eindämmung der individuellen Meinungs- und Informationsfreiheit.

17. Der Gedanke der Vorsorge ist allerdings nicht auf ein Verbot von risikobehaftetem Verhalten beschränkt. Das Vorsorgeprinzip umfasst auch niederschwellige Maßnahmen und bezieht darüber hinaus den Initiator der Gefahrenlage mit ein. Aus dem Vorsorgeprinzip können deshalb Sorgfaltspflichten erwachsen, die sich an alle Staaten richten. Eine solche gemeinsame „*duty to prevent cyber attacks*“ ist konzeptionell entwickelbar, indem z.B. Verhaltensmaximen wie gegenseitige Pflichten zu Information, Konsultation, Risikoabschätzung und Rechtshilfe etabliert werden. In dem Maße, wie derartige Verhaltensstandards vereinbart werden, können *erga omnes* wirkende Verpflichtungen entstehen, die bei Verletzung sogar eine Duldungspflicht gegenüber Gefahrenabwehrmaßnahmen anderer Staaten begründen.

V. Synthese und Fazit: Das internationale Recht der Cybersecurity als Querschnittsmaterie

18. Das internationale Recht der Cybersecurity ist eine Querschnittsmaterie, die eine ganze Palette von Regeln und Prinzipien des Völkerrechts auf den Prüfstand stellt und vor allem wegen ihrer technologischen Herausforderungen auch auf interdisziplinäre Erkenntnisgewinnung angewiesen ist. Aus völkerrechtlicher Perspektive ist freilich festzuhalten, dass ein grundlegender Paradigmenwechsel im Sinne der Erarbeitung neuer materiell-rechtlicher Parameter zur Internetsicherheit nicht angezeigt ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen von schädlichen Cyberoperationen lassen sich nur schwer konsentieren; nicht von ungefähr lässt selbst die *Cybercrime*-Konvention des Europarates den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum.

19. Die neuen informationstechnischen Bedrohungen sind prinzipiell auf dem Boden des gegenwärtigen Rechtsinstrumentariums zu bewältigen, das schon deswegen seine Berechtigung hat, weil es der Konfliktvermeidung dient. Termini wie „Intervention“, „Gewalt“ oder „bewaffneter Angriff“ können so evolutiv-dynamisch interpretiert werden, dass sie auf die Realität der modernen Informationsgesellschaften passen.

20. Selbst die für das Internet typische Anonymität und Verschleierungsmöglichkeit führt nicht dazu, dass die Grundprinzipien des Völkerrechts obsolet würden. Defizite im Tatsächlichen, gerade bei der Frage der Identifikation und Zuordnung, sind auch anderen Bereichen wie etwa dem internationalen Terrorismus und der asymmetrischen Kriegführung bekannt. Diesen Schutzlücken können und müssen die Staaten,

deren Bedeutung als Garanten für den virtuellen Raum beständig wächst, mit einer Intensivierung der zwischenstaatlichen Kooperationsbemühungen zur konkretisierenden Ausgestaltung der bestehenden Sorgfalts- und Vorsorgepflichten entgegenwirken. *Erga omnes* geltende Verhaltensmaximen zur Minimierung des Risikos schädlicher Cyberoperationen sind anders als materielle Rechtsregime vergleichsweise schnell verhandelbar und dürften auch der rasanten technologischen Entwicklung standhalten.

Summary

by Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Würzburg

I. Empirical Diagnosis: Level of Potential Threat in Cyberspace

1. The number of malicious computer network operations has significantly increased during recent years. Estonia, Georgia, Iran, the Ukraine and the United States of America have been amongst the victims of the most spectacular cyber attacks. Until today, it remains however unclear who was the author or the entity responsible for those harmful cyber operations.

II. Terminological Delimitations: Cybersecurity as a Means to Combat Detrimental Computer Network Operations

2. Although disastrous harm has not yet been produced, there is no doubt that computer network operations have a high potential of threatening the international stability. The international legal order is therefore called upon to find an answer to these threats. A pivotal concern in this regard is the question which defensive and preventive mechanisms against hostile cyber attacks originating from a foreign country are permitted. As a notion, cybersecurity must not be equated with “cyber war”, since it encompasses further areas such as cyber terrorism.

3. The techniques used for detrimental computer network operations are manifold; in essence one can distinguish between non-intrusive and intrusive methods of operation. Non-intrusive cyber methods do not infiltrate the computer system but diminish or hamper its functionality. Intrusive cyber operations, by contrast, directly penetrate the attacked systems of information technology. The consequences remain intrinsic in cases where computer data are merely spied out (so-called “computer network exploitation”). If, however, data are converted or deleted, these operations regularly produce external effects and, in extreme cases, they might even have destructive consequences like the loss of life, of physical integrity or of property (so-called “computer network attack”).

4. Despite their different types and characteristics, all cyber operations disclose some structural commonalities which challenge the existing basic principles of international law. The enormous speediness, the neutrality and the transnational ubiquity of data transfer, the amorphous effects which can be produced by computer network operations and the dual use-character of the information technology infrastructure count among these commonalities. The lacking technological controllability of some malware, the State-like abilities of certain non-State actors and, in particular, the possibility of conducting cyber attacks from great distances and in an anonymous or technically masked way raise further problems.

III. Legal Findings: Rules Applicable in the Field of Cybersecurity

5. As has been the case with all technical achievements in the past, it is hard to find positive regulations and normative assessments also in the complex realm of cybersecurity. The canon of international treaties at disposal does not offer a tailor-made solution for the challenges produced by this novel phenomenon. Likewise, State practice does not

offer, at least for the time being, a sufficiently consistent pattern to be analysed in terms of a *jus digitale emergens*. Therefore, it has to be considered whether the digital risks may be brought under control by a flexible and dynamic interpretation of the basic rules of international law. In the alternative, one has to consider the option that even a modern evaluation of these rules might remain too vague and indeterminate with the result that there could be a need for elaborating specific provisions on cybersecurity.

IV. Possibilities of Therapy *de lege lata et ferenda*: Security Mechanisms in Cyberspace

1. Defensive Measures

a) Self-Defence and Countermeasures

6. Certain manifestations of cyber operations comply with the notion of armed force. To that end, it is sufficient that damage be inflicted in an indirect way; it has not to be destructive in a strictly literal sense. However, in order to be equated with the use of force, cyber operations must have an impact similar to conventional kinetic weapons. Therefore, an irresistible external physical damage to objects or persons is necessary.

7. Not every use of armed force gives the right to self-defence. In order to amount to an armed attack, the “scale and effects” of an operation are to be considered and must be significant. When adapting these shorthand terms to cyber operations it appears that the malware utilised must produce physically destructive effects on the adversary of a remarkable level.

8. Operations which do not trespass the threshold of an armed attack but qualify as coercion may constitute unlawful interventions into domestic affairs or violations of the prohibition on the use of force. In those cases, State may resort merely to (non-military) countermeasures. This is, in principle, also valid in the event of accumulated cyber incidents each of which falls short of an armed attack (so-called “cyber campaigns”). Since cyber operations are usually veiled and their effects are frequently not immediately apparent, it is difficult, if not impossible to substantially demonstrate a serial context within the meaning of the “pin prick” theory or the doctrine of accumulation of events.

9. In a similar vein, it is virtually impossible, in the case of malicious cyber attacks, that the criteria of preventive self-defence be fulfilled. Against the background of the *Webster* formula, it is not sufficient that destructive malware has merely been deposited on a computer or filed on a data processor. An “imminent cyber attack” may be assumed at the earliest when there is a verifiable infiltration in the dataset of the victim State. In addition, inactive “sleeping” malware, once detected, might well be isolated or otherwise rendered harmless so as to avert the danger and exclude recourse to military means.

b) Questions of Attribution

10. The question of who is the right addressee of a countermeasure raises particular problems when cyber operations are conducted by non-State actors without formal State authorization or State approval. A wrongful act may well be attributed to a State on the basis of a merely factual relationship, supposed that a non-State actor is guided or controlled by the State authorities and acts as their “extended arm”. However, individual hackers who act on their own initiative and use hacking tools that can be freely

found on the internet do not fulfil these conditions. Even the ICTY does not extend the “overall control” standard, which is significantly broader than the “effective control” test applied by the ICJ, to single individuals or unorganised groups for attributing their conduct to a State. Only in cases where a State positively acknowledges, honours or supports the action undertaken by private hackers, one might conclude differently. Under those circumstances, a substantial involvement of the State cannot be excluded from the outset, and, depending on the surrounding conditions, even a retroactive attribution to the “background State” may be considered.

11. Strictly separate therefrom are those constellations where a State does simply not prevent cyber attacks which emanate from private hackers autonomously acting on its territory. In this context, the State does not comply with its duty to protect, and the failure to exercise due diligence in order to prevent such operations from occurring qualify as a sufficient basis for attribution. According to the standard of due diligence, States are obliged to provide for adequate preventive and repressive measures in order to inhibit and to punish, as far as possible, detrimental cyber operations taking place under their territorial and personal jurisdiction. Infringements of this duty may constitute a wrong of its own against which the injured State may resort to countermeasures. A right to military defence, however, has to be rejected. The same is true for accountability conditions stricter than due diligence. In particular, an obligation of result or the standard of constructive knowledge (“should have known”) would utterly overburden any State since it is not able to know or to investigate on every harmful data movement on its territory.

12. If neither participation nor acquiescence of the State where a cyber operation originates from is verifiable, it is only in exceptional situations of necessity that the victim State is allowed, without or against the will of the territorial State, to expand its countermeasures on the territory where the hackers are presumed to reside. A different conclusion has to be drawn, however, with regard to fighting cyber terrorists and their facilities with targeted military means. In its Wall Advisory Opinion, the ICJ has once again stressed the necessity of attributing a wrongful act to a State in order to justify a situation of self-defence.

c) Standards of Evidence

13. Anonymous or masked cyber attacks pose an outstanding challenge for the lawfulness of countermeasures. Every form of defensive measures presupposes that both attack and attacker are unambiguously identifiable. According to the principles of State responsibility, the burden of proof rests with the victim State.

14. From a legal perspective, trusting that future technological developments will facilitate the identification of the attacker is no satisfactory option. Just as little convincing is the view according to which cyber operations allow for a deviation from the prerequisite of “reasonable certainty” by replacing it with the condition of a mere rebuttable presumption. Such a dispensation from causality strands and rules of evidence finds no support either in international customary or in international treaty law. The “duty to protect-doctrine” must not be intermingled with the law of countermeasures. The erroneous exercise of the right to self-defence, namely when the defence is directed against an incorrect addressee, bears a high potential of escalation. Even the arbitrary recourse to non-military countermeasures involves dangers for the international security.

2. Offensive and Preventive Security Measures

15. Instead of applying defensive measures which necessarily lose effects when cyber operations are conducted in a veiled way, it seems to be favourable to consult the precautionary principle which is common to the area of international environmental law and to the field of international regulations of technical issues. The precautionary principle reacts to states of general dangers as well as to situations of nescience and aims at minimizing risks at a previous stage. Such measures of precaution are familiar to the corpus of international humanitarian law, too.

16. A comprehensive prohibition of developing and applying cyber operations is out of question. The range of possible modes, shapes and characteristics of cyber methods is far too broad, and the effective control of such a far-reaching proscription is simply not possible. The draft of a “Convention on International Information Security” which has been recently submitted by Russia, China and other States, refrains from a complete prohibition. Still, it runs the risk of curtailing the individual freedom of speech and of information.

17. The idea of precaution is not limited to a complete prohibition of conduct fraught with risk. The precautionary principle also includes low-threshold measures. Furthermore, it involves the initiator of the perilous situation. The precautionary principle might even lead to due diligence obligations addressed at all States. Such a collective “duty to prevent cyber attacks” is conceptually possible by establishing, e.g., legally binding maxims of conduct such as mutual duties to information, consultation, risk estimate and the duty to legal and administrative cooperation. To the extent that such standards of conduct are consented to on the international level, *erga omnes* obligations can emerge, which, in case of a violation, might even entail the duty to tolerate defensive mechanisms taken by other States.

V. Synthesis and Conclusion: The International Law of Cybersecurity as a Cross-Sectional Subject Matter

18. The international law of cybersecurity is a cross-sectional field that puts to test the panoply of rules and principles of international law. Due to its technological challenges, it also depends on gains in interdisciplinary knowledge. From the international law perspective, however, it has to be underlined that a fundamental paradigm shift in terms of formulating new substantial legal parameters for cybersecurity is inappropriate. It is hard to find a consensus on the criteria for a noxious cyber operation to be established; it is not by coincidence that the Council of Europe Cybercrime Convention leaves the contracting States a wide margin of appreciation.

19. The novel threats resulting from information technology are to be coped with on the basis of the existing legal instruments which are well legitimized because they serve and aim at avoiding armed conflicts. Concepts and notions such as “intervention”, “force” or “armed attack” can be dynamically interpreted in order to match with the realities of modern information societies.

20. Even the possibilities to veil an operation or to stay anonymous which are typical for the sphere of the internet do not render the main principles of international law obsolete. *De facto* shortcomings, in particular with regard to identification and attribution, are common to other legal fields such as combating terrorism and asymmetric warfare. The States, whose importance as guarantors for the security in cyberspace is constantly

increasing, should and shall intensify their intergovernmental efforts of cooperation in order to close the obvious protection gaps. Unlike the establishment of new substantial legal regimes, *erga omnes* maxims of conduct with the objective of minimizing the risk of detrimental computer network operations are comparatively fast negotiable. At the same time, they may also be expected to withstand the racy technological development.

Diskussion

zu den Referaten Drexl und Schmahl

Frau Coester-Waltjen: Meine Damen und Herren, schön, dass Sie wieder hier im Saal sind. Wir haben viele Wortmeldungen und Fragen. Zunächst gebe ich Mahulena Hofmann, Norman Weiß und Herrn Benedek das Wort.

Frau Hofmann: Ich möchte mich für die zwei wunderbaren Vorträge ganz herzlich bedanken und habe zunächst einen Kommentar und eine Frage an Herrn Drexl zu seinem Schreckensszenario, dass die chinesischen Satelliten das Signal abschalten, wenn sie unsere Internetkommunikation übertragen werden. Wäre die Situation nicht rechtlich vergleichbar mit der Übertragung der GPS-Signale durch die US-Satelliten? Hat die US-amerikanische Regierung dasselbe Recht beziehungsweise dieselbe Freiheit, die Übertragung jederzeit auszuschalten? Meine Frage an Frau Schmahl: Sie haben richtig gesagt, dass die Mehrheit der *cyberattacks* durch Private gegen Private stattfinden. Sie haben zum Schluss gesagt, dass dennoch ein internationales Regime erforderlich ist, dass dieses aber auf einer anderen als auf der UN-Charta-Grundlage gestaltet werden soll. Meinten Sie damit vielleicht, dass diese *cyberattacks* durch Private als *harmful interference* eingestuft werden sollen und dem Regime der *Radio Regulation* der ITU folgen sollen?

Herr Weiß: Auch ich möchte den Referenten für die Vorträge danken. Meine erste Frage geht an beide Vortragende und zielt auf die Möglichkeit der Regulierung autonom agierender Programme und Computer. Wir haben sehr viel dazu gehört, dass wir primär am Staat anknüpfen. Was machen wir aber, wenn diese Programme weitgehend autonom aktiv sind? Das andere ist eine Frage an Frau Schmahl: Die Vorsorge, die notwendig ist – wie ich verstanden habe – um zu einer Einhegung zu kommen, setzt natürlich auch eine massive Überwachung des Internets voraus. Beißen wir uns da nicht in gewisser Weise mit dem heute Vormittag behandelten Schutz von Privatsphäre? Was muss der Staat eigentlich alles tun, um sinnvoll vorsorgen zu können, und steht das nicht im Widerspruch zu den anderen Schutzpflichten, über die wir gesprochen haben?

Herr Benedek: Auch ich bedanke mich für die beiden sehr interessanten Vorträge. Wir sind heute Nachmittag in der Realität des Internet angekommen, nämlich auch bei den Schattenseiten. Ich darf kurz zu der Frage der Internetregulierung Stellung nehmen. In der Frühphase des Internets hat es ein Prinzip gegeben, nämlich dass die Wirtschaft führen soll – *business to lead*. Damit wollte man das Innovationspotenzial der Wirtschaft ausschöpfen. Das ist auch verständlich. Aber mit dem Weltgipfel der Informationsgesellschaft hat sich das dann in ein *Multi-stakeholder*-Prinzip verwandelt und dieses wird heute auch von der EU – soweit ich weiß – völlig akzeptiert. Deswegen wundert es mich, wenn Sie Herrn Oettinger mit einem solchen Prinzip zitieren, noch dazu wo das *Business*, dass das heute tun könnte, vor allem ein amerikanisches ist.

Der zweite Aspekt – ich muss mich da als „Taliban“ bekennen – ist die Netzneutralität. Ich denke, das ist ein Prinzip, für das es sich zu kämpfen lohnt. Wir sind, glaube ich, alle vom Fernsehen schon genug geschädigt, wo wir im Abendprogramm nur noch

Krimis und Unterhaltungssendungen haben und alles, was interessant ist, zu einer Zeit läuft, wo jeder schon schläft. So etwas würde dann im Netz auch passieren. Wir würden zugeschüttet werden mit Unterhaltung und Musik, aber Information würden nachrangig behandelt werden. Da finde ich es sehr wichtig, dass Sie auch darauf hingewiesen haben, dass es hier auch noch um andere Dinge geht – wie die Informationsfreiheit und ich würde sagen, auch das Demokratieprinzip. Wenn die Informationsfreiheit nicht funktioniert und die Meinungsäußerungsfreiheit nachrangig ist, dann ist auch die Demokratie in Gefahr und daher lohnt es sich, dafür zu kämpfen und das haben viele Netzaktivisten auch getan. Sie haben damit in Amerika Erfolg gehabt und auch bei uns im Europäischen Parlament. Da ist es nicht ganz zu verstehen, warum der Rat der EU oder einzelne Kommissare hier ein Problem sehen.

Ein Begriff, der mir bei Ihnen gefehlt hat, aber den Sie implizit ständig verwendet haben, ist das öffentliche Interesse. Das steht hier sowohl wenn es um das Wettbewerbsrecht, als auch um andere Fragen geht immer wieder auf dem Spiel.

Noch ganz kurz zum zweiten Referat, das ja auch sehr spannend war. Ich hatte die Gelegenheit beim Europarat etwas mitzuarbeiten und da wurden Prinzipien der *Internet Governance* ausgearbeitet. Zwei dieser Prinzipien befassen sich genau mit der Thematik, die Sie auch – indirekt – angesprochen haben – nämlich mit der Staatenverantwortlichkeit, *responsibility of states*. Da heißt es ausdrücklich, dass Staaten sich von jeder Aktion zu enthalten haben, die einen Schaden außerhalb ihrer Jurisdiktion verursachen könnte. Sie haben hier also indirekt eigentlich viel über Staatenverantwortlichkeit gesprochen, ohne aber die Rechtsmaterie als solche anzusprechen. Aber gerade bei der Zurechnung, Artikel 8 der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit, könnte man einiges daraus gewinnen. Bei diesen zehn Prinzipien, die der Europarat identifiziert hat, gibt es auch ein Prinzip der Integrität des Internet. Ich möchte hier auf die Bezüge zur Arbeit des Europarates hinweisen. Ursprünglich wollte man sogar eine Konvention ausarbeiten, hat sich mit Abrüstungsprinzipien und solchen Dingen mehr herumgeschlagen. Aber das hat nicht weit geführt und diese zehn Prinzipien sind dann herausgekommen.

Herr Drexl: Das war eine ganze Reihe von sehr interessanten Fragen. Ich greife gleich die erste auf, nämlich woher das Recht kommt, das Internet abzuschalten. Ich glaube nicht, dass es ein solches Recht gibt. Das Problem ist, dass es dennoch zu einem Abschalten kommen kann. Es ist eine Entwicklung der Globalisierung – und ich denke, im Ausgangspunkt keine schlechte –, dass wir heute sehr viele global agierende, aus nicht- oder weniger demokratischen Staaten kommende Unternehmen haben, die Spitzenstellungen auf internationalen Märkten einnehmen und unter staatlichem Einfluss stehen. Es geht nicht allein um chinesische Unternehmen. Denken Sie an Gazprom. Gazprom hat Lieferbeziehungen mit der Ukraine und ist an sich verpflichtet, Gas zu liefern. Es kommt zur politischen Krise und es wird nicht mehr geliefert. Man wird erpressbar.

Gleichzeitig – und ich denke, da muss man auch daran festhalten – haben chinesische Unternehmen ihre Rechte. Es fehlte mir die Zeit, hierauf näher einzugehen. China ist WTO-Mitglied. GATT und GATS finden Anwendung. Auch gibt es internationale Regelungen zum *government procurement*. Dass chinesische Telekommunikationsausrüster inzwischen so bedeutsam geworden sind, hat nach meinem Eindruck gerade mit internationalen Ausschreibungen zu tun. Vor allem in afrikanischen Ländern konnten

sich diese Unternehmen schnell etablieren, weil sie schlichtweg zu niedrigeren Preisen Telekommunikationsanlagen anbieten können. Das ist ökonomisch alles sinnvoll, aber worauf ich hinweisen wollte, ist, dass es immer auch eine weitergehende politische Dimension gibt, und wenn nicht in diesem Kreise, wo soll ich das sonst ansprechen? Damit möchte ich eher die Frage an die Kollegen richten, ob man nicht im Falle des willkürlichen Abschaltens eines Satelliten auch den dahinter stehenden Staat völkerrechtlich verantwortlich machen kann.

Ich weiß nicht, ob ich die Frage mit der Regulierung autonomer Computersysteme ganz richtig verstanden habe. Denken Sie, Herr Weiß, da spezifisch an den Bordcomputer eines Autos, den ich erwähnt habe? Sicherlich werden immer mehr Prozesse digital gesteuert, ohne dass menschliches Verhalten noch erforderlich ist. Der Einsatz solcher Prozesse zur Erhöhung der Verkehrssicherheit in der Zukunft dürfte dafür das vielleicht wichtigste Beispiel sein. Dennoch – und darauf habe ich ganz am Ende hingewiesen – steht hinter der digitalen Steuerung immer ein Programmierungsvorgang. Zu fragen ist also, welche normativen Grundsätze die konkreten Sicherheitsanforderungen bestimmen sollen. Diese müssen bei der Programmierung berücksichtigt werden. Zivilrechtlich betrachtet verschiebt sich die Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters. Sie wird reduziert und wir werden vielleicht mehr Produkthaftungsfälle haben, weil die Sicherheit des PKWs zum zentralen Thema wird. Menschliche Verantwortlichkeit verschwindet also keineswegs; sie wird sich nur auf die Programmierungsgrundsätze beziehen. Ich weiß nicht, ob ich Ihre Frage jetzt beantwortet habe. Wenn Sie es noch konkretisieren wollen?

Herr Weiß: Zum Teil schon. Es geht dann eben auch darum, dass – wenn man jetzt weniger an Autos, sondern an Waffensysteme denkt – das Programm in bestimmten Situationen selbsttätig eine Entscheidung zu treffen hat. Dann könnte sich die Frage ja stellen, wer für diese Entscheidung verantwortlich gemacht werden kann, ob das tatsächlich auf die Programmauswahl zurückzuführen ist oder ob da auch andere Faktoren mitspielen.

Herr Drex: Beim Waffeneinsatz entscheidet jemand darüber, ob man entsprechende Waffen hat. Auch da muss kontrollierbar sein, nach welchen Kriterien – auch des Kriegsvölkerrechts – diese Dinge beurteilt werden und ob ein Völkerrechtsverstoß vorliegt oder nicht. Aber ich bin kein Experte in diesem Gebiet.

Zur Internetregulierung: Hat Herr Oettinger richtig verstanden, was er da eigentlich fordert? Ich glaube, er hat vor allem die europäischen Telekommunikationsunternehmen im Blick, auf die er hier hört – weniger Unternehmen wie Google. Ich glaube, das zeigt sich auch deutlich an der gegenwärtigen Interessensverteilung und Positionierung der politischen Entscheidungsträger. Auch der Rat spricht sich gegen das Prinzip der Netzneutralität aus. Das Europäische Parlament sagt, dass es für Netzneutralität sei. Beides ist wenig überraschend. Denn für die EU-Mitgliedstaaten würde sich die Frage nach der Mitfinanzierung der Netze stellen, wenn Telekommunikationsunternehmen nicht über die Möglichkeit verfügten, Internetunternehmen durch Zusatzentgelte zur Kasse zu bitten. Das Internet ist ein öffentliches Gut, eine Infrastruktureinrichtung, von der die Bürger verlangen, dass sie vom Staat notfalls auch vorgehalten wird. Diese Forderung steht hier mit im Raume. So verdeutlichen sich die beiden grundsätzlichen Positionen, die man haben kann.

Ich möchte noch auf eine Bemerkung von heute Morgen eingehen, weil ich dieser Bemerkung voll und ganz zustimmen möchte – das Bild vom Seerecht. Meines Erachtens ist dieses Bild auch im Bereich der wirtschaftlichen Regulierung zutreffend. Wenn man sich entscheidet, nicht zu regulieren, ist auch das eine Ordnungsentscheidung. Man muss auch diesbezüglich fragen, welche Interessen man bedient und ob diese Entscheidung dem öffentlichen Interesse entspricht. Rechtspolitisch und demokratiepolitisch steht also die Entscheidung gegen eine Regulierung auf derselben Stufe wie jene für den staatlichen Eingriff. Man muss also klären, welche Auswirkungen der Verzicht auf Regulierung auf die Öffentlichkeit, die Demokratie und die Bevölkerung insgesamt hat.

Frau Schmahl: Auch ich bedanke mich ganz herzlich für die bisherigen Stellungnahmen zu meinem Referat. Zunächst einige Worte zum Bereich der Vorsorgemaßnahmen und der Frage von Norman Weiß: Die Vorsorgemaßnahmen, für deren konkretisierende Ausgestaltung ich plädiere, sind im Wesentlichen prozedurale Verhaltensmaximen. Eine Einhegung von Cyberoperationen oder gar eine umfassende Internetüberwachung ist mit solchen Verhaltensanforderungen – also Konsultation, Information, gegenseitige Risikoabschätzung, vielleicht auch Frühwarnverfahren und Vereinbarungen zur Rechtshilfe – grundsätzlich nicht verbunden. Es mag zwar auf gewisse Schwierigkeiten stoßen, die Staaten dazu zu bewegen, Verhaltensmaximen zur Internetsicherheit verbindlich zu konsentieren. Ich glaube aber, dass ein solcher Konsens erzielt werden kann. Die Entwicklung eines gemeinsamen materiellen Rechtsregimes halte ich dagegen – offen gesprochen – für völlig unrealistisch, da hier in der Tat eine umfängliche Internetüberwachung erforderlich würde. Konsentiertere Verhaltensstandards dürften auch nicht an fehlender Kontrollierbarkeit scheitern. Ganz im Gegenteil: Wenn es sich um *erga omnes* wirkende prozedurale Verhaltensstandards handelt, dann ermöglichen sie bei einer Verletzung auch den Zugriff anderer Staaten auf Gefahrenabwehrmaßnahmen, beispielsweise in dem Fall, dass ein mutmaßlicher Verletzterstaat sich der vereinbarten Rechtshilfe verweigert.

In Bezug auf die Zurechnung, Herr Benedek, und darauf zielte wohl auch die Frage von Frau Hofmann, bin ich völlig bei Ihnen, dass das Verhalten von Privaten unter bestimmten Bedingungen dem Staat zugerechnet werden kann. Die *Articles on State Responsibility* behandeln diese Problematik in den Artikeln 5, 8 und 11. Geregelt werden dort grundlegende Fragen der Zurechenbarkeit privaten Handelns, die auch in den von Ihnen genannten Europarats-Prinzipien auftauchen. Das besondere Problem für den *Cyberspace* besteht aus meiner Sicht aber weniger in der generellen Akzeptanz denn eher in der konkreten Anwendung dieser Regeln, insbesondere, wenn es um individuelle Hacker geht, die bloß lose miteinander über anonyme Internetforen verbunden und über die ganze Welt verstreut sind und die in eigener Initiative auf *hacking tools* aus dem Internet zugreifen. Dann stellt sich bei der Zurechnung die Frage, ob der Standard der effektiven Kontrolle oder bloß der Standard der Gesamtkontrolle anzulegen ist. Selbst wenn wir den Standard einer Gesamtkontrolle für ausreichend erachten würden, stehen wir vor dem Problem, dass sogar das ICTY die Kriterien einer Gesamtkontrolle bei schlicht unorganisierten Gruppen für nicht erfüllt hält. Den Staaten ist aber nicht zumutbar – es würde sie schlichtweg überfordern –, jede schädliche Datenbewegung, die irgendwann und von irgendwem auf ihrem Territorium oder unter ihrer Hoheitsgewalt durchgeführt wird, zu ermitteln, zu erforschen, zuzuordnen oder davon überhaupt Kenntnis zu erlangen. Dies stellt aus meiner Sicht den herausragenden Pro-

blempunkt bei der Frage der Zurechnung im *Cyberspace* dar. Es geht also weniger um rechtsdogmatische Grundsatzfragen als vielmehr um die Frage, wie mit tatsächlichen Defiziten bei der Ermittlung von Datenbewegungen umzugehen ist.

Frau Coester-Waltjen: Dann haben wir jetzt eine solitäre Frage an Herrn Drexl von Frau Obergfell.

Frau Obergfell: Vielen Dank für den inspirierenden Vortrag, der eine Fülle von Fragen bzw. Anmerkungen bei mir hervorgerufen hat. Aber ich konzentriere mich auf zwei Fragen. Die erste Frage betrifft These 17, also die These der Rechtsvereinheitlichung. Sie hatten gesagt, dass wir hier – diese Beobachtung teile ich – erst seit wenigen Monaten bzw. einem knappen Jahr darüber diskutieren, ob wir nicht ein einheitliches Urheberrecht, ein Einheitsurheberrecht, in Europa schaffen sollten. Eine solche Diskussion war vorher in der Tat undenkbar. Wir haben hier natürlich Vorbilder. Wir haben die Gemeinschaftsmarke und wir haben das Gemeinschaftsgeschmackmuster. Das sind allerdings Registerrechte. Ich teile auch Ihre Einschätzung, dass man hier in der Tat die Schranken – insbesondere die Schranken! – regeln müsste und dass ganz vordringlich natürlich auch die Haftung ist.

Hierzu gibt es jetzt auch bei uns die Diskussion, das Urheberrecht dann möglicherweise parallel auch als europäisches Registerrecht zu gestalten – als Registerrecht eben neben einem nationalen formfreien Recht. Wir haben etwas Ähnliches im Bereich der geografischen Herkunftsangaben und das führt zu diversen Friktionen. Meine Frage ist, wie stehen Sie dazu?

Die zweite Frage betrifft These 18, also das Kollisionsrecht. Hier sprechen Sie von den Intermediären – der Haftung der Intermediäre – und beschreiben ein *race to the top*, wenn ich es einmal so nennen darf. Auf Ihrer Folie hatten Sie auch die *CLIP Principles* erwähnt und davon gesprochen, dass man darüber nachdenken könnte, von der Schutzlandprinzipanknüpfung abzuweichen, die ja in den *CLIP Principles* noch als überragendes Anknüpfungsprinzip angesehen wird. Und wir haben in Artikel 8 Rom II-Verordnung ebenfalls diese Vorgabe. Müssten wir dann die Rom II-Verordnung in dem Punkt ändern? Inwieweit sollte die Verordnung dann geändert werden? Wenn Sie dies noch ein bisschen näher ausführen würden? Danke!

Herr Drexl: Die erste Frage führt natürlich tief in das Urheberrecht hinein. Wie soll man sich ein einheitliches europäisches Urheberrecht überhaupt vorstellen, wo es sich doch beim Urheberrecht um kein Registerrecht handelt? Es gibt jedoch bereits ein einheitliches europäisches Schutzrecht, das nicht eingetragen ist: Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmackmuster, das dennoch im europäischen Kontext einen Sonderfall darstellt. Dennoch kann ich mir persönlich schlecht vorstellen, dass wir ein zweispuriges Urheberrechtssystem haben können. Vor allem aber macht mir die Vorstellung, dass wir ein eingetragenes europäisches Urheberrecht haben könnten, Sorgen. Einerseits glaube ich nicht, dass ein eingetragenes Urheberrecht wegen des Grundsatzes der Formfreiheit nach der Berner Übereinkunft international zulässig wäre. Zum anderen bestünde die Gefahr, dass das eingetragene Gemeinschaftsurheberrecht zum Urheberrecht erster Klasse für die Urheberrechtsindustrie würde, denn die Eintragung setzt einen gewissen Aufwand voraus. Wir sollten kein europäisches Zwei-Klassen-Urheberrecht anstreben, das die großen Rechteinhaber bevorzugt und die kleinen, die

das eingetragene Unionsurheberrecht weniger nutzen könnten, hinten herunterfallen lassen würde.

Ich habe jüngst auch von der Idee gehört, stufenweise vorzugehen. Kann man sich nicht vorstellen, vielleicht eine Urheberrechtsverordnung zu erlassen, die nur Teile des Urheberrechts einheitlich regelt? Können wir nicht einfach bei den Schranken ansetzen und, ohne dass wir darauf warten, dass die Mitgliedstaaten erst umsetzen, Schrankenbestimmungen im Verordnungswege durchsetzen, die sich zwar auf die nationalen Schutzrechte beziehen, aber dennoch unmittelbar gelten. Auch das wäre erst noch zu diskutieren.

Insgesamt verdeutlicht eine vertiefte Diskussion der Anforderungen an ein Unionsurheberrecht, dass sich die Kommission mit ihren politischen Ankündigungen einem wahnsinnigen Zeitdruck ausgesetzt hat. Alles soll innerhalb eines Jahres passieren und innerhalb eines halben Jahres soll ein Vorschlag für die Modernisierung des Urheberrechts vorgelegt werden. Da kann ich nur sagen – um Gottes Willen. Das ist wissenschaftlich in keiner Weise vorbereitet. Der Verein für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) hat sich mit der Bitte an Herrn Oettinger gewandt, in Vorbereitung dieses Projekts nicht nur mit den Unternehmen, sondern auch mit der GRUR als wissenschaftliche Vereinigung ohne spezifische Interessenausrichtung und mit der Wissenschaft insgesamt zu sprechen. Das wäre ein großer Vorteil – aber Herr Oettinger hat noch nicht reagiert. Das Angebot steht, aber ich weiß nicht, ob er es noch annehmen wird.

Für die andere Frage bin ich sehr dankbar, da ich dieses interessante Thema aus Zeitgründen nicht vertiefen konnte. Für die Praxis hat es aber natürlich eine riesige Bedeutung. Urheberrechtsverletzungen im internationalen Kontext sind Massenphänomene. Derjenige, der unmittelbar handelt – also der eigentliche Urheberrechtspirat – ist häufig eine Privatperson, die etwa *peer-to-peer file sharing software* nutzt, um Musikdateien im Internet zu tauschen. Der eine sitzt in den USA und der andere in China oder Neuseeland oder sonst irgendwo. Gegen diese Einzelpersonen vorzugehen, ist nicht effizient. Ergo versucht man – um beim Beispiel zu bleiben – gegen den Provider dieser Software vorzugehen. Damit soll ein Hilfsmittel, das für Urheberrechtsverletzungen genutzt wird, einfach aus dem Markt ausgeschlossen werden. Ähnlich liegt es bei Plattformen, auf denen man illegale Dateien tauschen kann. Das Problem in all diesen Fällen ist, dass es ja nicht feststeht, wie die Personen diese Plattformen nutzen. Es werden eben auch legale Dinge getauscht. Das Phänomen des *cloud computing* ist hier unmittelbar betroffen. Denken Sie an Dropbox: Dort können auch illegale Dateien eingestellt und Dritten zugänglich gemacht werden.

Bei der rechtlichen Beurteilung taucht das große Problem auf, dass die einzelnen Staaten extrem unterschiedliche Ansätze entwickeln, was die Haftung solcher Intermediäre betrifft. Die einen sind strenger, die anderen weniger streng, und häufig basiert die Abwägung – beispielsweise in den USA – auch noch auf allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. In diesem Gebiet zu einer internationalen Verständigung zu kommen, wäre deshalb sehr schwierig. Deswegen haben wir im CLIP-Projekt eine eigene Vorschrift dazu vorgeschlagen. Danach soll vom Schutzlandprinzip abgewichen werden können, um im konkreten Fall nach einer Rechtsordnung zu entscheiden, ob das Geschäftsmodell eines Intermediärs zulässig ist oder nicht. Das soll das Leben für diese Intermediäre erleichtern. Wir haben aber auch eine materiell-rechtliche Notbremse eingebaut. Die Abweichung vom Schutzlandprinzip zugunsten der Anwendung einer

Rechtsordnung hängt davon ab, dass diese Rechtsordnung bestimmte Mindeststandards der Haftung erfüllt. Was die Anknüpfung betrifft, folgt man der engsten Verbindung der Dienstleistung zu einem bestimmten Staatsgebiet. Hier kann man also durchaus eine Parallele zu europäischen Regelungsgrundsätzen wie dem Herkunftslandprinzip erkennen.

Klare Antwort: Zur Umsetzung der vorgeschlagenen Kollisionsregel in der EU müssten wir Artikel 8 Rom II-VO ändern. Der *CLIP*-Vorschlag liefe also auf eine Änderung des europäischen Kollisionsrechts hinaus.

Frau Coester-Waljen: Jetzt kommen eine Reihe von Wortmeldungen und Fragen zu dem Referat von Frau Schmahl. Ich möchte zunächst mit Herrn Klein beginnen, dann Herr Bothe und dann Herr Maruhn.

Herr Klein: Frau Schmahl, Sie haben zunächst diskutiert, ob auch Selbstverteidigungsmaßnahmen möglich sind, immer unter der Voraussetzung, dass eine solche Cyberattacke äquivalent ist mit einem Angriff. Ich möchte nur anmerken, dass ich persönlich kein überzeugter Anhänger der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs bin, die einmal das Selbstverteidigungsrecht exklusiv an einen staatlichen Angriff bindet und zum anderen selbst bei Gewaltanwendung – *use of force short of armed attack* – nicht einmal eine Gewaltanwendung des Angegriffenen, des Bedrohten, ermöglicht. Aber ich meine schon, die permanente Destabilisierung muss ein Staat nicht hinnehmen. Das ist das, was Sie mit der Nadelstichtheorie angedeutet haben. Sie befinden sich natürlich auf gutem Boden, nämlich dem des IGH. Ich wollte nur trotzdem sagen, dass ich Probleme mit dieser Rechtsprechung habe.

Nun kann man sagen, dass alle diese Überlegungen nicht notwendig sind, weil wir die Herkunft der Angriffe jedenfalls heute in den meisten Fällen gar nicht lokalisieren können. Also müssen wir uns eigentlich über den Gewaltbegriff und über die Möglichkeiten der Reaktion darauf keine Gedanken machen. Aber vielleicht müssen wir das doch eines Tages einmal, und insofern sind diese Überlegungen nicht unnötig. Ich verstehe zu wenig von Technologie und Technik, um zu sagen, ob es nicht in einiger Zeit eben doch möglich ist herauszufinden, woher diese Angriffe kommen, und dann stellt sich natürlich auch die Frage der rechtmäßigen Reaktion.

Ich habe zuletzt noch eine Frage, die ihre These 17 betrifft. Das geht nun in den Bereich der Prävention, die ja letztlich in der heutigen Situation als einziges Mittel übrig bleibt, weil die anderen Möglichkeiten eben weitgehend ausscheiden. Da sagen Sie einmal, dass eine solche *duty to prevent cyber attacks* konzeptionell entwickelbar ist und benennen dann verschiedene Verhaltensmaximen. Der nächste Satz sagt, in dem Maße, wie derartige Verhaltensstandards vereinbart werden, können Gefahrenabwehrmaßnahmen begründet werden. Meine Frage ist: Gibt es bereits derzeit Verhaltensstandards, können diese im Sinne einer *lex lata* bereits festgestellt werden, oder ist es in jedem Fall erforderlich, dass entsprechende Vereinbarungen getroffen werden?

Herr Bothe: Ein 11-jähriger Junge hat sich in das Steuerungssystem des Hoover-Damms eingehackt. Wenn er das getan hätte, was dann wohl technisch möglich gewesen wäre, hätte er den Strom abstellen und Opfer im fünf- bis sechsstelligen Bereich produzieren können. Dann hätte man auch gleich eine Bombe auf den Hoover-Damm werfen können. So viel zu den Szenarien, die wir zu bedenken haben.

Sie haben die Maßstäbe privater Tätigkeiten auf diesem Gebiet zu Recht in den Regeln über die Staatenverantwortlichkeit gesucht. Wo denn sonst? Sie haben aber auch gezeigt, wo eigentlich die Grenzen dieser Regeln sind, wenn man versucht, eine Regelung für diesen Problemkomplex zu finden, die wirklich die Sicherheits- und Schutzinteressen hinreichend abdeckt. Es geht mit den Zurechnungsregeln, die Sie angewandt haben, nicht so ganz auf. Goethe sagte im Faust, es bleibt ein Erdenrest zu tragen peinlich. Und das haben wir hier. Sie sprachen dann von möglichen anderen Ansätzen – beispielsweise dem Vorsorgeprinzip.

Das Vorsorgeprinzip ist sehr wichtig – es ist insbesondere dem Umweltrechtler sehr sympathisch. Der Umweltrechtler weiß aber auch, dass es für die konkrete Ausgestaltung des Vorsorgeprinzips weiterer Konkretisierungen bedarf. Und wo bekommen wir die her? Eins ist dabei zu betonen: Da geht es nicht mehr um Zurechnung, sondern um die Nicht-Verhinderung grenzüberschreitenden Schadens. Diese ist dann wohl zunächst einmal ein eigenständiges Delikt. Da gibt es keine Zurechnung von Gewalttaten. Dieses Delikt kann kein Selbstverteidigungsrecht auslösen. Der Fall, mit dem ich angefangen habe, lehrt aber auch etwas weiteres, was – ich meine – auch wichtig ist. Zum Vorsorgeprinzip gehört auch, dass der Staat Sorge dafür trägt, dass seine Infrastruktur, die höchst verletzlich geworden ist, angemessen geschützt wird. Das gehört auch dazu.

Nur ein kurzes Wort zu autonomen Waffensystemen. Das ist ein sehr schwieriges Problem. Ich möchte nur eine Frage stellen: Unter welchen Umständen wird der Programmierer eines Waffensystems zum Kriegsverbrecher?

Herr Marauhn: Ein wenig kann ich jetzt gleich anschließen. Ich möchte beginnen mit etwas, was an die These 5 von Frau Schmahl anknüpft. Ich war beim Lesen zuerst leicht irritiert und möchte dies als Frage formulieren, nämlich danach, ob politische und wirtschaftliche Entwicklungen nicht zunächst entlang geltenden Rechts beurteilt werden müssen? Also muss nicht *Cybersecurity* dem Recht folgen und nicht umgekehrt das Recht der *Cybersecurity*? Sie haben mit all dem, was Sie später gesagt haben, demonstriert, dass tatsächlich das geltende Recht viele Antworten beinhaltet. Die Frage geht aber glaube ich in der Tat über Ihr Referat hinaus und trifft natürlich auch Herrn Drexler. An welcher Stelle ist denn tatsächlich das Recht vorgängig – und wo kann man andererseits sagen, da besteht die Freiheit, erstmal irgendetwas auszuprobieren und zu versuchen?

Wenn man das weiter auf das Problem zuspitzt, das Herr Bothe gerade ansprach, nämlich die autonomen Waffensystemen, dann haben wir es da ja ein Stück weit einfacher, weil Artikel 36 im Ersten Zusatzprotokoll klar vorgibt, dass Waffen, bei denen nicht gewährleistet ist, dass das humanitäre Völkerrecht damit beachtet werden kann, erst gar nicht eingeführt werden dürfen. Trotzdem gibt es zur Zeit eine – wie ich finde – allenfalls politisch nachvollziehbare Debatte über den Begriff *meaningful human control*, der sich mit autonomen Systemen beschäftigt und sich so versteht, dass das eine Grenze für die Entwicklung autonomer Systeme sein soll. Das knüpft an die Frage von Herrn Weiß an und wäre auch nicht nur eine Frage, die sich mit Waffentechnologien beschäftigt, sondern vielleicht auch mit autonomen Autos: Wir leben so in der Vorstellung, dass das alles sicherer macht, aber gibt es nicht Bereiche, in denen der *Human Factor* vielleicht doch so entscheidend ist, dass man ihn rechtlich miteinbinden muss?

Wenn man etwa die Wahl hat, vor die Wand zu fahren, eine alte Frau oder ein kleines Kind zu überfahren, wie geht man damit um?

Ich möchte noch ganz kurz etwas zu Ihrer These 17 sagen, die ja schon viele Wortmeldungen herausgefordert hat. Ich würde da tatsächlich abstufen. Ich würde sagen, dass – jedenfalls wenn man sich am Umweltvölkerrecht orientiert – ein Schädigungsverbot dazu führt, dass bestimmte Verhaltensweisen tatsächlich schon jetzt verboten sind. Das Vorsorgeprinzip greift ja erst dann, wenn wir entweder in Sachen Kausalität, über das Ausmaß des Schadens oder sonst Erkenntnis- und Wissensdefizite haben. Da ist mir Ihr Ansatz eigentlich sehr sympathisch; ich sehe aber auch, dass das gewohnheitsrechtlich natürlich zurzeit noch nicht begründbar ist. Und dann müsste man das eben vertragsrechtlich angehen.

Frau Coester-Waltjen: Herr Walter wäre dann der nächste und danach Herr Proelß.

Herr Walter: Ich wollte zunächst einmal große Zustimmung zu ganz weiten Teilen des Referats signalisieren, vor allen Dingen auch zu den Ausführungen zum *Cyberwar*, die von dem Bestreben getragen sind, Instrumentalisierungen vorzubeugen und weiterhin Gewaltanwendung zu begrenzen.

Meine Frage zielt auf einen ganz spezifischen Teil, nämlich auf die Präventionspflichten und damit auch auf These 17. Die Begründung für diese These liegt – das steht ein bisschen weiter im Thesenpapier – in allgemeinen Präventionspflichten umweltvölkerrechtlicher Art, die auf den Kontext des Internet übertragen werden. Hier sehe ich das Problem darin, dass gerade dann, wenn man den echten Präventionsfall – also die Zeit vor dem Eintritt eines Schadensereignisses – betrachtet, doch irgendwie konkretisiert werden müsste, welche Anknüpfungspunkte für die Begründung der Präventionspflicht bestehen. Bei technischen Vorhaben lässt sich das machen. Da kann ich die Größe des Vorhabens oder die potentiellen Gefahren zum Anknüpfungspunkt machen und für bestimmte Vorhaben zum Beispiel eine Umweltverträglichkeitsprüfung verlangen. Jetzt haben wir heute Morgen gehört – ich glaube, Andreas von Arnould hat es ausdrücklich gesagt – dass im Grunde genommen jedes Smartphone geeignet ist, um eine mögliche Attacke über das Internet auszulösen. Genau deshalb entsteht die Frage, woran denn diese Vorsorgepflichten jetzt anknüpfen sollen. Wenn keine Eingrenzung erfolgt, dann besteht die Gefahr, dass man mit dem Argument, wir brauchen Vorsorge, Bestrebungen Vorschub leistet, den gesamten Verkehr im Internet zu überwachen, weil man ja möglicherweise hinterher völkerrechtlich verantwortlich ist, wenn ein Schaden eintritt.

Es gibt sicherlich Staaten, denen eine solche Rechtfertigung für die Überwachung des Internet sehr gelegen käme. Wenn man aber die Kommunikations- und Meinungsäußerungsfreiheit und den Datenschutz auch an dieser Stelle hoch halten möchte – und ich meine das sollten wir – dann muss man mit Präventionspflichten vorsichtig sein, solange nicht geklärt ist, woran man diese anknüpft. Woran man in jedem Fall anknüpfen kann, ist meines Erachtens der Eintritt eines Schadens. Wenn also ein schädigendes Ereignis eingetreten ist, dann können auch die konkreten Handlungspflichten, die Frau Schmahl genannt hat, ohne Weiteres eingreifen. Ich hätte aber Schwierigkeiten, wenn man das, ohne zu präzisieren, mit welcher Anknüpfung, schon vor dem Schadenseintritt heranziehen würde.

Herr Proelß: Ich kann unmittelbar an meine Vorredner anschließen. Ich möchte hier bestimmt kein terminologisches Glasperlenspiel betreiben, aber: Das eine scheint mir der allgemeine Gedanke der Vorsorge zu sein, wie er etwa auch in Sorgfaltspflichten zum Ausdruck kommt. In den Thesen 15 und 17 wird aber ausdrücklich Bezug genommen auf das *Vorsorgeprinzip*. Ich frage mich, passt das denn überhaupt? Die eine Situation ist diejenige, dass dem Staat das Handeln Privater nicht zurechenbar ist. Dann sind wir im Bereich der *due diligence* und der Sorgfaltspflichten, und da brauchen wir, denke ich, das Vorsorgeprinzip überhaupt nicht. Die zweite Konstellation ist diejenige, in der eine Zurechnung möglich ist. Dann frage ich mich, ist das tatsächlich die Situation, die vom Vorsorgeprinzip erfasst wird? Denn es geht doch bei den Cyberattacken um das zielgerichtete Herbeiführen eines Schadens. Ein solches Handeln ist ja gerade nicht vom Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips erfasst, das sich auf Situationen bezieht, in denen man etwas tut, was man eigentlich tun darf, aber unsicher ist über die gefährdende – bzw. möglicherweise gefährdende – Wirkung. Deswegen glaube ich, dass das in eine ganz ähnliche Richtung geht wie das, was Sie, Herr Walter, gerade gesagt haben. Ich vermag nicht zu erkennen, dass Cyberattacken tatsächlich unter Bezugnahme auf das Vorsorgeprinzip rechtlich eingeordnet werden können. Und dann sollte man – glaube ich – auch überlegen, ob es Sinn macht, Bezug auf ein Rechtskonzept zu nehmen, das einer anderen Teilrechtsordnung, nämlich der des Umweltvölkerrechts, entliehen ist. Dass es allgemein um Sorgfaltspflichten geht – und da finde ich den Gedanken der Beweislastumkehr in der Tat sehr sympathisch –, steht auf einem völlig anderen Blatt.

Frau Schmahl: Ich beginne mit dem Bereich der Prävention und den Fragen zu These 17. Zunächst einmal: Mein Gedanke ist, dass Cyberoperationen nicht grundsätzlich verboten werden können, weil nicht alle Cyberoperationen schädlich sind. Es gibt auch Cyberoperationen, die positive Effekte generieren oder die jedenfalls nicht völkerrechtlich verboten sind. Deswegen kommen wir mit einem hundertprozentigen Entwicklungs- und Einsatzverbot von Cyberoperationen nicht weiter.

Die entscheidende Frage ist aber: Wie darf man auf eine schädliche Cyberoperation reagieren, von der man nicht weiß, wer ihr Urheber ist? In diesem Fall bestehen Lösungsmöglichkeiten, die im präventiven Bereich oder bei den Sorgfaltspflichten anzusiedeln sind. Wenn wir nicht wissen, wer oder welcher Staat für eine Cyberattacke verantwortlich ist – und insoweit beziehe ich mich auf das Problem, das Christian Walter angesprochen hat –, kann man über eine Beweislastumkehr nachdenken. Dies setzt aber voraus, dass ein Schaden bereits eingetreten ist und dass zudem vorab konkretisierte Verhaltensmaximen für diejenigen bestehen, die Initiatoren der Gesamtgefahrenlage sind. Das bedeutet, dass sich die Staaten vor Eintritt eines Schadensfalls darauf geeinigt haben müssen, sich in konkreten Schadenskonstellationen gegenseitig zu konsultieren, zu informieren und Rechtshilfe zu leisten. Entzieht sich dann nach Eintritt eines Schadensfalls ein Staat den vereinbarten Verhaltensmaximen, etwa weil er sich auf den Standpunkt stellt: „ich konsultiere nicht, ich informiere nicht, ich leiste keine Rechtshilfe“, besteht die Möglichkeit – und damit komme ich auf Herrn Bothes Anliegen zu sprechen –, Gefahrenabwehrmaßnahmen auch dritter Staaten gegen den Rechtsverweigerer für zulässig zu erachten vorausgesetzt, es handelt es sich um *erga omnes* vereinbarte Verhaltenspflichten. Selbstverständlich, Herr Bothe, teile ich Ihre Meinung, dass es sich bei einer Verletzung von Informations- oder Rechtshilfepflichten um eine eigenständige, vom Schadensereignis zu unterscheidende Rechtsverletzung

handelt, auf die nur mit gewaltfreien Gegenmaßnahmen reagiert werden darf. Sie berechtigt nicht zur Selbstverteidigung.

Der Grund, Herr Proelß, weswegen ich das Vorsorgeprinzip herangezogen habe, ist darin zu sehen, dass aus meiner Sicht die *de lege ferenda* erforderliche Entwicklung von spezifischen Vorsorgepflichten im *Cyberspace* für alle Staaten im allgemeinen Völkerrecht bereits radiziert ist. In Betracht kommen hier die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder das Völkergewohnheitsrecht. In seinem Kerngehalt dürfte das Vorsorgeprinzip sogar in beiden Rechtsquellen anzusiedeln sein. Jedenfalls besteht es nicht alleine im Umwelt- und Technikrecht, sondern lässt sich auch im allgemeinen Völkerrecht auffinden. Dort ist das Vorsorgeprinzip natürlich so allgemein gehalten, dass wir konkretisierende Verhaltensmaximen speziell für den *Cyberspace* benötigen.

Ich meine, dass die Staaten, die als Garanten für den virtuellen Raum fungieren, nicht nur eventuell oder nach Beliebigkeit Verhaltensmaximen für den *Cyberspace* vereinbaren können, sondern dass die Pflicht besteht, sich um die Konkretisierung solcher Verhaltensstandards zu bemühen. Im Grunde folgt aus dem allgemeinen Vorsorgeprinzip eine Rechtspflicht zu einem *pactum de contrahendo*. Gegenwärtig gibt es noch keine konkreten Verhaltenspflichten im Blick auf Cyberoperationen. Ich benötige – um mich noch einmal anders auszudrücken – das Vorsorgeprinzip für die Entwicklung von konkreten Sorgfaltspflichten im *Cyberspace*. Haben sich die Staaten auf spezifische *erga omnes* geltende Verhaltenspflichten geeinigt, kann, wenn anschließend ein Schaden eintritt, gegebenenfalls mit Gegenmaßnahmen auch von dritter Seite reagiert werden. Das ist die konzeptionelle Idee, die ich der Entwicklung von Präventionspflichten zugrunde gelegt habe. Bestehende allgemeine Verhaltensstandards sind, so glaube ich, für den *Cyberspace de lege ferenda* auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips zu konkretisieren. Dass umgekehrt schon jetzt intensive Informations-, Konsultations- und Rechtshilfeverpflichtungen bestehen, wenn eine schädliche Cyberoperation vorliegt, halte ich, so wie ich die Staatenpraxis deute, für nicht gegeben.

Soweit zum Bereich der Prävention. Zu Herrn Bothe möchte ich noch etwas sagen im Blick auf den Beispielsfall, den Sie mit dem 11-jährigen Jungen und dem Hoover-Damm angeführt haben. In der Tat beteiligen sich zunehmend Jugendliche an schädlichen Cyberoperationen. Meistens machen sie das zwar nicht, um den Weltfrieden zu gefährden, sondern vielmehr um persönliche Befriedigung zu erlangen, also um zu zeigen, dass sie anderen im technologischen *Know-how* überlegen sind. Diese Jugendlichen werden als *Nerds* oder *Skript-Kiddies* bezeichnet. Es besteht allerdings ein hohes Risiko, dass diese *Skript-Kiddies* von Geheimdiensten oder Terrororganisationen für deren Zwecke eingesetzt und benutzt werden. Die Frage ist nun, ob man hier nicht darüber nachdenken müsste, das Zweite Zusatzprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention entsprechend zu konkretisieren, um diese Gefahren etwas einzudämmen. Diese menschenrechtliche Frage erfordert allerdings eine gesonderte Untersuchung.

In Bezug auf die programmierten Waffensysteme – das haben sowohl Herr Bothe als auch Herr Marauhn angesprochen – gehe ich davon aus, dass auch hier das Vorsorgeprinzip Anwendung finden kann, das auf den Initiator der Gefahrenlage zurückverweist. Derjenige, der ein automatisiertes Waffensystem schafft oder bereitstellt, darf sich nicht seiner Verantwortung entziehen. Hier würde ich für eine Gefährdungshaftung plädieren. Darüber hinaus stimme ich Herrn Marauhn zu: Dass das Recht sich der *Cybersecurity* anpassen oder ihr gar folgen müsse, wäre nicht sinnvoll. Mit These 5 möchte ich zum Ausdruck bringen, dass neue technologische Entwicklungen das

Recht häufig herausfordern, gar „überfallen“. Es existieren Rechtsregeln und normative Grundprinzipien, an denen sich die Staatengemeinschaft ausrichtet, und mehr oder minder plötzlich entstehen durch technische Weiterentwicklungen neuartige Gefahrenlagen. Dies war etwa im innerstaatlichen Bereich bei der Einführung der EC-Karten seinerzeit auch der Fall, weshalb ein neuer Straftatbestand zur Schließung einer Strafbarkeitslücke geschaffen werden musste. Im strafrechtlichen Bereich ist der Bedarf an exakten Tatbeständen schon wegen des Bestimmtheitsgebots gemäß Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz deutlich höher als im völkerrechtlichen Bereich. Aber eine analoge Schlussfolgerung – Schaffung neuer Rechtsregeln für neue Gefahrenlagen – lässt sich auch für das Völkerrecht ziehen. Selbstverständlich wollte ich nicht sagen, dass sich das Recht von den technologischen Entwicklungen treiben lassen dürfe. Das war nicht intendiert.

Nun zu den Punkten, die Herr Klein angesprochen hat: Erheblichkeitsschwelle beim Gewaltbegriff und Bindung der Selbstverteidigung an einen staatlichen Angriff. Das sind grundsätzliche Fragen, die sich bei der *Cybersecurity* nicht anders, sondern nur in einem neuen Gewand stellen. Die Sorge, die mich umtreibt, besteht darin, dass Tendenzen in manchen Staaten ersichtlich sind, das neue Gebiet der *Cybersecurity* zu benutzen, um die Anforderungen an das Recht der Selbstverteidigung zuerst konkret und anschließend ganz generell zu verringern. Diese Tendenz gefällt mir nicht. Deswegen erscheint mir wichtig zu betonen, dass auch im Rahmen der *Cybersecurity* in Bezug auf die Fragen des Selbstverteidigungsrechts, des bewaffneten Angriffs und der erforderlichen Erheblichkeitsschwelle dieselben Parameter anzulegen sind wie bei konventionellen Angriffen. Es ist mir sehr bewusst, dass auch bei konventionellen Angriffen unterschiedliche Meinungen zu den angesprochenen Themenfeldern bestehen. Die *Cybersecurity* sollte hierbei aber nicht instrumentalisiert werden, um Vorschub für neue allgemeine Entwicklungen zu leisten.

Frau Coester-Waltjen: Jetzt habe ich noch drei Fragen an Sie, nämlich von Frau König, Herrn Hobe und dann hat auch Herr Rauschnig noch um ein letztes Wort gebeten.

Frau König: Im Grunde genommen kann ich an das anknüpfen, was hier schon mehrfach eine Rolle gespielt hat – nämlich an These 20 in Verbindung mit These 17, die Sorgfalts-/Vorsorge-/Schadensvermeidungspflichten betreffend. Ich meine, dass man diese Pflichten auch aus dem völkerrechtlichen Menschenrechtsbestand herleiten kann, denn sie beziehen sich immerhin auf die Gefahrenabwehr für Leib und Leben. Das wäre vielleicht noch ein weiterer Ansatz neben der Herleitung aus Präventionspflichten, der auf ein „Recht auf Sicherheit“ zurückgreift, welches sich aus anderen Grundrechten ableiten lässt. Diesen Gedanken einer Schutzpflicht könnte man weiterverfolgen. Denn letztlich geht es darum, dass Staaten großen Schaden von ihrer Bevölkerung abwenden müssen. Dass wir bisher nur wenige Beispiele aus der Praxis kennen, liegt vermutlich daran, dass die Schäden bisher noch überschaubar waren oder der Öffentlichkeit verborgen blieben. Aber wenn ich an das Beispiel vom Hoover-Damm denke – und das ist jetzt nur ein Beispiel, man kann sich auch andere Szenarien vorstellen – dann steht doch ein großes Gefahrenpotenzial im Raum. Die Frage, die ich habe, bezieht sich auf die *erga omnes*-geltenden Verhaltensmaximen: Woher wollen Sie die *erga omnes*-Wirkung nehmen? Ist das ein *erga omnes partes*, also *erga omnes*-Verpflichtungen zwischen allen Vertragsparteien, wenn ein entsprechender Vertrag

ausgehandelt worden ist, oder *erga omnes* auch gegenüber Dritten? Wenn Letzteres der Fall ist, wäre meine weitere Frage, wo da der Vorteil liegt, denn wir wissen ja alle, wie umstritten es ist, ob nicht unmittelbar betroffene Drittstaaten Gegenmaßnahmen ergreifen können, ob sie für den unmittelbar Betroffenen sozusagen in Prozessstandhaft gerichtlich klagen können und so weiter und so fort. Worin sehen Sie also den Vorteil von *erga omnes*-Pflichten im Vergleich zu einfachen vertraglichen Pflichten?

Herr Hobe: Liebe Frau Schmah, volle Zustimmung zu Ihrer Anwendung des Gewaltbegriffs bei Objekt- oder Personenschäden. Zustimmung auch im Bereich des Selbstverteidigungsrechts, dass da physisch eine Konsequenzwirkung gezeigt werden muss. Zustimmung auch dazu, dass ansonsten das Interventionsverbot in Betracht kommen kann – ebenso bezüglich der Problematik der vorbeugenden Selbstverteidigung. Was mir allerdings fehlt, ist die Beantwortung der Frage: Wie steht es eigentlich mit der möglichen kollektiven Friedenssicherung? Wie würden Sie denn solche Situationen unter Artikel 39 subsumieren? Ist das ein Fall des *threat to international peace*, des *breach of international peace* oder ein *act of aggression*? Oft wird dies nicht der Fall sein, da der Staat sich zunächst einmal wahrscheinlich selbst verteidigen wird und da das ja entsprechend ein subsidiäres Recht ist, aber gibt es die Möglichkeit für die internationale Gemeinschaft – jedenfalls wenn kein Veto eines der P5 vorliegt – dort reagieren zu können?

Herr Rauschnig: Das Problem liegt ja auch darin, dass wir eine große Spanne von möglichen zu bekämpfenden Verhaltensweisen haben. Die zwischenstaatlichen gewaltsamen Angriffe wie beispielsweise das Abschießen von Flugzeugen oder das Zerstören eines Damms – das ist eine Gruppe von Situationen. Die andere Situation ist das Schützen der Personen im Einzelnen. Das ist eine so weite Spanne, dass sie vielleicht nicht unter den gleichen Rechtsprinzipien behandelt werden kann. Meine Frage ist dann zuerst hinsichtlich der Überwachung: Reicht es für den Schutz der Bevölkerung nicht aus, dass man sozusagen eine Meldemöglichkeit hat? Ich weiß, dass die Polizei aufpasst, dass möglichst keine Räuberbanden in mein Dorf einfallen, aber im Übrigen muss ich zur Bekämpfung von strafbaren Handlungen gegen mich eine Anzeige machen. Reicht – statt eines großen Überwachungssystems – eine Anzeigemöglichkeit und eine Vorsorge dahingehend, dass es Ämter, Behörden oder was auch immer gibt, die in der Lage sind, dem nachzugehen, nicht aus?

Beim Feststellen von Pflichten sollten wir auch jeweils nach dem Rechtsgrund fragen. Wir sprechen immer von dem Vorsorgeprinzip und den möglichen anderen Prinzipien. Solange wir aber keine Verträge darüber haben, stellt sich doch die Frage, ob wir eigentlich von Sätzen des Gewohnheitsrechts sprechen. Können wir sagen, dass immer dann, wenn etwas Bestimmtes geschieht und die Staatenwelt bisher so und so reagiert hat, dass aus diesem gleichförmigen Verhalten entsprechende Pflichten und Sätze des Gewohnheitsrechts abzuleiten sind? Ich fürchte, wir sind noch lange nicht so weit. Wir haben diese Diskussionen, ob diese oder jene Nachlässigkeit und die Reaktion darauf Schutzrechte im Völkerrecht entstehen lässt, in den siebziger Jahren bei der Frage des grenzüberschreitenden Umweltschutzes geführt. Wir sind damals zu der Meinung gekommen, dass wir sehr vorsichtig sein müssen in dem Behaupten von Rechtssätzen, wenn wir überhaupt glaubwürdig bleiben wollen. Wenn wir Rechtssätze formulieren, von denen man sagt, dass diese in der Staatenwelt ja doch nicht gelebt werden, dann gefährden wir damit die Glaubwürdigkeit unseres Rechtsgebiets und der Rechtsent-

wicklung. Damals haben wir gesagt: Eine Fußbreite weiter – das kann man immer noch aus der Falluntersuchung ableiten. Aber wenn wir große Schritte machen, dann werden wir auch in der Staatenwelt gerade bei der Verteilung von Pflichten an Staaten nicht ernst genommen.

Herr Drexl: Ich habe hier noch ein Stichwort stehen, das noch übrig geblieben ist. Es geht um das menschliche Versagen – nicht das von Herrn Marauhn, aber es wurde von ihm erwähnt. Die Tagung ist wunderbar geraten, da schon mal mein Dank an Herrn Marauhn. Aber zurück zu meinem Thema und auch zum Begriff der Utopie, der heute Morgen gefallen ist.

Beim autonomen Fahren sprechen wir mittlerweile über eine sehr realistische Utopie. Wer hätte sich vor zwei Jahren darunter schon Konkretes vorstellen können? Aber es saßen schon längst Ingenieure und Programmierer an ihrer Verwirklichung. Worauf ich hinweisen möchte, ist, dass wir noch kaum etwas darüber sagen können, wie die Geschäftsmodelle in Bezug auf das autonome Fahren in der Zukunft aussehen werden. Wenn ich es recht sehe, gibt es zwei ganz unterschiedliche Modelle, die nebeneinander koexistieren können. Und diese werden wohl auch für eine ganze Reihe von Jahren mit dem ganz herkömmlichen Betrieb von Fahrzeugen, so wie wir das heute kennen, koexistieren. Wir werden also nicht von einem Tag auf den anderen den jetzigen Fahrzeugverkehr abgeschafft bekommen und dann plötzlich nur noch autonomes Fahren haben. Das wird nicht passieren. In fünfzig Jahren sind wir vielleicht soweit.

Um welche Modelle geht es? Es gibt das, was Sie schon heute im Fernsehen sehen: Einer sitzt in einem Auto und das Steuer steuert über „Autopilot“ von selbst. Das zweite Modell geht erheblich weiter. Bei diesem Modell wollen Sie zu einem bestimmten Ort gebracht werden. Es kommt das Google-Auto, in das Sie sich setzen und das Sie an den gewünschten Ort bringt. Das Fahrzeug wird ohne Steuer und Fahrer gelenkt. Die Steuerung folgt von einer zentralen Einheit aus. Diese beiden Modelle zeigen auf, wie wichtig es ist, über menschliches Versagen zu sprechen.

Im ersten Fall haben Sie durchaus noch jemanden, der in den Betrieb des Fahrzeugs eingreifen und sich entscheiden kann, ob er den Autopilot anschaltet oder nicht. Im zweiten Fall haben Sie nur noch eine Steuerungseinheit im Hintergrund – *big brother watches you*. Es stellt sich allenfalls die Frage, welche Verantwortlichkeit liegt bei der Zentrale. Schließlich verbinden sich mit diesen Modellen Fragen, die die Geschäftsmodelle betreffen. Wird es in der Zukunft überhaupt noch den Autokauf, der ja immer in der Grundvorlesung Zivilrecht eine große Rolle gespielt hat, geben oder sind das nur noch Dienstleistungen, die dann vielleicht von Google, aber auch von BMW erbracht werden? Das wissen wir noch nicht.

Über diese Entwicklungen diskutiere ich auch mit meinem älteren Sohn, der Elektrotechnik studiert und schon zwei Praktika in der Automobilindustrie absolviert hat. Meinem Sohn klarzumachen, dass es den Faktor Mensch gibt und dass es den immer geben wird, ist schwierig. Er geht intuitiv davon aus, dass die Technik Unfälle generell vermeiden wird und sich damit die Frage nach der Verantwortlichkeit erübrigt. Technisch wird es in der Tat möglich, den Risikofaktor Mensch im Straßenverkehr auszuschließen. Die Frage bleibt aber, ob wir das auch wirklich wollen. Das Ziel, menschliches Versagen auszuschließen, ist nämlich nur zu erreichen, indem wir Freiheitsräume beschränken. Die Teilnahme von Fußgängern oder Fahrradfahrern im Straßenverkehr verträgt sich nicht mit dem absolut sicheren, zentral gesteuerten Fahren. Lässt man

solche Risikofaktoren aber weiterhin zu, muss normativ entschieden werden, welche Sicherheitsanforderungen konkret an die Programmierung von Fahrzeugen gestellt werden, um mit spezifischen Gefährdungslagen im Straßenverkehr umzugehen. Mein jüngerer Sohn studiert Psychologie – Sie können sich vorstellen, mit welchen Wortbeiträgen er sich an diesen Diskussion beteiligt. Sie sehen schon, wir haben auch zuhause sehr anregende Gespräche. Das passt vielleicht ganz gut als Schlusswort.

(Applaus)

Frau Schmahl: Leider kann ich nicht mit einem so schönen Schlusswort aufwarten. Mir sind noch drei Fragen gestellt worden, die sich in zwei Themenbereiche bündeln lassen. Zunächst zu den staatlichen Schutzpflichten, die Frau König und Herr Rauschnig angesprochen haben: Selbstverständlich können sich sogenannte *positive obligations* auch aus dem Menschenrechtsschutz ergeben. In den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ist das Augenmerk ganz generell viel stärker auf staatliche Schutzverpflichtungen gerichtet worden, als dies noch vor 50 bis 70 Jahren der Fall war. Interessant ist dabei vor allem ein Aspekt, den ich bislang nicht erwähnt habe, der aber bereits in der Cyber-Sicherheits-Strategie der Bundesregierung von 2011 zum Ausdruck kommt: Es gibt über die *positive obligations* aus dem internationalen Menschenrechtsschutz hinaus auch Schutzverpflichtungen aufgrund innerstaatlichen Rechts. Ich habe mich heute im Wesentlichen zur Entwicklung von internationalen Verhaltensstandards geäußert, mich also mit dem Vorsorgeprinzip und der daraus folgenden Pflicht zur Konkretisierung der bestehenden Sorgfaltspflichten „nach außen“ beschäftigt. „Nach innen“ bestehen staatliche Schutzverpflichtungen zur Gewährleistung von IT-Sicherheit natürlich auch. Zu dem von Herrn Rauschnig angeführten Beispiel: Das Strafrecht ist auch Ausdruck einer grund- und menschenrechtlichen Schutzverpflichtung. Möglicherweise müssen deshalb das Strafrecht und das Strafverfolgungsrecht im nationalen Bereich gestärkt werden, um Gefahren für die Internetsicherheit abzuwenden. Ohnehin verweist die *Cybersecurity* auf die Grundlagen und die Erkenntnisse der Kriminalistik, die sich regelmäßig mit anonymen Tätern auseinandersetzen muss. Einige Aspekte der Kriminalistik werden jetzt wohl auch im Völkerrecht relevant.

Was die Meldemöglichkeiten anbelangt, ist festzuhalten, dass die meisten bekannt gewordenen Fälle von Cyberoperationen dem Bereich der Cyberspionage zuzuordnen waren. Soweit Cyberoperationen nicht erkennbar sind – und als technisch nicht versierter Mensch wird man sich einer Datenspionage regelmäßig noch nicht einmal bewusst –, laufen Meldemöglichkeiten ins Leere. Treffen Cyberoperationen allerdings Personen oder Unternehmen, die von der Aktion Kenntnis erlangen, sind Meldemöglichkeiten sinnvoll. Eine andere Frage ist, ob auch eine internationale Meldepflicht eingeführt werden soll. Dies verweist wieder auf meine Überlegungen zur Erarbeitung gemeinsamer Verhaltensstandards.

Frau König, Sie haben noch einmal die *erga omnes*-Verhaltensmaximen angesprochen. Ich beziehe mich auf *erga omnes* geltende Verhaltensmaximen für die Vertragsparteien, sofern ein entsprechender Vertrag ausgehandelt wird. *Erga omnes* wirkende Verhaltensmaximen auch gegenüber Nicht-Vertragsparteien halte ich aus den von Ihnen genannten Gründen nicht für sehr weiterführend. Die Entwicklung von *erga omnes partes* geltenden Verpflichtungen ist für den Bereich des *Cyberspace* allerdings keineswegs abgeschlossen. Ich halte Bemühungen in dieser Richtung für erforderlich, um der

Anonymität und der Verschleierungsmöglichkeit im Internet mit rechtlich abgesicherten Maßnahmen zu begegnen.

Jetzt verbleibt nur noch die Frage von Stephan Hobe zu Kapitel VII UN-Charta. Aus Zeitgründen habe ich mich in meinem Referat auf unilaterale Abwehrmechanismen konzentriert. Diese Fokussierung schien mir bei Ausarbeitung meines Vortrags auch angezeigt zu sein, da einseitige Abwehrmaßnahmen bei schädlichen Cyberoperationen aus tatsächlichen Gründen vermutlich primär in das Blickfeld geraten. Außerdem hat sich der Sicherheitsrat mit einer konkreten Cyberoperation und ihren Folgen bislang noch nicht befasst. Aber ich hege keinerlei Zweifel daran, dass der Sicherheitsrat – sollte er mit einer Cyberoperation im Ausmaß eines bewaffneten Angriffs konfrontiert werden – keine Schwierigkeiten damit haben wird, diese als Friedensbedrohung zu qualifizieren, zumal der Sicherheitsrat Kapitel VII und auch den Begriff der Friedensbedrohung extensiv auslegt. Die Feststellung einer Friedensbedrohung eröffnet dem Sicherheitsrat die Möglichkeit, von dem in Artikel 41 und 42 UN-Charta vorgesehenen Sanktionsregime Gebrauch zu machen. Nicht-militärische Sanktionen nach Artikel 41 würden im Cyberkontext wahrscheinlich besonders relevant werden. Gerade in den Fällen, in denen beispielsweise internetbasierte Radio- und Fernsehprogramme, die durch Malware manipuliert worden sind, zu Rassenhass aufstacheln, könnte der Sicherheitsrat auf der Grundlage von Artikel 41 verfügen, dass die betreffenden Sender einfach abgeschaltet werden. Das wäre nach meiner Einschätzung sogar eine sehr passende, verhältnismäßige sowie zugleich treffende Reaktion, die sich im Vergleich zu den üblichen Reaktionsmöglichkeiten auf konventionelle Bedrohungslagen als vorteilhaft erweist.

(Applaus)

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Frau Schmahl. Liebe Kolleginnen und Kollegen, auch wenn wir jetzt nicht mit dem Gefühl *big brother cares for you* nach Hause oder zu dem anschließenden Essen gehen können, haben wir doch – glaube ich – unseren Referenten und Diskutanten für einen sehr interessanten und anregenden Tag zu danken. Dazu bitte ich Sie, jetzt noch einmal zu klatschen!

(Applaus)

Zwischen Quelle und Gericht: Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation des Völkerrechts

Von Prof. Dr. Matthias Ruffert, Friedrich-Schiller-Universität Jena*

- I. Universelle Völkerrechtswissenschaft und gerichtliches Entscheiden
 - II. Selbstreflexion als Aufgabe von Wissenschaft
 1. Selbstreflexion der Rechtswissenschaft
 2. Selbstreflexion der Völkerrechtswissenschaft
 - III. Wissenschaft als Völkerrechtsquelle?
 1. Rechtsquellenlehre und *law-making* in der Internationalen Gemeinschaft
 2. Ursprünge im gelehrten Recht
 3. Die Sonderstellung der Völkerrechtslehre nach Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut
 - a) Bedeutung und Funktion von Art. 38 IGH-Statut
 - b) Genese von Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut
 - c) Interpretation der Vorschrift und darüber hinausreichende Deutungen
 4. Die Praxis gerichtlicher Rezeption der Völkerrechtswissenschaft
 - a) StIGH und IGH
 - b) Andere internationale Spruchkörper
 - c) Nationale Gerichte
 5. Wechselseitige Prägung von Wissenschaft und Spruchpraxis durch Professionalität
 - a) Das invisible college des Völkerrechts
 - b) Institutionalisierte Einbindung wissenschaftlicher Erkenntnis
 - c) Hilfsquellenkonkurrenz: Präzedenzfälle oder Lehre?
 - IV. Funktionen der Völkerrechtslehre bei der Rechtsidentifikation
 1. Begriff der Rechtsidentifikation und Aufgaben der Völkerrechtslehre
 2. Interpretation
 3. Eine spezifisch (völker-)rechtswissenschaftliche Empirie
 - a) Völkerrechtswissenschaft und empirische (Sozial-)Forschung
 - b) Völkerrechtswissenschaftliche Empirie: Methodische Anforderungen
 4. Rezeptionsfähige Darstellung rechtswissenschaftlicher Systematisierungsleistung
 - a) Aufgabe
 - b) Kommentare im Völkerrecht
 - c) Völkerrechtswissenschaftliche Revolution durch Informations- und Kommunikationstechnologie
 - V. Ausblick: Die Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft
- Thesen
Summary

* Für wertvolle Anregungen danke ich Prof. Dres. *Bardo Fassbender* und *Christoph Ohler* sowie Dres. *Enrico Peuker* und *Angela Schwerdtfeger*, für die Unterstützung bei der Literaturbeschaffung stud. iur. *Constantin Knauer*

I. Universelle Völkerrechtswissenschaft und gerichtliches Entscheiden

Völkerrechtslehre muß universelle Rechtswissenschaft sein. Allein im Völkerrecht ist die Rechtswissenschaft anderen Wissenschaften im Universalitätsanspruch ebenbürtig. Nur im Völkerrecht geht es für alle Rechtswissenschaftler der Welt um die gleichen Quellen, die in für alle gleichen Spruchkörpern herangezogen werden.¹ Durch den Erkenntnisgewinn versprechenden komparativen Blick auf unterschiedliche nationale Prägungen der Völkerrechtler und ihre Rückwirkung auf die Völkerrechtswissenschaft² wird der Universalitätsanspruch nicht in Frage gestellt. Die Völkerrechtslehre erhält mit ihm die Chance, innerhalb der Rechtswissenschaft eine Vorbildfunktion einzunehmen und zum Ausgangspunkt für eine weitere Universalisierung der Rechtswissenschaft zu werden. Zentrale Elemente der Rechtswissenschaft, wie sie über Jahrhunderte gewachsen sind,³ lassen sich so als rechtsordnungsübergreifende wissenschaftliche Beiträge für die (rechts-)politische Praxis entwickeln. Hierzu kann auch eine wissenschaftliche Gesellschaft beitragen, deren Ursprünge sich dem Ziel verdanken, einer *nationalen* Völkerrechtswissenschaft in einer historischen Ausnahmesituation Auftrieb zu verschaffen.⁴ Der Aufschwung methodischer Fragestellungen in Deutschland, der nun auch die Völkerrechtslehre erfaßt,⁵ ist daher kein Krisensymptom oder gar Anzeichen für eine pathologische Entwicklung,⁶ sondern ein willkommener Orientierungswandel zur Verwirklichung dieses anspruchsvollen Programms.

1 Zumal das Konzept des regionalen Völkerrechts heute überwiegend Ablehnung erfährt: *Mathias Forteau*, Regional International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com), Stand des Eintrags: 2006, Rn. 17 ff. Differenzierend *Andreas von Arnould*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 55.

Vergleichbare Universalität können auch die Grundlagenfächer (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie) für sich beanspruchen; die Alleinstellung der Völkerrechtslehre in den „dogmatischen Fächern“ wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Zum Paradigma der Universalität des Völkerrechts aus neuerer Zeit *Monique Chemillier-Gendreau*, À quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible?, RdC 355 (2011), S. 9.

2 Die American Society of International Law berät 2015 über „The Revival of Comparative International Law“; ähnlich das 27th Annual Sokol Colloquium der Universität Virginia (http://www.law.virginia.edu/html/news/2014_fall/sokol.htm). Im Ansatz bereits *Clive Parry*, The Sources and Evidences of International Law, 1965, S. 105; *Adolf Schüle*, Methoden der Völkerrechtswissenschaft, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 3 (1959), S. 1 (9); sowie generell *Martijn Hesselink*, A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method, ELJ 15 (2009), S. 20 (21 f.); und für das Europarecht *Sebastian Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 268 ff.

3 Etwa: Vertrag, Gesetz, Person, unerlaubte Handlung.

4 Vgl. *Karl Strupp*, Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, Schweizerische Juristen-Zeitung 13 (1916/17), S. 327; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945, 1999, S. 88: „typische Kriegsgründung“; *Martti Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2002, S. 232.

5 Zu den anderen rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen: Zivilrecht – Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung 2013 „Methoden des Privatrechts“, AcP 214 (2014); Öffentliches Recht – Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2014: *Hans Christian Röhl* und *Andreas von Arnould*, Öffnung der Öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), S. 7 ff. und S. 39 ff.; *Steffen Augsberg*, Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance?, in: *Andreas Funke/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 145 ff.

6 S. zu dieser auf *Gustav Radbruch* (Einführung in die Rechtswissenschaft, 1910, S. 117 f.) zurückgehenden Sorge *Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Vorwort: Methoden des Privatrechts, AcP 214 (2014), S. 1 (1); *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 3 I; ferner *Josef Isensee*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), S. 338 (339).

Das Ausfüllen des Intervalls zwischen Quelle und Gericht, die Suche nach dem Weg zwischen Ausgangsrechtssatz und richterlicher Entscheidung ist eine Frage juristischer Methodenlehre. Nicht nur, aber gerade auch im Völkerrecht gilt es an dieser Stelle, mit einer Ambivalenz des Methodenbegriffs zurechtzukommen: Spruchgerichtliche Rechtsidentifikation ist weder im Vorgang noch im Ergebnis Rechtswissenschaft. Ein Urteil ist keine rechtswissenschaftliche Erkenntnis – ebensowenig wie eine Predigt eine theologische.⁷ Sucht der Spruchkörper selbst nach der richtigen Rechtsquelle und ihrem Inhalt, ist dies kein rechtswissenschaftliches Fragen, auch wenn in völkerrechtlichen (Schieds-)Gerichten viele Wissenschaftler tätig sind.⁸ Die von außen gestellte Frage nach den Entscheidungsoptionen gehört indes zu den Kernaufgaben einer als Entscheidungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft.⁹ *Robert Jennings'* Frage „What is international law and how do we tell it when we see it?“¹⁰ hat zwei Seiten.

Ausgehend von diesen Vorüberlegungen muß die Frage nach der Funktion der Völkerrechtslehre bei der Rechtsidentifikation zunächst in die Selbstreflexion unserer Wissenschaft eingeordnet werden (s.u. II.). Im Anschluß daran ist die spezifische Quellennähe der Lehre im Völkerrecht zu thematisieren (s.u. III.), bevor einzelne methodische Elemente für die Rechtsidentifikation entfaltet werden (s.u. IV.) und schließlich die Ausgangsfrage beantwortet wird – was soll die Völkerrechtslehre, was sollen *wir* zur Rechtsidentifikation beitragen (s.u. V.).

II. Selbstreflexion als Aufgabe von Wissenschaft

1. Selbstreflexion der Rechtswissenschaft

Das Nachdenken über Stand und Funktion der Völkerrechtswissenschaft bei der Rechtsfindung ist eingebettet in eine bemerkenswerte Debatte über Stand, Funktion, Bedeutung, Methoden und Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung, die in Deutschland um die Mitte des vergangenen Jahrzehnts aufgenommen wurde: In welchem Verhältnis stehen Theorie und Dogmatik zueinander, was macht die Wissenschaftlichkeit

7 Vgl. auch Röhl (Fn. 5), S. 7 (14); *Christoph Möllers*, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 151 (156)

8 S.u. III.5.a). Gleiches gilt für das nach Art. 49 der Rules of Court des IGH (1978, abrufbar unter: www.icj-cij.org) erforderliche „statement of law“: vgl. *Robert Y. Jennings*, What is International Law and How Do We Tell It When We See It?, *Annuaire Suisse de Droit International* 37 (1981), S. 59 (59). *André Oraison*, Réflexions sur „La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations“, *Revue Belge de Droit International* 1991, S. 507 (509), spricht von einer „doctrine d'action“.

9 S. zum Ganzen illustrativ *Hugh Thirlway*, The sources of international law, 2014, S. 2: „All law has ultimately to be put to the test of ‚How would a court decide?‘ (*ubi iudex, ibi ius*), even when, as in the case of disputes between many members of the international community, there exists no mechanism for judicial examination and settlement unless and until the parties so agree. In the courtroom the question has to be ‚What is the law?‘ and not ‚What ought the law to be?‘“. Von einem theoretischen Standpunkt *Jörg Kammerhofer*, Law-making by scholarship? The dark side of 21st century international legal ‚methodology‘, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1631510>, S. 10: „The alternative is clear: we must return to, or, rather explore a concept of legal scholarship that focuses on the analysis of the law in force, rather than of the law we wish to see.“ (Druckfassung: James Crawford/Sarah Nouwen (Hrsg.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Bd. 3, 2012, S. 115.).

10 *Jennings* in seinem vielsagend betitelten Beitrag (Fn. 8).

der Rechtswissenschaft aus, kurz: Was ist das ‚Proprium‘ der Rechtswissenschaft?¹¹ In dieser Diskussion, die im Umfeld der Plagiatsskandale seit 2011 ihre spektakuläre Seite zeigt,¹² durch den Bericht des Wissenschaftsrats 2012¹³ aber auch erheblich versachlicht wurde,¹⁴ hat das Völkerrecht mit seinen Fragestellungen noch keinen eigenen Platz, sondern kommt allenfalls unter dem Stichwort „Internationalisierung“ vor.

Nur vordergründig handelt es sich um eine rein deutsche Debatte. In einem unübertroffen komisch komponierten Aufsatz aus dem Jahr 2009 vergleicht *Pierre Schlag* – ein Kollege aus Denver (Colorado) und kein Vertreter des Internationalen Rechts – die amerikanische Rechtswissenschaft mit einem Festival des Luftgitarrespielens, der Imitation von Rockmusik auf der Bühne durch Spielen auf einer nicht vorhandenen Gitarre.¹⁵ Mit dieser wenig schmeichelhaften Metapher – *Schlag* verwendet den für Vertreter des Internationalen Rechts mißverständlichen Begriff *air law*¹⁶ – lenkt er den Blick darauf, daß in rechtswissenschaftlichen Arbeiten gerichtliche Entscheidungssituationen imitiert würden, ohne daß der Rechtswissenschaftler mit Entscheidungsbefugnis ausgestattet sei – und damit auf die eingangs beschriebene Ambivalenz des juristischen Methodenbegriffs. Die Orientierung an professionellen, vor allem richterlichen Autoritäten schneide intellektuell anspruchsvolle Debatten ab, führe zu langweiliger *high-end mediocrity* und zu einem öden *case law journalism*.¹⁷

Mit solchen satirischen Überzeichnungen legt *Schlag* natürlich den Finger in eine Wunde.¹⁸ Auch in der deutschsprachigen Beschäftigung mit dem Recht sind uns Exzesse eines wurzellosen, überpragmatischen Vulgarpositivismus nur zu vertraut.¹⁹ Gleichwohl gibt es keinen Anlaß, die Wissenschaftlichkeit unserer Bemühungen in Abrede zu stellen – nicht nur, weil auch andere Fächer dunkle Flecken auf dem Selbstbild ihrer Wissenschaftlichkeit kennen mögen.

11 S. den Titel des Buches von *Christoph Engel/Wolfgang Schön*, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

Einzelne, auch für das Völkerrecht relevante Fragen sind etwa: Reicht es, Rechtsentwicklungen mehr oder weniger systematisch nachzuerzählen und für die akademische Lehre aufzuarbeiten? Ist es vertretbar, auf die Methoden empirischer Sozialforschung weitgehend zu verzichten? Wie steht es um die interdisziplinäre und internationale Anschlußfähigkeit?

12 Zur Diskussion um die Plagiatseigentlichkeit von Kommentarliteratur *Hans-Michael Heinig/Christoph Möllers*, FAZ Nr. 70 vom 24.3.2011, S. 8; und daraufhin *Peter M. Huber/Henning Radtke*, FAZ Nr. 82 vom 7.4.2011; *Claus-Wilhelm Canaris/Reiner Schmidt*, ebda., *Hans-Michael Heinig/Christoph Möllers*, FAZ Nr. 94 vom 21.4.2011, S. 7; *Oliver Lepsius*, FAZ Nr. 116 vom 19.5.2011, S. 8.

13 *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12.

14 S. vor allem *Matthias Jestaedt*, *Wissenschaft im Recht*, JZ 2014, S. 1.

15 *Pierre Schlag*, *Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening* (A Report on the State of the Art), *The Georgetown Law Journal* 97 (2009), S. 803 (Erläuterung in der „*-Fußnote am Anfang des Beitrags). Klassisch auch *Richard Posner*, *Legal Scholarship Today*, HarvLR 115 (2002), S. 1314, mit einem Plädoyer für Interdisziplinarität.

16 *Schlag* (Fn. 15), S. 803 (813), sowie im Titel.

17 *Schlag* (Fn. 15), S. 803 (809, 810, 812, 819, 821 ff. und 828).

18 Für das Europarecht aufgegriffen von *Rob van Gestel/Hans-Wolfgang Micklitz*, *Why Methods Matter in European Legal Scholarship*, *ELJ* 20 (2014), S. 292 (letzter Satz des Abstract: „What is desperately needed is more reflection on methodology and theory building in European legal scholarship.“).

19 Von der Publikationsflut in immer neuen, vermeintlich wissenschaftlichen Verlagsprodukten über die allein titelorientierte Promotion mit allen ihren Problemen bis hin zum nicht ausrottbaren Repetitorienunwesen als Last auf der rechtswissenschaftlichen Lehre. – Die Kritik reicht, wie *Möllers* (Fn. 7), S. 151 (152), gezeigt hat, zurück bis zu *Immanuel Kants* Streit der Fakultäten (*Immanuel Kant*, Werke in zehn Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. 9, 1964, S. 287 ff.).

Vor allem aber droht die kritische Überzeichnung, die Ursprünge rechtswissenschaftlichen Arbeitens außer acht zu lassen. Anders als dies in den empirisch arbeitenden Natur- und Sozialwissenschaften sein mag, erforscht die Rechtswissenschaft keinen vordefinierten Gegenstand, um die durch jene Forschungstätigkeit gewonnenen Erkenntnisse sodann zu lehren.²⁰ Vielmehr ist die Rechtswissenschaft, was der Zürcher Rechtshistoriker *Wolfgang Ernst* eindrücklich herausgearbeitet hat, geschichtlich aus einem Bedarf an Lehre und Ausbildung eines professionellen Rechtsstabes entstanden. Recht von wissenschaftlicher Qualität ist zunächst gelehrtes Recht, Gelehrtenrecht.²¹ Rechtswissenschaft nach dieser Tradition arbeitet mit den hermeneutischen Methoden der Texterkennung und Textkritik.²² Ihr geisteswissenschaftlich zu begreifendes Ziel ist nicht – wie in den empirisch arbeitenden Wissenschaften – die Suche nach dem zu beweisenden Neuen, sondern die exakte Erfassung und Systematisierung des Vorhandenen. Aus diesem Entstehungsgrund speist sich auch die Orientierung an Autoritäten.²³ Daß die Rechtswissenschaft gerade in neuerer Zeit nach interdisziplinären Ergänzungen einschließlich empirischer Methodik sucht²⁴, ist hierzu kein Widerspruch – hierauf wird noch einzugehen sein.

2. Selbstreflexion der Völkerrechtswissenschaft

Gegenwärtig ist auch in der Völkerrechtswissenschaft ein hohes Maß an theoretischer Selbstreflexion zu verzeichnen. Auf die praktische Verarbeitung des seit 1989 exponentiell angestiegenen Rechtsstoffs – als einige Ursachen seien nur die intensivere Aktivität des Weltsicherheitsrates, die Gründung der WTO und die erfolgreiche Entwicklung des Völkerstrafrechts genannt – folgte einer Wellenbewegung gleich die noch andauernde Phase theoretischer Vergewisserung und Ordnung.²⁵ Von einem früher beklagten theoretischen Agnostizismus²⁶ kann keine Rede mehr sein. *Bardo Fassbender* hat in seinem Kölner Referat deutlich gemacht, welche Denkschulen in der Völker-

20 *S. Anne Orford*, Scientific Reason and the Discipline of International Law, EJIL 25 (2014), S. 369 (370 f.), mit der zutreffenden Ablehnung eines szientistischen, an den (vermeintlichen) naturwissenschaftlichen Methoden orientierten Wissenschaftsbegriffs; ähnlich *Andreas Funke*, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung, in: ders./Lüdemann (Fn. 5), S. 1 (4). Hierzu insgesamt auch *Aleksander Peczenik*, Scientia Juris – Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law, 2005, S. 10.

21 Dieser Begriff wird außerhalb Deutschlands kritisch gesehen: *Susanne Lepsius*, Fließende Grenzen juristischer Kommentierungstätigkeit im Spätmittelalter, in: David Kästle/Nils Jansen (Hrsg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, S. 141 (142, Fn. 3); *Kenneth Pennington*, Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept, Syracuse J. Int'l L. & Com. 20 (1994), S. 205. S. andererseits *Peczenik* (Fn. 20), S. 17: „Thus, legal doctrine converts reason into authority.“

22 *Wolfgang Ernst*, Gelehrtes Recht, in: Engel/Schön (Fn. 11), S. 3. Seinen *strictly legal point of view* muß man deswegen nicht teilen; vgl. *Röhl* (Fn. 5), S. 7 (18 f.).

23 *Hesselink* (Fn. 2), S. 20 (22); *Martens* (Fn. 2), S. 268 ff.; *Nils Jansen*, The Making of Legal Authority, 2010.

24 S.u. IV.3.

25 Zur Spannung „... aus dem Gegen- und Miteinander von juristischer Alltagsarbeit und einem Bedürfnis nach Reflexion.“ unter Rückgriff auf *Smend: Funke* (Fn. 20), S. 1 (3).

26 *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (528). Sehr skeptisch auch *David Kennedy*, Theses about International Law Discourse, GYIL 23 (1980), S. 353 (vor allem 356).

rechtswissenschaft wirkmächtig sind.²⁷ Die Verbindung zur Lehre von den Internationalen Beziehungen wird nachhaltig gesucht, woraus sich enge interdisziplinäre Vernetzungen ergeben.²⁸ Bisweilen wird dem am Staatenwillen orientierten Positivismus „intellectual decline“ bescheinigt²⁹, staatsgeneigte Positivisten machen in den Konstitutionalisierungsansätzen „Hirngespinnste sich fortschrittlich dünkender Völkerrechtswissenschaftler“ aus³⁰. Die Schere zwischen apologetischer Billigung des Vorhandenen und rechtspolitisch motivierter Utopie³¹ hat sich insoweit nicht geschlossen.

Die konkretere methodische Ebene ist von den theoretischen Kontroversen abzuschichten,³² doch führen unterschiedliche völkerrechtstheoretische Standpunkte zu unterschiedlichen methodischen Ansätzen und damit auch zu unterschiedlichen Funktionszuweisungen an die Völkerrechtslehre bei der Arbeit mit den Völkerrechtsquellen.³³ Die „Grabesruhe“, die der Vortragende vor dieser Gesellschaft, *Adolf Schüle* 1959 in der Methodikdebatte des Völkerrechts, ja sogar im öffentlichen Recht insgesamt festzustellen meinte,³⁴ ist einer ziemlichen Geräuschkulisse³⁵ gewichen. Eher stellt sich die Frage nach der „Durchschlagskraft“ methodischer Arbeiten angesichts der dominierenden internationalen Praxis.

III. Wissenschaft als Völkerrechtsquelle?

1. Rechtsquellenlehre und *law-making* in der Internationalen Gemeinschaft

Das Völkerrecht der sich konstitutionalisierenden Internationalen Gemeinschaft benötigt eine andere Rechtsquellenlehre als ein staatensoveränitätsorientiertes Koordinationsvölkerrecht mit kooperativen Elementen.³⁶ Schon deswegen ist die Rechtsquel-

27 *Bardo Fassbender*, Denkschulen im Völkerrecht, in: Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht (Hrsg.), *Paradigmen im internationalen Recht/Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, 2012, S. 1 (4 ff.); Naturrechtliche Konzepte stehen neben der Grundorientierung am Positivismus, die New Haven School, Critical Legal Studies sowie der Law and Economics-Ansatz bringen eine spezifische Orientierung am Realbereich des Rechts ein.

Sehr illustrativ auch die Übersichten bei *Anne-Marie Slaughter/Steven R. Ratner*, *Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers*, *AJIL* 93 (1999), S. 291 (293 ff.), sowie *Alan Boyle/Christine Chinkin*, *The Making of International Law*, 2007, S. 10 ff.

28 Grundlegend *Anne-Marie Slaughter*, *International Law and International Relations*, *RdC* 285 (2000), S. 9; s. auch *Jeffrey L. Dunoff/Mark A. Pollack*, *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations – The State of the Art*, 2012.

29 *Philip Allott*, *The Concept of International Law*, *EJIL* 10 (1999), S. 31 (39). S. auch die Forderung von *Anthony D’Amato*, *The Need for a Theory of International Law*, *Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2007.

30 *Christian Hillgruber*, Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?, in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn. 7), S. 113 (127).

31 Begrifflichkeit: *Martti Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 1989.

32 S. bereits *Schüle* (Fn. 2), S. 1 (6): „Nach den Methoden der Völkerrechtswissenschaft zu forschen ist etwas anderes als das Wesen des Völkerrechts theoretisch zu begreifen.“; sowie *Slaughter/Ratner* (Fn. 27), S. 291 (292): „The link between a legal theory and a legal method is thus one between the abstract and the applied.“

33 Vgl. *G.J.H. van Hoof*, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, S. 15.

34 *Schüle* (Fn. 2), S. 1.

35 *Jean d’Aspremont*, *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*, 2011, S. 3, spricht von „cacophony“.

36 Vgl. *van Hoof* (Fn. 33), S. 76, sowie *Samantha Besson*, *Theorizing the Sources of International Law*, in: *dies./John Tasioulas* (Hrsg.), *The Philosophy of International Law*, 2010, S. 163 (165), zur gestiegenen

lenlehre des Völkerrechts einer der Brennpunkte der Selbstreflexion. Bereits vor über 30 Jahren wurden Verwirrung und Zweifel über die Rechtsquellen des Völkerrechts beklagt,³⁷ und auch heute sind die Unzufriedenheit mit dem überlieferten Quellenkonzept und das Unbehagen mit dem „sterilen“ Positivismus des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut unübersehbar.³⁸ Andererseits ist die Völkerrechtslehre um eine theoretische Grundlegung der Rechtsquellen oft derart verlegen, daß sich Darstellungen auf ein Abarbeiten der in Art. 38 aufgelisteten Quellen und anschließende Ergänzungen reduzieren.³⁹

Nur wenig Hilfestellung kommt aus der Theorieentwicklung zum staatlichen Recht,⁴⁰ wie etwa von der dort etablierten Dreiteilung in Rechtserzeugungquellen – außerrechtliche Einwirkungsfaktoren auf das Recht, Rechtswertungsquellen – grundlegende Wertungsmaßstäbe einer Rechtsordnung und Rechtserkenntnisquellen – belastbare Aussagen über konkrete Rechtssätze.⁴¹ Für die völkerrechtliche Suche nach dem „Erkenntnisgrund für etwas als Recht“⁴² – so die häufig verwendete Formel des dänischen Rechtsrealisten und Kelsenianers *Alf Ross* – kommt es vor allem auf die Rechtserkenntnisquellen an. Anders als in weiten Gebieten des staatlichen (öffentlichen) Rechts, die eher unter Übernormierungsphänomenen leiden, muß man sich im Völkerrecht häufig auf die Suche nach dem Erkenntnisgrund machen. Das kognitive Element der Rechtserkenntnis ist im Völkerrecht größer als im staatlichen Recht, sei es im Hinblick auf konkrete Rechtsinhalte oder – grundsätzlicher – im Hinblick auf die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht. Die neuere Literatur ist daher auf der

normativen Dichte des Völkerrechts. Hinzu tritt der Wandel internationaler Gerichtsbarkeit in quantitativer und qualitativer Hinsicht, dazu grundlegend *Karen Alter*, *The New Terrain of International Law*, 2014, S. 68 ff.

- 37 S. erneut *Jennings* (Fn. 8), S. 59 (60): „I doubt whether anybody is going to dissent from the proposition that there has never been a time when there has been so much confusion and doubt about the tests of the validity – or sources – of international law, than at present.“
- 38 *Jutta Brunnée/Stephen J. Toope*, *International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law*, *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), S. 19 (38), unter Verweis auf *Nicolas Greenwood Onuf*, *Global Law-Making and Legal Thought*, in: ders. (Hrsg.), *Law-Making in the Global Community*, 1982, S. 1 (9 und 47); s. auch *Thomas Skouteris*, *The Notion of Progress in International Law Discourse*, 2010, S. 120: „artifact of a by-gone era of international law“, sowie *Besson* (Fn. 36), S. 163 (164).
- 39 Überblick: *Matthias Ruffert*, *Gedanken zu den Perspektiven der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre*, in: ders. (Hrsg.), *Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts*, Festschrift für Meinhard Schröder zum 70. Geburtstag, 2012, S. 73. Interessant die Konzeption bei *Rüdiger Wolfrum*, *Sources of International Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Fn. 1), Stand des Eintrags: 2011, der sich zum Völkerrecht insgesamt, seiner Bindungswirkung und zu seiner aktuellen Entwicklung äußert.
- 40 Selbst mit Gebieten, in denen sich die Rechtsquellenlehre erst durch späte Kodifikationen konsolidiert hat, namentlich dem Verwaltungsverfahrenrecht, sind die Wechselwirkungen überschaubar, weil jene Gebiete im Rechtsstaat auf das staatliche Gesetz bezogen sein müssen, das wiederum im Völkerrecht kein Fixpunkt sein kann. Zur Kodifikationsgeschichte in Deutschland s. *Hans Günter Henneke/Matthias Ruffert*, in: *Knack/Henneke*, *VwVfG*, 10. Aufl. 2014, Vor § 1, Rn. 1 ff. In Frankreich wird das Gebiet erst gegenwärtig kodifiziert (s. nur *Pascale Gonod*, *La codification de la procédure administrative*, *AJDA* 2014, S. 395).
- 41 Ausgehend von *Peter Liver*, *Der Begriff der Rechtsquelle*, in: *FG der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristenverein*, 1955, S. 1 (3 ff.); *Ulrich Meyer-Cording*, *Die Rechtsnormen*, 1971, S. 49 ff.; *Paul Kirchhof*, *Rechtsquellen und Grundgesetz*, in: *FG 25 Jahre BVerfG II*, 1976, S. 50 (53 f.).
- 42 *Alf Ross*, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, S. 291 f.; *Jeong H. Park*, *Rechtsfindung im Verwaltungsrecht*, 1999, S. 138 f.; *Markus Kaltenborn*, *Gibt es einen Numerus Clausus der Rechtsquellen?*, *Rechtstheorie* 34 (2003), S. 459 (460); *Björn Faulenbach*, *Rolle und Bedeutung der Lehre in der Rechtsprechung der Internationalen Gerichtshöfe im zwanzigsten Jahrhundert*, 2010, S. 31.

Suche nach verlässlichen Mechanismen für diesen Identifikationsprozeß unter Nutzung sprachwissenschaftlicher Erkenntnisse.⁴³

Gleichwohl haben Spruchkörper im Völkerrecht seine Normen nicht nur zu finden und anzuwenden. *Hans Kelsen* und seiner Schule verdanken wir nämlich überdies die Einsicht von der Unhaltbarkeit der Dichotomie von Rechtsetzung und Rechtsanwendung.⁴⁴ Die Streitentscheidung nach völkerrechtlichen Maßstäben, ob durch einen internationalen Gerichtshof, ein Schiedsgericht oder einen anderen Spruchkörper ist immer auch Rechtserzeugung.⁴⁵ Umgekehrt sorgt die Bindung an die im Moment der Streitentscheidung vorhandenen Rechtsquellen für eine völkerrechtlich angeleitete Spruchtätigkeit und die Abwehr dezisionistischer Praktiken. Die Rechtsquellen wirken dabei nicht als quasi-geologische Ursprünge rechtlicher Regeln und Prinzipien,⁴⁶ sondern als Ergebnisse vorheriger anerkannter Rechtserzeugungsprozesse (*modes of law-making*)⁴⁷.

2. Ursprünge im gelehrten Recht

Dabei gilt: Je spärlicher das Material aus der Praxis, desto größer das Gewicht wissenschaftlicher Arbeiten, je unsicherer und unstrukturierter eine Rechtsordnung, desto höher die Chancen für den Einfluß der Lehre.⁴⁸ Dementsprechend wird für die Zeit vor Beginn des (Völker-)Rechtspositivismus sogar ein dreihundertjähriges Monopol der Rechtsfindung bei der Rechtswissenschaft ausgemacht.⁴⁹ Völkerrecht ist in dieser Zeit gelehrtes Recht *par excellence*⁵⁰ und steht so wissenschaftshistorisch in der Linie eines lehrorientierten Wissenschaftskonzepts. Wenn auch am Anfang die Nähe zur

43 S. insbesondere den Ansatz bei *d'Aspremont* (Fn. 35), und dazu illustrativ *Timothy Meyer*, *Towards a Communicative Theory of International Law*, *Melbourne Journal of International Law* 13 (2012), S. 1. S. auch *Brunnée/Toope* (Fn. 38), S. 19 (65), und ferner *Ingo Venzke*, *The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2012), S. 99; *Nicholas Greenwood Onuf*, *World of our Making*, 2013, S. 66 ff. und 96 ff.

44 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, Studienausgabe, hrsg. v. *Matthias Jestaedt*, 2008, S. 92 f. Illustrativ *Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 307 ff.; *ders.*, *Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive*, in: *Wilfried Erbguth/Johannes Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*, 2005, S. 25. – Für das Völkerrecht unsicher: *Boyle/Chinkin* (Fn. 27), S. 266 ff.

45 *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, *In wessen Namen?*, 2014, S. 139.

46 Vgl. *Maarten Bos*, *The Recognized Manifestations of International Law. A New Theory of Sources*, *GYIL* 20 (1977), S. 9 (10 und 15). Zum Quellenbild auch *Parry* (Fn. 2), S. 2 f.

47 *Genadij M. Danilenko*, *Law-Making in the International Community*, 1993, S. 5 ff. und 23 ff.; *Onuf* (Fn. 38), S. 1 (10); *Wolfrum* (Fn. 39), Ziff. 12 ff.

48 *Michael Wood*, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists* (Art. 38 (1) ICJ Statute), in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Fn. 1), Stand des Eintrags: 2010, Ziff. 8.

49 *Plastisch Oraison* (Fn. 8), S. 507 (509): „La doctrine professorale a bénéficié pendant une période plus que tricennaire d'un quasi-monopole en matière d'identification et de systématisation des règles juridiques.“ S. auch *Parry* (Fn. 2), S. 103; *Gerhard von Glahn*, *Law Among Nations*, 4. Aufl. 1981, S. 26 f.; *Faulenbach* (Fn. 42), S. 16 f., 21 ff.; *Hilary Charlesworth*, *Law-making and sources*, in: *James Crawford/Martti Koskeniemi* (Hrsg.), *The Cambridge Companion to International Law*, 2012, S. 187 (197). Umgekehrt kann der Positivismus als Gefährdung eines lehrorientierten Völkerrechts ausgemacht werden: *Fassbender* (Fn. 27), S. 1 (6).

50 Wörtlich *Rudolf Blühdorn*, *Einführung in das angewandte Völkerrecht*, 1934, S. 169. Ähnlich *Albert Bleckmann*, *Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht*, 1981, S. 23; *Hartwig Bülck*, *Die Dogmatik im Völkerrecht*, in: *Boris Meissner/Edgar Tomson* (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf von Laun zu seinem neunzigsten Geburtstag*, 1972, S. 29 (39 f.). Vgl. auch *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (518); *Martens* (Fn. 2), S. 267 ff.

scholastisch-deduktiven Methode und im weiteren Verlauf zum frühaufklärerischen Rationalismus eine hochgradig wissenschaftliche Begründung der Völkerrechtslehre nahelegt,⁵¹ so darf doch die Verbindung mit politischen Interessen auch in dieser Zeit nicht übersehen werden. Schiedssprüche sind auch in der Phase der „Gründerväter“ des Völkerrechts keine wissenschaftlichen Abhandlungen, sondern rechtlich begründete Entscheidungen mit politischen Auswirkungen.⁵² Nationale Gerichte haben deswegen die Gestaltungswirkung von Lehrmeinungen kraftvoll angezweifelt.⁵³ Spätestens mit der Verdichtung der gewohnheitsrechtsbildenden Staatspraxis, den großen Kongressen und ersten multilateralen Vertragswerken ändert sich die Situation ohnehin. Die Völkerrechtslehre tritt hinter diese Quellen zurück⁵⁴ und ihr Fokus verlagert sich tendenziell auf die Rechtspolitik.⁵⁵ Im gleichen Moment, in dem die Völkerrechtsgemeinschaft bei Gründung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs ihr Quellenkonzept kodifiziert, wird gleichzeitig der Völkerrechtslehre eine eigentümliche Rolle bei der Rechtsfindung zugewiesen.⁵⁶

3. Die Sonderstellung der Völkerrechtslehre nach Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut

a) Bedeutung und Funktion von Art. 38 IGH-Statut

Dies geschieht in Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut – einer heute hoch umstrittenen Rechtsquellenvorschrift⁵⁷. Es liegt auf der Hand, daß eine fast 100 Jahre alte,⁵⁸ unter großem Zeitdruck⁵⁹ in einem Beratungsausschuß des frühen Völkerbundes redigierte Norm – die Änderungen von 1946 sind marginal⁶⁰ und auch schon fast 70 Jahre alt – kaum noch die Komplexität der heutigen Völkerrechtsquellenlehre abbilden kann. Aus dieser kritischen Perspektive gerät jedoch die seinerzeit nützliche und sinnvoll-

51 Zur Objektivität als Grund für die besondere Stellung der Lehre s. *Faulenbach* (Fn. 42), S. 27 f. m.w.N.

52 Zumal dann, wenn die Schiedsrichter nicht im Völkerrecht ausgebildet waren, s. *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (517 f.); s. aber auch die bei *dems.*, S. 518 referierte Gegenbewegung, wonach das gelehrte Völkerrecht so überzeugend war, daß es die Staatspraxis prägen konnte. Zum Ganzen aus völkerrechtshistorischer Sicht *Anthony Carty*, *Doctrine Versus State Practice*, in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, S. 972.

53 Paradigmatisch: *Court of Admiralty, The „Renard“* [1778] EngR 148; (1778) Hay & M 222; 165 E.R. 51 (H). „... there was something ridiculous in the decisive way each lawyer had given its opinion. Grotius might as well have laid down, for a rule, twelve hours, as twenty-four; or forty eight, as twelve. A pedantic man in his closet dictates the law of nations; everybody quotes, nobody minds him.“ Dazu *Parry* (Fn. 2), S. 103; *Bülck* (Fn. 50), S. 29 (38).

54 Plastisch wiederum *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (520): „Jadis ‚star-vedette‘ incontestée dans la société internationale, la doctrine pure connaît cependant un déclin tout relatif dont il importe de rechercher le fondement.“ S. auch *Faulenbach* (Fn. 42), S. 50; ähnlich *Fritz Münch*, *Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht*, in: *Faculté de droit de l’Université de Genève* (Hrsg.), *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968, S. 490 (495 und 504); *Georges Abi-Saab*, *Les sources du droit international: essai de déconstruction*, in: *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, 1994, S. 29 (30), sowie die bei *Bleckmann* (Fn. 50), S. 2 ff., zitierten Quellen.

55 *Fassbender* (Fn. 27), 6.

56 Daß diese heute wegen der weiter gewachsenen Völkerrechtspraxis vollständig verlorengegangen sei, vermutet *van Hoof* (Fn. 33), S. 177. Anders hingegen *Jennings* (Fn. 8), S. 59 (78 f.).

57 Vgl. *D’Aspremont* (Fn. 35), S. 149.

58 *Jennings* (Fn. 8), S. 59 (61).

59 Dazu *Skouteris* (Fn. 38), S. 103. S. außerdem die eindruckliche Schilderung der grundlegenden Konflikte im *Advisory Committee of Jurists* durch *Ole Spiermann*, ‚Who Attempts too Much Does Nothing Well‘: *The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice*, *BYIL* 73 (2002), S. 189 (212 ff.).

60 Aufgeschlüsselt bei *Skouteris* (Fn. 38), S. 80, Fn. 217.

le Funktion von Art. 38 StIGH-Statut ins Hintertreffen. Durch die Vorschrift sind die Völkerrechtsquellen standardisiert und formalisiert worden. War vorher die Identifikation nicht nur des Inhalts, sondern auch der rechtserzeugenden Qualität einzelner Regeln und Prinzipien allein der Einschätzung von Schiedsgerichten und anderen Spruchkörpern anvertraut, bot nunmehr Art. 38 StIGH-Statut hierfür einen rechtssicheren Rahmen – und zwar in der Sache über den StIGH hinaus.⁶¹ Erhellend ist auch, welche Quellen *nicht* in den Katalog des Art. 38 IGH-Statut aufgenommen wurden: Naturrecht, göttliches Recht, antikes Recht, römisches Recht, die Weltgeschichte, Gerechtigkeits- und Vernunftprinzipien, Konferenzdokumente und dergleichen mehr.⁶² Die Rationalisierungsleistung von Art. 38 StIGH-Statut mag also in neuerer Zeit unterbelichtet sein.

b) *Genese von Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut*

Dabei ist die genaue Formulierung des hier interessierenden Buchstaben d) im Beratungsausschuß des Völkerbundes kaum näher reflektiert worden. Der ursprüngliche Vorschlag des Vorsitzenden (*Baron Descamps*) enthielt sie nicht; von Ausschußmitgliedern war vorgeschlagen worden: „... the doctrines of the best qualified writers of the various countries“.⁶³ Ein zusätzliches Kriterium der Übereinstimmung dieser Auffassungen (im Sinne einer herrschenden Meinung) fand nicht den Weg in den Text des Statuts,⁶⁴ und wie es schließlich zu der noch heute geltenden Formulierung kam, ist unklar. Die Entstehungsgeschichte gibt jedoch Aufschluß darüber, daß die Entwurfsverfasser vor allem besonders qualifizierte, von vielen bedeutenden Völkerrechtlern geteilte Lehrmeinungen im Blick hatten, namentlich die in Resolutionen des zu dieser Zeit bereits fast 50 Jahre tätigen Institut de Droit International niedergelegten.⁶⁵

c) *Interpretation der Vorschrift und darüber hinausreichende Deutungen*

Dies kann auch heute der Sicherung des Gehalts von Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut dienen. Man mag darüber streiten, ob die *opinions* des authentischen englischen Texts mit *la doctrine* des ebenfalls authentischen französischen Texts vollständig das Gleiche meinen,⁶⁶ weniger, was daraus folgt, daß die drei nicht authentischen Übersetzungen

61 Zum Fortschritt durch Art. 38 s. vor allem *Skouteris* (Fn. 38), S. 102 ff., und bereits *Hersch Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, 1927, S. 67 f., ferner *Danilenko* (Fn. 47), S. 30 ff.; *Charlesworth* (Fn. 49), S. 187 (189).

Umstritten war anfangs nur, wie mit unsicheren Rechtslagen umgegangen werden sollte, die durch Schweigen von Vertrags- und Gewohnheitsrecht entstehen; die bekannte Antwort der Schöpfer des Statuts ist die Einbindung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in die Quellenlehre.

62 Aufschlußreich erneut *Skouteris* (Fn. 38), S. 109 f.

63 *Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (June 16th – July 24th 1920) with Annexes, 1920, S. 306 (Formulierung im Entwurf von *Baron Descamps*: „international jurisprudence“), S. 337 und 351. Dazu *van Hoof* (Fn. 33), S. 176 ff.; *Alain Pellet*, in: *Andreas Zimmermann/Christian Tomuschat/Karin Oellers-Frahm/Christian Tams* (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2. Aufl. 2012, Art. 38, Rn. 335. S. auch aus dem „Root-Phillimore Draft“ (Procès-verbaux, a.a.O., S. 344): „... the opinions of writers as a means for the application and development of law.“

64 *Wood* (Fn. 48), Ziff. 5. S. auch Procès-verbaux (Fn. 63), S. 323, 336.

65 Procès-verbaux (Fn. 63), S. 336. Auch hierauf weist *Wood* (Fn. 48), Ziff. 5, hin. Zur Debatte zudem *Bos* (Fn. 46), S. 9 (61 ff.).

66 Zur spezifisch französischen Sicht auf *la doctrine* anschaulich und umfassend *Philippe Jestaz/Christophe Jamin*, *La doctrine*, 2004, dort S. 5 f. zur Rechtsquellenfunktion.

gen in Österreich, der Schweiz und Deutschland nicht miteinander übereinstimmen⁶⁷. Wortlaut und Genese offenbaren jedenfalls drei Fixpunkte der Interpretation: Erstens können (und müssen) nicht sämtliche Auffassungen zur Rechtsfindung herangezogen werden, sondern die Vertreter der berücksichtigten Lehrmeinungen bedürfen einer gewissen Reputation. Zweitens orientiert sich die Rechtsfindung nicht an Einzelauffassungen, sondern an der überwiegenden, herrschenden Lehrmeinung, eher an *la doctrine* denn an *opinions*. Drittens schließlich soll es sich bei der Lehrmeinung der fähigsten bzw. anerkanntesten Völkerrechtler nur um ein Hilfsmittel der Rechtsfindung handeln.⁶⁸

Neuere Deutungsversuche überzeugen angesichts des diplomatisch-politischen Hintergrunds der Entstehung⁶⁹ nur begrenzt, soweit Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH als eine Art Selbstermächtigung der Völkerrechtslehre eingeordnet wird⁷⁰. Eher schon kommt in der Vorschrift die Tradition des gelehrten Rechts zum Ausdruck, wie sie sich auch in der frühen Völkerrechtswissenschaft lange behauptet hat.⁷¹ Zentral ist die lückenfüllende Funktion der Lehre, wogegen es nicht mehr vertretbar ist, einzelnen Ansichten dezidiert rechtsbildende Funktion zuzuweisen.⁷²

4. Die Praxis gerichtlicher Rezeption der Völkerrechtswissenschaft

a) *StIGH* und *IGH*

Der Blick auf die ausgewiesene Verwendung völkerrechtlichen Schrifttums in der Spruchpraxis des IGH und vorher des StIGH ist allerdings ernüchternd. Beim IGH kann nur auf ein einziges echtes Zitat verwiesen werden.⁷³ Im Grenzstreit zwischen El Salvador und Honduras⁷⁴ rekurrierte der IGH auf verschiedene Auflagen von

67 CH: „... und die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Nationen“; Ö: „... und die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Völker“; D: „... die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen...“.

68 Schon Procès-verbaux (Fn. 63), S. 306. Daher *Hillgruber* (Fn. 30), S. 113 (115): „Rechtserkenntnisquelle“. ähnlich *Anne Peters*, Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht, in: Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht/Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, 2012, S. 105 (139), sowie *Thirlway* (Fn. 9), S. 118: „derivative character“, und *Jennings* (Fn. 8), S. 59 (78): „Taking particular aspects or problems of the law, the writers can analyse, distil, explain, clarify, and describe the law, in a way that is not open to a Court which has to focus on the disposal of a particular problem.“

69 S. die Auflistung der Mitglieder in: Procès-verbaux (Fn. 63), S. III.

70 So aber *Ingo Venzke*, How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change And Normative Twists, 2014, S. 65, Fn. 248.

71 *Peters* (Fn. 68), S. 105 (123), mit Verweis auf Art. 1 ZGB der Schweiz. Ähnlich *Bleckmann* (Fn. 50), S. 21 und 80.

72 *S. van Hoof* (Fn. 33), S. 24; *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (513): „... la doctrine académique n’a jamais été une source formelle du droit international“; ähnlich *Taslim O. Elias*, Methodological Problems Faced by the International Court of Justice in the Application of International Law, in: Bin Cheng (Hrsg.), International Law: Teaching and Practice, 1982, S. 135 (136). Sehr deutlich auch *Kammerhofer* (Fn. 9), S. 1, wonach Rechtsschöpfung durch die Lehre eine „fundamental, deep-seated and fatal methodological confusion“ sei.

Die Nichtbeachtung von Lehrmeinungen ist und war nie völkerrechtliches Delikt, s. *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (516): „... l’ignorance des écrits doctrinaux ne constitue jamais un acte illicite de nature à engager la responsabilité internationale des gouvernements étatiques.“

73 S. z.B. *Thirlway* (Fn. 9), S. 119; *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Fn. 63), Art. 38, Rn. 336.

74 IGH, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, ICJ Rep. 1992, 351, Ziff. 394.

Oppenheims International Law und – wohl aus Paritätsgründen – auf *Gidels* Le droit international de la mer,⁷⁵ um den Status des *Golfes von Fonseca* als historische Bucht zu begründen – den freilich schon alle Streitparteien akzeptiert hatten.⁷⁶ Stützte man sich also auf Anzahl und Gewicht der Zitate⁷⁷ als Maßstab für den *output* des Faches, so wäre Völkerrechtswissenschaft nicht zu rechtfertigen.

Es gibt aber schon in der Rechtsprechung von StIGH und IGH Anzeichen dafür, daß die Zitierpraxis die wirkliche Bedeutung der Lehre in dieser Rechtsprechung nicht richtig abbildet. Hierzu gehören pauschale Verweisungen auf „the teachings of legal authorities“, „legal doctrine“, „opinions of writers“ oder „legal thinking“.⁷⁸ Eine verdienstvolle Bonner Dissertation, in der die gesamte Rechtsprechung ausgewertet ist, benennt für solche Bezugnahmen immerhin einen Anteil von 15 % an der Gesamtheit der StIGH- und IGH-Entscheidungen.⁷⁹ Hierzu gehört auch der Umstand, daß in den *dissenting* und *separate opinions* umfassend mit völkerrechtswissenschaftlicher Literatur gearbeitet wird.⁸⁰ Diese hat dann sicher auch bei den Beratungen in Kammer oder Plenum eine Rolle gespielt, und es mag tatsächlich so sein, daß sich der IGH mit Zitaten zurückhält,⁸¹ um in der „kleinen Welt“ der Völkerrechtslehre nicht für Unmut zu sorgen⁸² oder um das Übergewicht völkerrechtlicher Literaturproduktion in der westlichen Welt nicht zu deutlich zum Ausdruck zu bringen⁸³. Vor allem aber ist der vermehrte Rückgriff auf Arbeiten der ILC in neuerer Zeit augenfällig.⁸⁴

b) *Andere internationale Spruchkörper*

Die Haltung anderer internationaler Spruchkörper zu Literaturzitaten ist höchst unterschiedlich. Der Internationale Seegerichtshof greift nicht auf Literatur zurück. Der Internationale Strafgerichtshof zitiert indes durchaus Literatur;⁸⁵ die Straftribunale für Jugoslawien und Ruanda haben immerhin auch auf Grundlagenwerke zurückge-

75 *Lassa Oppenheim*, *Oppenheim's International Law*, 1. Aufl. 1905 bis 8. Aufl. 1955 (hrsg. v. *Hersch Lauterpacht*); *Gilbert Gidel*, *Le droit international public de la mer*, 1934, Bd. 3 S. 626 f.

76 S. Ziff. 394 des Urteils (Fn. 74) zu Beginn.

77 Hinzu tritt der Rekurs auf einen Wörterbuchbeitrag aus *Jules Basdevant* (Hrsg.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, 1960 (dort S. 126), in IGH, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) – Preliminary Objections*, ICJ Rep. 1996, 803, Ziff. 45.

78 Beispiel: IGH, *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, ICJ Rep. 1996, 226, Ziff. 85 f.

79 S. die Aufstellung in der Arbeit von *Faulenbach* (Fn. 42), S. 244 ff. Im kurzen Überblick auch *Manfred Lachs*, *The Teacher in International Law (Teachings and Teaching)*, 1982, S. 168 ff; *ders.*, *Teachings and Teaching of International Law*, RdC 151 (1976-III), S. 161 (217 f.); *Shabtai Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 4. Aufl. 2006, § III.378; *Bleckmann* (Fn. 50), S. 11 ff.

80 Deutlich *Faulenbach* (Fn. 42), S. 85.

81 Deutlich *Georg Schwarzenberger*, *The Province of the Doctrine of International Law*, *Current Legal Problems*, 1956, S. 235 (236 und 238).

82 S. *Faulenbach* (Fn. 42), S. 88 m.w.N.; *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (542), spricht sogar von einer Besorgnis der Parteilichkeit und (S. 547) von einer „Nomenklatura“, die das Völkerrecht präge. Dies führt zu amüsanten Zitaten wie „...referred to the opinion of a Peruvian expert (writing in a book published in 1947)“ in: IGH, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Urteil vom 27. Januar 2014, Rn. 105 (www.icj-cij.org).

83 *Peters* (Fn. 68), S. 105 (137).

84 Statistisch erfaßt bei *Faulenbach* (Fn. 42), S. 182 ff. Das in dieser Hinsicht wohl auffälligste Urteil ist IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros-Projekt (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Rep. 1997, 7. Hierzu auch *Rosenne* (Fn. 79), § III.378. S. ferner IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, ICJ Rep. 2012, 9, Ziff. 89 und 93.

85 Beispiel: ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Urt. v. 10.7.1012, ICC-01/04-01/06, Fn. 57 und 58.

griffen.⁸⁶ Die WTO-Streitbeilegungsgremien (Panels und Appellate Body) rekurren ebenfalls auf (wirtschafts-)völkerrechtliche Literatur.⁸⁷ Ebenso zitiert der EGMR das menschenrechtliche Schrifttum,⁸⁸ während sich der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte solcher Zitate enthält. Es ist also nicht alternativlos, auf Literaturzitate in der internationalen Rechtsprechung zu verzichten.

c) Nationale Gerichte

In nationalen Gerichten perpetuiert sich auch für das Völkerrecht die Zitierpraxis des jeweiligen Rechtskreises. Das Bundesverfassungsgericht, das auch sonst auf Literatur zurückgreift, bedient sich umfassend wissenschaftlicher Arbeiten vor allem im Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG.⁸⁹ Das House of Lords (nunmehr Supreme Court of the United Kingdom) neigt offensichtlich bei völkerrechtlichen Sachverhalten zu einem etwas häufigeren, wenngleich immer noch zögerlichen Rückgriff auf Literatur als sonst.⁹⁰ Der französische Conseil constitutionnel enthält sich auch hier völlig des Literaturzitats.⁹¹ Beim US Supreme Court existieren punktuelle Bezugnahmen auf die Lehre.⁹²

5. Wechselseitige Prägung von Wissenschaft und Spruchpraxis durch Professionalität

a) *Das invisible college des Völkerrechts*

In der Summe ist die ausdrückliche Heranziehung völkerrechtswissenschaftlichen Schrifttums durch die gerichtliche Spruchpraxis also eher bescheiden. Die alleinige Konzentration auf diesen Befund drohte jedoch, einen wesentlichen Aspekt zu mißachten: Auch die Völkerrechtswissenschaft ist wie die gesamte Rechtswissenschaft Professionswissenschaft⁹³. *Oscar Schachter* hat dies in seinem berühmten Wort von der Verbindung der Völkerrechtler aus Wissenschaft und Praxis in „... a kind of invisible college dedicated to a common intellectual enterprise“⁹⁴ besonders gut illustriert. Praktisch alle Richter bzw. Mitglieder in internationalen Spruchkörpern, die das Völkerrecht anwenden, sind in der Völkerrechtswissenschaft ausgebildet. Sie alle müssen ihre

86 ICTY, Trial Chamber, Urt. v. 10.12.1998 (*Prosecutor v. Anto Furundzija*), IT-95-17/I-T, in Fn. 193 auf *Francis Lieber*, Instructions for the Government of Armies of the United States, 1863, in Fn. 265 auf *Cesare Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1766.

87 Prominentes Beispiel: *European Communities – EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – AB-1997-4 – Report of the Appellate Body*, 16.1.1998.

88 Beispiele (abrufbar in <http://hudoc.echr.coe.int>): EGMR, Große Kammer, App. no. 22978/05, Urt. v. 1.6.2010, *Gäfigen/Deutschland*; EGMR, Große Kammer, App. no. 9300/07, Urt. v. 26.6.2012, *Herrmann/Deutschland*.

89 Ein Beispiel statt vieler: BVerfGE 75, 1.

90 Prominentes Beispiel: *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*; *R. v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, House of Lords, 24 March 1999 (*Pinochet No. 3*), 38 I.L.M. 1999, 581. Weitere Beispiele bei *Richard Gardiner*, Treaty Interpretation, 2008, S. 348 f. (Fn. 164-166).

91 Ausweislich der *Tables analytiques* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-themes-tables-/tables-analytiques.25838.html>) zum Stichwort „droit international“.

92 S. z.B. *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), zitiert bei *Bleckmann* (Fn. 50), S. 3.

93 Begriff: *Röhl* (Fn. 5), S. 7 (9 f.).

94 *Oscar Schachter*, *The Invisible College of International Lawyers*, *Northwestern University Law Review* 72 (1977), S. 217.

Methoden und Inhalte kennen.⁹⁵ Wie *Anne Peters* in ihrem Kölner Referat gezeigt und mit einer empirischen Untersuchung belegt hat, sind die Grenzen zwischen Völkerrechtswissenschaft und -praxis auch in personeller Hinsicht fließend.⁹⁶

Diese zwingend vorhandene oder vorausgesetzte Zugehörigkeit zum *invisible college* führt dazu, daß völkerrechtswissenschaftliche Erkenntnisse in Gerichtsentscheidungen einfließen, ohne daß dies durch Zitate oder andere Bezugnahmen ausgewiesen werden müßte und könnte.⁹⁷ Daß daneben Prägungen durch besondere Gegebenheiten des nationalen Rechts- und Ausbildungssystems eine Rolle spielen können, stellt den Befund nicht grundsätzlich in Frage.

b) Institutionalisierte Einbindung wissenschaftlicher Erkenntnis

Eine weitere Aufwertung erfährt die Völkerrechtswissenschaft durch die Rezeption ihrer in institutionalisierter Form gewonnenen Erkenntnisse. Wenn dem Institut de Droit International im Umfeld der Entstehung von Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut eine besondere Rolle zugesprochen wird,⁹⁸ wenn der IGH auf Arbeiten der ILC Bezug nimmt und auch inhaltliche und personelle Verflechtungen von ILC und IGH zu verzeichnen sind,⁹⁹ so unterstreicht dies einen herausgehobenen Status der organisierten Völkerrechtslehre, der in der Tendenz höher ist als in anderen rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen, in denen eine förmliche Institutionalisierung der Wissenschaft zur Rechtsfindung eher Ausnahme als Regel ist.¹⁰⁰ Allerdings sind die Übergänge zwischen unabhängiger wissenschaftlicher Arbeit und (vor-)diplomatischer Verhandlung von Rechtsinhalten fließend.¹⁰¹

c) Hilfsquellenkonkurrenz: Präzedenzfälle oder Lehre?

Praktische Erfahrungen oder Bedürfnisse können die Heranziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Rechtsidentifikation überlagern und zu einer Bewegung in die Gegenrichtung führen. Das Zusammenwirken von Wissenschaftler-Praktikern im *invisible college of international law* ist geeignet, die Neigung internationaler Spruchkörper zu intensivieren, die sie mit anderen rechtsprechenden Instanzen teilen, nämlich Präzedenzfälle zur Entscheidungsherleitung und -begründung heranzuziehen. Wenn auch das Völkerrecht keine Präzedenzfalldogmatik mit *stare decisis*, *binding* und *persuasive precedent* sowie der Technik des *distinguishing* kennt,¹⁰² so ist der Rückgriff auf bereits

95 So besteht beispielsweise der IGH nach Art. 2 seines Statuts aus Personen, „welche die in ihrem Staat für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Völkerrechtswissenschaftler von anerkanntem Ruf sind“.

96 *Peters* (Fn. 68), S. 105 (111 ff.). S. auch *Jochen v. Bernstorff*, International Legal Scholarship as a Cooling Medium in International Law and Politics, EJIL 25 (2014), S. 977 (990).

97 S. *Schachter* (Fn. 94), S. 217 (225), zur Prinzipienbildung im Völkerrecht auf diesem Weg.

98 S.o. 3.b) sowie *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (559 ff.).

99 S.o. 4.a) und vor allem *Stephen M. Schwebel*, The Inter-active Influence of the International Court of Justice and the International Law Commission, 2000, S. 479 (479 und 484 ff.).

100 S. aber die Untersuchung von *Jansen* (Fn. 23), insbesondere S. 50 ff.

101 Dazu *Matthias Ruffert*, The Role of the Institut de Droit International: An Outdated Model or a Currently Useful Institution?, in: *Société Française pour le Droit International* (Hrsg.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, 2008, S. 405 (409 f. m.w.N.).

102 Knapp *Christoph Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl. 2011, §1 III 1; ausführlicher *Fiona Cownie/Anthony Bradney/Mandy Burton*, English Legal System in Context, 5. Aufl. 2010, S. 91 ff.

Entschieden es jeder spruchrichterlichen Tätigkeit wegen ihrer offenkundigen Entlastungsfunktion für den Entscheidungsprozeß zu eigen. Es ist daher kaum erstaunlich, daß sowohl der IGH als auch andere völkerrechtliche Gerichtsinstanzen die eigene Rechtsprechung auf diese Weise kontinuierlich fortschreiben.¹⁰³

Einen rechtlichen Vorrang von Gerichtsentscheidungen gegenüber Lehrmeinungen gibt es kraft Völkerrechts jedoch nicht.¹⁰⁴ Er mag sich in der staatlichen Rechtsprechung in völkerrechtsbedeutsamen *common law*-Rechtsordnungen etablieren. Zudem können Gerichtsentscheidungen – anders als Lehrmeinungen – Ansatzpunkte für die Gewohnheitsrechtsbildung liefern.¹⁰⁵ Ferner spricht nichts gegen die intuitive Vermutung, daß in *common law*-Systemen geschulte Richter in internationalen Spruchkörpern eine größere Neigung zeigen werden, auf Präzedenzfälle zu rekurrieren als auf Lehrmeinungen, während etwa in Deutschland juristisch sozialisierte Richter ihren dogmatisch-systematischen Ansatz pflegen werden¹⁰⁶. Hierin liegt die wesentliche Auswirkung des *common law/civil law-divide* auf die Rechtsidentifikation im Völkerrecht.¹⁰⁷ Es besteht aber kein Anlaß, an dieser Stelle den Universalitätsanspruch der Völkerrechtslehre aufzugeben.

IV. Funktionen der Völkerrechtslehre bei der Rechtsidentifikation

1. Begriff der Rechtsidentifikation und Aufgaben der Völkerrechtslehre

Die so umschriebene Stellung der Völkerrechtswissenschaft in spruchrichterlichen Entscheidungsprozessen verdankt sich der besonderen Spannungslage innerhalb der Lehre von den Völkerrechtsquellen: Einerseits ist Rechtsanwendung immer auch Rechtserzeugung,¹⁰⁸ andererseits ist sie auf die verlässliche Kognition vorhandener Regeln und Prinzipien angewiesen. Für dieses Auffinden bereits erzeugten Rechts und sein Heranziehen zu neuer Rechtserzeugung bürgert sich der Begriff der Rechtsidentifikation ein, namentlich im Sprachgebrauch der ILC¹⁰⁹, aber auch in der völker-

103 Illustrativ *van Hoof* (Fn. 33), S. 89: „Thus, we may say that persuasiveness in part depends upon the number of precedents.“; ähnlich *Bin Cheng*, On the Nature and Sources of International Law, in: ders. (Fn. 72), S. 203 (210): „Judicial international law“; *Boyle/Chinkin* (Fn. 27), S. 293 ff. Anders in der Tendenz *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (521): Gerichtsentscheidungen haben im Völkerrecht geringere Bedeutung, weil es keine obligatorische Gerichtsbarkeit gibt.

104 Einen institutionellen Vorrang erkennt allerdings *Schwarzenberger* (Fn. 81), S. 238.

105 Dazu statt vieler differenzierend von *Arnauld* (Fn. 1), Rn. 259. S. auch *ILA Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, in: ILA, Report of the Sixty-Ninth Conference, London 2000, S. 712 (729 sub (d)).

106 *Georg Nolte*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007), S. 657 (673 f.). – Hierin läge eine besondere Ausprägung der Herstellung von Entscheidungen im Unterschied zu ihrer Darstellung (zu dieser Unterscheidung grundlegend *Niklas Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 51).

107 Zur Annäherung der Rechtskreise instruktiv *Bardo Fassbender*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Fn. 63), Art. 9, Rn. 32. Vgl. auch *Orford* (Fn. 20), S. 369 (371).

108 S.o. III.1.

109 *Michael Wood*, First report on formation and evidence of customary international law, ILC, 65th session, UN Doc. A/CN.4/663 vom 17.5.2013, Ziff. 12 ff. und *passim*; *Georg Nolte*, Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, ILC, 66th session, UN Doc. A/CN.4/671 vom 26.3.2014, Ziff. 4 ff.

rechtstheoretischen Literatur¹¹⁰. Der Begriff bringt die hohe Bedeutung des kognitiven Teilelements der angeleiteten Rechtserzeugung treffend zum Ausdruck, ohne den rechtserzeugenden Bestandteil von Völkerrechtspraxis aus dem Blick zu verlieren. Dabei geht es zwar auch um die grundsätzliche Abgrenzung des Rechts vom Nicht-Recht, vor allem aber um die Identifikation konkreter rechtlicher Regeln und Prinzipien.

Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft ist es, diesen Identifikationsprozeß durch Entscheidungsvorbereitung anzuleiten und die Entscheidungspraxis zu bewerten. Dies setzt völkerrechtswissenschaftliche Methoden der Rechtsidentifikation voraus, die es ermöglichen, Aussagen zu abstrakt-generellen oder konkret-individuellen Völkerrechtssätzen auf rationalem und überprüfbarem Weg zu ermitteln.¹¹¹ Im wesentlichen stehen der Völkerrechtslehre hierzu zwei Methoden zur Verfügung: Interpretation (s.u. 2.) und Empirie (s.u. 3.). Außerdem wird eine Anleitung der praktischen Völkerrechtsidentifikation durch Völkerrechtswissenschaft nur gelingen, wenn sie ihre vorhandene Identifikationsleistung rezeptionsfähig darstellt (s.u. 4.).

2. Interpretation

Methodisch wird in der Interpretation von Rechtstexten die bereits erörterte, starke hermeneutische Komponente der Jurisprudenz sichtbar.¹¹² Es geht darum, aus einem vorhandenen Text ein intersubjektiv vermittelbares – mehr kann mit Objektivität nicht gemeint sein¹¹³ – Ergebnis hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit und des bestimmten Inhalts für konkrete Entscheidungen abzuleiten.

Die Interpretationsmethode im Völkerrecht ist in starker Verzahnung mit der Praxis ausgeformt worden. Die Interpretationsregeln der Art. 31 ff. WVRK sind letztlich völkerrechtswissenschaftlich abgesichert, so daß sich die rechtsordnungsübergreifend etablierten Auslegungscanones im Völkerrecht wiederfinden:¹¹⁴ (Gewöhnlicher) Wortlaut sowie Ziel und Zweck werden sogleich in Art. 31 Abs. 1 WVRK hervorgehoben, für den ebenfalls dort erwähnten systematischen Zusammenhang gibt es in Art. 31 Abs. 2 und 3 WVRK völkerrechtsspezifische Präzisierungen bzw. Erweiterungen, und die historische Auslegung ist ergänzendes Auslegungsmittel (Art. 32 WVRK). Auch die Anwendung dieser Interpretationscanones in der Praxis des IGH ist gesichert.¹¹⁵

110 *Bos* (Fn. 46), S. 9 (11); *Samantha Besson/John Tasioulas*, Introduction, in: dies. (Fn. 36), S. 1 (7); *Besson*, ebda., S. 163; *Pierre-Hughes Verdier/Erik Voeten*, Precedent, Compliance and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory, *AJIL* 108 (2014), S. 289 (411); sowie der Titel des Beitrags von *Robert Jennings*, The Identification of International Law, in: Cheng (Fn. 72), S. 3 (identisch mit *Jennings* (Fn. 8)). Das „law ascertainment“ bei *d'Aspremont* (Fn. 35), ist damit eng verwandt (s. *Meyer* (Fn. 43), S. 1 (3)), konzentriert sich aber auf die Abgrenzung Recht/Nicht-Recht.

111 *von Arnould* (Fn. 5), S. 39 (41).

112 S.o. II.1. Vgl. *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 13.

113 Zum Hintergrund: *Röhl/Röhl* (Fn. 112), S. 98 ff. *Möllers* (Fn. 7), S. 151 (154), spricht davon, daß sich ein „pragmatisches konsensuales Wahrheitskonzept“ durchsetzt.

114 S. *Oliver Dörr*, in: ders./Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art. 31, Rn. 1 ff. und 15 ff.; dort Rn. 6 f. auch zur gewohnheitsrechtlichen Absicherung der Art. 31 und 32 WVRK. Ferner *Gardiner* (Fn. 90); *Alexander Orakhelashvili*, The interpretation of acts and rules in public international law, 2008, S. 285 ff.; *Serge Sur*, La créativité du droit international, *RdC* 363 (2012), S. 9 (299 ff.); umfassend *Denis Alland*, L'interprétation du droit international public, *RdC* 362 (2012), S. 41.

115 Paradigmatisch IGH, *Dispute regarding Navigational and Related Rights, (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Rep. 2009, 213, §§ 50 ff.; dazu umfassend *Eirik Bjorge*, The Evolutionary Interpretation of Treaties, 2014. S. auch die weiteren Nachweise bei *Dörr*, in: ders./Schmalenbach (Fn. 114), Art. 31, Rn. 6.

Für die Völkerrechtswissenschaft bleibt in dieser komfortablen Situation vor allem die Aufgabe steter Beobachtung und des Nachvollzugs praktischer Interpretationsergebnisse – zumal dann, wenn zusätzliche Interpretationselemente herangezogen werden, wie der Grundsatz restriktiver Interpretation oder die *effet utile*-Regel¹¹⁶. Außerdem ist die theoretische Verankerung namentlich in sprachwissenschaftlichen Erkenntnissen sicherzustellen – nicht zuletzt wegen der in Art. 33 WVRK thematisierten Mehrsprachigkeitsproblematik, was freilich in der praktischen Arbeit „zwischen Quelle und Gericht“ noch nicht virulent geworden ist.¹¹⁷ Hinzu tritt die Ableitung von Prinzipien aus der Zusammenschau einzelner Normengruppen.¹¹⁸

Insgesamt überlappen sich rechtswissenschaftliche Methode und methodengeleitete Praxis in der Interpretation geschriebenen Völkerrechts. Sie diffundieren so stark, daß die Abgrenzung zwischen Wissenschaft und Praxis anhand der Tätigkeit vielfach nicht zu leisten ist. In diesem Abgrenzungsproblem manifestiert sich die zentrale Schwierigkeit rechtsdogmatischen Arbeitens auch im Völkerrecht. Wissenschaftliche Interpretationen außerhalb entscheidungsbefugter Instanzen zeitigen keine Rechtsfolgen; anders gewendet: aus der Luftgitarre kommen keine Töne. Die Aufgabe, durch interpretative Wertungen spruchrichterliche Entscheidungen zu beurteilen und – aus der *ex ante*-Perspektive – wissenschaftlich vorzubereiten, bleibt gleichwohl erhalten.¹¹⁹ Der *linguistic turn* der neueren völkerrechtlichen Interpretationslehre ermöglicht der Völkerrechtslehre dabei, langfristig ihren Selbstand neben der Völkerrechtspraxis zu bewahren.

3. Eine spezifisch (völker-)rechtswissenschaftliche Empirie

a) Völkerrechtswissenschaft und empirische (Sozial-)Forschung

Die Verortung der Interpretation in den Methoden zur Rechtsidentifikation dürfte auf breiten Konsens stoßen; sie ist geradezu banal. Daß auch eine spezifische Form empirischen Arbeitens hinzutritt, bedarf der näheren Begründung.

Empirische Forschung folgt anerkannten Methoden. Dies gilt vor allem für die Natur- und Sozialwissenschaften, die aus der hohen Plausibilität dieser Methoden ein gehöriges Maß ihrer öffentlichen Wertschätzung gewinnen. Was zähl- und meßbar ist, verschafft sich Anerkennung.¹²⁰ In der Rechtswissenschaft gewinnen Ansätze wie derjenige der empirischen Sozialforschung (ob mit qualitativen oder quantitativen Methoden) erst langsam an Raum. Rechtswissenschaftlern, die auf diese Weise empirisch arbeiten wollen, wird die Kenntnis der einschlägigen Methoden abverlangt – zu Recht. Tatsächlich bildet sich ein Zweig der Völkerrechtslehre heraus, der ausgestattet

116 Dazu *Dörr*, in: ders./Schmalenbach (Fn. 114), Art. 31, Rn. 33 ff. S. auch *Ulf Linderfalk*, On the Interpretation of Treaties, 2007, S. 279 ff.

117 Die (partiell) sprachwissenschaftliche Analyse von *Linderfalk* (Fn. 116), S. 29 ff., kann jedenfalls so gut wie nicht auf Praxis zugreifen. S. auch o. Fn. 754.

118 Illustrativ: *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter As Constitution of the International Community, *Colum.J.Transnat'l. Law* 36 (1998), S. 529 (573 ff.).

119 Für die Dogmatik allgemein *Jestaedt* (Fn. 14), S. 1 (4 und 6 f.); für die Völkerrechtslehre von *Bernstorff* (Fn. 96), S. 977 (978 und 983).

120 In diesem Sinne auch *Schachter* (Fn. 94), „International law, after all, is not a scientific discipline in the same sense as physics or chemistry. It is not value free...“.

mit dem beschriebenen methodischen Rüstzeug den Realbereich¹²¹ des Völkerrechts aufarbeitet.¹²²

b) Völkerrechtswissenschaftliche Empirie: Methodische Anforderungen

Darüber hinausgehend wird rechtswissenschaftliches Arbeiten üblicherweise nicht als empirische Forschung anerkannt. Gerade für die Völkerrechtslehre ist dies unbefriedigend: Je mehr richterliches Entscheiden im Sinne einer Rechtsfindung im Einzelfall nicht auf Interpretation, Anwendung und Fortbildung feststehender Quellen beruht, bedarf es ebenfalls einer spezifischen Form der Faktenerhebung und -analyse. Sie als „Juristenempirie“ zu bezeichnen,¹²³ mag eine abwertende Konnotation transportieren, ist aber insoweit treffend, als der Anschluß an den Methodenkanon der Sozialwissenschaften noch nicht erreicht ist und möglicherweise gar nicht gesucht wird.

Der Sache nach ist in allen Rechtsgebieten das Sammeln, Ordnen und Systematisieren von gerichtlichen Entscheidungen Bestandteil methodisch korrekten Vorgehens.¹²⁴ Eine vergleichbare Art der Empirie ist vor allem der Völkerrechtslehre seit jeher zu eigen. Wird nach Gewohnheitsrechtssätzen gesucht, muß die Praxis gesammelt, bewertet und systematisiert werden.¹²⁵ Diese Leistung erbringen streitentscheidende Spruchkörper nur zum Teil selbst. Vielfach sind sie darauf angewiesen, daß die Praxis – einschließlich der Frage, ob ein Handeln oder eine Erklärung von Rechtsüberzeugung getragen ist – durch wissenschaftliche Beobachtung entdeckt, entsprechend bewertet und zugeordnet wird.¹²⁶ Gleiches gilt für andere Bereiche, in denen es auf die korrekte Erfassung bisheriger – interpretativer oder sonstiger – Praxis ankommt, namentlich für die Erfassung späterer Praxis gemäß Art. 31 Abs. 1 lit. b WVRK¹²⁷ oder bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze.¹²⁸

Aufgabe der Völkerrechtslehre ist es, diese Rechtserfahrung verarbeitende, juristische Empirie von der intuitiven Kompilation zu emanzipieren und ihr die Degeneration zur „empirischen Alchemie“¹²⁹ zu ersparen, indem sie ihr eigene methodische Strukturen gibt. Die Methoden der empirischen Sozialforschung helfen hier nämlich nicht oder

121 Begriff: Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (36 ff.).

122 Grundlegend Gregory Shaffer/Tom Ginsburg, The Empirical Turn in International Legal Scholarship, AJIL 106 (2012), S. 1; ferner Verdier/Voeten (Fn. 110), S. 289 (391). Für die Rechtsvergleichung s. Katharina Pistor, Statistische Rechtsvergleichung: Eine kritische Bestandsaufnahme, ZVgIRWiss 109 (2010), S. 348.

Darüber hinausgehend der Ansatz von Harlan Grant Cohen, Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources, Iowa Law Review 93 (2007), S. 65 (vor allem 71), der verbindliche Normen nur dann akzeptiert, wenn sie in der internationalen Gemeinschaft praktiziert werden, selbst wenn sie in einem Vertrag verbindlich festgehalten sind.

123 Röhl (Fn. 5), S. 7 (21 ff.).

124 Röhl (Fn. 5), S. 7 (21 f.).

125 Deutlich Wood (Fn. 109), Ziff. 21.

126 Bleckmann (Fn. 50), S. 24 ff.

127 Die Anforderungen werden formuliert bei Nolte (Fn. 109), Ziff. 30 ff.

128 S. IGH, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Sep. op. Simma, ICJ Rep. 2003, 161 (324), Ziff. 66 ff.

129 Alain Pellet, Shaping the Future of International Law: the Role of the World Court in Law-Making, in: Mahnouch Arsanjani/Jacob Katz Cogan/Robert Sloane/Siegfried Wiessner (Hrsg.) Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, S. 1065 (1076); daran anschließend Wood (Fn. 109), Ziff. 64 mit Fn. 122. Kritisch auch Besson/Tasioulas (Fn. 110), S. 1 (3).

kaum weiter. Es ist zwar herauszufinden, wie oft und wie intensiv welche normativen Inhalte im Tun und Erklären der betreffenden Völkerrechtssubjekte vorkommen, nach rechtswissenschaftsadäquatem Rüstzeug sucht man in den quantitativen und qualitativen Methoden der empirischen Sozialwissenschaft jedoch vergeblich.¹³⁰

Erfreulicherweise müssen aber die spezifischen Methoden völkerrechtlicher Empirie nicht vollständig neu entwickelt werden; wir wissen durchaus, wie sich gute Aufarbeitung von Völkerrechtspraxis vollzieht. Einzelne Schritte sind (1) die Erfassung von Praxiselementen (ggf. durch Leitsatzbildung),¹³¹ (2) ihre argumentative Bewertung anhand bereits nachgewiesener Völkerrechtsregeln und -prinzipien,¹³² (3) ihre Gewichtung anhand des Akteurs,¹³³ ihrer Häufigkeit und ihrer Dichte¹³⁴ sowie (4) die Systematisierung dieser Ergebnisse¹³⁵. Bewußtes wissenschaftliches Handeln anhand dieser methodischen Leitlinien sichert tragfähige rechtswissenschaftliche Empirie und sollte in einem weiteren Schritt auch bei den Nachbarwissenschaften Anerkennung finden. Ihre transparente Anknüpfung an vorhandene juristische Wertungen¹³⁶ verhindert gleichzeitig, daß die argumentative Kraft solcher Wertungen hinter einer Scheinobjektivität verschwindet.

4. Rezeptionsfähige Darstellung rechtswissenschaftlicher Systematisierungsleistung

a) Aufgabe

Natürlich können Interpretationsbemühungen oder die empirische Leistung der Völkerrechtswissenschaft jeweils im Einzelfall abgerufen werden, sei es von prozeßbeteiligten Rechtswissenschaftlern, von Gutachtern oder von wissenschaftlichen Autoren

130 Ansätze bei *Shaffer/Ginsburg* (Fn. 122), S. 1 (12).

Eine Zuordnung der „Juristenempirie“ zu den methodischen Elementen des Sampling und der Auswertung (s. *Aglaja Przyborski/Monika Wohlrab-Sahr*, *Qualitative Sozialforschung*, 4. Aufl. 2014, S. 177 ff. und S. 189 ff.) läge dabei durchaus nahe. Dennoch spielt die rechtswissenschaftliche Methode im Fächerkanon qualitativer Sozialforschung keine Rolle: *Uwe Flick/Ernst von Kardorff/Heiner Keupp/Lutz von Rosenstiel/Stephan Wolff* (Hrsg.), *Handbuch qualitative Sozialforschung : Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen*, 2. Aufl. 1995, S. 33 ff.

Die Darstellung bei *Niels Petersen/Sebastian J. Goerg*, *Empirische Methoden*, in: Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 201 (§ 8), ist auf quantitative Methoden beschränkt.

131 *Bleckmann* (Fn. 50), S. 24.

132 S. auch *Schachter* (Fn. 94), S. 217 (220): „disciplined and reasoned application of competing principles“. Ähnlich *Münch* (Fn. 54), S. 490 (504 f.).

133 Beispiel: Seerechtsrelevante Praxis von Küstenstaaten ist relevanter als diejenige – wenn es sie überhaupt gibt – von Binnenstaaten: von *Arnauld* (Fn. 1), Rn. 260 a.E.; *Verdier/Voeten* (Fn. 110), S. 289 (416); *ILA Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, in: *ILA, Report of the Sixty-Ninth Conference*, London 2000, S. 712 (737). – Dies ermöglicht auch eine realitätsnahe Sicht auf ein breiteres Akteurspektrum, wie sie *Venzke* (Fn. 70), S. 8 f. und 13, zu Recht anmahnt.

134 In empirischer Hinsicht liegt hierin ein Problem der Bewertung von Quantität: *Jörg Kammerhofer*, *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*, *EJIL* 15 (2004), S. 523 (530 ff.); *Verdier/Voeten* (Fn. 110), S. 289 (412 und 414). S. auch *Bleckmann* (Fn. 50), S. 273.

Die Anerkennung hoher Dichte gipfelt in der Anerkennung von „instant customary law“: *IGH, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands)*, *ICJ Rep.* 1969, 3, Ziff. 73.

135 Zu dieser Aufgabe *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (527); *Faulenbach* (Fn. 42), S. 51 ff.

136 Zum Erfordernis transparenzfördernder Distanz von *Bernstorff* (Fn. 96), S. 977 (984).

im Vorfeld der Entscheidung eines internationalen Spruchkörpers. Noch bedeutsamer ist es aber, daß sich die Völkerrechtslehre in einer Weise artikuliert, die ihr ermöglicht, auch ohne konkrete Anfrage in gerichtlichen Verfahren wahrgenommen zu werden.¹³⁷ Lehrbücher (Textbooks) und Aufsätze sowie Urteilsrezensionen gehören weltweit zu den anerkannten Literaturgattungen. Sie bedürfen jedoch einer bibliographischen Vorstrukturierung, bevor ihre Systematisierungsleistung verwertbar wird.

b) *Kommentare im Völkerrecht*

Dies lenkt den Blick auf Kommentarliteratur als rechtswissenschaftliches Instrument zur Gewährleistung systematisch tragfähiger Rechtsidentifikation. Hat auch der Kommentar seinen Platz in der universellen Völkerrechtsliteratur?

Auf den ersten Blick handelt es sich um eine vor allem im deutschsprachigen Raum verbreitete Form, rechtswissenschaftliche Erkenntnisse darzustellen.¹³⁸ Tatsächlich ist die Verbreitung juristischer Kommentare in Deutschland ebenso hoch wie die Qualitätsunterschiede innerhalb dieser Literaturgattung.¹³⁹ Kommentarliteratur hat jedoch eine größere, rechtsordnungsübergreifende, sogar aus der Rechtswissenschaft hinausweisende Praxis und Tradition. In der Jurisprudenz wie gleichermaßen in der Theologie geht es darum, den Stoff über Lemmata, Stichwörter aus dem zu erläuternden Text, zu erschließen.¹⁴⁰ Auch die Kommentierungstechniken sind vergleichbar. Geläufig ist uns vor allem die Erklärung schwieriger Passagen mit Hilfe wissenschaftlicher Erkenntnisse, bekannt die Ausgliederung von Vorworten zur systematischen Aufarbeitung einzelner Normen, Texte oder Abschnitte. Aber auch die Paraphrase unbedeutender oder eindeutiger Normbestandteile, die Kritik am Normtext und die Bildung von Parallelen zu vergleichbaren Texten sind typische Merkmale von Kommentierungen.¹⁴¹ Ursprünglich entstanden Kommentare nicht, um das Recht der Praxis gleichsam subsumtionsfertig aufzuschlüsseln, sondern zu seiner gelehrten Erfassung und Systematisierung.¹⁴² Dabei kann allerdings der zu kommentierende Text hinter der Kommentierung gleichsam verschwinden.¹⁴³

Auf dieser Grundlage war das Kommentieren bereits den klassischen römischen Juristen zu eigen. Kommentare kamen auch in Form von Glossen bei der mittelalterlichen Rezeption des römischen Rechts zum Einsatz. Nach den Kodifikationen des juristischen Hochpositivismus war die Verbindung geltender Rechtsregeln und -prinzipien zu ihren historischen Wurzeln unterbrochen, so daß es erforderlich wurde, den Text als

137 *Oraison* (Fn. 8), S. 507 (524): „La question clef est alors de savoir quels sont les moyens d’expression des forces doctrinales traditionnelles.“

138 S. Jansen (Fn. 23), S. 121.

139 S.o. 723, sowie Reimer Schmidt, Der Kommentar als Darstellungsform, in: Hundert Jahre Kohlhammer (1866-1966), 1966, S. 183; Peter Rieß, Einige Bemerkungen zum Stellenwert und zur Funktion juristischer Kommentare, in: Reinhard Böttcher/Goetz Hueck/Burkhard Jähnke, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, 1996, S. 83.

140 Zu den Grenzen dieser Technik Ulrike Balbusiaux, Der Kommentar als Haupttext, in: Kästle/Jansen (Fn. 21), S. 15 (17); ferner Martin Morlok, Der Text hinter dem Text, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, 2004, S. 93 (103 f.).

141 Für theologische Kommentare in verblüffender Ähnlichkeit zu juristischen: Bernhard Lang, Die Bibelkommentare der Kirchenväter (ca. 200-600), in: Kästle/Jansen (Fn. 21), 57 (66 f.).

142 Nils Jansen, Kommentare in Recht und Religion, in: Kästle/ders. (Fn. 21), S. 1 (8).

143 Thomas Wabel, Vom Verschwinden des Textes in seiner Kommentierung oder: Wie der Text in seinem Verschwinden zur Geltung kommt, in: ders./Michael Weichenhan (Hrsg.), *Kommentare. Interdisziplinäre Perspektiven auf eine wissenschaftliche Praxis*, 2011, S. 163 (166).

solchen zu erläutern und nötigenfalls in der Erläuterung jene Wurzeln aufzudecken.¹⁴⁴ Selbst in Rechtsordnungen ohne gesetzte Texte, namentlich im Bereich des *common law*, ist die Kommentartechnik vertreten; hier wird von den Kommentarautoren der zu kommentierende Rechtssatz als Eingangssatz gleichsam mitgeliefert.¹⁴⁵

Kommentare können in der Rechtswissenschaft wichtige Funktionen erfüllen. Sie speichern juristisches Wissen – nicht indem sie es schlicht aufbewahren, sondern indem sie es durch Organisation zugänglich machen.¹⁴⁶ Das mag theoretische Ansätze in den Hintergrund rücken, ist aber spezifisch auf Entscheidungssituationen bezogen¹⁴⁷ und vor allem dann für die Entscheidungspraxis wichtig, wenn es der Kommentierung gelingt, wissenschaftlich fundiert, also interpretativ und empirisch abgesichert, Lösungsansätze für künftige Fallgestaltungen vorzuhalten.¹⁴⁸ Im Völkerrecht kommt der Literaturgattung Kommentar entgegen, daß es sich um stabiles, nur in größeren Abständen geändertes Recht handelt und somit dem durch die Glossatoren und Postglossatoren kommentierten Rechtsstoff eher ähnlich ist als dem modernen Gesetzesrecht. Dementsprechend sind zentrale Texte des Völkerrechts – Charta der Vereinten Nationen,¹⁴⁹ IGH-Statut,¹⁵⁰ Wiener Vertragsrechtskonvention,¹⁵¹ Wiener Diplomatenrechtskonvention,¹⁵² Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen,¹⁵³ Menschenrechtspakte,¹⁵⁴ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes¹⁵⁵ – mittlerweile umfassend kommentiert worden.¹⁵⁶

Nur vordergründig ist Gewohnheitsrecht schwieriger zu kommentieren.¹⁵⁷ In Textform gefaßte Gewohnheitsrechtssätze sind ebenso der kommentierenden Erläuterung zugänglich wie Texte in Rechtsordnungen des *common law*-Rechtskreises. Die Kommen-

144 Armin Hatje/Peter Mankowski, „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, S. 155 (160). Ferner Thomas Henne, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur, Betrifft Justiz 22 (2006), S. 352.

145 Paradigmatisch die durch Albert Venn Dicey begründete Kommentierungstechnik; zu ihr Graf/Peter Calliess, Kommentar und Dogmatik im Recht, in: Kästle/Jansen (Fn. 21), 381 (382 ff., insbesondere 386 f.), und Jansen (Fn. 23), S. 128 f. Ähnlich gehen die *Restatements* vor (s. den Beitrag von Ursula Kriebaum, in diesem Band).

146 Andreas Thier, Zwischen Exegesesammlung und Ordnungsentwurf, in: Kästle/ders. (Fn. 21), S. 207 (208).

147 Thomas Henne, Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland, in: Kästle/Jansen (Fn. 21), S. 317 (320).

148 Zu dieser zentralen Funktion von Kommentaren Harm Peter Westermann, Glanz und Elend der Kommentare, in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 105 (114).

149 Ausgehend von Hans Kelsen, The law of the United Nations, 1950, später Jean-Pierre Cot (Hrsg.), La Charte des Nations Unies: commentaire article par article, 3. Aufl. 2005; Bruno Simma u.a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012.

150 Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Fn. 63).

151 Dörr/Schmalenbach (Fn. 114).

152 Eileen Denza, Diplomatic law: commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3. Aufl. 2008; Michael Richsteig, Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, 2010.

153 Myron H. Nordquist/Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary, 2003 ff.

154 Manfred Novak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005.

155 Otto Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008.

156 S. auch die Serie *Oxford Commentaries on International Law*, <http://ukcatalogue.oup.com/category/academic/series/law/ocils.do>.

157 Zur Schwierigkeit seiner Kommentierung Henne (Fn. 147), S. 317 (320).

tare nehmen daher auch stets Bezug auf Völkergewohnheitsrecht im Umfeld des kommentierten Vertragsrechts.

c) *Völkerrechtswissenschaftliche Revolution durch Informations- und Kommunikationstechnologie*

Den größten Wandel hat die Völkerrechtslehre in den vergangenen ca. 20 Jahren jedoch nicht durch die Verbreitung von Kommentarliteratur erfahren, sondern durch die Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien in Verbindung mit dem Internet. Es scheint nicht übertrieben, hier von einer Revolution zu sprechen,¹⁵⁸ zumal im Hinblick auf das Ergebnis, denn wie eine politische Revolution, die alte Machthaber hinwegfegt und das Volk als Souverän emanzipiert, hat der Einsatz des Internets für das Völkerrecht gleichsam zu einer Demokratisierung der Völkerrechtslehre geführt. Völkerrechtliches Arbeiten ist nicht mehr an den vielfach monopolisierten Zugang zu Dokumenten und Quellen in einigen wenigen Einrichtungen beschränkt, sondern – vorbehaltlich des *global digital divide* – jedem Wissenschaftler möglich, mindestens jedem, der Zugang zu wissenschaftlichen Bibliotheken hat. Die digitale Revolution im Völkerrecht wirkt sich unter zwei Gesichtspunkten aus:

Erstens sorgt sie für rasche *Information* für die völkerrechtliche Forschung. Sämtliche öffentlich zugänglichen Dokumente der Vereinten Nationen und anderer internationaler Organisationen sind zumeist unmittelbar weltweit verfügbar.¹⁵⁹ Auch die Spruchpraxis internationaler Gerichte und anderer Entscheidungsgremien wird üblicherweise im Internet publiziert – seien es der IGH, Menschenrechtsgerichtshöfe oder die WTO-Streitbeilegungsgremien.¹⁶⁰ Nationale Gerichte gehen zur Internetpublikation von Übersetzungen international relevanter Entscheidungen über.¹⁶¹ Große und teure gedruckte Entscheidungssammlungen (etwa die *International Law Reports*) verlieren an Bedeutung. Überdies sorgt die *scientific community* des Völkerrechts für stete aktuelle Aufarbeitung völkerrechtlich relevanter Ereignisse in Blogs, Foren, Insights, Newslettern und ähnlichen Publikationsformen.¹⁶² Es ist offensichtlich, daß dieser wissenschaftliche Austausch die bestehende Wissenschaftskommunikation nicht ersetzen kann oder will; Bereicherung und Universalisierung sind allerdings unverkennbar.

Hieran anknüpfend wird zweitens mit internetbasierten Publikationen völkerrechtswissenschaftliches *Wissen* rezeptionsfähig strukturiert und verbreitet. Dem dienen bereits die genannten aktuellen Publikationsformen, vor allem aber Wissensspeicher, die ähnlich der gedruckten Kommentarliteratur völkerrechtliche Erkenntnisse in systematischer Form präsentieren. An erster Stelle zu nennen ist natürlich die *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, die gerade die online-Publikationsform nutzt, um über das Alphabetische hinaus weitere Strukturierung (z.B. nach Themenfeldern)

158 Zur „Computerisierung“ der Völkerrechtslehre als Revolution bereits *Bleckmann* (Fn. 50), S. 50.

159 Für die UN: <http://www.un.org/en/documents/>.

160 IGH: <http://www.icj-cij.org/>; EGMR: <http://hudoc.echr.coe.int/>; Interamerikanischer Menschenrechtsgerichtshof: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/>; WTO-DSB: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm.

161 Bundesverfassungsgericht: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/EN/Entscheidungsuche_Formular.html?language_=en; Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/sample-of-decisions-in-relevant-areas-dc/case-law.25743.html>.

162 Beispiele: <http://asil.org/insights/>; <http://www.ejiltalk.org/>; <http://voelkerrechtsblog.com/>.

anzubieten.¹⁶³ Datenbanken enthalten darüber hinaus andere Wissensspeicher wie die *Restatements* oder völkerrechtliche Literatur, die anders schwer erreichbar wäre.¹⁶⁴ Hier kann die Völkerrechtslehre die Verbindung zwischen Quelle und Gericht auf eine vorher nicht gedachte Weise herstellen, indem sie sich bei der rezeptionsfähigen Darstellung völkerrechtswissenschaftlicher Erkenntnisse effektiv des neuesten Standes der Informations- und Kommunikationstechnologie bedient. *Global players* dieses wissenschaftlichen Diskurses wie ASIL und ESIL haben durch ihre Internetpräsenz durchaus die Möglichkeit, den universellen wissenschaftlichen Austausch weiter zu befördern und zu strukturieren.

V. Ausblick: Die Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft

Die durch diese Entwicklungen herbeigeführte Entlastungsfunktion für die Völkerrechtslehre kann kaum unterschätzt werden. Sie kann Kräfte freisetzen, die nun nicht mehr für das Aufspüren und die Erstverarbeitung völkerrechtlich relevanter Informationen genutzt werden müssen. Auch das energieintensive Hantieren mit einem imaginären Musikinstrument kostet unnötig Ressourcen. Die Völkerrechtswissenschaft sollte sich darauf konzentrieren, Ergebnisse bisheriger Rechtsfindungsprozesse, ob aus interpretativer oder empirischer wissenschaftlicher Aktivität stammend, der spruchgerichtlichen Rechtsidentifikation rezeptionsfähig zur Verfügung zu stellen und damit künftige Entscheidungen anleitend vorzubereiten. Fällt sie zurück in die Imitation gerichtlicher Entscheidung, droht sie ihren Selbststand gegenüber einem bestenfalls scheinwissenschaftlich angereicherten Präzedenzfallkonzept zu verlieren, verzichtet sie auf ihr wertendes Potential, läuft sie Gefahr, zum Glasperlenspiel zu degenerieren.¹⁶⁵ Völkerrechtswissenschaft lebt allein von der Überzeugungskraft des mit wissenschaftlichen Methoden begründbaren Arguments.¹⁶⁶ Angesichts dieser Herausforderung steht die Völkerrechtslehre auch nicht vor der Alternative, eher praktisch-kommentierend oder eher theoretisch-reflektierend zu arbeiten.¹⁶⁷ Beides ist nötig im Verbund der kollektiven Bemühungen der Völkerrechtswissenschaft, damit diese ihrem universellen Anspruch gerecht werden und innerhalb der Rechtswissenschaft eine Vorreiterrolle einnehmen kann.

163 <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

164 Beispiele: Westlaw International, Hein Online.

165 Das Potential der Völkerrechtslehre, durch ihre Wertungen das Völkerrecht zu beeinflussen, ist besonders von *Hersch Lauterpacht* herausgestellt worden, s. *The Function of Law in the International Community*, 1933, § 23; dazu *Helmut Philipp Aust*, in: Bardo Fassbender/ders. (Hrsg.), *Basistexte: Völkerrechtsdenken*, 2012, § 5.

166 *Emmanuelle Jouannet*, *Présentation*, in: Olivier Corten, *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, 2009, S. 5 (9 sowie S. 22 mit einer noch stärkeren Betonung wissenschaftlicher Objektivität im Sinne *Max Webers*).

167 Zu diesem vermeintlichen Grundgegensatz *Peczenik* (Fn. 20), S. 3.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Matthias Ruffert, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Wegen der Universalität ihres Gegenstandes kann sich die Völkerrechtslehre dem Universalitätsanspruch von Wissenschaft stellen, innerhalb der Rechtswissenschaft eine Vorbildfunktion einnehmen und insoweit die Ebenbürtigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber anderen Wissenschaften einfordern.

Die Rechtsidentifikation „zwischen Quelle und Gericht“ muß eine Ambivalenz des Methodenbegriffs in der Rechtswissenschaft verarbeiten. Spruchgerichtliche Rechtsidentifikation im Völkerrecht bedarf zwar methodischer Anleitung, ist aber weder im Vorgang noch im Ergebnis Rechtswissenschaft. Die Reduktion auf folgenlose Entscheidungsimitation ist daher ein Risiko für die Völkerrechtslehre.

Methodischer Ausgangspunkt der Rechtswissenschaft sind die hermeneutischen Methoden der Textkenntnis und Textkritik. Interdisziplinäre Weiterungen, namentlich in Richtung empirischer Forschung, müssen hinzutreten.

Die Völkerrechtswissenschaft verfügt im Anschluß an die praktische Verarbeitung des seit 1989 exponentiell angestiegenen Rechtsstoffs über ein hohes Selbstreflexionspotential. Auf der theoretischen Ebene bleibt die Schere zwischen apologetischer Billigung des Vorhandenen und rechtspolitisch motivierter Utopie weiter geöffnet. Unterschiedliche völkerrechtstheoretische Standpunkte führen auch zu unterschiedlichen methodischen Ansätzen und damit zu unterschiedlichen Funktionszuweisungen an die Völkerrechtslehre bei der Arbeit mit den Völkerrechtsquellen.

Obwohl das kognitive Element der Rechtserkenntnis im Völkerrecht erheblich größer ist als im staatlichen Recht, bleibt es bei der Unhaltbarkeit der Dichotomie von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (*Kelsen*). Streitentscheidung nach völkerrechtlichen Maßstäben ist immer auch Rechtserzeugung, und die Rechtsquellen wirken darauf als Ergebnisse vorheriger anerkannter Rechtserzeugungsprozesse (*modes of law-making*) ein.

Die Phase eines gelehrten Völkerrechts endete spätestens mit dem Positivierungsschub des 19. Jahrhunderts. Nachwirkungen zeigt diese Idee in Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut, der – trotz aller Unsicherheiten in seinem Kontext – vor allem auf idealerweise institutionalisierte Hauptströmungen der Völkerrechtslehre, nicht auf Einzelansichten verweist, wenn das Völkerrecht nach Analyse der Hauptquellen lückenhaft ist.

Zwar greift es zu kurz, für den Einfluß der Völkerrechtslehre auf die internationale und nationale Spruchpraxis zum Völkerrecht nur auf ausdrückliche Literaturzitate zurückzugreifen, doch bleibt dieser Einfluß in der Summe überschaubar.

Stärker ist die professionelle Prägung völkerrechtlichen Entscheidens durch die Völkerrechtslehre als Bestandteil einer Professionswissenschaft. Institutionalisierungsformen intensivieren den völkerrechtswissenschaftlichen Einfluß und behaupten seine gleichberechtigte Stellung neben dem Präzedenzfallkonzept.

Rechtsidentifikation ist eine Bezeichnung für die Ermittlung von Ergebnissen bereits abgeschlossener Rechtserzeugungsprozesse. Die Bezeichnung bringt das hohe Gewicht des kognitiven Teilelements bei der Rechtserzeugung im Völkerrecht zum Ausdruck.

Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft ist es, den Rechtsidentifikationsprozeß entscheidungsvorbereitend anzuleiten und zu bewerten. Dies setzt völkerrechtswissenschaftliche Methoden der Rechtsidentifikation voraus, die es ermöglichen, Aussagen zu abstrakt-generellen und konkret-individuellen Völkerrechtssätzen auf rationalem und überprüfbarem Weg zu ermitteln.

Bei der Interpretation geschriebenen Völkerrechts überlappen sich rechtswissenschaftliche Methode und methodengeleitete Praxis. Zur Wahrung ihres Selbstandes gegenüber der Praxis muß die völkerrechtliche Interpretationslehre Beobachtung und Nachvollzug praktischer Interpretationsergebnisse in der Theorie rückkoppeln (beispielhaft: *linguistic turn*) und ihr Potential erhalten, durch interpretative Wertungen spruchrichterliche Entscheidungen wissenschaftlich vorzubereiten.

Immer dann, wenn zur Rechtsidentifikation die systematisierte Aufarbeitung von internationaler Praxis erforderlich ist, arbeitet die Völkerrechtswissenschaft empirisch. Es ist notwendig, dies als eigenständige völkerrechtswissenschaftliche empirische Methode anzuerkennen und auszuformulieren.

Einzelne Schritte völkerrechtswissenschaftlicher Empirie sind (1) die Erfassung von Praxiselementen (ggf. durch Leitsatzbildung), (2) ihre argumentative Bewertung anhand bereits nachgewiesener Völkerrechtsregeln und -prinzipien, (3) ihre Gewichtung anhand des Akteurs, ihrer Häufigkeit und ihrer Dichte sowie (4) die Systematisierung dieser Ergebnisse. Schritt (2) ermöglicht es, das hohe Potential wertenden Argumentierens in der Rechtswissenschaft auch bei der Rechtsidentifikation zu erhalten.

Die rezeptionsfähige Darstellung völkerrechtlicher Erkenntnisse, die durch Interpretation oder empirische Analysen gewonnen worden sind, ist eine zentrale Aufgabe der Völkerrechtslehre. Kommentarliteratur kann der organisierten Zugänglichkeit völkerrechtlichen Wissens für die Spruchpraxis dienen. Durch internetgestützte Informationsmedien ist die wissenschaftliche Forschung im Völkerrecht gleichsam demokratisiert worden. Auch die rezeptionsfähige Strukturierung völkerrechtlicher Erkenntnisse über Datenbanken kann von der Spruchpraxis nutzbar gemacht werden.

Summary

by Prof. Dr. Matthias Ruffert, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Given the universality of its subject matter, public international law scholarship can step up to the challenge of the universality of science, serve as an example within legal scholarship and claim the equality of legal scholarship *vis-à-vis* other sciences.

The identification of the law “between source and court” has to come to terms with the ambivalence of the concept of method in legal scholarship. Identification of law by an international court must be methodologically sound, but neither the process of law-finding nor its result can be understood as scholarship. Therefore, reducing public international law to the imitation of court decisions without consequences is a risk for public international law scholarship.

The starting point in terms of method is the hermeneutic method of cognition and criticism of texts. It is necessary to broaden this approach, in particular with respect to empirical research.

Following the treatment of the exponentially risen amount of legal material since 1989, public international law scholarship disposes of a high degree of self-reflection. However, at a theoretical level, the gap between apology and utopia continues to exist. Moreover, different theoretical standpoints lead to divergent approaches in methodology and thereby to differences in attributing a function to scholarship in its working with the sources of public international law.

Although the cognitive element of law identification is higher in public international law than in domestic law, the assumption of a dichotomy between law-making and law-application remains unacceptable (*Kelsen*). Dispute resolution according to public international law always has an inherent degree of law-making, and the sources of law exert an influence over this process by virtue of their nature as a result of previous recognized law-making processes (*modes of law-making*).

The phase of a scholarly-based public international law (*gelehrtes Völkerrecht*) ended at the latest with the rise of positivism in the 19th century. Repercussions of this idea are still visible in Article 38 (1) (d) of the ICJ Statute which – notwithstanding all uncertainties in its context – refers to the institutionalised mainstream of the teachings of public international law and not to single opinions, which shall be applied if public international law remains incomplete after the primary sources are analysed.

Despite it being somewhat short-sighted to measure the influence of academic writings upon public international law by merely resorting to explicit quotations in international judgments, it can be stated that its influence remains clearly marginal.

What is more important is the professional imprint on decisions under public international law caused by public international law scholarship as a “professional science”. Institutionalised forms of academic work tend to intensify such influence and hold academia’s ground next to precedent.

Identification of law is a term to designate the detection of results from law-making processes that have already been completed. The term underlines the importance of the cognitive element in public international law-making.

Public international law scholarship has the main task to instruct the process of identification of law and to evaluate it. This implies academic methods for the identification of law which offer the possibility to elaborate statements on abstract and individual norms of public international law in a rational and verifiable way.

The spheres of academic method and practice led by it overlap in the interpretation of written public international law. To preserve its autonomy towards practice, the doctrine of interpretation must create a theoretical feedback of its observations and reproductions (for example: *linguistic turn*) and conserve its potential to prepare decisions in dispute resolution by scholarly means.

Always when practice has to be systematised in order to identify the law, public international law scholarship in fact applies empirical methods. It is necessary to recognise and formulate these methods as a genuine part of academic work in public international law.

Single steps of public international law empirics are (1) the detection of elements of practice (if possible by formulating *rationes decidendi*), (2) their evaluation following existing rules and principles, (3) their assessment according to actors, frequency and density and (4) the systematisation of results. Step (2) allows us to preserve the high potential of evaluative argumentation in jurisprudence when identifying the law.

The central task of academia in public international law is to provide “ready for use”-knowledge either gained by interpretation or by empirics. Commentaries may make such knowledge more accessible for dispute settlement. Internet-based information has led to a quasi-democratisation of research in public international law. Databases may structure knowledge to be accessed by judges and arbitrators.

Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation des Internationalen Privat- und Handelsrechts

Von Prof. Dr. Oliver Remien, Würzburg

- I. Rechtsidentifikation und Rechtsmaterien
 - II. Rechtsidentifikation als Entwicklungs- und Qualitätsproblem – Oder: Kodifikation und Rechtsstaat – sowie Funktion der Wissenschaft
 - 1. Kodifikation und Rechtsidentifikation
 - a) Funktion der Kodifikation
 - b) Rechtskultur
 - 2. Rechtsstaat und Rechtsidentifikation
 - a) Grundgesetz
 - b) Europarecht
 - c) Globale Ebene
 - 3. Funktion der Wissenschaft
 - 4. Materien
 - III. Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht
 - 1. Lage
 - 2. EuIZVR
 - 3. EuIPR
 - IV. Europäisches Privatrecht
 - 1. Status quo
 - 2. Optionales Instrument
 - V. Internationales Handelsrecht
 - 1. Lex mercatoria?
 - a) Problematik
 - b) Hilfsmittel der Rechtsidentifikation
 - aa) Listen
 - bb) Unidroit Principles of International Commercial Contracts mit Datenbank, Kommentar etc.
 - cc) Schiedsgerichtspublikationen
 - 2. Staatsverträge mit internationalem Einheitsrecht
 - a) Kommentare
 - b) Datenbanken
 - c) Advisory Council
 - d) Moot Courts
 - 3. Zwischensumme
 - VI. Funktion der Wissenschaft
 - 1. Bestandsaufnahme im Überblick
 - 2. Aufgabenbeschreibung
 - a) EuGH reformieren
 - b) Amicus curiae beim EuGH?
 - c) Entscheidungsvorschlagsaufsätze?
 - d) Europäisierung der Kommentierung
 - e) Advisory Council
 - f) Rechtsinstitut
 - g) Datenbanken
 - VII. Summe
- Thesen
Summary

I. Rechtsidentifikation und Rechtsmaterien

Bei der Rechtsidentifikation geht es um das Auffinden, genauer Verstehen und Präzisieren des anwendbaren Rechtssatzes. Der Terminus stammt wohl aus dem Völkerrecht. Bei dem Zivilrechtler auch internationalen Zuschnitts führt er zunächst zu Fragezeichen. Vertraut ist uns beim Wandeln in den alltäglichen Gassen des Zivilrechts die Frage der Ermittlung und des Beweises des Inhalts des anwendbaren ausländischen Rechts¹. Das ist Identifikation des ausländischen Rechts. Dies ist ein klassisches Problem des IPR, das in Deutschland in § 293 ZPO geregelt ist². Aber darum geht es hier nicht.

Auch in allgemeinen Werken der Methodenlehre sucht man nach dem Terminus Rechtsidentifikation eher vergeblich. Auslegung, Rechtsfortbildung und anderes werden gerne behandelt, aber Rechtsidentifikation? Man fragt sich also fast: Handelt es sich um ein Thema für Zivilrechtler?

Ganz offensichtlich ist es mindestens ein Thema für Völkerrechtler. Zum Völkerrecht heißt es, dass die souveränen Staaten gleichgeordnet sind, ähnlich wie im Privatrecht die Bürger³ – aber im Völkerrecht fehlt es eben im Wesentlichen an dem übergeordneten gesetzlichen Rahmen⁴. Im Völkerrecht werden Fragen des Charakters⁵, der Geltung und des Geltungsgrundes⁶ und wohl auch des Inhalts besonders intensiv erörtert. Das *non liquet* wird als Rechts⁷, nicht als Tatsachenproblem diskutiert. In einigen Völkerrechtslehrbüchern findet man dann auch einen Paragraphen über „Hilfsmittel zur Feststellung völkerrechtlicher Normen“⁸ oder über „Ermittlung von Völkerrechtssätzen“⁹. Er erläutert die weiteren Quellen nach Art. 38 IGH-Statut. Oder in einem anderen Lehrbuch findet sich die klare Bemerkung: „Daher (d.h. mangels verfasster Gesetzgebung und Rechtsprechung) ist die Schaffung von Völkerrecht, ja selbst die Feststellung des genauen Inhalts einer völkerrechtlichen Regel schwieriger als die Schaffung und Feststellung innerstaatlichen Rechtes.“¹⁰ Hier haben wir sie, die Rechtsidentifikation! In einem BGB-Lehrbuch findet sich dergleichen nicht.

Man wird fragen: Und im internationalen Zivilrecht? Da wird man unterscheiden müssen, wie wir sogleich sehen werden. Jedenfalls scheinen mir bei der Bedeutung des

1 Siehe dazu die Referate auf dem Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Jahr 2014 in Wien mit Generalbericht von *Nishitani* und deutschem Landesbericht von *Remien*, Proof of and Information about Foreign Law, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, 223-260.

2 Dazu jüngst *Remien* ebd.; monographisch *Hübner*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, 2014.

3 *Von Arnauld*, Völkerrecht, 2012, Rn. 35 ff.

4 *Von Arnauld*, Völkerrecht, 2012, Rn. 37.

5 Etwa *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 9. Aufl. 1997, Rz. 11 ff., dort auch gegen den Vorwurf des „Pseudorechts“; *Herdegen*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2014, § 1 Rz. 15 ff.

6 Eingehend dazu etwa *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rz. 18 ff.; *Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, Rz. 61 ff.; auch *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, § 2 Rn. 10 ff.

7 Etwa *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 20 Rn. 8; *Boas*, Public International Law, Contemporary Principles and Perspectives, 2012, 109.

8 *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 22. Zu denselben „Hilfsquellen“ *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 9. Aufl. 1997, §§ 33 und 34; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, § 14; ferner *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, 223 f. unter 4.7.

9 *Herdegen*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2014, § 21.

10 *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 9. Aufl. 1997, Rn. 12.

Themas Rechtsidentifikation und Funktion der Wissenschaft materiebezogene Unterschiede zu bestehen. Zustand und Entwicklungsgeschichte der verschiedenen Rechtsgebiete sind national und international unterschiedlich. Entsprechend unterschiedlich ist die Problematik der Rechtsidentifikation. Wegen des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* ist es hoffentlich kein großes Thema für Strafrechtler, doch mag das schon im Völkerstrafrecht anders sein. Aber auch für das Zivilrecht in seiner aktuellen und künftigen internationalen Dimension sollte sich aus dem Thema etwas herausholen lassen. Art. 38 lit. d IGH-Statut nennt u.a. Gerichtsentscheidungen und „die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“. Damit zeigt sich, wo zu suchen sein wird. Stets mag man dabei mitbedenken, dass nach *Bernd Rütters* „Methodenfragen immer auch Machtfragen“¹¹ sind.

II. Rechtsidentifikation als Entwicklungs- und Qualitätsproblem – Oder: Kodifikation und Rechtsstaat – sowie Funktion der Wissenschaft

1. Kodifikation und Rechtsidentifikation

a) Funktion der Kodifikation

In scheinbarem Gegensatz dazu kann man wohl sagen, dass Rechtsidentifikation an sich ein allgemeines Problem ist – aber abhängig von Entwicklungs- und Qualitätsstand. Zwei Beispiele mögen das veranschaulichen:

Vor den partikularen und dann nationalen Kodifikationen konnte man aus Gewohnheitsrechten und Digesten herauszufiltern versuchen, welche die anzuwendenden Rechtssätze sind¹². Ist das nicht Rechtsidentifikation in unserem Sinne? Juristische Fakultäten, also die Wissenschaft, spielten dabei sogar eine besondere Rolle. Man denke an die Aktenversendung¹³!

Anderes Beispiel: Vor dem Verwaltungsverfahrensgesetz wurde das Allgemeine Verwaltungsrecht von der Rechtsprechung entwickelt sowie von der Wissenschaft¹⁴. Ebenso ist das französische Verwaltungsrecht ein Werk der Rechtsprechung des Conseil d'État¹⁵. Bevor diese Entwicklungen gereift waren, gab es offenbar ein Problem der Rechtsidentifikation. Das heißt: Rechtsidentifikation ist eine Frage des Entwicklungsstandes, die insbesondere sehr mit der Frage der Kodifikation des Rechts zusammenhängt. Damit verbunden ist sodann eine Frage der Qualitätsanforderungen an die Rechtsordnung.

11 *Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, 485 im Nachwort zur 7. Aufl.

12 Zur Entwicklung vor den Kodifikationen *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, 2014, 73 ff.

13 Dazu *Oestmann*, Stichwort Aktenversendung, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte – HRG, I: Aachen – Geistliche Bank, 2. Aufl. 2008, Sp. 128-132.

14 Von einer „Gemeinschaftsleistung der Verwaltungsgerichte, des Gesetzgebers, der Verwaltungswissenschaft und – zuweilen übersehen – der Verwaltungspraxis“ spricht *Schmidt-Aßmann*, Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 1994, 137-156, 137. Wichtig früher *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973.

15 Vgl. nur *Velley*, Droit administratif, 9. Aufl., 2012, 4 no. 2, 200 f., no. 208.

Genau besehen hat das Problem, wengleich nicht der Terminus der Rechtsidentifikation, im Zivilrecht also große Tradition. Diese große Tradition hat auch ein großes Instrument hervorgebracht: die Kodifikation¹⁶. Was anderes als ein Mittel zur Hilfe bei der Rechtsidentifikation ist die Kodifikation? Ob preußisches Allgemeines Landrecht¹⁷, ABGB¹⁸, Code civil¹⁹, BGB²⁰ und so viele andere. Es ging zum einen um Vereinheitlichung, zum anderen aber auch um Klarheit²¹. *Anton Friedrich Justus Thibaut* hat dazu einst deutliche Worte gefunden²²:

„So ist also unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen voneinander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen. Aber auch eine vollendete Kenntniß dieses chaotischen Allerley führt nicht weit. Denn unser ganzes einheimisches Recht ist so unvollständig und leer, daß von hundert Rechtsfragen immer wenigstens neunzig aus den recipierten fremden Gesetzbüchern, dem Kanonischen und dem Römischen Recht, entschieden werden müssen.“

b) Rechtskultur

Auch Kodifikationen sind auszulegen und fortzuentwickeln. Aber die vorgelagerte Frage der Rechtsidentifikation lösen sie national wohl weitgehend. Allerdings fußt die rechtsidentifikatorische Funktion der Kodifikation auf einer einheitlichen Rechtskultur. Eine einheitliche Rechtskultur würde dann eine autonome Auslegung des Europarechts²³ und eine einheitliche Auslegung nach Art. 7 des UN-Kaufrechts²⁴ gestatten. Fehlt diese einheitliche Rechtskultur, so bleibt daher ein Problem der Rechtsidentifikation im weiteren Sinne. Dies ist für Europa bedeutsam: Zutreffend ist bisweilen darauf hingewiesen worden, dass die EU „keine homogene Juristenkultur“²⁵

16 Dazu etwa *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, 1985; *J.P. Schmidt*, Stichwort Kodifikation, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 986-990; *F. Bydliński/Mayer-Maly/Pichler* (Hrsg.), Renaissance der Idee der Kodifikation, Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992, 1991; *Zimmermann*, Codification: history and present significance of an idea, A propos the recodification of private law in the Czech Republic, ERPL 1995, 95-120.

17 Dazu *Hellwege*, Stichwort Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), ebd., 50-55.

18 Dazu *W. Doralt*, Stichwort Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), ebd., 41-45.

19 Dazu *Rehm*, Stichwort Code civil, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), ebd., 253-257.

20 *Haferkamp*, Stichwort Bürgerliches Gesetzbuch, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), ebd., 229-233.

21 *J.P. Schmidt*, Fn. 16, setzt den Akzent auf Klarheit und Einfachheit.

22 Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, 14, in: *Stern, Thibaut und Savigny*, Ein programmatischer Rechtsstreit aufgrund ihrer Schriften, 1914, Nachdruck 1959, 42.

23 Dazu etwa *Borchardt*, Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung, § 15 in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 32. In *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Aufl. 2010, wird getrennt zwischen *Pechstein/Drechsler*, § 8: Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, 224- 249 und *Riesenhuber*, § 11: Die Auslegung, 315-348, dort kurz 317-319 Rn. 4-8 zur autonomen Auslegung.

24 Dazu *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 88 ff.; *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 6. Aufl. 2013, Art. 7, 9 ff.

25 *Rusche*, Die Gesetzesauslegung und der Unionsgesetzgeber, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 153, 155.

hat und dass der „fehlende Binnenmarkt von Privatrechtsdogmatiken“²⁶ zu beklagen sei. Europäische Kodifikation erledigt das Problem der Rechtsidentifikation also nur unvollkommen. Sonst gilt: Die Kodifikation beantwortet – mehr oder weniger – das Problem der Identifikation, aber löst nicht die Frage der Auslegung und Fortbildung. Das führt wie angedeutet zu einer weiteren Frage.

Zum Europarecht ist kürzlich die These vertreten worden, es gebe im Grunde viele „nationale Unionsrechte“ und dies sei auch „kein Schaden“²⁷. An der Beschreibung ist vieles richtig, der vermeintlich Trost spendende Schluss ist jedoch höchst fragwürdig. Einheitlich gesetzte Normen ordnen Interessen einheitlich und müssen auch einheitlich angewandt werden²⁸. Sonst verfehlen sie die Funktion der einheitlichen Interessenordnung. Gerade deshalb gibt es das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV²⁹. Rechtskultur ist wichtig, aber kein Feigenblatt für Rechtsungleichheit. Daher ist Rechtsidentifikation eine bedeutsame Aufgabe.

2. Rechtsstaat und Rechtsidentifikation

Wie verhalten sich Rechtsstaat und Rechtsidentifikation zueinander? Erlaubt der Rechtsstaat offene Fragen und Probleme der Rechtsidentifikation? Oder gebietet er die Kodifikation? Einzelne europäische Verfassungen enthalten Kodifikationsgebote. So ist es zum Beispiel in den Niederlanden: Art. 107 der Grondwet bestimmt, dass Bürgerliches Recht, Strafrecht sowie Zivil- und Strafverfahrensrecht durch ein Gesetzbuch zu regeln sind, die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts durch ein Gesetz. Wir haben hier also einen verfassungsrechtlichen Kodifikationsauftrag. Er geht in seinem Kern auf das Jahr 1798 zurück³⁰ sowie die Verfassung von 1814, hinsichtlich des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf 1983. Mag im Hintergrund ursprünglich auch die Schaffung des Einheitsstaates gestanden haben³¹, so wird dieser Kodifikationsartikel in neuerer Zeit doch als „wichtiger Schutz für Rechtseinheit und Rechtssicherheit“ bezeichnet³². Diese Bestimmung dürfte Fragen der Rechtsidentifikation minimieren. Dies

26 Schmidt-Kessel, Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts – ein Plädoyer für einen Binnenmarkt der Privatrechtsdogmatiken, FS Blaurock, Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht (Hrsg.: Jung/Lamprecht/Blasek/Schmidt-Kessel) 2013, 401, 412 ff., auch 409.

27 Hatje/Mankowski, „Nationale Unionsrechte“, EuR 2014, 169; differenzierter *Classen*, Wie deutsch ist das Europarecht? Zum deutschen Einfluss auf das Unionsrecht und seine Grenzen, in: Kischel (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, Ergebnisse der 34. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 12. bis 14.9.2013 in Marburg, 2014, 93-125.

28 Kropholler, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, 281 f.; Linhart, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, 2005, die S. 2 sagt: „Wirkliche Harmonisierung des Rechts ist erst dann erreicht, wenn das Internationale Einheitsrecht von den nationalen Gerichten und Behörden auch einheitlich ausgelegt wird.“

29 Siehe etwa Streinz/Ehricke, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 6.

30 Vgl. Smits, De Bataafsche Staatsregeling en het burgerlijk recht: eenheid en diversiteit, in: van Kappen/Coppens (red.), De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, 2001, 183 ff.

31 Fleuren, in: Bovend'Eert u.a. (Hrsg.), Tekst en Commentaar Grondwet, 3. Aufl. 2009, art. 107.

32 Siehe die Begründung bei der Verfassungsreform: Tweede Kamer der Staten-Generaal, Zitting 1977–1978, 15 046 Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de regeling van delen van het recht in algemene wetboeken en tot opnemng van een bepaling inzake algemene regels van bestuursrecht, Nr. 3, Memorie van Toelichting, S. 4 (unter 2.).

mag verfassungsvergleichend gesehen ein Spezifikum sein, zeigt aber wohl die Bedeutung der Kodifikation für den Rechtsstaat. In Deutschland haben wir nichts dergleichen. Aber vielleicht ergibt sich etwas aus dem Rechtsstaatsgebot? Zu unterscheiden sind die Ebenen des nationalen Verfassungsrechts, des Europarechts und schließlich die globale.

a) Grundgesetz

Das Grundgesetz enthält in Art. 20 GG das Rechtsstaatsgebot. Und das BVerfG sagt: „Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit“³³. Hinsichtlich Bestimmtheitsgebot³⁴ und Vertrauensschutz³⁵ wird aber meist, wenn nicht stets, an staatliches Handeln gedacht. Nicht in einem strengen verfassungsrechtlichen, sondern nur in einem viel weiteren Sinne wird man wohl aus dem Rechtsstaatsgebot ein Gesetzgebungs- und Kodifikationsgebot in privatrechtlichen Bereichen herleiten können³⁶. Aber die Schaffung einer klaren Rechtsordnung ist als service public, Zivilrechtsetzung als Staatsaufgabe anzusehen³⁷.

b) Europarecht

Auch das Europarecht fordert Rechtsstaatlichkeit. Zu den „Werten“ der EU zählt nach Art. 2 EUV die Rechtsstaatlichkeit. Art. 3 EUV verspricht einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, Art. 19 EUV gibt dem Gerichtshof die Aufgabe der „Wahrung des Rechts“. Wirft man einen Blick in Kommentierungen zu Art. 2 EUV, so findet man dort einige Elemente der Rechtsstaatlichkeit kurz aufgezählt: – etwa: Legalität, Vertrauensschutz, Rückwirkungsverbot, Bestimmtheitsgrundsatz, Rechtsschutzgarantie³⁸ – oder: Gewaltenteilung, Immunität der Parlamentsabgeordneten, Rechtsschutz, Korruptionsbekämpfung, Menschenrechte³⁹. Die Diversität verwundert, die Rechtssicherheit wird hier, soweit zu sehen, nicht genannt. Sie ist aber sonst als europarechtlicher Grundsatz anerkannt⁴⁰. Hier scheint konkret noch vieles unsicher. Soweit die Kompetenzen reichen, ist aber auch von der EU Rechtssicherheit zu fordern. Unklare Texte und häufige Änderungen kollidieren damit. Kodifikation steht eher in einem Spannungsverhältnis zur Kompetenzordnung⁴¹.

33 BVerfG (3. Kammer des 2. Senats) 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, ZIP 2015, 335, 338 Rn. 24 m.w.Nachw.

34 *Huster/Rox*, in: Beck'scher Online Kommentar GG (Stand: 1.12.2014), Art. 20 GG Rz. 182.

35 *Huster/Rox*, in: Beck'scher Online Kommentar GG (Stand: 1.12.2014), Art. 20 GG Rz. 184.

36 Zu Gesetzgebungsaufträgen im Bereich des Arbeitsrechts in Art. 157 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung und Art. 30 Einigungsvertrag siehe *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 5 Rn. 4; s.a. *Wroblewski*, Sachstand „Arbeitsvertragsgesetz“ – Verwirklichungschancen einer Kodifikation, rechtspolitische Gemengelage und Positionen, NZA 2008, 622-626.

37 Vgl. *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 27 f.

38 So *Streinz/Pechstein*, Fn. 29, Art. 2 EUV Rn. 6.

39 So *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EUV Rn. 35.

40 Vgl. *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 776.

41 Zu Kompetenzfragen und Europäischem Privatrecht s. schon *Remien*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, 700, 704 ff.

c) Globale Ebene

Auf der globalen Ebene ist der Rechtsstaat eher ein bloßes Ziel. Deutschland betreibt mit vielen Staaten vom Südkaukasus bis China einen Rechtsstaatsdialog⁴². In diesem werden diverse Themen behandelt. Die Absichtserklärung mit Vietnam für 2012 bis 2014 etwa sah die „Weiterentwicklung und Verbesserung der Gesetze“ in diversen Bereichen, die Erhöhung der Leistungsfähigkeit der justiziellen Institutionen, die Stärkung des Rechtsbewusstseins und weiteres vor⁴³. Global scheint der Rechtsstaat mehr westliches Wunschziel als Rechtsgebot. Der „Global Commercial Code“ ist nur eine – auf tatsächlichen Erfolgen des Einheitsrechts beruhende – interessante wissenschaftliche Idee⁴⁴, nicht Rechtsgebot.

3. Funktion der Wissenschaft

Was ist die Funktion der Rechtswissenschaft? Diese große Frage ist ein Thema für sich⁴⁵. Ich gehe hier davon aus, dass die Rechtswissenschaft auch Gesetzgebung und Rechtsanwendung dienlich sein will. Sie strebt nach Erkenntnis und ist nicht Praxis, will aber im Dienste der Menschen helfen, auch die Praxis des Rechts zu verbessern. Sie steht also nicht allein.

Eine Rechtsordnung weist vielmehr verschiedene Arten von Akteuren auf, die gemeinsam deren Infrastruktur bilden⁴⁶. Eine mehr oder weniger große Rolle kann dabei die Wissenschaft haben, um deren Funktion es bei unserem Thema geht. Aber die Akteure interagieren. Daher sind jedenfalls kurz auch die anderen Akteure anzusprechen. Dies bedeutet, dass jedenfalls auch die Gesetzgebung sowie die Rechtsprechung staatlicher Gerichte oder von Schiedsgerichten zu berücksichtigen sind⁴⁷. Hinsichtlich der Funktion der Wissenschaft kann man beschreibend nach dem Stand und dynamisch nach den Perspektiven fragen. Beides scheint mir erforderlich. Daher geht es zunächst um eine Bestandsaufnahme (III.–V. und VI. 1), sodann um eine Aufgabenbeschreibung (unten VI. 2).

42 Zu China *Katja Levy*, Der Deutsch-Chinesische Rechtsstaatsdialog, Die konstruktivistische Untersuchung eines außenpolitischen Instruments, Baden-Baden 2010.

43 Gemeinsame Absichtserklärung zwischen dem Bundesministerium der Justiz der Bundesrepublik Deutschland und dem Ministerium der Justiz der Sozialistischen Republik Vietnam zur Zusammenarbeit im Rahmen des Rechtsstaatsdialogs (Zeitraum 2012-2014), verfügbar auf der Internetseite der deutschen Botschaft in Hanoi, <http://www.hanoi.diplo.de>.

44 Dazu – anknüpfend an einen Vortrag des damaligen UNCITRAL-Sekretärs *Gerold Herrmann-Bonell*, Do We Need a Global Commercial Code?, *Dickinson Law Review* 106 (2001) 87-100; aus der Sicht des elektronischen Handels *Hettenbach*, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Verwendung elektronischer Mitteilungen bei internationalen Verträgen, 2008, 281-285.

45 Einige Überlegungen bei Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, Hamburg 9.11.2012. Diverse Reaktionen dazu in der Juristenzeitung, Heft 14/2013, ferner *Lindner*, Desiderate an die deutsche Staatsrechtslehre, *JZ* 2015, 589-596.

46 Zur europäischen juristischen Infrastruktur bereits *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege, *ZfRvgl.* 1995, 116 ff., 123 ff.; das „Fehlen einer mentalen Infrastruktur“ beklagt *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1995, 42.

47 Zu verschiedenen Akteuren als Elementen einer europäischen juristischen Infrastruktur schon *Remien*, ebd., *ZfRvgl.* 1995, 116 ff., 123 ff.

4. Materien

Dies alles vorausgeschickt können wir uns den hier zu besprechenden Materien zuwenden. Sie sind in ganz unterschiedlichem Entwicklungsstand. Nach dem eben Ausgeführten bedeutet dies, dass sich auch das Identifikationsproblem recht unterschiedlich stellt. Vor der Detailbetrachtung scheint ein knapper Überblick nützlich. Drei Hauptbereiche möchte ich hier kurz betrachten:

Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht sind inzwischen in der EU⁴⁸ oder national relativ weithin kodifiziert. Aber europäische Kodifikation ist wohl etwas anderes als nationale Kodifikation. Insoweit haben wir, wie gezeigt, auch hier wohl ein Problem der Rechtsidentifikation (näher sogleich III.).

Europäisches Privatrecht verstanden als von der EU gesetztes materielles Recht ist in der Entwicklung, expandiert aber⁴⁹. Das Problem besteht wohl auch hier (dazu IV.).

Im Internationalen Handelsrecht als einheitlichem Privatrecht des weltweiten Handels⁵⁰ ist die Lage noch eine andere – vielleicht ähnlich oder noch schwieriger als im Völkerrecht. Betrachten wir also diese Bereiche (dazu V.).

III. Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht

1. Lage

Das Internationale Privatrecht, verstanden als Kollisionsrecht, Verweisungsrecht oder Rechtsanwendungsrecht, ist der Quelle nach bekanntlich oft nicht international⁵¹. Es hatte in Deutschland früher im EGBGB nur eine einseitige und unvollständige Regelung gefunden. Die deutsche IPR-Reform von 1986 hatte diesem Zustand abgeholfen. Klassisch hat zuvor und dabei die Wissenschaft eine wesentliche Rolle eingenommen. Das deutsche Bundesjustizministerium wird dabei seit Jahrzehnten vom Deutschen Rat für Internationales Privatrecht unterstützt⁵². In Frankreich mit der ganz rudimentären Regelung einiger Kollisionsrechtsgrundsätze im Code civil⁵³ hatte neben der

48 Zu Stand und Perspektiven *R. Wagner*, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2015, 1796-1802.

49 Dazu etwa Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2. Aufl. 2010; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 3. Aufl. 2012; Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013; *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht, 2015.

50 Elemente etwa in *Cachard*, Droit du commerce international, 2008, 266 ff., 376 f.; *Racine/Siirianinen*, Droit du commerce international, 2007, 191ff, 326 ff. Die deutsche Literatur hierzu ist spärlich und zerstreut, allerdings gibt es diverse Kommentierungen unterschiedlicher Übereinkommen, etwa *Ferrari* u.a., Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO – CISG – CMR – FactÜ, 2012.

51 Vgl. nur *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, 8.

52 Kurz dazu *R. Wagner*, 50 Jahre Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, IPRax 2004, 1-2. Einige „Stellungnahmen und Gutachten“ oder „Vorschläge und Berichte“ sind in der Reihe Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht veröffentlicht, siehe etwa Sonnenberger (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht, 2007.

53 Siehe Art. 3 Code civil.

Wissenschaft⁵⁴ die Cour de cassation eine eminente Rolle beim Ausbau des Internationalen Privatrechts⁵⁵. Durch die Einführung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁵⁶ hat seit über zehn Jahren die EU eine wesentliche Rolle in diesem Bereich übernommen. Auf einigen Vorläufern fußend hat sie inzwischen ein ganzes Geflecht von Verordnungen erlassen – im Prozessrecht wie im eigentlichen Internationalen Privatrecht.

2. EuIZVR

Das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen von 1968 (EuGVÜ)⁵⁷ ist inzwischen durch Verordnungen (EuGVVO) von 2001⁵⁸ und 2012⁵⁹ ersetzt worden. Hinzu sind diverse weitere Verordnungen getreten⁶⁰. Im europäischen IZVR haben wir also ein beachtliches Netz an Gesetzgebung durch Verordnungen. Das sind keine Kodifikationen, aber immerhin. Was wir jedoch sonst haben, fehlt hier: Der gemeinsame Rechtsstab mit gemeinsamer Rechtskultur⁶¹. Daher kann man wohl auch hier von einem Problem der Rechtsidentifikation sprechen.

Bei EuGVÜ und EuGVVO spielt die Wissenschaft eine beachtliche Rolle. Legendär ist der *Jenard*-Bericht zum Übereinkommen⁶², der in den Anfangsjahren eine erhebliche Rolle gespielt hat. Diverse Kommentare werden einem sogleich einfallen, in Deutschland derjenige von *Kropholler* mit Pionierfunktion⁶³, in Frankreich das Werk von *Hélène Gaudemet-Tallon*⁶⁴. Es handelt sich aber meist um nationale Werke oder Kommentierungen. Eine Ausnahme sind die von *Magnus* und *Mankowski* herausgegebenen Kommentierungen zur Brüssel I- sowie Brüssel II- und IIa-Verordnung in der

54 Bea. auch das Comité français du droit international privé und seine Travaux, regelmäßig publiziert bei L.G.D.J.

55 „C'est à la jurisprudence qu'on doit la plus grande partie des règles du droit international privé“, sagt *Gutmann*, *Droit international privé*, 5. Aufl. 2007, 8 no. 9; s. ferner *Bureau/Muir Watt*, *Droit international privé*, tome I: *Partie générale*, 1. Aufl. 2007, 49 no. 31.

56 Überblick bei *Remien*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: Behrens/Kotzur/Lammers (Hrsg.), *Sechs Dekaden europäischer Integration – eine Standortbestimmung*, Symposium anlässlich des 60-jährigen Bestehens der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg, 2015, 93-110.

57 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 1968 C 27/1 ff.

58 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1-23.

59 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2012 L 351/1-32.

60 Nachweise bei *Remien*, Fn. 56, 105 f.; siehe auch *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Aufl. 2014, 43 ff. Rn. 112 ff.

61 Eine erfreuliche, aber natürlich unvollkommene informationelle Brücke stellt dar: <http://www.conflictoflaws.net>.

62 Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von *P. Jenard*, ABl. EG 1979 C 59/1-65.

63 Jetzt *Kropholler/von Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 10. Aufl. 2015; über beachtlichen Einfluss in Österreich *Neumayr*, *EU-Verordnungen im IZVR und richtlinienkonforme Interpretation in der Praxis der österreichischen Gerichte, Die Auswirkungen von Europäisierung und Konstitutionalisierung des Rechts in der (Höchst-)gerichtspraxis*, in: 8. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz: *Die österreichischen Höchstgerichte und die Europäischen Gerichtshöfe zwischen Recht, Wirtschaft und Politik*, 2012, 84, 94.

64 *Gaudemet-Tallon*, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5. Aufl. 2015.

Reihe „European Commentaries on Private International Law“⁶⁵: „For the first time this will be done by a team of leading experts from almost all EU member states. The close cooperation among them will initiate a new specific European style of commenting on European enactments merging the various and thus far nationwide differing methods of interpretation of legislative acts.“, sagt die Verlagswerbung. Das wird nicht leicht einzuhalten sein. Die 20 Kommentatoren kommen bei der Brüssel I-VO aus dreizehn verschiedenen europäischen Ländern, vier davon aus Spanien und die zwei deutschen Herausgeber, bei der Brüssel II-VO aus 6 europäischen Ländern mit vier Deutschen, zwei Engländern und zwei Benelux-Ansässigen⁶⁶. Ob die einzelnen Kommentierungen so europäisch zugeschnitten sind wie versprochen, mag in Rezensionen untersucht werden. Ferner ist die Literatur zum europäischen IZVR mindestens in einigen Sprachen auch ansonsten durchaus reichhaltig.

In der Judikatur hat der EuGH diverse wichtige Entscheidungen geliefert⁶⁷. Vieles ist dabei anerkannt und gut, aber partiell sind die Entscheidungen auch von unterschiedlicher Qualität. Gelegentlich sind sie durchaus formalistisch⁶⁸. Manche halten sie für sehr integrationsbezogen⁶⁹. Berührt ist die alte Entscheidung *Rösler gegen Rottwinkel* zur Ferienhausmiete – der Bielefelder Vermieter musste gegen den Berliner Mieter seiner italienischen Ferienwohnung in Italien klagen⁷⁰. Der Gesetzgeber musste eingreifen⁷¹. Anerkannt und bewährt ist etwa *Mines de potasse d'Alsace*⁷² zum Deliktsgerichtsstand, über die Einschränkung durch *Shevill*⁷³ mag man streiten. Die alte *lex causae*-Rechtsprechung zum Erfüllungsortsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 hat zu einer partiellen Änderung der Norm geführt. Der Klägergerichtsstand des Geschädigten eines Verkehrsunfalls für Direktklagen gegen den ausländischen Versicherer des Unfallverursachers ist als „Danaergeschenk“ bezeichnet worden⁷⁴. Die neuesten Entscheidungen zum Verbrauchergerichtsstand scheinen diesen zu sehr auszudehnen⁷⁵. In den Worten eines Richters des österreichischen OGH waren die EuGH-Entscheidungen zum Ausrichten der Tätigkeit eines Unternehmers auf den Verbraucherstaat „nicht von exorbitanter Hilfe“⁷⁶.

Insgesamt ist die Rechtsprechung wohl von zufriedenstellender Qualität, aber – natürlich – nicht stets überzeugend. Dafür, dass der EuGH ein Generalist ist, kann man aber ganz zufrieden sein. Die Literatur ist zuweilen kritisch. Manchmal ist sie aber auch für

65 Magnus/Mankowski (Hrsg.), *Brussels I Regulation*, 2. Aufl. 2012; dies. (Hrsg.), *Brussels II bis Regulation*, 2012.

66 Vgl. die Autorenverzeichnisse in den beiden Werken.

67 Überblick bei *Coester-Waltjen*, *Die Rolle des EuGH im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, in: *Kieninger/Remien* (Hrsg.), *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, 2012, 77 ff., 82 ff.

68 Siehe schon *Remien*, *Über den Stil des europäischen Privatrechts, – Versuch einer Analyse und Prognose* –, *RabelsZ* 60 (1996) 1, 18.

69 *Heß*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 3 Rz. 7 ff.

70 EuGH 15.1.1985 – Rs. C-241/83 (*Rösler/Rottwinkel*), *Slg.* 1985, I-00099 = ECLI:EU:C:1985:241.

71 Siehe auch schon *Remien*, Fn. 68, 18.

72 EuGH 30.11.1976 – Rs. C-21/76 (*Mines de potasse d'Alsace SA*), *Slg.* 1976, I-01735 = ECLI:EU:C:1976:21.

73 EuGH 7.3.1995 – Rs. C-68/93 (*Shevill*), *Slg.* 1995, I-00415 = ECLI:EU:C:1995:61.

74 *Jayme*, *Der Klägergerichtsstand für Direktklagen am Wohnsitz des Geschädigten* (Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 EuGVO): Ein Danaergeschenk des EuGH für die Opfer von Verkehrsunfällen, in: *FS von Hoffmann*, 2011, 656 ff.

75 *Kieninger*, *Grenzenloser Verbraucherschutz?* *FS Magnus*, 2014, 449 ff.; *Rühl*, *Grenzüberschreitender Verbraucherschutz: (Nichts) Neues aus Brüssel und Luxemburg?*, in: *Zwischenbilanz*, *FS Coester-Waltjen*, 2015, 697-711, 710.

76 *Neumayr*, Fn. 63, 84, 92.

mein Empfinden zu zurückhaltend. Es kommt durchaus vor, dass auch renommierte Autoren nach dem Aufwerfen eines Problems schreiben: Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH entscheiden wird. Richtig wäre es wohl, dem EuGH zu sagen, wie er entscheiden sollte! Auf die Problematik ist zurückzukommen! Die Rechtsprechung wird in einer Datenbank zu erfassen versucht⁷⁷.

3. EuIPR

Die Europäisierung des IPR ist insgesamt ein großer Fortschritt⁷⁸. Allerdings beseitigt sie ein Kernproblem des IPR immer noch nicht, reduziert es bloß: die fehlende Internationalität. Das europäische IPR für Deutschland, das kalifornische und das thailändische IPR bleiben immer noch unterschiedlich, finden ggf. aber auf ein und denselben Fall Anwendung, wenn er nur vor die jeweiligen Gerichte kommt. Wir haben dann kein Identifikations-, sondern ein Divergenzproblem. Wenn die IPR-Normen verschieden sind, kann es zu hinkenden Rechtsverhältnissen kommen⁷⁹: Hier verheiratet, dort nicht, hier Erbe, dort nicht, hier Name A, dort Name B. Da ist es wenig erstaunlich, dass der EuGH im Namensrecht jedenfalls für Europa interveniert hat – *Garcia Avello*⁸⁰, *Grunkin Paul*⁸¹ etc. Diese neue Methode der gegenseitigen Anerkennung aber ist ein Kapitel für sich⁸².

Im EuIPR ist die Entwicklung weniger weit vorangeschritten als im EuIZVR, doch hat das IPR im vergangenen Jahrzehnt wesentlich aufgeholt. In einigen Bereichen herrscht aber immer noch das nationale Kollisionsrecht und gibt dort Anlass zu Reformen, etwa bei Zwangsehen⁸³, gleichgeschlechtlichen Verbindungen⁸⁴ oder anderem. An die Stelle des Römer EVÜ ist die Rom I-VO getreten, die Rom II-VO zu den außervertraglichen Schuldverhältnissen ist noch vorangegangen. Weitere Verordnungen sind gefolgt⁸⁵. Inzwischen ist von Kodifikation die Rede. *Paul Lagarde* hat dazu einen „Embryon“ vorgelegt⁸⁶, *Leible/Unberath* haben eine Tagung zur „Rom 0-VO“ organisiert und publiziert⁸⁷.

77 JURE – gerichtliche Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, <http://eur-lex.europa.eu/collection/n-law/jure.html>.

78 Für Europäisches Kollisionsrecht bereits *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277-284, 281.

79 Allgemein dazu *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, 140, auch 384.

80 EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613 = ECLI:EU:C:2003:539.

81 EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-07639 = ECLI:EU:C:2008:559.

82 Dazu etwa *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des europäischen Rechtsraums, *RabelsZ* 70 (2006) 651 ff.; *Basedow*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im internationalen Wirtschaftsverkehr, in: *FS Martiny*, 2014, 243 ff. Rechtsgebiete übergreifend *Classen*, Gegenseitige Anerkennung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, in: *Verfassung und Verwaltung in Europa*, *FS Schwarze*, 2014, 556-576.

83 Dazu *Fulchiron*, Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés, *Qui mal embrasse, trop étirent*, *J.C.P.* (éd. gén.) 2015 Chr. 171 p. 267.

84 In Frankreich nun Art. 202-1 Code civil in der Fassung der loi no. 2014-873, in Deutschland Art. 17b EGBGB.

85 Überblick bei *Prütting/Wegen/Weinreich/Mörsdorf-Schulte*, BGB, 10. Aufl. 2015, Art. 3 EGBGB Rn. 18.

86 *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, abgedruckt *RabelsZ* 75 (2011) 673-676 mit Kurzbericht von *Basedow*, Kodifizierung des europäischen Internationalen Privatrechts?, ebd. 671-672, und auch *Fallon/Lagarde/Peruzzetto* (Hrsg.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, 2012, 365 ff.

87 *Leible/Unberath* (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013.

Der EuGH ist in diesem Bereich lange von geringerer Bedeutung gewesen⁸⁸ und hat auch bisher nur wenige Entscheidungen gefällt. In *Intercontainer Interfrigo* ging es u.a. um die Ausweichklausel bei Transportverträgen⁸⁹. Die Entscheidung wird unterschiedlich interpretiert⁹⁰. In der arbeitsrechtlichen Rechtsache *Koelzsch* hat der EuGH recht überzeugend den Ort der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit zugunsten des Arbeitnehmers weit ausgelegt und bei Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten zum Zuge kommen lassen, denn sonst wäre an das Recht des Arbeitgebers angeknüpft worden⁹¹. In *Haeger & Schmidt* hat der EuGH sich zur Spedition geäußert⁹²; sie sei an sich kein Transportvertrag und die transportvertragliche Kollisionsnorm sei „nur dann auf einen Speditionsvertrag anwendbar, wenn dessen Hauptgegenstand die eigentliche Beförderung des betreffenden Gutes ist, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist“. Ob damit aber viel gewonnen ist? Es „mangelt an der wünschenswerten Klarheit“, ist treffend bemerkt worden⁹³. Gar: „Der EuGH fremdelt offensichtlich mit der unvertrauten Materie“⁹⁴. Im Handelsvertreterrecht hat der EuGH in der berühmten Rechtssache *Ingmar* den Ausgleichsanspruch für international zwingend erklärt, ohne überhaupt kollisionsrechtliche Erwägungen anzustellen⁹⁵; man hat den Eindruck, er hat die IPR-Frage nicht einmal bemerkt. In der neuen Rechtsache *UNAMAR* hat er dann schön auf EVÜ und Rom I-VO hingewiesen⁹⁶.

Für eine Beurteilung der Qualität der IPR-Entscheidungen des Gerichtshofes mag es noch zu früh sein. Ungetrübte Freude ist aber nicht am Platze⁹⁷. Man wird davon ausgehen können, dass die EuGH-Entscheidungen weithin Beachtung finden – das wird aber nur funktionieren, wenn sie auch einigermaßen klar sind. Daran fehlt es indes. Die Rechtsidentifikation durch die Wissenschaft wird umso wichtiger, aber auch umso schwieriger, je weniger klar die Entscheidungen des EuGH sind.

Aber auch in den nationalen Rechtsprechungen findet man durchaus unterschiedliche Entwicklungen. So wird etwa der internationale Verbraucherschutz nach Art. 6 Rom I-VO in seinem Verhältnis zu Eingriffsnormen nach Art. 9 der Verordnung von den deutschen und den französischen Stimmen durchaus unterschiedlich bewertet⁹⁸ – und wenn ich recht sehe, so ignoriert man dies auch noch weithin, leider auch in der Wissenschaft. Damit aber vernachlässigt diese ihre Aufgabe der Rechtsidentifikation: Sie muss gerade bei einheitlichen europäischen Normen gemeineuropäisch vorgehen. Die Diskurszusammenhänge aber sind noch überwiegend national. Bei den Eingriffs-

88 Treffend *Coester-Waltjen*, Die Rolle des EuGH im internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in: Kieninger/Remien, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, 2012, 77, 98.

89 EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08 (*Intercontainer interfrigo* (ICF)), Slg. 2009, I-09687 = ECLI:EU:C:2009:617.

90 Siehe näher *Remien*, Engste Verbindung und Ausweichklauseln, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? 2013, 223, 237 mit Nachweisen.

91 EuGH 15.3.2011 – Rs. C-29/10 (*Koelzsch* gegen Großherzogtum Luxemburg), Slg. 2011, I-01595 = ECLI:EU:C:2011:151.

92 EuGH 23.10.2014 – Rs. C-305/13 (*Haeger & Schmidt*), ECLI:EU:C:2014:2320.

93 *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs, IPRax 2015, 1, 29.

94 Ebd. 30.

95 EuGH 9.11.2000 – Rs. C-381/98 (*Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc*), Slg. 2000, I-09305 = ECLI:EU:C:2000:605.

96 EuGH 17.10.2013 – Rs. C-184/12 (*Unamar*), ECLI:EU:C:2013:663.

97 Kritisch und mangelnde Stabilität diagnostizierend *Azzi*, La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire, in: Les relations privées internationales, Mélanges Audit, 2014, 43-58, 52.

98 Siehe auch *PWW/Remien*, Fn. 85, Art. 9 Rn. 3.

normen halten europaweit gesehen etliche an der Schuldstatutstheorie fest, die stets die Eingriffsnormen der *lex causae* beruft⁹⁹, während in Deutschland meistens – wenn gleich nicht von allen – der Sonderanknüpfung gefolgt wird. Letzteres halte ich nach wie vor für richtig¹⁰⁰. Was zu kurz kommt, ist das europäische Stimmenkonzert – in allen Richtungen. Nicht zur Schuldstatutstheorie, aber zu fremden Eingriffsnormen wird der EuGH auf Vorlage des BAG in der Sache der griechischen Lehrer zu entscheiden haben¹⁰¹. Spannend kann es zudem werden, wenn im Sommer 2015 die europäische Erbrechtsverordnung in Kraft getreten sein wird¹⁰². Sie knüpft grundsätzlich an den gewöhnlichen Aufenthalt an¹⁰³. Wird der gemeineuropäisch einheitlich ausgelegt werden? Darauf sollten Wissenschaft und Praxis gemeinsam achten. Es ist essentiell. Ein österreichischer OGH-Richter ist skeptisch¹⁰⁴.

In Sachen EuIPR hat *Wulf-Henning Roth* den Einflussverlust der nationalen Rechtswissenschaft bereits deutlich thematisiert¹⁰⁵. Zu fragen wird sein, wie die Rechtswissenschaft künftig ihre Aufgaben wahrnehmen kann. Ein kurzer englischsprachiger Kommentar deutschsprachiger Autoren zur Rom I- und Rom II-Verordnung liegt bereits länger vor¹⁰⁶ und wurde jüngst deutlich erweitert¹⁰⁷, ein weiterer mit einer italienischen Autorin ist soeben erschienen¹⁰⁸, ein größerer europäischer zur Rom I-Verordnung soll, so heißt es, nun vielleicht im März erscheinen¹⁰⁹, ein Band zur Rom II-Verordnung ist angekündigt¹¹⁰. In Deutschland gibt es eine Flut von Kommentierungen zu den Rom-Verordnungen, vor allem in den zahlreichen BGB-Kommentaren. Rechtsprechung von Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten findet man darin nach meinem Eindruck wenig. Europäische Rechtsquellen, aber nationale Diskurse sind gerade für das IPR ein seltsamer Befund.

99 Etwa *Lando/Nielsen*, The Rome I Regulation, CMLRev. 45 (2008) 1687-1725, 1719.

100 Vgl. *Remien*, Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. 7 Römer Übereinkommen, in: FS von Hoffmann, 2011, 334-347.

101 BAG Beschl. v. 25.02.2015, Az. 5 AZR 962/13 (A), NZA 2015, 542, beim EuGH nun Rs. C-135/15 Nikiforidis, ABl. 2015 C 198/19.

102 Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. EU 2012 L/107; dazu etwa Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014.

103 Dazu etwa *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, IPRax 2015, 39-46.

104 „Wenig zu erwarten ist auch von Vorabentscheidungsersuchen, die auf eine nähere Klärung des Begriffs des „gewöhnlichen Aufenthalts“ gerichtet sind, so wünschenswert hier eine konkrete Antwort wäre.“ *Neumayr*, (oben Fn. 63) 92.

105 *W.-H. Roth*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung: Überblick – Kompetenzen – Grundfragen, in: Kieninger/Remien, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, 2012, 11, 12.

106 Callies (Hrsg.), Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, 2011.

107 Callies (Hrsg.), Rome Regulations, Commentary, 2. Aufl. 2015.

108 Ferrari (Hrsg.), Rome I Regulation, Pocket Commentary, 2015.

109 Magnus/Mankowski (Hrsg.), Rome I Regulation, angekündigt für 2016.

110 Magnus/Mankowski (Hrsg.), Rome II Regulation, angekündigt für 2016.

IV. Europäisches Privatrecht

Auch auf das Europäische Privatrecht ist kurz einzugehen.

1. Status quo

Der AEUV sagt hierzu kaum etwas. Durch Richtlinien und seltener Verordnungen ist in den Bereichen des Verbraucher- und Unternehmensrechts aber eine beachtliche, allerdings eher punktuell ausgeprägte Regelungsmasse entstanden¹¹¹. Der EuGH spielt auch hier seine Rolle. Bei den verschiedenen Rechtsakten ist diese jedoch sehr unterschiedlich – manche kommen kaum, manche durchaus öfter zum EuGH¹¹². Er entscheidet auch nicht immer *in dubio pro consumatore*, wie gemeint worden war¹¹³, man beachte etwa die Entscheidung in Sachen *easyCar*: Kein Fernabsatzwiderruf bei Automiete, da Fahrzeugmiete dem ausgeschlossenen Transportvertrag ähnelt¹¹⁴. Für eine umfangreiche Rechtsprechungsanalyse ist hier nicht der Raum. Aber einige Entscheidungen können herausgegriffen werden. Bei der Frage des Haustürwiderrufs der Bürgschaft hat der EuGH in *Dietzinger*¹¹⁵ mit der Forderung von doppeltem Haustürgeschäft und doppeltem Verbrauchergeschäft ein „Ja, aber“ gesagt und somit „Steine statt Brot“ gegeben¹¹⁶. Aber der EuGH kann auch kühn sein, so zur Fluggastrechte-VO mit der Dekretierung des Ausgleichsanspruchs auch bei Verspätung¹¹⁷. Aus deutscher Sicht unspektakulär ist manche Entscheidung zur Klauselrichtlinie, vor allem zu der Anwendung der Klauselkontrolle von Amts wegen. Für andere Mitgliedstaaten sieht dies ganz anders aus. Bei der Generalklausel hält der EuGH sich zurück¹¹⁸ – leider wohl.

Zum europäischen Privatrecht hat der EuGH zum Teil verwaschene Entscheidungen geliefert. Ein- und Ausbaurkosten¹¹⁹ sollen von der Nacherfüllung umfasst sein, eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Kosten soll nicht entgegengehalten werden können, nur die relative – aber eventuell soll den Käufer eine „Kostenbeteiligung“ treffen (Erw. 74 ff.), sagt der EuGH – doch wieso und nach welchen Kriterien? Wird ein Darlehen als Haustürgeschäft widerrufen¹²⁰, so ist die Darlehensvaluta zurückzuzahlen,

111 Siehe etwa die oben Fn. 49 Genannten.

112 Dazu *Remien*, Die Auslegung privatrechtlicher Richtlinien und Verordnungen durch die deutschen Gerichte und den Europäischen Gerichtshof im Bereich des Verbraucher- und Verbraucherschutzes, in: 8. Fakultätstag, oben Fn. 63, 67 ff.

113 *Rösler*, Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis, *RabelsZ* 71 (2007) 496-526, 496, 507, 512, 518.

114 EuGH 10.3.2005 – Rs. C-336/03 (*easyCar/Office of Fair Trading*), *Slg.* 2005, I-01947 = ECLI:EU:C:2005:150.

115 EuGH 17.3.1998 – Rs. C-45/96 (*Dietzinger*), *Slg.* 1998, I-01199 = ECLI:EU:C:1998:11.

116 *Reinicke/Tiedtke*, *Kreditsicherung*, 5. Aufl. 2006, Rz. 461. Ob dies auch nach der neuen Verbraucherrechtlichrichtlinie noch gilt, wird diskutiert, dazu etwa *J. Hoffmann*, Personalsicherheiten als Außergeschäftsraumverträge, *ZIP* 2015, 1365-1374, wohl zu sehr problematisierend *P. Meier*, Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich? Eine Untersuchung zu Inhalt und Reichweite des § 312 Abs. 1 BGB n.F., *ZIP* 2015, 1156-1163.

117 EuGH 19.11.2009 – verb. Rs. C-408/07 und C-432/07 (*Sturgeon*), *Slg.* 2009, I-10923 = ECLI:EU:C:2009:716.

118 Seit EuGH 1.4.2004 – Rs. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*), *Slg.* 2004, I-3403 = ECLI:EU:C:2004:209.

119 EuGH 16.6.2011 – Rs. C-65/09 (*Gebrüder Weber*), *Slg.* 2011 I-05257 = ECLI:EU:C:2011:396.

120 EuGH 25.10.2005 – Rs. C-350/03 (*Schulte*), *Slg.* 2005, I-09215 = ECLI:EU:C:2005:637, und EuGH 25.10.2005 – Rs. C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank*), *Slg.* 2005, I-2973 = ECLI:EU:C:2005:640.

dem steht die alte Haustürwiderrufsrichtlinie nicht entgegen – aber die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, die Verbraucher zu schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen (Nr. 3 Absatz 2 des Tenors). Aber nach welchen Regeln und in welchem Umfang? In Deutschland griff man dann zur culpa in contrahendo¹²¹. Man hat beinahe den Eindruck, der EuGH traute hier seinen eigenen Entscheidungen nicht so ganz und hat dann noch vage Abmilderungen eingebaut. Das tut er aber nicht immer explizit. Im Vulkanasche-Fall *McDonagh ./ Ryanair*¹²² musste *Ryanair* die Urlaubsverlängerung von Frau *McDonagh* in Portugal bezahlen, jedenfalls soweit die Kosten „angemessen“ sind. Was soll aber da nun angemessen sein? Insgesamt gibt es einen hohen Unsicherheitsgrad. Manchmal erscheint der EuGH als Orakel.

Ein weiteres Problem bei der privatrechtlichen Rechtsprechung des EuGH scheint mir zu sein, dass sie sehr unterschiedliche Resonanz in den verschiedenen Mitgliedstaaten findet. Die Schrottimmobilien waren ein deutsches Problem, im Kaufrecht gibt es einige deutsche Vorlagen, die AGB-Kontrolle von Amts wegen überrascht in Deutschland niemanden, wohl aber in Spanien, den Niederlanden und zum Teil in Osteuropa¹²³, Fremdwährungsdarlehen scheinen ein osteuropäisches und vielleicht österreichisches Problem. Übrigens fällt auf, dass einige Entscheidungen des EuGH sozusagen durch spätere Richtlinienänderungen aufgehoben worden sind. Dies gilt etwa für die so genannte *Heininger* Rechtsprechung¹²⁴ zum unbefristeten Widerrufsrecht – die VR-RL hat eine Frist eingeführt¹²⁵.

Und die Wissenschaft? Es gibt verschiedene Lehrbücher zum Europäischen Privatrecht¹²⁶. Sie sind sehr unterschiedlich. Wenn man bedenkt, dass es sich meist ja um bloße Richtlinien handelt, ist eine unterschiedliche Herangehensweise auch durchaus naheliegend. Nur sind die Richtlinien heute so detailliert wie Verordnungen oder nationale Gesetze. Hier liegt einer der heutigen europäischen Widersprüche. Es gibt einige europäische Casebooks¹²⁷. Ab 1992 sind europäische Zeitschriften zum Privatrecht gegründet worden¹²⁸. Zu einem erheblichen Teil sind sie rechtsvergleichend orientiert, nur zu einem Teil europarechtlich.

Wie liegt es mit der Rechtsidentifikation? Zur Klauselrichtlinie hatte die Kommission ein Datenbankprojekt initiiert: CLAB Europa. Die Datenbank war online verfügbar¹²⁹.

121 Siehe etwa *Oechsler*, Die culpa in contrahendo wegen der unterbliebenen Haustürwiderrufsbelehrung, NZG 2008, 368-370.

122 EuGH 31.1.2013 – Rs. C-12/11 (Denise McDonagh/Ryanair Ltd), ECLI:EU:C:2013:43.

123 Aus niederländischen Sicht *Hartkamp*, European Law and National Private Law, 2012, 153 ff. Nr. 187 f., 205 ff. Nr. 251 ff.

124 EuGH 13.12.2001 – Rs. C-481/99 (Heininger), Slg. 2001 I-09945 = ECLI:EU:C:2001:684.

125 Zu Ungereimtheiten des „ewigen Widerrufsrechts“ im deutschen Recht *Gsell*, Europäischer oder nationaler oder systematischer Verbraucherschutz? – Defizite sachlicher Normlegitimation bei überschneidender Richtlinien-Umsetzung am Beispiel des „ewigen“ Rechts zum Widerruf von Immobiliarkreditverträgen, in: FS Müller-Graff, 2015, 183-190.

126 Nachweise oben Fn. 49.

127 Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Law, siehe dazu die Internetseite <http://www.casebooks.eu/welcome/>.

128 Insbesondere die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, die mehrsprachige European Review of Private Law, Europa e diritto privato und später die Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht.

129 Adresse damals: <http://www.europa.eu.int/clab/index.html>. Ausführlich dazu *Micklitz/Radeideh*, CLAB Europa – Die europäische Datenbank missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 2003, 85. Hinweise darauf etwa bei *Berg* in von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 153 EG Rn. 30; *Präve*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 35. EL 2014, Rn. 357 a.E.

Sie hatte aber den Nachteil, dass sie nur Zusammenfassungen von Gerichtsentscheidungen lieferte, nicht den Originaltext¹³⁰. Mit ihr solide zu arbeiten, war mindestens schwierig, vielleicht unmöglich. Auch die Übersetzungen waren wohl mangelhaft¹³¹. Auf einer Konferenz „Die Klauselrichtlinie – 5 Jahre danach“¹³² wurde deutliche Kritik geäußert. Irgendwann war die Datenbank nicht mehr verfügbar¹³³. Das Projekt dürfte als gescheitert zu betrachten sein.

2. Optionales Instrument

Eine neue Seite würde im Privatrecht der EU aufgeschlagen, wenn es tatsächlich zu einem „optionalen Instrument“ im Kaufrecht oder weiterem kommen sollte¹³⁴. Der Vorschlag vom Oktober 2011 scheint mir von der Wissenschaft in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich intensiv aufgenommen worden zu sein: In Deutschland eine Fülle von Symposien¹³⁵ und sogar eine Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung¹³⁶, in einigen anderen Ländern offenbar deutlich weniger Resonanz. Neben der Politik steht im Hintergrund des GEKR die Wissenschaft – vor allem Landos Principles of European Contract Law¹³⁷ und dann deren Nachfolger Draft Common Frame of Reference und Acquis Principles haben den Entwurf möglich gemacht. Eine „neue Rechtsvergleichung“¹³⁸ in Arbeitsgruppen hat also die Grundlagen gelegt. Schon zum Entwurf wurde von einem Kollegen (*Schulze*) ein Commentary zum CESL – Common European Sales Law – herausgegeben, bei dem allerdings die Hälfte der Autoren aus Deutschland stammen¹³⁹. In einer deutschen Rezension¹⁴⁰ findet sich eine ziemlich vernichtende Darstellung des Kommentarbeitrags eines französischen Autorengespans, die dann im Satz kulminiert, die Kommentierung bleibe „hinter allen Erwartungen zurück“, sie dürfe „schlicht ignoriert werden“ und „man wünscht sich, dass der (übrigens deutsche, OR) Herausgeber sie gar nicht erst zur Veröffentlichung angenommen hätte“¹⁴¹. Einer der Autoren des kritisierten Gespans ist ein in Frankreich als eminent geltender Zivilrechtler aus Paris. Der deutsche Rezensent und der französische Kommentator haben offenbar recht unterschiedliche Geschmäcker – ein individuelles oder

130 Dies räumen auch *Micklitz/Radeideh*, ZEuP 2003, 85, 93 ein.

131 Vgl. ebd.

132 In Brüssel vom 1.-3.7.1999, organisiert von der Generaldirektion XXIV, Verbraucherpolitik und Schutz der Verbrauchergesundheit, der Europäischen Kommission.

133 „Dieses Projekt ist inzwischen eingestellt“, vermerken *Micklitz/Rott* in: Dausen, Hdb. des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H. V.: Verbraucherschutz, Rn. 318 Fn. 583.

134 Die neue Kommission hat den Vorschlag zurückgezogen, aber neue Initiativen im Rahmen des digitalen Binnenmarkts angekündigt.

135 Unter anderem Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht* vom 11.10.2011, Wissenschaftliches Symposium am 20.1.2012 in Würzburg, 2012.

136 Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein *Common European Sales Law* in Bonn im April 2012, AcP 212 (2012) 467-852.

137 „Without Ole Lando’s pioneering work on the PECL there is no way that the text of a proposed Common European Sales Law would now be available and in the political arena“, sagt *Clive*, *The Lasting Influence of the Lando Principles*, in: *Liber amicorum Ole Lando*, 2012, 69, 83.

138 *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht – Neue Akzente in einer alten Beziehung*, in: *FS Magnus*, 2014, 403, 413.

139 Wohl acht von fünfzehn; etwas zu streng („die größte Zahl“) *Hellwege*, Rezension, *RabelsZ* 79 (2015) 191, 192.

140 *Hellwege* ebd. 193 ff.

141 *Hellwege* ebd. 195.

ein europäisches Problem? Ein zweiter Kommentar zum GEKR¹⁴² ist rein deutsch bzw. österreichisch besetzt. Immerhin wird in ihm der englischsprachige Kommentar vielfach verwertet¹⁴³. Er ist noch nicht rezensiert.

Erwägungsgrund 34 des Verordnungsvorschlags und Art. 14 der RahmenVO zum GEKR sehen die Einrichtung einer Urteilsdatenbank durch die Kommission vor. Auch von einem Offiziellen Kommentar ist die Rede. Letzteres ist etwas seltsam – zumal wenn man bedenkt, dass die Kommission bei dem Kaufrechtsvorschlag meint, ohne eine wirkliche sachliche Begründung der kaufrechtlichen Regeln auskommen zu können. Ihre Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV nimmt sie hier auf die leichte Schulter¹⁴⁴. Das ist kein vorbildlicher Stil und eine Gefahr für die Rechtsidentifikation. Das European Law Institute¹⁴⁵ findet dies alles aber mehr oder weniger gut und schlägt sogar einen „official advisory body“ vor¹⁴⁶: „Such a body should be capable of delivering guidance on specific questions which arise regarding the interpretation or application of the CESL. Such guidance should be highly persuasive, albeit not definitive: definitive interpretations being the province of the courts and, ultimately, the CJEU“¹⁴⁷. Darauf werde ich zurückkommen.

V. Internationales Handelsrecht

1. Lex mercatoria?

a) Problematik

Im Internationalen Handelsrecht ist die Lage noch schwieriger als im Völkerrecht. Gibt es eine „*lex mercatoria*“, ein transnationales Recht, anationales Recht?¹⁴⁸ Die *lex mercatoria* taucht regelmäßig auf, ist aber schwer zu greifen – sie ist als „eine Art Yeti

142 Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Kommentar, hrsg. von Martin Schmidt-Kessel, 2014. Ich selbst bin als Autor an diesem Werk beteiligt.

143 Allerdings anscheinend nicht die genannte Kommentierung der französischen Kollegen, doch kommen dafür bei dem Abschnitt der Kommentierung auch andere Gründe in Betracht.

144 Krit. schon *Remien*, Allgemeine parallele Zivilrechtskompetenz der Europäischen Union? Zur verfassungspolitischen Bedeutung der Kompetenzfrage beim Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEKR/CESL), in: FS Martiny, 2014, 987, 1002 f.

145 Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM (2011) 635 final.

146 Ebd. Rn. 57 ff. auf S. 35 f.

147 Ebd. Rn. 61 auf S. 36.

148 Umfassend *Dasser*, Internationale Schiedsgerichte und *lex mercatoria*, Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht, 1989; *De Ly*, International business law and *lex mercatoria*, 1992; *Osman*, Les principes généraux de la *Lex Mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, 1992; *U. Stein*, *Lex mercatoria*: Realität und Theorie, 1995; *Klaus Peter Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, insbes. 38 ff.; *Gaillard*, Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules, ICSID Review 10 (1995) 208-231; ferner *Ritlewski*, Die *Lex Mercatoria* in der schiedsgerichtlichen Praxis, SchiedsVZ 2007, 130-139; *Hellwege*, Stichwort *Lex Mercatoria*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, II 1020 ff.; vgl. auch *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, 103 ff. Rn. 102 ff.; *Oetker*, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2015, Rn. 40 ff.; kurz auch *Herdegen*, Rz. 13 ff. Zu privatem Recht auch *Dethloff*, Zusammenspiel der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht, BerDGesIntR 46 (2013) 47, 51 ff.

oder Ungeheuer von Loch Ness“ bezeichnet worden¹⁴⁹. Dass es solche Rechtsregeln gibt, ist wohl anerkannt, aber handelt es sich um eine Rechtsordnung? *Goldmann*¹⁵⁰ und *Schmitthoff*¹⁵¹ haben diese Theorie geboren, *Fouchard* hat sie verstärkt¹⁵², aber selbst in Frankreich gibt es durchaus skeptische Stimmen¹⁵³. Seit kurzem wird auch – vielleicht nicht ganz ernsthaft? – eine „lex petrolea“ propagiert¹⁵⁴ – eine transnationale autonome Rechtsordnung der „societas petroleorum“.¹⁵⁵ Auch über eine „lex sportiva“ wird diskutiert. *Claudia Pechstein* wird sich herzlich bedanken...¹⁵⁶. In dieser Debatte haben wir eine enge Verquickung von Wissenschaft und Praxis. Es geht nicht nur um Identifikation der lex mercatoria, sondern sogar um deren Erfindung. Als Rechtsordnung wird man die „lex mercatoria“ nicht anerkennen können¹⁵⁷. Die „societas mercatorum“ – wenn schon würde man ehrlicher von der „societas arbitrorum commercii“ sprechen – hat von den Staaten keine Rechtsetzungsmacht zugestanden bekommen und sie hat auch bei aller Verbreitung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nicht die geeigneten Institutionen¹⁵⁸. Zwar wird von Befürwortern auf das geopolitische Klima des Transnationalismus und die verschwindenden Begriffe der Staatensouveränität und der Territorialität zu Beginn des 21. Jahrhunderts hingewiesen¹⁵⁹. Aber zum einen zeigt die internationale Politik derzeit doch eher Entwicklungen zu einer Multipolarität sowie schroffe Kontraste zwischen unterschiedlichen Kulturen oder Bewegungen und zum anderen ist nicht ausgemacht, dass wir den Schutz der nationalen oder geteilten regionalen Souveränität in der Welt von morgen nicht eines Tages noch bitter benötigen werden¹⁶⁰. Der Glaube an Geschichtsgesetze hat sich in der Praxis nicht bewährt¹⁶¹. Die Sicherheit des nationalen oder europäischen Verfassungsstaates ist vielleicht immer noch die beste Basis für Weltoffenheit.

149 *Loewe*, Kaufrechtsübereinkommen – Lückenfüllung durch nichtamtliche Kodifikation, in: *Transport und Vertriebsrecht*, Festgabe für Rolf Herber, 1999, 7-19, 7.

150 *Berthold Goldmann*, *Frontière du droit et lex mercatoria*, Arch.Ph.Dr. 1964, 177 ff.

151 *Clive Schmitthoff*, *The Sources of the Law of International Trade*, 1964; *ders.*, *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ* 28 (1964) 47, 49, 58 ff.

152 *Philippe Fouchard*, *L'arbitrage commercial international*, 1965, 401 ff. nos. 576 ff., 446 nos. 626 ff., 544 ff. no. 759, der vor allem von einem „droit anational“ spricht.

153 *Kessedjian*, *Droit du commerce international*, PUF 2013, Rn. 157, S. 82; *Audit/Bollée/Callé*, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, Rn. 27, S. 22.

154 *De Jésus O.*, *The Prodigious Story of the LEX Petrolea and the Rhinoceros*, *Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society*, *Transnational Petroleum Law Institute*, vol. 1 no. 1, 2012.

155 *Ebd.*

156 Vgl. OLG München 15.1.2015 – U 1110/14 Kart., *SchiedsVZ* 2015, 40. Zum Problemkomplex etwa *Bleistein/Degenhart*, *Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht*, *Schiedsvereinbarungen und Anti-Doping-Gesetzgebung auf dem Prüfstand*, *NJW* 2015, 1353-1357.

157 So auch etwa *Röthel*, *JZ* 2007, 755, 762, 763; anders etwa *Klaus Peter Berger*, *The New Law Merchant and the Global Market Place, a 21st Century View of Transnational Commercial Law*, *trans-lex*; *Schilf*, *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, 2005; *Götz Schulze*, *Der anationale Geltungsgrund der UNIDROIT-Principles*, in: *FS von Hoffmann*, 2011, 856-864. „[D]erzeit noch ungelöste Geltungsprobleme“ sieht *N. Horn*, *Transnationales Handelsrecht: zur Normqualität der lex mercatoria*, in: *FS Karsten Schmidt*, 2009, 705-724, 724.

158 *A.A.* etwa *Schilf ebd.*

159 *Berger ebd.*

160 Wenn – subsidiär – auf die Möglichkeit der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen verwiesen wird, so *Berger* 106, wird das angeblich anationale weltumspannende Recht auf den Status eines beliebigen nationalen Rechts reduziert. Im Übrigen bleiben seine Anwendungsvoraussetzungen dubios.

161 Siehe etwa *Mestmäcker*, *Wirtschaftsordnung und Geschichtsgesetz*, *ORDO* 46 (1995) 9-25.

Allerdings kann jedenfalls bei der Schiedsgerichtsbarkeit¹⁶² die Geltung der *lex mercatoria* vereinbart werden. Dies sehen Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL Model Law und etwa auch § 1051 der deutschen ZPO vor, die von gewählten „rules of law“ oder „Rechtsregeln“ sprechen. Dann gelten die „Rechtsregeln“ der *lex mercatoria*, nicht aber eine solche Rechtsordnung. Der Entwurf von Haager Kollisionsrechtsprinzipien will darüber hinaus allgemein und nicht nur für Schiedsgerichte die Wahl nicht-staatlichen Rechts zulassen, wenn ein „set of rules“ vorliegt, das „generally accepted“ und „neutral and balanced“ ist¹⁶³. Und man fragt sich, wie man die genannten Qualitätsanforderungen beurteilen soll. Es wird allerdings ein Vorbehalt für die *lex fori* gemacht¹⁶⁴. Nach einigen Schiedsrechten können die Schiedsrichter auch direkt entscheiden, auf die *lex mercatoria* zurückzugreifen – das ist die so genannte, in Deutschland von § 1051 ZPO zurückgewiesene, „voie directe“¹⁶⁵.

b) Hilfsmittel der Rechtsidentifikation

Wenn also vor einem Schiedsgericht die *lex mercatoria* angewandt werden soll, so stellt sich eine Frage der – Rechtsidentifikation. Mir scheint, der internationale Handelsrechtler steht hier im Schiedsverfahren vor ähnlichen Fragen wie der Völkerrechtler. Wie ermittelt er die *lex mercatoria*, genauer ihren Inhalt. Dafür gibt es unterschiedliche Hilfsmittel.

aa) Listen

Eines sind Listen. An sich in kritischer Absicht hat *Mustill* eine Liste von „nur“ zwanzig Principles aufgestellt¹⁶⁶, doch manche verstehen dies als „immerhin“ zwanzig.¹⁶⁷ *Berger* propagiert die „schleichende Kodifizierung“ und startete mit achtundsechzig „Grundsätzen, Regeln und Instituten“¹⁶⁸, betont aber den dynamischen Charakter und ist 2012 bei 130 „principles and rules“ angelangt¹⁶⁹, inzwischen sind es 133¹⁷⁰. Anders als bei Restatements wie den *Unidroit-Principles* ist also der Ansatz bei *Berger* mit dem Projekt *Translex*: eine „schleichende Kodifizierung durch Listenbildung“¹⁷¹.

162 Nach der Rom I-VO nicht aber bei Zuständigkeit von Gerichten eines Mitgliedstaats der EU, dafür aber etwa *Petsche*, The application of transnational law (*lex mercatoria*) by domestic courts, JPIL 10 (2014) 489 ff. Zur Frage realistisch *Berger*, Die Musterklauseln für die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: Global Wisdom on Business transactions, International Law and Dispute Resolution, FS Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag, 2015, 377-387, 379.

163 Dazu *Th. Pfeiffer*, Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts. Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO, in: FS Magnus 2014, 501, 503 ff., 513.

164 Dazu ebd. 505.

165 Etwa *Cachard*, Droit du commerce international, 2008, 491 no. 1006; *Racine/Siiriainen*, Droit du commerce international, 2007, 404 f. no. 678.

166 *Mustill*, The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years, *Arbitration International* 1988, 86 ff.

167 Zu diesem Missverständnis *Gaillard*, ebd., *ICSID Review* 10 (1995) 208, 224.

168 *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, 217 ff.

169 *Trans-lex.org Law Research*, Principles with Commentary, 1st edition March 2012, S. I.

170 Stand vom 24.2.2015 nach der Datenbank <http://www.trans-lex.org>.

171 *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, Schriften des R.I.Z. Band I, 1996, 210.

bb) *Unidroit Principles of International Commercial Contracts mit Datenbank, Kommentar etc.*

Handhabbarer sind Restatements. Hier stehen die UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (UPICC oder UPr.) hervor¹⁷². Sie sind ein Zwilling der europäischen Lando-Principles. Sie sind sehr gut erschlossen. Die Datenbank UNILEX¹⁷³ bietet Rechtsprechung und Literaturnachweise zu den Unidroit-Principles an. Hinzu kommt der von *Vogenauer/Kleinheisterkamp* herausgegebene englischsprachige Kommentar: Herausgegeben von zwei aus Deutschland stammenden, bisher im Ausland tätigen Kollegen¹⁷⁴ mit Autoren überwiegend aus Europa sowie Südafrika. Die Kommentierungen scheinen mir unterschiedlich und zeigen manchmal vielleicht nationalen Stil. Aber für die Rechtsidentifikation ist die gebotene Hilfestellung beachtlich. So werden die UPICC denn auch in der Praxis durchaus herangezogen¹⁷⁵.

cc) *Schiedsgerichtspublikationen*

Die Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit für die sogenannte *lex mercatoria* ist bekannt. Einiges wird hier heute auch durchaus veröffentlicht. Das ICC Bulletin etwa erscheint als hervorragende Informationsquelle¹⁷⁶. So fragwürdig die *lex mercatoria* als Rechtsordnung ist – bei den Hilfsmitteln zur Rechtsidentifikation hat sich bemerkenswertes getan.

2. Staatsverträge mit internationalem Einheitsrecht

Das klassische Instrument des Internationalen Handelsrechts sind Staatsverträge. Schon im späten 19. Jahrhundert ist derart im Transportrecht und beim geistigen Eigentum vorgegangen worden. Inzwischen werden der Kauf und einige moderne Vertragsformen erfasst. Hier wird heute meist die einheitliche Auslegung vorgeschrieben. Der moderne Klassiker dazu ist heute Art. 7 CISG¹⁷⁷. Methodisch empfiehlt sich dafür eine „systematische Rechtsprechungsvergleichung“¹⁷⁸. Gerade das CISG ist gut erschlossen. Dies gilt zum einen für Kommentare.

a) *Kommentare*

Am renommiertesten ist wohl der Kommentar von *Schlechtriem* und *Schwenzer* von einem im wesentlichen deutschen und schweizerischen Autorenteam in Deutsch und Englisch¹⁷⁹. Angekündigt sind auch Ausgaben in Spanisch und Chinesisch. Er wird auch

172 Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, Unidroit 2011; dazu vor allem *Bonell*, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3. Aufl. 2005; über Principles etwa *O. Meyer*, Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, Chancen und Wege für eine Internationalisierung der Rechtsanwendung, 2007; *Dethloff*, Fn. 148, BerDGesIntR 46 (2013), 47, 52.

173 <http://www.unilex.info>.

174 *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (Hrsg.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009.

175 Einige Beispiele etwa bei *O. Meyer*, Fn. 172, 211 ff.

176 ICC International Court of Arbitration Bulletin.

177 *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, 304.

178 Ebd. 306.

179 *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf – CISG –, 6. Aufl. 2013; *dies.*, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Aufl. 2010.

in internationalen Moot Courts viel verwendet. Daneben bestehen andere Werke, so *Kröll/Mistelis/Viscasillas* mit 24 Autoren aus etwa einem Dutzend verschiedenen Ländern¹⁸⁰, *Bianca/Bonell*¹⁸¹ und andere mehr. Zudem existieren Zeitschriften, etwa in Deutschland die Zeitschrift Internationales Handelsrecht oder international die Hauszeitschrift von UNIDROIT, die Uniform Law Review.

b) Datenbanken

Eindrucksvoll sind zum CISG entstandene Datenbanken: Die Datenbanken der Pace Law School¹⁸², UNILEX¹⁸³ von Unidroit, CISG-online des Basler Global Sales Law Projektes¹⁸⁴ oder auch CLOUT Case Law on UNCITRAL TEXTS¹⁸⁵. Diese Datenbanken erleichtern den internationalen Rechtsprechungsvergleich ungemein. Dennoch gibt es in der Rechtsprechung nationale Unterschiede, z.B. bei der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG oder den Rügefristen¹⁸⁶.

c) Advisory Council

Interessant ist der CISG Advisory Council¹⁸⁷. Es handelt sich um eine private Initiative. Der CISG-AC hat 16 Mitglieder, dabei acht Europäer, drei Amerikaner (einer aus Argentinien stammend), eine Türkin, ein Russe, ein Japaner, ein Chinese und ein Südafrikaner. Alle sind Wissenschaftler. Die Opinions des CISG-AC sind gewiss nützlich, aber unverbindlich. Man kann sagen, dass sie „non razione imperii, sed imperio ratio- nis“ wirken können – das aber ist ein weites Feld und bedürfte näherer Untersuchung. Inzwischen liegen 16 Gutachten – Opinions – vor, Nr. 16 stammt vom 7.3.2015. Stolz vermeldet der CISG-AC auf seiner Homepage Erwähnungen in nationalen Gerichtsentscheidungen zum CISG, zuletzt einer deutschen¹⁸⁸ und einer niederländischen¹⁸⁹. In der deutschen wird nach zwei deutschen Literaturzitatzen die gleichlautende Opinion No. 13 des CISG-AC zitiert¹⁹⁰, in der niederländischen wird der CISG-AC erläutert¹⁹¹ und sodann nach Darlegung deutscher Rechtsprechung die ebendiese billigende CISG-AC Opinion No. 13 zugrunde gelegt¹⁹². Die Relevanz des CISG-AC in den beiden Entscheidungen ist also durchaus unterschiedlich – einmal eine weitere Stimme, einmal einfach eine international-kollektive Stimme zu einer ausländischen nationalen Rechtsprechung. Vielleicht kann man den CISG-AC als „persuasive authority“ bezeichnen. Aber das ist mehr Herausforderung als Status.

180 Kröll/Mistelis/Viscasillas (Hrsg.), UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2011.

181 Bianca/Bonell (Hrsg.), Commentary on the international sales law, the 1980 Vienna Sales Convention, 1987.

182 <http://www.cisg.law.pace.edu>.

183 <http://www.unilex.info>.

184 <http://globalsaleslaw.org>.

185 http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

186 Zu Rügefristen vgl. CISG Advisory Council Opinion No. 2: Examination of Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39.

187 <http://www.cisgac.com>.

188 BGH 28.5.2014 – VIII ZR 410/12, NJW-RR 2014, 1202.

189 HR 22.4.2014.

190 BGH 28.5.2014, ebd. Rn. 21.

191 HR 22.4.2014, No. 6.

192 HR 22.4.2014, No. 12 ff.

d) *Moot Courts*

Nur gestreift werden können an dieser Stelle Moot Courts¹⁹³. Sie betreffen eher die Lehre, scheinen aber geeignet, Standards der Rechtsidentifikation im Internationalen Handelsrecht weltweit zu verbreiten. Was also ist die Funktion der Wissenschaft?

3. Zwischensumme

Wenn man hier eine kurze Zwischensumme zieht, ist man frappiert: Es ist erstaunlich, dass das CISG besser erschlossen erscheint als EuGVVO und EuIPR.

VI. Funktion der Wissenschaft

1. Bestandsaufnahme im Überblick

Das zu den verschiedenen Bereichen hier gezeichnete Bild ist ziemlich bunt:

Zum einen ist die Europäisierung grundsätzlich als Gewinn für Rechtssicherheit im IPR und IZVR anzusehen. Vereinheitlichung und Kodifikation bringen hier echten Gewinn. Im Einzelnen, etwa beim gewöhnlichen Aufenthalt, drohen indes Gefahren. Aber ganz anders ist es wohl im materiellen Privatrecht. Hier herrscht große Unsicherheit und anscheinend wenig echte Europäisierung.

Paradoxerweise ist es im Internationalen Handelsrecht anders: Die *lex mercatoria* gibt es wohl gar nicht als eigenständige Rechtsordnung, aber Hilfsmittel zur Identifikation dieser „Rechtsregeln“ sind international ziemlich gut entwickelt. Global gesehen mag das IHR verglichen mit manchen exotischen Rechtsordnungen eher als Erleichterung der Identifikation der Regeln und Förderung der Rechtssicherheit erscheinen. Vorbildlich sind die internationalen Datenbanken vor allem zum UN-Kaufrecht bzw. CISG.

Damit stellt sich die alte Frage „Was tun?“, insbesondere die nach den Aufgaben der Wissenschaft, aber nicht nur:

2. Aufgabenbeschreibung

a) *EuGH reformieren*

Eine Schlüsselrolle im europäischen System spielt der EuGH. Der EuGH ist aber Generalist und kleinstaatendominiert. „Ein Richter je Mitgliedstaat“ beim Gerichtshof (Art. 19 Abs. 2 UA 1 Satz 1 EUV) und „mindestens ein Richter je Mitgliedstaat“ beim Gericht (Art. 19 Abs. 2 UA 2 EUV) ist ein für manches vielleicht angemessenes, für das Privat- und Handelsrecht aber antiquiertes und inadäquates System. Wenn in Kammern aus drei oder fünf Richtern entschieden wird, wird dadurch auch die Sach-

193 Zum Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot siehe J. Walker (Hrsg.), *The Vis Book, A Participant's Guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, 2008; Risse (Hrsg.), *The Complete (but unofficial) Guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, 2. Aufl. 2014; s.a. *Girsberger*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts, in: *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, FS Kellerhals, 2005, 23-33; das erstgenannte Werk gibt 28 ff. auch einige Hinweise zu Informationsquellen und Vorgehen.

kenntnis keineswegs in besonderer Weise sichergestellt¹⁹⁴. Mit anderen Worten: Um die Lage im Europäischen Kollisions- und Privatrecht zu verbessern, sollte man auch eine Reform des EuGH ins Auge fassen¹⁹⁵. Das erfordert Vertragsänderungen und ist leichter gesagt als getan, muss aber gesagt werden. Es wäre eine Europäisierung des EuGH und zugleich seine privatrechtliche Erdung.

Zugleich wäre es wünschenswert, wenn der EuGH der Rechtswissenschaft mehr Aufmerksamkeit schenkte. Die Generalanwälte tun dies zum Teil, aber wohl sehr unterschiedlich und national selektiv. Bisher droht Europäisierung einen Bedeutungsverlust der Privatrechtswissenschaft¹⁹⁶ zu bedeuten. Dies ist zum einen ein Petition an den EuGH. Es ist aber auch eine Anfrage an die Rechtswissenschaft.

Neue Entwicklungen in der europäischen Ziviljustiz stehen bevor, wenn das Einheitliche Patent mit europäischer Patentgerichtsbarkeit in Kraft treten sollte¹⁹⁷. Aber das ist ein Thema für sich.

b) *Amicus curiae* beim EuGH?

Der EuGH entscheidet meist nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts, die eventuell wissenschaftlich aufbereitet sind. Im Vorabentscheidungsverfahren können zudem die Regierungen der Mitgliedstaaten Stellung nehmen und tun dies zum Teil auch, oft auch nicht. Vermutlich gibt es hier auch Einflüsse von interessierter Seite, von Lobbys. Und die Wissenschaft? Als *amicus curiae* ist sie bisher in Europa nicht zugelassen. Der *amicus curiae* allerdings ist ein schillerndes Institut¹⁹⁸. Rechtsvergleichend gesehen wird es nicht nur Stellungnahmen der Wissenschaft geben und meist werden auch eher Tatsachenhintergründe als Rechtseinschätzungen der Hintergrund sein. Die Frage des *amicus curiae* vor den europäischen Gerichten geht also über unser Thema der Rechtsidentifikation hinaus. Sollte es eines Tages über das Kartellrecht hinaus¹⁹⁹ einen allgemeinen europarechtlichen *amicus curiae* geben, so könnte sich die Rechtswissenschaft dieses Instituts aber bedienen.

194 Den praktischen Ablauf eines Vorabentscheidungsverfahrens beschreibt anhand eines zivilrechtlichen Falles *Wernicke*, Der EuGH als Zivilrichter: Der Verfahrensablauf vor dem Europäischen Gerichtshof am Beispiel der Rechtssache C-340/03, Schulte, in: Furrer (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 339-358, dort 347 f. zur Bestellung des Berichterstatters durch den Präsidenten und der entscheidenden Formation des Gerichtshofes durch die „réunion générale“.

195 Eher aus verfahrensrechtlicher Perspektive dazu Gsell/Hau (Hrsg.), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, 2012; siehe auch *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der EU, 2012, der 502 für „weitere Zivilrichter auf Unionsebene“ plädiert. Eine ständige Abordnung „einer Gruppe nationaler Zivilrichter verschiedener Mitgliedstaaten“ erwägt *Hakenberg*, Zur Zukunft des Privatrechts am EuGH, in: FS Müller-Graff, 2015, 424, 429;

196 *Remien*, Fn. 68, *RabelsZ* 60 (1996) 1, 30.

197 Siehe das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht, ABl. EU 2013 C 175/1, insgesamt siehe *Drexl*, The European Unitary Patent System: On the ‚Unconstitutional‘ Misuse of Conflict-of-Law Rules, in: Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 361-374. Zur speziellen Lage im Geistigen Eigentum *Tilmann*, Ein Unions-Gerichtssystem für die Rechte des Geistigen Eigentums – Schutz privater Rechte im Markt der Union –, in: FS Müller-Graff, 2015, 637-644.

198 Näher *U. Kühne*, *Amicus curiae*, Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter, 2015; *A. Grimm*, Die Rechtsfigur des *Amicus curiae* im Kartellzivilprozess, Entwicklungen, Funktionen und Problemstellungen, 2014; demnächst *Segger*, *Amicus curiae*.

199 Vgl. Art. 15 VO 1/2003.

c) *Entscheidungsvorschlagsaufsätze?*

Aber informelle Wege sind denkbar. Zu überlegen ist, ob man wissenschaftliche Aufsätze statt als nachfolgende Entscheidungsbesprechungen nicht besser als vorausgehende Entscheidungsvorschläge veröffentlichen sollte. Dies wäre schön, hat aber verschiedene Probleme: Zum einen ist es risikoreicher, weil man noch nicht alle im Verfahren vielleicht auftauchenden Argumente gehört oder vorweggenommen haben mag. Sodann mag auch ein Gutachten lukrativer als ein Aufsatz sein. Schließlich ist der Entscheidungsvorschlagsaufsatz wohl vergänglicher als der Besprechungsaufsatz, weil nach Ergehen der Entscheidung meist das vorab publizierte weniger zur Kenntnis genommen wird. Die Verfallzeit vieler juristischer Publikationen scheint, jedenfalls wenn man sie nach der Zitierhäufigkeit bemisst, ohnedies rasant kürzer zu werden und bei solchen Vorschlägen dürfte dies noch mehr der Fall sein. Die Anreize für solche Entscheidungsvorschlagsaufsätze sind also für den neutralen Wissenschaftler ohne Lobbyauftrag gering. Verdienstvoll könnten solche Beiträge aber dennoch sein.

d) *Europäisierung der Kommentierung*

Komentierungen gibt es bereits viele. Allerdings ist der Kommentar klassischerweise ein deutsches Produkt, ja er ist stiltypisch für den deutschen Rechtskreis²⁰⁰. Immerhin scheint es sich beim CISG recht gut etabliert zu haben, die internationalen Verkaufszahlen der CISG-Kommentare allerdings sind mir unbekannt. Europäische Kommentare scheinen in Teilen eindrucksvoll und verarbeiten auch Rechtsprechung und Literatur aus anderen Mitgliedstaaten. Aber das ist, wenn ich recht sehe, nicht durchgängig der Fall. Nicht jeder renommierte französische Kollege wird die deutschen Quellen verwerten, nicht jeder Deutsche die portugiesischen oder auch nur niederländischen. Wollte man das sicherstellen, so hätten die Herausgeber eine Sisyphusaufgabe. Europäische Kommentare sind also schön und notwendig, aber auch keine Patentlösung. Wie immer das Autorenteam zusammengesetzt ist: Jede Kommentierung einer europäischen Norm sollte möglichst europäisch angelegt sein. Europäische Rechtsprechung und Literatur sollte soweit wie möglich berücksichtigt werden. Hier könnte noch viel geschehen! Erforderlich ist die Europäisierung der Kommentierung.

e) *Advisory Council*

Eine interessante Einrichtung im Internationalen Handelsrecht ist der oben genannte CISG Advisory Council²⁰¹. Man kann fragen, ob man dergleichen vielleicht auch im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, im Europäischen Privatrecht und in weiteren Bereichen des Internationalen Handelsrechts einrichten sollte. Das European Law Institute hat ähnliches in seiner Kaufrechtsstellungnahme gefor-

200 „Les juristes allemands et aussi les juristes suisses affectionnent une formule de codes annotés (Kommentare) qui existe bien en France, mais qui dans ce pays est réservée aux seuls praticiens“, schreiben *David/Jauffret-Spinosi*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1. Aufl. 2002, 118 no. 111; siehe auch Wissenschaftsrat (oben Fn. 45) 67, der zudem eine Beschreibung und Bewertung der deutschen Literaturlandschaft gibt, ebd. 16 f. und 67 ff. Über den Stil der deutschen juristischen Literatur auch *Witz*, *Le droit allemand*, 2. Aufl. 2013, 186 f.; zu den unterschiedlichen Stilen rechtswissenschaftlicher Literatur in Europa *Remien*, *Über den Stil des europäischen Privatrechts, – Versuch einer Analyse und Prognose*, *RabelsZ* 60 (1996) 1-39, 31 ff.

201 Oben V 2 c).

dert²⁰². Mir erscheint dies jedoch als nicht unproblematisch. Für einen von der Kommission eingesetzten „Official Advisory Council“ gibt es keine Legitimation. Drohen hier nicht Übergriffe in die Unabhängigkeit der Justiz? Auch in anderen Bereichen des Europarechts gibt es keinen „Official Advisory Council“. Etwas polemisch mag man einwerfen: „Arrêts de règlement“ sind seit der französischen Revolution abgeschafft²⁰³ und Richtlinien des chinesischen Obersten Volksgerichts²⁰⁴ wären ein seltsames Vorbild. Ein „Official Advisory Council“ ist meines Erachtens eine Schimäre, ein Homunkulus des ELI: Weder Gericht noch Wissenschaft.

Auf der anderen Seite ist ein inoffizieller Advisory Council nur eine übernational zusammengesetzte Wissenschaftlergruppe. So etwas ist schön, gewinnt Autorität aber allenfalls durch langjährige überzeugende Leistung. Maßgebend sein und bleiben sollte der freie wissenschaftliche Wettbewerb. In dem können gerne auch Gruppen mitwirken, die sich Advisory Council oder sonst wie nennen. Aber auf die Argumente, nicht das Etikett kommt es an.

f) *Rechtsinstitut*

Eben wurde bereits das European Law Institute (ELI)²⁰⁵ angesprochen. Es weckt Assoziationen an das American Law Institute²⁰⁶, ist aber anders strukturiert²⁰⁷. Ein meines Erachtens bedauerlicher Geburtsfehler ist sein monolingualer Ansatz. Die Stellungnahme zum GEKR/CESL erscheint mir als eher wenig überzeugend und entbehrt der ausführlichen wissenschaftlichen Begründung²⁰⁸. Eine neue Stellungnahme zum Kollektiven Rechtsschutz und Kartellschadensersatzklagen macht einen wesentlich substantiierteren Eindruck²⁰⁹. Einrichtungen dieser Art können unterschiedliche Beiträge leisten, auch einen Beitrag zur Rechtsidentifikation leisten. Was sie nicht leisten können, ist ein Ersatz für die offene wissenschaftliche Debatte. *Ein* Institut ist nicht *die* Wissenschaft. Eine Mediatisierung der Wissenschaft durch Institutionen ist nicht wünschenswert. Sie sollten eher eine Servicefunktion für die freie Rechtswissenschaft ausüben. Aber das ELI scheint sich nicht als Dienstleister für die Wissenschaft zu verstehen, vielleicht eher als Dienstleister für die Integrationspolitik. Vielleicht ist das schade. Die ERA in Trier²¹⁰ widmet sich eher Fortbildungsaufgaben.

g) *Datenbanken*

Es ist banal, aber zentral: Datenbanken sind heute ein gutes Mittel, um international und europäisch die Rechtsidentifikation zu erleichtern. Für das UN-Kaufrecht CISG

202 Siehe oben IV 2 a.E.

203 Vgl. Art. 5 Code civil: „Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.“

204 Dazu *Pißler*, Höchstrichterliche Interpretationen als Mittel der Rechtsfortbildung in China, Vortrag auf dem Jahrestreffen der Freunde des Hamburger Max-Planck-Instituts am 20.6.2015, demnächst in: *RabelsZ* 2016 (im Erscheinen).

205 Dazu <http://www.europeanlawinstitute.eu>.

206 Näher <http://www.ali.org>.

207 Siehe jüngst *Bermann*, The European Law Institute: a Transatlantic Perspective, in: *Mélanges Audit*, 2014, 81 ff.

208 Siehe das Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 2012.

209 Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims.

210 <http://www.era.int>.

bietet das Internationale Handelsrecht hervorragende bewährte Beispiele²¹¹. Im europäischen Kartellrecht gibt es bereits Ansätze und das Ziel einer Datenbank für ein etwaiges Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist konsequent. Das Beispiel der gescheiterten CLAB-Datenbank zur Klauselrichtlinie warnt zwar; es muss sich aber nicht wiederholen.

VII. Summe

Schließlich ist zu dem für den Privatrechtler auf den ersten Blick so geheimnisvollen Thema der Rechtsidentifikation noch kurz eine Summe zu ziehen.

- (i) Rechtsidentifikation scheint nach allem auch für das europäische und internationale Zivil- und Handelsrecht eine Aufgabe zu sein. Rechtsstaatlichkeit verlangt Sicherheit bei der Rechtsidentifikation.
- (ii) Die Lage in den untersuchten Gebieten des EuIZVR, EuIPR, EuPrivR und IHR ist durchaus unterschiedlich. Es gibt einige Probleme und zum Teil bemerkenswerte Entwicklungen.
- (iii) Eine den Ausbau des europäischen Zivilrechts berücksichtigende Reform des EuGH scheint angeraten.
- (iv) Die Wissenschaft als *amicus curiae* ist abhängig von der allgemeinen Frage des *amicus curiae*.
- (v) Europäische Entscheidungsvorschlagsaufsätze wären gut.
- (vi) Ein Official Advisory Council ist eine Schimäre, also abzulehnen.
- (vii) Rechtsinstitute sollten eher Serviceeinrichtungen für die Wissenschaft sein und diese nicht mediatisieren.
- (viii) Datenbanken sind zentral und es gibt gute erfolgreiche internationale Vorbilder.
- (ix) Dies alles ist zum Teil auch die Funktion der Wissenschaft. Sie sollte sich gewiss nicht darin erschöpfen. Sie sollte nicht nur identifizieren, sondern auch evaluieren und kritisieren. Aber sie soll zugleich nicht nur theoretisieren, sondern dem Recht und den Rechtsunterworfenen helfen. Gerade deshalb ist Rechtswissenschaft ja eine so schöne Aufgabe.

211 Oben V 2.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Oliver Remien, Würzburg

I. Rechtsidentifikation und Rechtsmaterien

1. Bei der Rechtsidentifikation geht es um das Auffinden, genauer Verstehen und Präzisieren des anwendbaren Rechtssatzes. Der Terminus stammt wohl aus dem Völkerrecht. Dem Zivilrechtler vertraut ist die – andere – Frage der Ermittlung und des Beweises des Inhalts des anwendbaren ausländischen Rechts (§ 293 ZPO).
2. In Völkerrechtslehrbüchern findet man einen Paragraphen über „Hilfsmittel zur Feststellung völkerrechtlicher Normen“ oder Ähnliches und zu Art. 38 IGH-Statut. Für das internationale Zivilrecht kann man dieselbe Frage stellen. Es bestehen materiebezogene Unterschiede.

II. Rechtsidentifikation als Entwicklungs- und Qualitätsproblem – Oder: Kodifikation und Rechtsstaat – sowie Funktion der Wissenschaft

3. Rechtsidentifikation ist abhängig von Entwicklungs- und Qualitätsstand. Das Problem hat ein großes Instrument hervorgebracht hat: die Kodifikation. Sie ist ein Mittel zur Hilfe bei der Rechtsidentifikation.
4. Vgl. *Thibaut* (1814): „ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen voneinander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen.“
5. Fehlt eine einheitliche Rechtskultur, so bleibt ein Problem der Rechtsidentifikation im weiteren Sinne. In Europa aber besteht „keine homogene Juristenkultur“.
6. Zum Europarecht ist die These vertreten worden, es gebe im Grunde viele „nationale Unionsrechte“ und dies sei auch „kein Schaden“. Rechtskultur ist aber kein Feigenblatt für Rechtsungleichheit.
7. Gebietet der Rechtsstaat leichte Rechtsidentifikation und die Kodifikation? Einzelne europäische Verfassungen enthalten Kodifikationsgebote (Art. 107 Grundwet der Niederlande).
8. Zum Rechtsstaatsgebot sagt das BVerfG: „Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit.“ In einem viel weiteren Sinne wird man aus dem Rechtsstaatsgebot ein Gesetzgebungs- und Kodifikationsgebot in privatrechtlichen Bereichen herleiten können. Die Schaffung einer klaren Rechtsordnung ist „service public“, Zivilrechtsetzung Staatsaufgabe.
9. Auch das Europarecht fordert Rechtsstaatlichkeit. Auf der globalen Ebene ist der Rechtsstaat eher ein Ziel (Rechtsstaatsdialog).
10. Eine Funktion der Rechtswissenschaft ist es, Gesetzgebung und Rechtsanwendung dienlich zu sein. Mit verschiedenen anderen Akteuren bildet sie die Infrastruktur einer Rechtsordnung. In ihren Funktionen interagieren sie.
11. Drei Hauptbereiche mit divergierendem Entwicklungsstand sind hier zu betrachten:

III. Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht

12. Beim Internationalen Privatrecht hat in der deutschen IPR-Reform von 1986 die Wissenschaft eine wesentliche Rolle eingenommen, das deutsche BMJ wird seit Jahrzehnten vom Deutschen Rat für Internationales Privatrecht unterstützt. Seit über zehn Jahren hat die EU eine wesentliche Rolle in diesem Bereich übernommen und ein ganzes Geflecht von Verordnungen erlassen.

13. Im europäischen IZVR haben wir also ein beachtliches Netz an Gesetzgebung durch Verordnungen (EuGVVO 2001, 2012 usw.). Legendar ist der Bericht zum EuGVÜ. Kommentierungen sind meist nationale Werke, Ausnahme: Magnus/Mankowski (Hrsg.), „European Commentaries on Private International Law“.

14. In der Judikatur hat der EuGH diverse wichtige Entscheidungen geliefert. Vieles ist dabei anerkannt und gut, aber partiell sind die Entscheidungen von unterschiedlicher Qualität. Sind sie durchaus formalistisch, vielleicht ein „Danaergeschenk“, zu weitgehend oder „nicht von exorbitanter Hilfe“?

15. Die Europäisierung des IPR ist insgesamt ein großer Fortschritt. Allerdings beseitigt sie ein Kernproblem des IPR immer noch nicht: die fehlende Internationalität. Es besteht dann kein Identifikations-, sondern ein Divergenzproblem: hinkende Rechtsverhältnisse. Die neue Methode der gegenseitigen Anerkennung ist ein Kapitel für sich.

16. Im EuIPR ist die Entwicklung weniger weit vorangeschritten als im EuIZVR, doch hat das IPR im vergangenen Jahrzehnt wesentlich aufgeholt. Inzwischen ist von Kodifikation die Rede (vgl. „embryon“, „Rom 0-VO“). Der EuGH hat bisher nur wenige Entscheidungen gefällt. Zum Teil wird treffend bemerkt, es „mangelt an der wünschenswerten Klarheit“ in der „unvertrauten Materie“. Ungetrübte Freude ist nicht am Platze. Die Rechtsidentifikation durch die Wissenschaft wird umso wichtiger.

17. In den nationalen Rechtsprechungen findet man unterschiedliche Entwicklungen, die leider in der Wissenschaft ignoriert werden. Sie muss gemeineuropäisch vorgehen. Die Diskurszusammenhänge aber sind noch überwiegend national.

18. In Sachen EuIPR wird der Einflussverlust der nationalen Rechtswissenschaft bereits deutlich thematisiert (*W.-H. Roth*). Zu fragen ist, wie die Rechtswissenschaft künftig ihre Aufgaben wahrnehmen kann. In einer Flut von Kommentierungen zu den Rom-Verordnungen findet man Rechtsprechung von Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten wenig. Europäische Rechtsquellen, aber nationale Diskurse sind gerade für das IPR ein seltsamer Befund.

IV. Europäisches Privatrecht

19. Durch Richtlinien und seltener Verordnungen ist in den Bereichen des Verbraucher- und Unternehmensrechts eine beachtliche, allerdings eher punktuell ausgeprägte Regelungsmasse entstanden. Der EuGH spielt auch hier seine Rolle. Bei den verschiedenen Rechtsakten ist diese jedoch sehr unterschiedlich.

20. Zum europäischen Privatrecht hat der EuGH zum Teil verwaschene Entscheidungen geliefert (etwa Ein- und Ausbaurkosten, Widerruf Darlehen als Haustürgeschäft, Vulkanasche). Manchmal erscheint der EuGH als Orakel. Ferner finden sie sehr unterschiedliche Resonanz in den verschiedenen Mitgliedstaaten.

21. Die Wissenschaft bietet sehr unterschiedliche Lehrbücher, Casebooks, europäische Zeitschriften zum Privatrecht. Zur Klauselrichtlinie hatte die Kommission ein Datenbankprojekt initiiert: CLAB Europa. Das Projekt ist gescheitert.

22. Eine neue Seite würde im Privatrecht der EU aufgeschlagen, wenn es tatsächlich zu einem „optionalen Instrument“ im Kaufrecht oder weiterem kommen sollte (Vorschlag vom Oktober 2011). Im Hintergrund des GEKR steht die Wissenschaft – vor allem Landos PECL, der DCFR und Acquis Principles haben den Entwurf möglich gemacht. Schon zum Entwurf wurde ein Common European Sales Law Commentary herausgegeben (Hälfte der Autoren aus Deutschland). Eine deutsche Rezension äußert sich zum Kommentarbeitrag französischer Autoren und zeigt unterschiedliche Geschmäcker.

23. Erwägungsgrund 34 des VO-Vorschlags und Art. 14 der RahmenVOV zum GEKR sehen die Einrichtung einer Urteilsdatenbank durch die Kommission vor. Auch von einem Offiziellen Kommentar ist die Rede, dabei hat die Kommission bei dem Kaufrechtsvorschlag ihre Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV auf die leichte Schulter genommen. Das ELI schlägt sogar einen „official advisory body“ vor.

V. Internationales Handelsrecht

24. Gibt es im Internationalen Handelsrecht eine „lex mercatoria“, ein transnationales Recht, anationales Recht, gar eine „lex petrolea“, eine „lex sportiva“? Als Rechtsordnung wird man die „lex mercatoria“ (usw.) nicht anerkennen können.

25. Allerdings kann jedenfalls bei Schiedsgerichtsbarkeit die Geltung der lex mercatoria vereinbart werden, Art. 28 II UNCITRAL Model Law, § 1051 ZPO („rules of law“ oder „Rechtsregeln“). Der Entwurf von Haager Kollisionsrechtsprinzipien will dies allgemein zulassen, soweit ein „set of rules“ „generally accepted“ und „neutral and balanced“ ist. § 1051 ZPO weist eine „voie directe“ zur lex mercatoria zurück.

26. Hinsichtlich der lex mercatoria steht der internationale Handelsrechtler im Schiedsverfahren vor ähnlichen Fragen wie der Völkerrechtler. Für die Rechtsidentifikation gibt es unterschiedliche Hilfsmittel.

27. Eines sind Listen von Principles – *Mustill* (zwanzig Principles), *Berger* („schleichende Kodifizierung“: zunächst 68 „Grundsätze, Regeln und Institute“, 2012 dann 130, inzwischen 133 in Translex).

28. Handhabbarer sind Restatements. Hier stechen die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (UPICC oder UPr.) hervor, ein Zwilling der europäischen Lando-Principles. Sie sind durch die Datenbank UNILEX und einen englischsprachigen Kommentar sehr gut erschlossen.

29. Das klassische Instrument des Internationalen Handelsrechts sind Staatsverträge. Der moderne Klassiker zur einheitlichen Auslegung ist heute Art. 7 CISG. Methodisch empfiehlt sich dafür eine „systematische Rechtsprechungsvergleichung“ (*Kramer*). Gerade das CISG ist gut erschlossen.

30. Dies gilt zum einen für Kommentare. Eindrucksvoll sind zum CISG entstandene Datenbanken: Pace Law School, UNILEX von Unidroit, CISG-online des Basler Global Sales Law Projektes, CLOUT Case Law on UNCITRAL TEXTS.

31. Interessant ist der CISG Advisory Council: eine private Initiative, insgesamt 16 Mitglieder, dabei 8 Europäer, 3 US-Amerikaner (1 aus Argentinien), 1 Türke, 1 Russe, 1 Japaner, 1 Chinese und 1 Südafrikaner, alle Wissenschaftler. Es liegen bisher 16 Gutachten vor, zum Teil von der Rechtsprechung zitiert.

VI. Funktion der Wissenschaft

32. Das Bild frappt: Zum einen ist die Europäisierung grundsätzlich als Gewinn für Rechtssicherheit im IPR und IZVR anzusehen. Im materiellen Privatrecht in Europa herrscht große Unsicherheit und anscheinend wenig echte Europäisierung. Paradoxerweise ist es im Internationalen Handelsrecht anders: Die *lex mercatoria* gibt es wohl gar nicht als eigenständige Rechtsordnung, aber Hilfsmittel zur Identifikation dieser „Rechtsregeln“ sind international ziemlich gut entwickelt. Es ist zudem erstaunlich, dass das CISG besser erschlossen erscheint als die EuGVVO bzw. das EuIPR.

33. Der EuGH ist Generalist und kleinstaatendominiert. Für das Privat- und Handelsrecht ist dies ein antiquiertes und inadäquates System. Um die Lage im Europäischen Kollisions- und Privatrecht zu verbessern, sollte man auch eine Reform des EuGH ins Auge fassen. Das ist leichter gesagt als getan, wäre aber eine Europäisierung des EuGH und zugleich seine privatrechtliche Erdung. Zugleich sollte der EuGH der Rechtswissenschaft mehr Aufmerksamkeit schenken. Bisher droht Europäisierung ein Bedeutungsverlust der Privatrechtswissenschaft zu sein.

34. Als *amicus curiae* ist die Rechtswissenschaft bisher in Europa nicht zugelassen. Gäbe es den europarechtlichen *amicus curiae*, so könnte sich die Rechtswissenschaft dieses Instituts bedienen.

35. Statt nachfolgender Entscheidungsbesprechungen könnten vorausgehende Entscheidungsvorschlagsaufsätze verdienstvoll sein, doch sind die Anreize dazu fraglich.

36. Erforderlich ist die Europäisierung der Kommentierung.

37. Ein „Official Advisory Council“, wie vom ELI vorgeschlagen, ist eine Schimäre. Maßgebend sein und bleiben sollte der freie wissenschaftliche Wettbewerb ohne Mediatisierung.

38. Das European Law Institute hat einen bedauerlichen monolingualen Ansatz. Es scheint sich weniger als Dienstleister für die Wissenschaft zu verstehen, vielleicht eher als Dienstleister für die Integrationspolitik.

39. Datenbanken sind heute ein gutes Mittel, um international und europäisch die Rechtsidentifikation zu erleichtern. Für das UN-Kaufrecht CISG bietet das Internationale Handelsrecht hervorragende bewährte Beispiele.

40. Rechtsidentifikation ist nach allem auch für das europäische und internationale Zivil- und Handelsrecht eine Aufgabe. Rechtsstaatlichkeit verlangt Sicherheit bei der Rechtsidentifikation. Eine Aufgabenbeschreibung liegt hier als Vorschlag vor.

Summary

by Prof. Dr. Oliver Remien, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

I. Legal identification and branches of law

1. Legal identification deals with locating the applicable legal rule, with better understanding it and with specifying it in more detail. The term probably comes from public international law. To private lawyers, the – other – question of identification and proof of the content of the applicable foreign law (§ 293 ZPO, i.e. German code of civil procedure) is familiar.
2. In textbooks on public international law there will be a section on “means for the determination of rules of international law“ or something like that and on Art. 38 of the ICJ Statute. One can ask the same question for international private law. There are differences relating to the different branches of law.

II. Legal identification as an issue of development and quality – of: codification and rule of law (Rechtsstaat) – as well as function of legal science

3. Legal identification is dependent on the state of development and quality of the legal system. The problem has brought forth a great tool: codification. This is a means to help with legal identification.
4. See *Thibaut* (1814): “an endless morass of conflicting, shattering and variegated provisions clearly capable of separating the Germans from one another and to make the thorough knowledge of the law impossible for (the) judges and lawyers.“
5. In the absence of a uniform legal culture, a problem of legal identification in the broader sense still remains. In Europe, however, there is “no homogeneous legal culture“.
6. For European law, the view has been taken that basically there are many “national European Union laws” and that this should even be “no detriment“. However, legal culture is not a fig-leaf for legal inequality.
7. Does the rule of law (Rechtsstaat) call for easy legal identification and for codification? Individual European constitutions contain mandates for codifications (Art. 107 Grondwet of the Netherlands).
8. Concerning the principle of the rule of law (Rechtsstaat) the German Constitutional Court states: “One of the essential elements of the rule of law is legal certainty.“ In a much broader sense, one will be able to derive from the rule of law (Rechtsstaat) a mandate for legislation and codification in areas of private law. The creation of a clear legal system is “service public“, civil legislation a state task.
9. European law also calls for the rule of law (Rechtsstaat). At the global level the rule of law is rather an aim (rule of law dialogue or Rechtsstaatsdialog).
10. One of the functions of legal science is to be conducive to legislation and to the application of the law. Together with various other actors it constitutes the infrastructure of a legal system. They interact in their functions.

11. Three main areas, all with diverging stages of development, are to be examined here:

III. Private International Law and Law of International Civil Procedure

12. In private international law legal science has played an essential role in the reform of the German Private International Law of 1986, the German Federal Ministry of Justice has been supported for decades by the German Council on Private International Law. For over ten years the EU has been playing an essential role in this area and has issued a whole array of regulations.

13. In European law of international civil procedure we have a considerable network of legislation by regulations (Brussels I Regulation of 2001, 2012, etc.). The report on the Brussels convention is legendary. Commentaries are mostly national works, with the exception of: Magnus/Mankowski (ed.), "European Commentaries on Private International Law".

14. In case law the ECJ has delivered many diverse major decisions. Much of it is recognized and good, but some decisions are of varying quality. Are they quite formalistic, are they, perhaps, a "greek gift" (*timeo Danaos et dona ferentes*), or too extensive, or "not of exorbitantly great help"?

15. The Europeanisation of private international law on the whole constitutes a great step forward. However, it still does not eliminate one of the core problems of private international law: the lack of internationality. In this case, there is not a problem of identification but one of divergence: limping legal relationships. The new method of mutual recognition is quite another chapter.

16. In European private international law the development is less advanced than in European law of international civil procedure, but the former has caught up considerably in the past decade. Meanwhile, there is talk of codification (see "embryon", "Rome 0 Regulation"). The ECJ has issued only a few decisions so far. Occasionally it is aptly noted that there is a "lack of the desirable clarity" in the "unfamiliar matter". There is no room for unspoiled pleasure. Thus, legal identification through legal science becomes even more important.

17. In the national case laws different trends are to be found which are alas ignored by legal science. It must act in a common European sense. However, contexts of discourse remain predominantly national.

18. In the field of European private international law the loss of influence of national legal science has already been clearly addressed (W-H Roth). The question is how legal science can continue to perform its duties. In the flood of commentaries on the Rome Regulations, case law by courts from other member states can seldom be found. European legal sources, but national discourses are a strange finding for private international law in particular.

IV. European Private Law

19. Through directives and, more rarely, regulations a considerable mass of provisions has come about in the fields of consumer and corporate law, but it is rather concentrated on specific points or fields. Here, also the ECJ plays its role. This role, however, is quite diverse with regard to the various legal acts.

20. The ECJ has issued partly fuzzy decisions on European private law (e.g. concerning assembly and disassembly costs, revocation of loans acquired by doorstep transaction, volcanic ashes). Sometimes, the ECJ appears like an oracle. Furthermore, the decisions find quite different resonance in the various member states.

21. Legal science offers rather diverse textbooks, casebooks, European law reviews for private law. For the Council Directive on unfair terms in consumer contracts, the Commission had initiated a database project: CLAB Europe. This project has failed.

22. A new page would be turned in EU Private Law, if in fact it should come to an “optional instrument“ in sales law or further arias (proposal of October 2011). In the background of the Common European Sales Law stands legal science – especially Lando’s PECL, the DCFR and the Acquis Principles have made the draft possible. Already on the draft a commentary on the Common European Sales Law has been published (half of the authors coming from Germany). A German book review also deals with the contribution of French authors and shows differences in taste.

23. Recital 34 of the Proposal of the Regulation and Art. 14 of the Framework Regulation Proposal on the Common European Sales Law provide for the establishment of a case law database by the Commission. An official commentary is also mentioned, but the Commission has been taking lightly its obligation to give reasons under Art. 296 TFEU when proposing this sales law. The European Law Institute even proposes an “official advisory body“.

V. International Business Law

24. Is there in the area of international business law a “lex mercatoria“, a transnational law, a-national law, perhaps even a “lex petrolea“, a “lex sportiva“? One will not be able to accept the “lex mercatoria“ (etc.) as a legal system.

25. However, at least in arbitration the applicability of the lex mercatoria can be agreed upon, Art. 28 II UNCITRAL Model Law, § 1051 ZPO (“rules of law“). The draft of Hague conflict of laws principles will generally permit this, in so far as a “set of rules“ is “generally accepted“ and is “neutral and balanced“. § 1051 ZPO rejects a “voie directe“ to lex mercatoria.

26. With regard to the lex mercatoria the international commercial lawyer in arbitration will be faced with similar issues as those of a public international lawyer. There are various tools for legal identification.

27. One of which are lists of Principles – *Mustill* (twenty Principles), *Berger* (“creeping codification“: at first 68 “principles, rules and institutions“ then 130 in 2012, meanwhile 133 in *Translex*).

28. Restatements are more manageable. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (UPICC or the UPr.) stand out in particular, a twin of the European Lando Principles. They are very well accessible through the database UNILEX and an anglophone commentary.

29. The classic instrument of international business law are (state) treaties. The modern classic for uniform interpretation today is Art. 7 CISG. A “systematic comparison of case law“ is recommended as a method (*Kramer*). The CISG is especially well accessible.

30. On the one hand this applies to commentaries. The CISG databases are impressive: Pace Law School, UNILEX of UNIDROIT, CISG-online of the Basel Global Sales Law Project, CLOUT Case Law on UNCITRAL TEXTS).

31. The CISG Advisory Council is (also) interesting: a private initiative, in total 16 members, of which 8 Europeans, 3 Americans (1 from Argentina), 1 Turk, 1 Russian, 1 Japanese, 1 Chinese and 1 South African, all of them legal scholars. To date, there are 16 reports, sometimes they are cited in case law.

VI. Function of legal science

32. The picture is astonishing: Europeanization is to be regarded an asset for legal certainty in international private and procedural law. But in substantive private law in Europe, there is great legal uncertainty and apparently little real Europeanization. Paradoxically, in international business law this is different: *Lex mercatoria* probably does not exist as an independent legal system, but helpful tools for the identification of these “rules of law“ are fairly well developed internationally. It is also amazing that the CISG appears to be better accessible than Brussels I or European private international law.

33. The ECJ is a generalist and dominated by small states. For private and commercial law, this is an antiquated and inadequate system. In order to improve the situation in the European conflict of laws and in private law, a reform of the ECJ should be considered. This is easier said than done, but it would be a Europeanization of the ECJ and simultaneously constitute its deep foundation in private law. At the same time, the ECJ should pay more attention to legal science. Until now Europeanization is threatening to mean a decline of the importance of private law doctrine.

34. As yet, legal science has not been admitted as *amicus curiae* in Europe. If a European *amicus curiae* existed, legal science could take advantage of this institution.

35. Instead of subsequent notes on decisions, essays on proposals for expected decisions could be full of merit, the incentives to do so, however, seem questionable.

36. A Europeanization of the institution of the commentary is necessary.

37. An “Official Advisory Council“ as proposed by the European Law Institute, is a chimera. The free academic competition should be and remain decisive without mediatization.

38. The European Law Institute has an unfortunate monolingual approach. It seems to view itself less as a provider of service for legal science but perhaps more as a service provider for integration policy.

39. Nowadays databases are a good means to facilitate international and European legal identification. For the CISG, International Business Law offers outstanding proven examples.

40. Legal identification is, after all, also a task for the European and international civil and commercial law. The rule of law requires legal certainty in the identification of law. A detailed description of the task is proposed here.

Diskussion

zu den Referaten Ruffert und Remien

Frau Coester-Waltjen: Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir treten jetzt in die Diskussion der beiden Referate ein. Es gilt natürlich wieder die Ampel – wir sind sozusagen eine Ampelkoalition in den hiesigen Tagen – und als Erstes möchte ich Frau Dethloff um das Wort bitten, danach dann Herrn Stoll, Herrn Schorkopf und Herrn Uerpmann-Witzack.

Frau Dethloff: Zunächst möchte ich den beiden Referenten ganz herzlich für diese glänzenden Vorträge, die sie uns hier präsentiert haben, danken. Sie haben sich dem Thema der Rechtsidentifikation aus unterschiedlichen Perspektiven angenähert – einem Thema, von dem Oliver Remien schon zu Recht festgestellt hat, dass es eigentlich eher von einem völkerrechtlichen Begriff ausgeht. Ich muss aber sagen, es ist sehr deutlich geworden, dass Rechtsidentifikation durchaus auch ein Problem aus internationalprivatrechtlicher oder privatrechtsvergleichender Sicht darstellt. Trotz der vielen Gemeinsamkeiten, die aufgezeigt wurden – etwa der Bedeutung der Rechtswissenschaft in diesem Bereich oder der zentralen Rolle der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien – sind aber auch Unterschiede zu Tage getreten. Auf einen möchte ich hier spezifisch eingehen und zwar den, den Matthias Ruffert mit dem schönen Begriff des *invisible college of international law* identifiziert hat. Dem steht auf der anderen Seite eher das *visible college*, das *European Law Institute*, gegenüber. Als Mitglied des *American Law Institute* muss ich gestehen, dass ich mich sehr gefreut habe, als die Idee aufkam ein *European Law Institute* zu gründen. Richtig ist, dass aber zugleich der von Oliver Remien angemahnte Wettbewerb der Ideen und der Wissenschaft eine große Rolle spielt. Im *American Law Institute* kann man feststellen, dass den *Restatements* in beiden Bereichen große Bedeutung zukommt und auch die *Principles* des *American Law Institute* zunehmend wichtig geworden sind. Wie kann es uns in Europa gelingen, zu Vergleichbarem zu gelangen und können wir Privatrechtler in diesem Bereich vielleicht vom *invisible college* des Völkerrechtes lernen?

Herr Stoll: Herzlichen Dank auch meinerseits für die beiden wunderbaren Referate. Zum Punkt der Rechtswissenschaft sind ja, glaube ich, zwei sehr unterschiedliche, sehr komplementäre Verständnisse vertreten worden. Herr Remien hat den Auftrag der Rechtswissenschaft zur Beratung hervorgehoben und damit die Rechtspolitik angesprochen. Herr Ruffert bedient sich der treffenden Anleihen an die Wissenschaftstheorie, wirft Fragen der Empirie auf, zu der noch einiges zu sagen wäre. Die Fragen: Herr Ruffert, inwiefern ist Rechtswissenschaft auch Entscheidungs- und Handlungslehre? Herr Remien, inwiefern hat Rechtswissenschaft auch einen Selbststand? An beide: Sind die unterschiedlichen Verständnisse der Rechtswissenschaft eigentlich regional? Spielt das eine Rolle bei der Rechtsidentifikation? Danke schön.

Herr Schorkopf: Beide Referenten haben über den Kommentar als Identifikationsmedium gesprochen und beide haben – glaube ich – mehr oder minder die These vertreten, dass der Kommentar ein deutsches Phänomen sei. Was ich gern noch einspeisen würde, um dann einen Bogen zu einer weiteren Anmerkung zu ziehen, ist, dass der

Kommentar gerade in der anglo-amerikanischen Welt lange Jahre als ein unzulässiges Medium betrachtet worden ist. Er habe nämlich nicht nur Identifikation ermöglicht, sondern steht für eine verkappte Form der Rechtsfortbildung oder vielleicht sogar der Rechtssetzung, was der Rechtswissenschaft als nicht legitimes Medium nicht zukomme. Umso interessanter ist es aber, dass der Kommentar sich jetzt als das Leitmedium der deutschsprachigen Rechtswissenschaft international durchgesetzt zu haben scheint. Ein wichtiger Wendepunkt scheint mir die zweite Auflage des Simma-Kommentars zur Charta der Vereinten Nationen zu sein, der auch eine Art – wenn ich es richtig verstanden habe – sehr gelungener „Werbeartikel“ für die IGH-Richterwahl war. *Oxford University Press* ist dann auf den Geschmack gekommen. Wenn man sich den Katalog der Kommentierungen, die heute vorhanden sind, anschaut, hat das Thema auch eine kommerzielle Seite. Aber, es wäre zu kurz gedacht, es darauf zu reduzieren. Wenn wir uns die Kommentare anschauen, die in der Tat auch in der Völkerrechtswissenschaft sehr deutschlastig bei den Herausgebern sind – Herr Remien hat einiges zu der Zivilrechtswissenschaft gesagt – dann sehen wir aber auch, dass gerade nicht deutschsprachige Autoren nach einigen Anfangsschwierigkeiten den Duktus des Kommentierens gelernt haben.

Was heißt das für die Zukunft der deutschen Rechtswissenschaft? Wir haben neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vielleicht einen weiteren Exportartikel, nämlich den Kommentar. Jetzt einen letzten Punkt dazu: Gibt es nicht auch eine gegenläufige Entwicklung? Das Thema hat eine gewisse Ironie, denn es gibt seit einigen Jahren durchaus sehr forcierte Kritik am Kommentar. Der Wissenschaftsrat hat diese mit dem Begriff des Normenapplikationswissens nicht ganz so deutlich aufgenommen, aber er meint damit auch die zu vielen Kommentare, die zu wenigen Monografien, das zu wenig theoretisierte Wissen. Während dieses Medium in Deutschland in Frage gestellt wird, reüssiert der Kommentar nun international und hat dort – glaube ich – seinen Zenit noch nicht erreicht. Ich sehe hierin eine gewisse Dialektik am Werk, dass Deutschland sich einerseits in der Rechtswissenschaft stärker theoretisiert – also etwas aufnimmt, was in den letzten zwanzig bis dreißig Jahren zu wenig vorhanden war, während die internationale Rechtswissenschaft sich über dieses Medium stärker dogmatisiert. Es wird sehr spannend sein zu sehen, inwiefern der internationale Kommentar mit entsprechenden Autorenkollektiven und dergleichen auf den klassisch deutschen Kommentar zurückwirkt.

Herr Uerpmann-Witzack: Ich möchte nach der Rolle der Wissenschaft fragen und deren Aufgabe, unter Umständen eine einheitliche Rechtsordnung zu konstruieren oder zu schaffen. Herr Remien, Sie haben die kontinental-europäische Kodifikationsidee angesprochen, die auch ganz stark die europäische Rechtswissenschaft geprägt hat. Was ist nun, wenn es noch keine Kodifikation oder eben – wie wir es im Europarecht und auch im Völkerrecht erleben – allenfalls sehr unvollkommene oder partielle Kodifikationen gibt, wenn es also immer noch einen mehr oder weniger endlosen Wust von buntscheckigen Bestimmungen – um mit Thibaut zu sprechen – gibt? Ist es dann Aufgabe der Rechtswissenschaft, daraus eine Einheit zu formen? Das Thema ist ja heute Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht. Gerichte haben sicherlich – jedenfalls ganz vorrangig – weitgehend nur die Aufgabe der Einzelfallentscheidung. Wie ist es dann mit der Wissenschaft? Ich denke, dass die Wissenschaft oder einzelne Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen sicherlich Modelle für eine einheitliche

Ordnung entwerfen dürfen, aber ist das auch eine Pflichtaufgabe, die wahrgenommen werden muss?

Herr Ruffert: Obwohl es regionale Prägungen in der Völkerrechtslehre gibt, meine ich doch, dass der universale Anspruch erhalten bleiben muss. Die *American Society* wird in diesem Jahr über *The Revival of Comparative International Law* als einer Entwicklung tagen, sich dieser Regionalismen wieder bewusst zu werden, die Sie, Herr Stoll, zu Recht angesprochen haben. Wenn man sich aber die regionalen Prägungen ansieht, kommt man doch – so meine ich – zumindest im Anspruch nicht am Universalitätsgedanken vorbei. Man muss sich nur der unterschiedlichen methodischen Zugänge bewusst bleiben. Auch an Herrn Stoll gerichtet: Der Umstand, dass die Rechtswissenschaft Entscheidungswissenschaft oder Entscheidungslehre ist, wie Sie es genannt haben, bringt sie ja nicht aus der Herausforderung heraus, zu den entscheidenden Instanzen eine Distanz aufzubauen. Sonst spielt man die Luftgitarre, sonst ist man der fiktive Entscheidungsklangkörper, der gar nicht befugt ist, die Entscheidung zu treffen. Ich glaube, das ist kein Widerspruch. Es ist in den einzelnen Argumentationen oft schwer auseinanderzuhalten, aber es widerspricht sich nicht, dass man Distanz zum entscheidenden Gremium hat und dessen Entscheidungen analysiert und auch wertend vorbereitet.

Das *invisible college*, das von Oscar Schachter vor inzwischen vierzig Jahren in die Diskussion eingebracht wurde, ist nicht nur positiv bewertet worden. Es gibt viele Literaturstimmen, die sagen, dass es immer dieselben Kreise sind, die in den unterschiedlichen Gremien die Entscheidungen fällen. Was mir in der Beschäftigung mit dem Thema aufgefallen ist und was ich auch positiv hervorheben möchte, ist der Versuch, immer wieder über institutionalisierte Formen zu wissenschaftlichen Erkenntnissen zu kommen. Da kann man natürlich die *International Law Commission* hervorheben, wo es aber durch die diplomatisch-politische Überlagerung – das mögen Akteure noch viel besser einsehen können als man das von außen kann – Verzerrungen gibt. Das *Institut de Droit international* etwa ist aber prinzipiell von diesen Einflussnahmen frei – oder es soll frei sein. Im Völkerrecht scheint mir das ein ganz großer Schritt zu sein, über dieses institutionelle Zusammenwirken – das ja eine nationale Fachgesellschaft auch versucht – zu Ergebnissen zu kommen. Nach meiner Ansicht hat das *European Law Institute* noch keine genuin völkerrechtlichen Themen aufgegriffen. Das *American Law Institute* sehr wohl – wir werden ja die Restatements heute Nachmittag noch besprechen.

Ich möchte dann in dieser Zwischenrunde noch etwas zu Kommentaren sagen. Ich glaube, es ist zentral zu sehen, dass die Qualitätsunterschiede innerhalb der Literaturgattung ganz exorbitant sind. Mit dieser Feststellung lasse ich es aus naheliegenden Gründen auch sein. Ich habe mich jedenfalls außerordentlich geärgert – habe mich aber mit den bekannten Kritikern auch wieder versöhnt – als die Kategorie Kommentar als solches gleichsam auf den Index der reinen Forschung und Lehre gekommen war. Wo ich widersprechen möchte – falls es in deiner, Frank, Äußerung so zum Tragen gekommen wäre – ist, dass die Literaturgattung Kommentar tatsächlich kein typisch deutsches Phänomen mehr ist. Ein Kollege, mit dem ich mich im Vorfeld über den Vortrag ausgetauscht habe, hat diese These auch vorgetragen und mir einen Link zu den *Oxford Commentaries on International Law* geschickt. In der Tat ist der Ausgangspunkt wohl der Kommentar von unter anderem Bruno Simma zur Charta der

Vereinten Nationen, aber wir haben in diesen Reihen auch schon eine bunt gemischte Zusammensetzung der Herausgeber- und Autorenschaft. Dies ist, denke ich, nicht nur dem Umstand geschuldet, dass das aus Deutschland kommt und hier so gut vorbereitet war, sondern dass wir eine ganz tiefe Kommentartradition haben, die auch wissenschaftlich von rechtshistorischer – insbesondere zivilrechtshistorischer – Seite vor Kurzem aufbereitet wurde. Eine ganz tiefe Tradition des Kommentierens haben wir immer da, wo mit Texten gearbeitet wird. Hier gibt es schöne Parallelen zur Theologie, und es gibt eine schöne Tradition, wie Kommentare entstanden sind. Diese – ich habe es vulgärpositivistisch genannt – Silbenzählerei, also der siebte oder achte Kommentar zum gleichen Text, der dann noch einmal wiederkäut, was die anderen schon gemacht haben, können wir außen vor lassen. Es gibt eine Tradition guten Kommentierens, und die wird – vielleicht aus Deutschland oder aus dem deutschsprachigen Raum, aber das ist nebensächlich – auch mittlerweile in der Völkerrechtswissenschaft wiederbelebt.

Herr Remien: Ich versuche das der Reihe nach zu machen. Zunächst hatte Nina Dethloff nach dem *European Law Institute* und dem *American Law Institute* gefragt und wie der Wettbewerb innerhalb Europas sichergestellt werden könne, nachdem ich da ja so leicht kritische Töne angeschlagen hatte. Ich denke, eine Herausforderung ist, wenn man die Wissenschaft europäisch irgendwie zusammenführen will, dass man eine Institution schaffen muss, die die europäische Rechtswissenschaft so nimmt, wie sie ist: Nämlich im Privatrecht jedenfalls doch weitgehend national oder vielleicht nach Rechtsfamilien gegliedert und auch in den verschiedenen Sprachen arbeitend.

Diese Arbeit in verschiedenen Sprachen entspricht eigentlich auch den Grundlagen des Europarechts und prägt auch – vielleicht abgesehen von der Beratungssprache – die Tätigkeit des Gerichtshofes. Deshalb hatte ich mir erlaubt, das, was ich als monolingualen Ansatz bezeichnet hatte, der mir jedenfalls die Praxis beim ELI zu sein scheint, zu kritisieren. Ich glaube, man braucht in der Tat eine linguale Diversifizierung. Es mag sein, dass die Deutschen – oder viele von den Deutschen, obwohl der überwiegende Teil der deutschen Zivilrechtler dem auch schon eher fernstehen würde – dies durchaus akzeptieren oder vielleicht auch in der Lage sind, das auf Englisch zu machen. Bei den Zivilrechtlern von einigen anderen europäischen Mitgliedstaaten habe ich da noch größere Bedenken. Bei vielen deutschen Zivilrechtskollegen habe ich da schon meine Fragezeichen, aber in einigen anderen Ländern, glaube ich, ist die sprachliche Offenheit und das Training noch weniger ausgeprägt.

Wenn man aber eine europäische Rechtswissenschaft haben will, dann muss man diese Kollegen miteinbeziehen und darf sie nicht ausgliedern. Das ist mein Petitum. Dass das schwierig ist, räume ich ein. Da ist auch nicht alles machbar. Aber man muss es jedenfalls im größeren Grade versuchen, ich finde den Ansatz da momentan nicht optimal. Man könnte es auch so formulieren – Stichwort Wettbewerb: Die Sprache, in der man arbeitet, sollte eigentlich kein Wettbewerbshindernis für den Wettbewerb auf dem Markt der Ideen sein.

Herr Stoll hatte die verschiedenen Ansätze von dem Referat von Herrn Ruffert und mir gegenübergestellt und gesagt, dass ich so ein bisschen rechtspraktisch bin. Ich hatte ja auch gesagt, dass es in die Gassen des Zivilrechts geht, wo man mit dem Alltag und dessen Geschäften und Problemen zu tun hat, während Herr Ruffert sich auch mehr der Wissenschaftstheorie gewidmet hat. Da hatten Sie mich dann gefragt, wie es mit dem Selbststand der Rechtswissenschaft eigentlich aus zivilrechtlicher Sicht aussieht?

Ich bin absolut nicht der Ansicht, dass die Rechtswissenschaft nicht frei reflektieren, kritisieren und projektieren sollte, sondern da hat sie auch ihre eigenen kritischen und wichtigen Aufgaben. Wenn es aber darum geht, den Inhalt des Rechts zu identifizieren, dann sind wir auf den praktischen Ertrag fixiert und fragen: Was ist die Rechtsregel? Wie holen wir das Material sozusagen zur Gewinnung der Rechtsregel und, danach gelagert, für ihre Auslegung und vielleicht Fortbildung heran?

Das hatte ich als meine Aufgabe betrachtet und deshalb habe ich mich so ausgerichtet. Ich habe mein Thema bewusst als nicht rechtstheoretisches Thema verstanden, sondern als eine Einladung zum Versuch der Reflexion über die Bewältigung der Probleme im europäischen Privatrechts- und internationalen Handelsrechtsraum. Deshalb hatte ich das so ausgerichtet und den Fokus entsprechend gelegt. Dass die anderen Aufgaben auch bestehen, das ist ganz klar, wobei man meines Erachtens aber immer bedenken sollte, dass wir uns nicht zu sehr in einem luftleeren Raum bewegen und dann nur noch *law and* und so weiter betreiben sollten. Es muss auch mit dem Rechtsleben und den Problemen der Rechtsunterworfenen etwas zu tun haben. Ich vertrete ja die Ansicht – überspitzt formuliert – dass Rechtswissenschaft eigentlich eine menschenfreundliche Disziplin ist, die die Probleme der Leute besser zu bewältigen versuchen soll. Das ist die Intention, das ist vielleicht auch irgendwie der Impetus. Dass sich das meistens so nicht im wissenschaftlichen Alltagsgeschäft niederschlägt, gestehe ich auch, was meine Wenigkeit anbelangt, ohne weiteres zu. Aber irgendwie ist das doch die hehre Idee, die uns vielleicht treibt.

Herr Schorkopf hatte nach den Kommentaren gefragt. Also vom Herkommen, wenn man einmal von den Glossatoren absieht, denke ich, ist das an sich schon ein deutsches Phänomen. Da gibt es aber schöne Internationalisierungstendenzen, wobei ich gestehen muss, dass ich nicht die Auflagenzahl und die Verbreitung etwa der englischen Fassung von einem Schlechtriem/Schwenzer UN-Kaufrechtskommentar kenne. Ob die deutsche oder die englische Auflage größer ist, weiß ich einfach nicht. Das habe ich jetzt auch nicht feststellen können – ich weiß nicht, ob der Beck-Verlag Zahlen an mich herausrücken würde, ich habe es ehrlich gesagt nicht versucht und habe auch Frau Schwenzer da nicht speziell kontaktiert. Leider können wir Sie hier jetzt heute auch nicht direkt befragen. Was ich aber festgestellt habe, ist, dass etwa bei *Moot Court*-Veranstaltungen – wie bei dem *International Commercial Arbitration Vis Moot* in Wien – von Teams aus allen Ländern der Welt die englische Auflage vom Schlechtriem/Schwenzer benutzt wird. Das ist also schon ein gewisser Beleg für einen Anklang, den es in der internationalen Szene findet. Ob nun ein New Yorker Gericht in den Schlechtriem/Schwenzer gucken würde, wenn es einen CISG-Fall hat, da habe ich noch so ein bisschen meine Fragezeichen dabei.

Ich möchte Kommentare auch gar nicht als einziges Allheilmittel in den Vordergrund stellen. Ob es eine Kommentierung im deutschen Stil oder eine vielleicht sehr gute Bearbeitung im Stil vom *JurisClasseur* oder der *Encyclopedia of Public International Law* oder Entsprechendem ist, das wäre rechtsidentifikatorisch gesehen fast egal – das sind nur unterschiedliche Präsentationsstile. Ich will also andere Stile nicht schlecht machen, sondern das war ein bisschen auf die Kommentarschiene geraten. Dass sich internationale Kommentare vielleicht verbreiten, könnte auch damit zusammenhängen, dass wir – vielleicht im Gegensatz zu anderen Rechtssystemen – international gesehen keine so klare Justizstruktur und Hierarchie haben. Der Kommentar könnte möglicherweise ein Instrument sein, das – ich will nicht sagen den Obersten Gerichtshof

ersetzt – aber: vielleicht rechtsidentifikatorisch nützlich ist und die Ermittlung des Inhalts des Rechtes leichter macht. Das, was in einem festgefügt System – sagen wir im englischen *Common Law* – eben das oberste Gericht macht, nämlich tatsächlich autoritativ oder jedenfalls mit einer gewissen Sicherheit den Inhalt des Rechts zu beschreiben, macht mit weniger Autorität, aber vielleicht dafür auch in größerer Breite und Tiefe vielleicht auch der Kommentar. Und wenn man international eben nicht diese Hierarchie und die oberste Spitze hat, die dann sagt, was gilt, dann kann der Kommentar vielleicht noch nützlicher sein. In England braucht man wahrscheinlich keinen Kommentar, sondern sagt, dass das der *Court of Appeal* oder der *Supreme Court of the United Kingdom* entscheiden muss. Wenn man aber nicht so eine Hierarchie hat, dann ist vielleicht der Kommentar ganz nützlich. Dass es in Deutschland eine Inflationierung der Kommentierungen gibt, ist jedenfalls für das BGB unbestritten. Wir sind alle Sünder und ich bin auch daran beteiligt. Wie innovativ meine Kommentierungen sind, überlasse ich dann auch den Federn von Rezensenten, aber dass da nicht alles perfekt ist insgesamt, das ist ganz klar.

Herr Uerpmann-Witzack hatte gefragt, wie es ist, wenn noch keine Kodifikation da ist, was dann die Aufgabe der Wissenschaft ist. Da, finde ich, haben wir im Internationalen Handelsrecht und auch im europäischen Privatrecht schöne Belege. Der Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, der zum Teil sehr schön ist, der aber auch mit gewissen kompetenzrechtlichen und qualitativen Problemen verbunden ist, ist ja im Grunde genommen ein gemeinsames Kind von Wissenschaft und Politik. Wenn man im familienrechtlichen Bild – und der Vorsitzenden Frau Coester-Waltjen liegt das ja nah – sprechen möchte, dann könnte man sagen, es ist ein Kind, das die Wissenschaft in die Welt gesetzt hat und das von der Politik adoptiert worden ist, insoweit nämlich als die Wissenschaft, insbesondere in der Gestalt der *Commission on European Contract Law* unter Ole Lando und nachher in der *Study Group on a European Civil Code*, die *Principles of European Contract Law*, *UNIDROIT-Principles*, *Acquis-Principles* und weitere solcher einheitlichen Regeln ausgearbeitet hat und man damit dann in der Lage war, tatsächlich einen relativ umfassenden Kaufrechts- und Allgemeines Schuldrechtsentwurf zu präsentieren. Ohne diese Vorarbeit der Wissenschaft wäre das eigentlich nicht gegangen. Da hat die Wissenschaft also tatsächlich Vorbereitung für die Rechtspolitik geleistet, nicht nur in Form von Kommentaren, sondern auch von Restatements. Restatements sind, glaube ich, am Nachmittag noch ein extra Thema – vielleicht nicht in zivilrechtlicher Sicht, aber da will ich jetzt auch nicht zu sehr vorgreifen.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Herr Remien. Sie bekommen jetzt zwei speziell an Sie gerichtete Fragen, zunächst von Frau Kieninger und dann von Herrn Haratsch.

Frau Kieninger: Der fortgeschrittenen Zeit geschuldet haben Sie, Herr Remien, eine wichtige Forderung nur noch am Schluss formuliert, die ich jetzt noch einmal aufgreifen möchte, nämlich die nach einer Reform des Europäischen Gerichtshofs. Damit man einmal die Dimensionen versteht, über die wir hier reden: Da gibt es die Brüssel I und II-Verordnungen, die Unterhaltsverordnung, die Mahnverordnung, die Verordnung über geringfügige Forderungen, die Beweisverordnung, die Zustellungsverordnung, die Europäische Insolvenzverordnung – das ist nur IZVR – und weiter die Rom I, II, III-Verordnungen und die Europäische Erbrechtsverordnung. Wenn man das alles zusammenhängen würde – manche dieser Verordnungen haben nahezu 100 Artikel mit vielen Unterabsätzen und Anhängen – dann würde ein Monstrum von

ungefähr 1000 Seiten Minimum herauskommen. Vermutlich hätte es sogar mehr Text als das BGB – ich habe den Versuch mit einem Wörterzählungsprogramm noch nicht unternommen. Das alles sind Verordnungen, d.h. Einheitsrecht, das in zu großen Teilen in allen Mitgliedstaaten gilt und einheitlich ausgelegt und angewendet werden muss. Herr Remien hat ja das Beispiel des gewöhnlichen Aufenthalts gebracht. Aber man könnte das endlos fortsetzen.

Dazu kommt noch, dass diese Verordnungen teilweise leider unter sehr großem Zeitdruck und unter weitestgehender Ausschaltung der Rechtswissenschaft entstanden sind. Früher gab es im IPR in Deutschland den Deutschen Rat für IPR. Den gibt es zwar immer noch, aber er ist – ich bin jetzt sehr provokant, aber ich gehöre diesem Gremium selbst an, sonst würde ich so nicht sprechen – weitgehend bedeutungslos geworden. Früher, als es etwa darum ging, das neue EGBGB von 1986 zu entwerfen, kam, der Deutsche Rat in mehreren Sitzungen oder über mehrere Jahre hinweg zusammen, hat einen Entwurf im Auftrag des Bundesjustizministeriums gemacht, der dann zur Grundlage des neuen Gesetzes wurde. Heute ist dies natürlich nicht mehr so, da wir eine Vielzahl von Mitgliedstaaten haben, die alle irgendwie an der Gesetzgebung mitwirken möchten und müssen. Eine Sonderrolle hat dabei insbesondere Großbritannien, das sich im Primärrecht ein Erpressungspotenzial hat einräumen lassen – die Briten entscheiden nämlich bei jeder Verordnung individuell, ob sie mitmachen wollen oder nicht, und wenn ihnen irgendetwas im Entwurf nicht passt, machen sie nicht mit.

Zurück zur Rolle der Wissenschaft: Natürlich gibt es auf europäischer Ebene den *Groupe Européen de Droit international privé*, in dem aus allen Mitgliedstaaten die führenden Köpfe des IPR vertreten sind, aber diese haben von Anfang an gesagt, dass sie sich nicht zum Büttel der Kommission machen lassen wollen. Sie wollen eben nicht so etwas wie der Deutsche Rat sein, der sozusagen am Gängelband des Ministeriums geht, sondern verfolgen ihre eigenen rechtspolitischen Ziele. Wenn man den Gesetzgebungsvorgang dieser Verordnungen betrachtet, muss man letztlich dankbar und erstaunt sein, dass dabei noch so gute Rechtstexte herausgekommen sind. Aber sie sind natürlich keineswegs fehlerlos, und sie sind sehr stark interpretationsbedürftig. Diese Interpretation aber liegt in den Händen des Europäischen Gerichtshofs, der in keiner Weise dafür qualifiziert ist.

Herr Haratsch: Vielen Dank. Auch ich habe eine Frage zum Europäischen Gerichtshof, wenn auch aus anderer Perspektive. Herr Remien, Sie haben sich für eine Europäisierung des durch Kleinstaaten dominierten EuGH ausgesprochen. Als Europarechtler wird man dann hellhörig und fragt sich, wie man sich so etwas institutionell vorstellen soll. Wir haben jetzt einen Europäischen Gerichtshof, der aus 28 Richtern aus 28 Mitgliedstaaten besteht. Wenn er von Kleinstaaten dominiert ist, sollte das dann in Ihrer Sicht bedeuten, dass wir künftig keine Richter aus kleineren Mitgliedstaaten mehr haben werden, nur noch Richter aus größeren Mitgliedstaaten? Das kann ich mir nur sehr schwer vorstellen, vor allem wenn man bedenkt, dass es ja auch zu den vornehmsten Aufgaben des Europäischen Gerichtshofs gehört, eine wertende Rechtsvergleichung zu betreiben. Das heißt, wir brauchen den Sachverstand aus 28 unterschiedlichen Rechtsordnungen, auch wenn vielleicht nicht alle Richter an den jeweiligen Entscheidungen beteiligt sind. Aber die Ressourcen sind zumindest am EuGH vorhanden, um Kenntnisse aus allen 28 Rechtsordnungen zu generieren. Ein anderes Modell könnte sein, dass man darüber nachdenkt, Stimmwägungen für die Richter vorzunehmen, dass

also Richter aus größeren Mitgliedstaaten mehr Stimmen haben als Richter aus kleineren Mitgliedstaaten. Das kann ich mir auch nur sehr, sehr schwer vorstellen und das wäre auch in einem Kammersystem praktisch vollkommen undurchführbar. Wie sind Ihre Vorstellungen, den EuGH zu europäisieren?

Wenn Sie erlauben, würde ich gerne eine Anekdote in Ergänzung zu dem Referat von Matthias Ruffert erzählen. Als ich in der mündlichen Prüfung des Ersten Staatsexamens saß – der Kollege Dieter Kugelmann wird sich erinnern, er saß neben mir – hat Walter Rudolf uns im Völkerrecht geprüft und mir die Frage nach den Rechtsquellen des Völkerrechts gestellt. Dann kam die Anschlussfrage, warum denn die vierte Quelle, die Lehrmeinungen der bedeutendsten und fähigsten Völkerrechtslehrer, heutzutage keine große Bedeutung mehr habe. Meine Antwort darauf war – sie mögen es mir heute verzeihen –, dass es vermutlich keine bedeutenden Völkerrechtslehrer mehr gebe. Spätestens seit ich Mitglied dieser Vereinigung bin, weiß ich, ich habe mich damals geirrt.

Herr Remien: Vielen Dank, Eva-Maria, und vielen Dank Herr Haratsch für die netten und interessanten Fragen. Eva-Maria, Du und ich, wir sind uns da wahrscheinlich sowieso einig. Du hast all diese Verordnungen wunderbar aufgezählt, die dann in alle möglichen Details reingehen und welche Regelungsdichte wir im internationalen und sonstigen Privatrechtsbereich haben. Es gibt durch die Europäisierung einmal eine qualitative Veränderung des Privatrechtssystems in Europa überhaupt und, wenn Sie so wollen – ich will Sie aber jetzt nicht schockieren – eine Privatisierung des Europarechts dadurch, dass es eben sehr viel Europarecht mit privatrechtlichem Regelungsgehalt gibt. Dieses Europarecht mit privatrechtlichem Regelungsgehalt, das aus dem traditionellen Europarecht entsprungen ist, muss eben auch im Rechtsleben der Menschen und Unternehmen angewandt werden. Die letzte Instanz ist da – wenn ich jetzt eventuelle verfassungsrechtliche Konflikte zwischen anderen bedeutsamen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof ausklammere – der Europäische Gerichtshof, der aber so strukturiert ist, wie er ist und bei dem wir eben die Richter aus 28 Mitgliedstaaten haben – von Malta bis Deutschland. Je nachdem, wie groß so ein Mitgliedstaat ist, ist auch das Rechtssystem relativ unterschiedlich durchgearbeitet, ist die Infrastruktur und der Rechtsstab ganz unterschiedlich ausgeprägt. In Deutschland finden Sie wahrscheinlich mehrere Expertinnen oder Experten für die internationale Kindesentführung – auch auf wissenschaftlicher Ebene. Ob es auf Malta jemanden gibt, der sich insbesondere wissenschaftlich mit der internationalen Kindesentführung oder mit dem Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen beschäftigt, entzieht sich meiner Kenntnis – das habe ich auch nicht geprüft, aber da gibt es einfach viel weniger. Das heißt, wir haben in den großen Mitgliedstaaten einen viel größeren Rechtsstab, alles ist viel detaillierter ausgearbeitet als in den anderen Mitgliedstaaten, aber auf der Justizebene spiegelt sich das nicht wider.

Am Europäischen Gerichtshof sitzt aber ein Richter aus einem kleinen Mitgliedsstaat, der – und nehmen Sie es mir nicht übel – eventuell noch Öffentlichrechtler ist und dann über die Auslegung einer Spezialfrage einer Verbraucherrechtlinie, der Fluggastrechteverordnung oder sonst etwas aus dem Internationalen Zivilverfahrensrecht – das ist selbst für manche Zivilrechtler ein Graus und dass Öffentlichrechtler davon nicht fasziniert sind, kann ich auch verstehen – zu entscheiden hat. Das führt ganz einfach zu Problemen. Da wäre es gut, wenn man diesen in Europa ja in der Vielfalt der Mitgliedstaaten vorhandenen Sachverstand auf der europäischen Justizebene mehr

eingliedern könnte. Das ist das Petitum, das nicht nur ich, sondern viele Privatrechtler haben. Eva-Maria Kieninger hat es ja auch ganz deutlich gemacht. Dass das leichter gesagt als getan ist, habe ich, glaube ich, auch angedeutet. Man braucht dafür eben eigentlich eine Vertragsänderung.

Den Deutschen Rat habe ich, meine ich, auch lobend erwähnt. Das liegt auf der europäischen Ebene dann etwas anders, da gibt es auch Kommissionen, die von der Kommission eingesetzt werden. Unser französischer Kollege, Paul Lagarde, hat da auch schon einmal eine große Rolle gespielt, insoweit gibt es da etwas wissenschaftlichen Einfluss. Aber wohl weniger als das früher auf der deutschen oder auf der französischen Kollisionsrechtswissenschaftsebene der Fall war.

Damit komme ich schon fast ohne Überleitung zu Herrn Haratsch. In der Pause war ich auch von Herrn Gundel schon ähnlich angesprochen worden. Was soll man nun zum Zwecke der Europäisierung des durch Kleinststaaten dominierten Europäischen Gerichtshofs tun? Die Formulierung habe ich natürlich in böswilliger Absicht gewählt. Das gebe ich schon zu. Sie geht darauf zurück – das konnte ich in dem mündlichen Vortrag nicht weiter ausführen, das dürfte Ihnen aber eh bekannt sein – dass wir nach Artikel 19 EUV einen Richter pro Mitgliedstaaten am Europäischen Gerichtshof, einen Richter pro Mitgliedstaat beim Europäischen Gericht haben. Da ist eine Frage, die ich mir schon gestellt habe, ob es eigentlich richtig ist, dass man einen Richter pro Mitgliedstaat für den Gerichtshof und dasselbe für das Gericht macht. Wäre es nicht eventuell auch naheliegend gewesen, dass man – Gerichtshof und Gericht sind ja in gewisser Hinsicht auch wieder als Gerichtshof zusammengefasst – einen Pool schafft, in den die Richter entsandt werden, diese sind dann am Gerichtshof oder am Gericht tätig und die kleinen Mitgliedstaaten dürfen jeder einen Richter senden und die größeren dürfen zwei oder drei senden. Dann hätten wir schon eine gewisse Proportionalität, vielleicht so ähnlich wie bei der Stimmengewichtung beim Rat. Mein Innovationspotenzial war geringer als das von Herrn Haratsch. Ich wollte nicht sagen, dass der maltesische Richter eine Stimme haben soll und der deutsche Richter 80 oder 160 Stimmen, so weit wollte ich nicht gehen. Ich wollte auch keinen Mitgliedstaat ausschließen. Sondern ich wollte das Justizpersonal und die Rechtswissenschaft aus den größeren Mitgliedstaaten mehr inkludieren. Ich wäre sozusagen – ähnlich wie vorhin bei den Rechtsinstituten – für einen inklusiven Ansatz auch beim Gerichtshof.

Jetzt komme ich zu Eva-Maria Kieninger und dem zurück, was sie über die Europäisierung des Privatrechts gesagt hat. Es gibt so viele europäische Elemente und wir, die wir hier als internationale Privatrechtler sitzen, finden das ja eigentlich auch gut. Wir finden nicht alles im Detail gut, aber wir finden die Entwicklung gut. Aber es geht auch darum, diese gut zu bewältigen – auch jurisdiktionell – und dafür meine ich – und da stehe ich, glaube ich, nicht allein, Frau Kieninger hat ja auch schon Ähnliches gesagt und andere Stimmen gibt es da auch noch – dass man das auf der europäischen Justizebene auch mehr abbilden müsste. Dann brauchen wir wahrscheinlich auch mehr Spezialisierung. Das ist nach den Strukturen der Justizartikel im EUV und AEUV derzeit so kaum vernünftig zu machen. Das ist einzuräumen. Aber es geht ja nicht nur darum, das Recht wie es ist zu identifizieren, sondern – vorhin Frage von Herrn Stoll – auch eventuell Entwürfe zu machen, zu kritisieren, zu reflektieren und Anregungen zu geben. Da kommt von europäischer und international privatrechtlicher Seite die Anregung oder eigentlich das Petitum, dass wir mehr spezialisierten Sachverstand auf der europäischen Justizebene brauchen.

Frau Coester-Waltjen: Jetzt kommen noch einmal zwei Viererblöcke für Herrn Ruffert. Zunächst im ersten Block gehören Herr Oeter, Frau Richter, Herr Maruhn und Herr Hobe.

Herr Oeter: Gestatten Sie mir ein Streiflicht auf ein Problem, das in Ihrem schönen und sehr differenzierten Referat, Herr Ruffert, durchaus vorkam, aber doch eher randständig war – und zwar die Rolle der Wissenschaft in der Identifikation und Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht. Ich gehe darauf ein, weil nach meinem Eindruck die Rollenverteilung von Wissenschaft und Praxis bei Gewohnheitsrecht doch etwas anders ist als beim Vertragsrecht.

Wir haben es beim Gewohnheitsrecht mit einer eigenartigen Verschränkung von kognitiven und konstruktiven Elementen zu tun. Das kognitive Element haben Sie durchaus stark gemacht. Wir müssen, wenn wir kunstgerecht Gewohnheitsrecht identifizieren wollen, auf eine gewisse Art erst einmal empirisch arbeiten, indem wir zunächst einmal Staatenpraxis im Sinne einer empirischen Analyse erheben – was ja durchaus eine erhebliche Herausforderung bedeuten kann. Wir müssen also Daten erheben, sichten und systematisieren. Da kommt der Wissenschaft aus meiner Sicht eine erhebliche Rolle zu, die wir gelegentlich vernachlässigen. Ich glaube, wir sind in diesem empirisch-kognitiven Teil häufig zu nachlässig. Der Wissenschaft kommt insoweit eine wichtige Rolle zu, weil die Praxis – die politische und diplomatische Praxis – das nötige Maß an Analyse häufig aus Mangel an Zeit und Ressourcen gar nicht in der notwendigen Tiefe leisten kann. Das kann letztlich nur die Wissenschaft. Je klarer die normativen Zuschreibungen werden, desto einfacher wird das Gewohnheitsrecht dann irgendwann zu bestimmen sein, weil die Praxis sich in der Folge eindeutig zu bestimmten, diskursiv im Raum befindlichen normativen Zuschreibungen verhalten kann. Solange das dagegen in einem relativ diffusen Raum von Bedeutungszuschreibungen bleibt, ist das ja nicht immer einfach.

Mit diesem kognitiven Element ist untrennbar das konstruktive Element verbunden – und das fängt im Grunde schon bei der kognitiven Analyse an: Welche Praxis berücksichtigt man überhaupt als relevantes Handeln? Wie wertet man die vielen Bruchstücke einschlägiger sozialer Praxis? Wir können ja nie die Praxis von allen 190 Staaten gleichermaßen auswerten. Das konstruktive Element ist im Grunde schon eingeschrieben in dem kognitiven Element, also in der Frage, wie ich das soziale Handeln der relevanten Akteure bewerte und welche normativen Gehalte ich dem zuschreibe. In dieser Bewertung ist immer schon ein konstruktives Element mitgedacht, sodass wir als Wissenschaft letztlich Deutungsangebote liefern, zu denen sich wiederum die diplomatische Praxis in ihrem Handeln verhält. Ich glaube insofern, dass in beiden Elementen wichtige Funktionen der wissenschaftlichen Analyse enthalten sind, die man nicht unterschätzen sollte.

Es gibt einen dritten Punkt, das ist die Aufgabe der kritische Reflexion. Macht das eigentlich Sinn, was da passiert? Es liegt hier nahe, dass man die Muster sozialer Praxis gelegentlich – was ich auch ganz gerne einmal tue – mit rechtsökonomischen Ansätzen modelliert: Wie sind eigentlich die Anreizstrukturen, die solchen Handlungsmustern der normativen Praxis zugrunde liegen? Damit stellt man ja die Frage, ob das, was da passiert, eigentlich hinterher Sinn ergibt, im Sinne eines verallgemeinerbaren Verhaltensmodells. Kommt da eine vernünftige Anreizstruktur und Interaktion der Akteure heraus, die auch ein plausibles Ergebnis für eine nachhaltige Handlungskoordination

der Staaten erbringt? Wir haben ja gestern ein schönes Beispiel in dem Referat von Andreas von Arnould erlebt, das Armin von Bogdandy in der schönen Kurzformel des ‚benevolenten Unilateralismus‘ zusammengefasst hat – eine Herangehensweise, bei der wir immer wieder gerne dafür plädieren, die Praxis sollte in diese Richtung gehen, im Sinne einer Verallgemeinerbarkeit der eigenommenen Position. Hier haben wir eine wichtige Funktion der wissenschaftlichen Reflexion, der sich auch die Praxis als Nachfrage nicht entziehen sollte, in Form der Frage: Stimmt eigentlich die normative Praxis im operativen Detail mit den für die Legitimität wichtigen, hehren Prinzipien der politischen Sonntagsreden überein? Ich glaube, in dieser Frage liegt eine kritische Funktion der Wissenschaft, die unhintergebar ist und die nur wir als Wissenschaftler leisten können.

Frau Richter: Mein Beitrag schließt an einen Punkt von Herrn Oeter an. Wir haben Herrn Ruffert viel von Empirie und von Methode und auch von Demokratisierung durch Digitalisierung reden gehört. Das klang sehr objektiv, sehr rational, aber ich habe auch hier Bedenken und vermisse ein gewisses – ich sage einmal – irrationales Element. Ist es nicht so, dass wir das, was man vielleicht kulturellen, politischen Approach nennen könnte, hier ein bisschen zu stark vernachlässigen? Schauen wir nicht viel zu sehr auf US-amerikanische *Law Journals*, auf den *Supreme Court of the United States* oder of the *United Kingdom*, ein bisschen auf das Bundesverfassungsgericht, garniert mit dem *Conseil d'État*? Wie irrational sind wir eigentlich und wie verführbar sind wir davon, es uns mit den Quellen einfach zu machen? Ich räume ein, dass das Problem zum Teil dadurch neutralisiert wird, dass der Rest der Welt, der nicht berücksichtigt wird, unter Umständen einfach schweigt und man dadurch vielleicht auch seine Zustimmung annehmen kann. Aber arbeiten wir hier nicht mit ganz großem Überbau auf schwankendem Grund? Haben wir eigentlich für diesen Boden, auf dem wir arbeiten, auch eine Methode oder müssen wir auf die Methoden anderer Wissenschaften zurückgreifen?

Herr Marauhn: Lieber Matthias, ich begrüße die Thesen 12 und 13 sehr, weil in diesen beiden Thesen die Bedeutung empirischer Forschung thematisiert wird. Empirische Forschung hat in der Völkerrechtswissenschaft der Bundesrepublik bislang keine große Rolle gespielt. Es gibt aber in den USA seit etwa zehn Jahren einen deutlichen Trend in diese Richtung und 2012 – ich darf daran erinnern – ist im *American Journal of International Law* ein Artikel von Shaffer und Ginsburg erschienen, in dem ein *empirical turn* in der Völkerrechtswissenschaft thematisiert wurde. Wenn man sich anschaut, was die beiden als Bestandsaufnahme der völkerrechtsempirischen Forschung zusammenstellen, dann steht die Frage der Rechtsidentifikation nicht im Vordergrund. Die beiden konzentrieren sich auf zwei ganz andere Fragen, nämlich zum einen die Frage danach, unter welchen Voraussetzungen überhaupt Rechtsbindung entsteht und wann man sich nur für politische Bindung entscheidet. Die zweite Frage, die die beiden stellen, ist die Frage nach der Wirksamkeit völkerrechtlicher Normen, also nach der Effektivität. Sie fragen danach, ob sich überhaupt etwas ändert, wenn es eine Völkerrechtsnorm gibt. In diesem Sinne hockt das Thema dieser Sitzung eigentlich zwischen zwei Stühlen. Wir bezeichnen etwas sehr schnell als völkerrechtsempirisch, wenn es um das Zählen von Staatenpraxis, das Zählen von Äußerungen und ähnlichen Dingen geht. Ich glaube, wir müssen da tatsächlich ein bisschen bei unseren Kolleginnen und Kollegen aus den Sozialwissenschaften dazulernen und tatsächlich gründlicher hin-

schauen, wann wir eigentlich qualitative und wann wir quantitative Methoden zum Einsatz bringen. Ich bin davon überzeugt, dass es gerade bei der Feststellung von Staatenpraxis von entscheidender Bedeutung ist – und das haben meine beiden Vorredner gerade schon thematisiert –, als Wissenschaft kritisch zu hinterfragen, was eigentlich unsere Gerichte dort tun.

Ich will jetzt dem Christian damit nichts vorwegnehmen, aber was mich gelegentlich stört, ist, was die internationalen Strafgerichte – Jugoslawien-Tribunal, Ruanda-Tribunal und auch der Internationale Strafgerichtshof – tun. Dort wird dann mal eben schnell Völkergewohnheitsrecht festgestellt und man verweist auf die Praxis von drei Ländern. Das sind die einzigen, von denen man zufällig gelesen hat oder die man in der Bibliothek vorgefunden hat. Da sind wir doch als Wissenschaft gefordert, das kritisch zu hinterfragen und auch methodisch sorgfältiger zu durchleuchten, als das eben – vielleicht auch aus der Not heraus – manchmal geschieht. Georg, das gilt natürlich auch für die Staatenpraxis im Kontext der Auslegung völkerrechtlicher Verträge und die nachfolgende Staatenpraxis. Auch da haben wir als Wissenschaft eine Rolle, die wir vielleicht intensiver nutzen sollten und deshalb möchte ich noch einmal diese beiden Thesen sehr unterstreichen, Matthias, und vielen Dank dafür.

Herr Hobe: Danke schön. Meine Frage geht an Matthias Ruffert, nimmt aber auf das, was Herr Remien zunächst festgestellt hat, Bezug, nämlich dass es zwar europäische Rechtsquellen, aber nationale Diskurse dazu gibt – dass es also für die Europarechtswissenschaft eigentlich anerkannt ist, dass es nicht eine gemeineuropäische Wissenschaft des Europarechts gibt, sondern jeweils nationale Zugänge dazu. Meine Frage deshalb: Gibt es so etwas im völkerrechtlichen Diskurs auch? Wenn man sich etwa Großlehrbücher wie das von Dahm, Delbrück und Wolfrum oder von Oppenheim/Lauterpacht zu Fragen wie Staatenimmunität, *Acts of State* angucken würde, würde man wahrscheinlich mindestens zu nuanciert anderen Ergebnissen kommen. Gibt es – und das IGH-Statut greift ja auch in der Zusammensetzung des Gerichts etwa die Herkunft aus verschiedenen Rechtsfamilien ganz deutlich auf – Empirisches darüber? Ist dazu etwas zu sagen, wie welche Vorverständnisse – nationale Rechtsvorverständnisse – sich letztlich in den Prozess der Rechtsidentifikation einbringen?

Zweite kurze Anschlussfrage dazu: Noch ein bisschen mehr wie durch ein Brennglas erleben wir das doch sicherlich in der *International Law Commission*. Diese ist natürlich nicht ausschließlich von Rechtswissenschaftlern besetzt, aber doch auch sehr stark, und deren Einfluss auf die Völkerrechtsfortentwicklung ist ja nicht ganz unerheblich. Wie ist das da einzuschätzen?

Schließlich ein dritter kurzer Gesichtspunkt: Wie ist es eigentlich einzuschätzen, wenn es kritische Zwischenrufe etwa amerikanischer Völkerrechtler zum letzten US-Engagements im Irak gibt? Hat das entsprechend auch Konsequenzen für die Rechtsidentifikation?

Herr Ruffert: Vielen Dank für die interessanten Fragen, die ich in zwei Gruppen zusammenführe. Einmal führe ich zusammen, was Frau Richter und Herr Hobe gerade gefragt haben. Da muss ich an dieser Stelle einfach zugeben, dass ich etwas ausgeklammert habe, um eben auch in der Zeit zu bleiben, den Raum nicht überzubeanspruchen. Die große Debatte um die Ausdehnung der Völkerrechtswissenschaft aus der westlichen Welt heraus habe ich ausgespart. Das bringt vielleicht noch einmal ein ganz

anderes Licht in viele Fragestellungen, aber es wäre auch ein ganz anderer Vortrag geworden und hätte einen ganz anderen Schwerpunkt gebracht. Es bedeutet ja überhaupt nicht, dass der Punkt, den Sie hervorheben, nicht richtig oder unwichtig ist, aber er ist einfach meinem Zeitmanagement zum Opfer gefallen.

Nicht ganz trifft das zu für das, was der Vertreter des wirklichen *Air Law* vorgetragen hat, nämlich Herr Hobe. Wie sieht es aus mit Vorverständnissen und kultureller Diversität in der Deutung des Völkerrechts? Das mag man herausfinden, insbesondere wenn sich jetzt die Forschung wieder auf eine Art Entdeckung des komparativen Völkerrechts konzentriert. Ich glaube aber, im Anspruch ist es nicht richtig. Auch wenn Dahm/Delbrück/Wolfrum auf der einen Seite, andere Großlehrbücher auf der anderen Seite zu unterschiedlichen Nuancen kommen, scheint mir doch als regulative Idee dahinter eine universelle stehen zu müssen, sonst werden wir der Universalität der Quellen und der Spruchkörper nicht gerecht. Das ist auch verkürzt, aber nicht ganz so schroff, wie ich leider Frau Richters Frage beantworten musste, und das bleibt mein Ausgangspunkt, auch wenn ich das jetzt nicht in Einzelheiten aufgedrösel habe. Es gibt diese Unterschiede zwischen nationalen Völkerrechtslehren, aber sie sind im Ansatz mindestens genauso negativ zu bewerten wie ihre Existenz im Europarecht.

Großes Thema: Empirie. Hier möchte ich ausflaggen, dass für mich auch wissenschaftspolitische Argumente eine Rolle gespielt haben, diese Thesen 12 und 13 stark zu machen. Wir müssen uns vor anderen Wissenschaften nicht verstecken. Die Sozialwissenschaftler bemühen zwar immer, wenn das Wort empirisch – und sei es etwa nur in einem Drittmittelantrag – fällt, eine ganze Methodenbatterie, sei es qualitativer oder quantitativer Forschung. Wenn man sich das aber genauer ansieht, sieht man erstens, dass dort auch mit Wasser gekocht wird, und zweitens, dass diese Methoden für unsere Fragen – nicht die Shaffer/Ginsburg'schen, die kann ich gleich noch kurz erwähnen – nicht besonders hilfreich sind, sondern dass es eine – in einem der beiden Staatsrechtslehrerreferate vom letzten Jahr, die sich ja auch der Methodenfragen gewidmet haben, kommt dieser Begriff vor – Juristenempirie gibt. Das kann man ein bisschen schmunzelnd so feststellen, aber wir haben diesen methodischen Anspruch und wir haben auch Werkzeuge dafür – bei der Gewohnheitsrechtsentwicklung, bei der Entwicklung von Regeln für die nachfolgende Praxis und ihre Rolle für die Interpretation völkerrechtlicher Verträge und meinetwegen auch – das geht dann in die Rechtsvergleichung hinein – bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze.

Zu diesen Wertungskriterien, Herr Oeter, gehört zum Beispiel auch die unterschiedliche Gewichtung von Praxis. Es ist wichtiger, was ein Küstenstaat im Seerecht macht, als das, was die Schweiz proklamiert – um ein Beispiel nicht nur aus der Lehrbuchliteratur, sondern auch von der *International Law Association* zu nehmen (diese hat nicht die Schweiz zitiert, das ist mir jetzt spontan gekommen, ich bitte um Nachsicht). Da möchte ich noch einmal etwas hervorheben, was ich auch im Vortrag schon angedeutet habe: So ein Empirismus, der ja das Zählen und Messen und Gewichten verabsolutiert, wird – und da stimme ich Herrn Oeter zu – unseren kritisch reflektierenden Herangehensweisen nicht gerecht. Das ist eine Scheinobjektivität. Zentral ist nur, dass die kritischen, die wertenden Argumente auf einer transparenten Basis vor uns liegen und nicht ‚untergemogelt‘ werden, was wir hervorragend können. Da gibt es auch einen Unterschied zwischen Gerichten und Wissenschaft. Die Gerichte dürfen das unerschwellig transportieren, aber wir müssen es aufdecken, wenn es geschehen ist.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Herr Ruffert. Herr Remien würde gerne noch auf Ihre Frage hin, Herr Hobe, etwas sagen.

Herr Remien: Nur ganz kurz: Vielen Dank, Herr Hobe, dass Sie diese Problematik nationaler Unionsrechte und anderes noch angesprochen hatten. Ich möchte da kurz eine Parallele aus dem Bereich des Internationalen Handelsrechts, wo wir ja das UN-Kaufrecht haben, ziehen. Da haben wir in der Praxis auch gewisse Unterschiede in der Rechtsprechung. Bei der Auslegung des entscheidenden Begriffes der wesentlichen Vertragsverletzung zum Beispiel mag die deutsche Rechtsprechung anders sein als die in anderen Vertragsstaaten, bei der Frage der Länge der Rügefristen für Mängel oder so etwas ist die deutsche Rechtsprechung wahrscheinlich ziemlich streng, in anderen Staaten ist man vielleicht eher großzügig. Insoweit könnte man sagen, dass es da auch nationale Unterschiede gibt. Nur: wir würden das eigentlich als Missstand betrachten. Wir würden sagen, das ist ein Fehler und das müsste eigentlich einheitlich angewandt werden. Man hat Einheitsrecht, aber keinen Entscheidungseinklang. Das ist nicht erfreulich. Deshalb habe ich mich gegen das, was jedenfalls einzelne Autoren im Europarecht – aber vielleicht sagen das auch noch mehr – schreiben, gewandt, die sagen, dass das kein Schaden sei. In meiner Sicht ist das ein Schaden.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank. Jetzt nehmen wir die letzten vier Wortmeldungen. Herr Tams, Herr Sauer, Herr Nowrot, Herr Dederer. Herrn Rauschning nehme ich zum Schluss noch hinzu.

Herr Tams: Meine Frage geht an Herrn Ruffert und knüpft an das an, was Herr Hobe zum Schluss gesagt hat – und was vielleicht noch nicht ganz beantwortet ist. Herr Ruffert, Sie haben im Vortrag und jetzt auch speziell in Antworten auf Fragen die ‚kritische Distanz‘ der Wissenschaft betont, aber im Wesentlichen bezogen auf Gerichtsentscheidungen, die wissenschaftlich-kritisch begleitet werden sollen. Auch in Ihren Thesen 10 und 14, in der Sie vorwärtsgewandte Funktionen von Wissenschaft angesprochen haben, beziehen Sie diese im Kern auf die Vorbereitung konkreter Entscheidungsprozesse durch Spruchkörper. Diese Fixierung auf Gerichte hat mich ein wenig verblüfft. Natürlich legt es das heutige Oberthema nahe, Gerichte in den Blick zu nehmen, aber vielleicht nicht nur: Die großen Fragen des Völkerrechts werden wahrscheinlich nicht vor Gerichten entschieden, sondern durch andere Formen der Rechtsklärung. Außerhalb von Teilbereichen ist die Ver-Gerichtlichung ja nicht so weit fortgeschritten.

Deswegen finde ich es auch auffällig, dass andere, die über die Rolle der Völkerrechtswissenschaft sprechen, andere Akzente setzen, eher deren kreative und kritische Funktionen betonen: Oraison etwa spricht von der ‚*doctrine d'action*‘ im Unterschied zur ‚*doctrine de réflexion*‘, betont das aktivistische Element der Wissenschaft. Vor diesem Hintergrund möchte ich Sie fragen, wie Sie auf Ihrer Wissenschaftlichkeitsskala die folgenden zwei Begebenheiten einordnen würden.

Zum Einen – das aufgreifend, was Stephan Hobe gesagt hat – ein bekannter Leserbrief britischer Völkerrechtler in der englischen Presse aus dem Jahr 2003: ‚*as teachers of international law*‘, so erklären die Wissenschaftler, sind sie der Ansicht, der Irakkrieg sei nicht vom Völkerrecht gedeckt. Also eine Völkerrechtsmeinung, die unter Hinweis auf den Wissenschaftsstatus der Leserbriefschreiber geäußert wird, die Autorität qua wissenschaftlicher Expertise in Anspruch nimmt, aber ohne Bezug zu einem konkreten

Entscheidungsprozess eines Spruchkörpers. Ist das Ihrer Ansicht nach Wissenschaft? Oder ist es der Randbereich der Wissenschaft – wie würden Sie einen derartigen engagierten Lesebrief einordnen?

Mein zweites Beispiel betrifft Roberto Agos Vorlesungen zur Staatenverantwortlichkeit an der Haager Akademie im Jahr 1938 – im Rückblick vielleicht dasjenige Werk des 20. Jahrhunderts, das am klarsten ein Normprogramm entfaltet, welches dann zukünftig von den berufenen Instanzen ausbuchstabiert wird. Doch im Moment seiner Entfaltung (1938) ist Agos Norm-Programm noch ganz abstrakt, ist *blue-sky thinking*, vielleicht Zukunftsmusik. Wie passt das zu Ihrem Postulat, dass die Wissenschaft in ihrem Vortrag bei der Rechtsidentifikation im Wesentlichen konkrete Normentscheidungsprozesse von Spruchkörpern antizipiert, vorbereitet oder kritisiert?

Herr Sauer: Vielen Dank. Daran kann ich sehr gut direkt anknüpfen: Wir sprechen in der Völkerrechtswissenschaft ja zuweilen von *emerging norms*. Wir haben auch gestern an dem Beispiel des *Cyberlaw* darüber gesprochen und es ist natürlich – außer in Sonderkonstellationen – methodisch schon zweifelhaft, ob man überhaupt sagen kann, dass eine Norm in der Entstehung befindlich ist, dass es sie wahrscheinlich bald geben wird. Hier fließen natürlich Völkerrechtswissenschaft und Völkerrechtspolitik ineinander und es ist ja auch klar – wie wir es an den Themenbereichen des gestrigen Tages auch gesehen haben – dass sich der Realbereich eben viel schneller als der völkerrechtliche Normenbestand wandeln kann. Vor diesem Hintergrund würde ich gerne fragen, wie Sie das einordnen würden: Ist es letztlich alternativlos oder sogar positiv, dass sich Rechtspolitik und Rechtswissenschaft im Völkerrecht vielleicht in einer besonderen Weise aneinander annähern? Oder ist es eher kritisch zu sehen, sodass man beispielsweise auf solche Sprachregelungen wie eine *emerging norm* lieber verzichten sollte?

Herr Nowrot: Lieber Herr Ruffert, Sie haben im letzten Teil Ihres Referates die positive Entlastungsfunktion neuer technischer Entwicklungen, namentlich internetbasierter Informationen, hervorgehoben und insbesondere auch die Potenziale, die dadurch freigesetzt werden, betont. Es ist natürlich für uns alle eine *encouraging message*, dass wir nunmehr über neue entsprechende Potenziale verfügen. Und auf der einen Seite ist dieser Befund natürlich auch vollkommen richtig. Sie haben ja selbst das Beispiel gebracht, wonach die vormals doch recht mühselige, zeitaufwendige Suche nach Staatenpraxis jetzt deutlich erleichtert worden ist. Andererseits stellt sich mir aber auch die Frage, ob vielleicht eine gewisse Relativierung dieses Befundes angesichts neu auftretender und durch diese Entwicklung bedingter Herausforderungen angezeigt erscheint. Denn diese, wenn man es so nennen will, Erweiterung des Kreises der völkerrechtswissenschaftlich relevanten Publikationsformen hat natürlich zur Konsequenz, dass es zu einer weiteren quantitativen Vermehrung der potentiell zu berücksichtigenden Stimmen und Beiträge bei der Entscheidung einer Rechtsfrage kommt. Ich will diese Entwicklung gar nicht bewerten. Es stellt sich mir vor diesem Hintergrund aber die Frage, ob sie nicht zur Folge hat, dass eine zunehmend selektivere Wahrnehmung der entsprechenden Beiträge durch die Wissenschaft – aber vor allem auch durch die unter mindestens ebenso großem Zeitdruck leidende Praxis – erfolgt.

Um dies unter Einbeziehung der Perspektiven anderer Wissenschaftszweige, deren Bedeutung im vorliegenden Kontext ja schon angedeutet wurde, ganz kurz empirisch zu unterfüttern: Ich treffe mich häufig mit Kolleginnen und Kollegen aus den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften zu Sitzungen und – Gott sei Dank – auch zu wissenschaftli-

chen Gesprächen in meinem Büro. In diesem Zusammenhang habe ich mir von Anfang an verschiedentlich die Bemerkung anhören dürfen, dass ich viele gedruckte Bücher in meinem Büro hätte. Zunächst hatte ich das eher ironisch aufgefasst, weil ich selbst von meiner Wahrnehmung her gar nicht gedacht habe, dass mein Büro mit Büchern überladen ist. Aber auf meine Nachfrage hin wurde sehr schnell deutlich, dass es durchaus heiliger Ernst gewesen ist, von dem diese Feststellungen motiviert waren. Denn – so wurde mir von den entsprechenden Kollegen, die wahrscheinlich durchaus repräsentativ für ihre Wissenschaftsbereiche sind, erzählt – es werde bei ihnen heute vielfach vor allem mit Online-Publikationen oder anderen online zugänglichen Quellen gearbeitet. Ein gedrucktes Buch würde sich in ihren Büros kaum noch finden. Und wenn ich denn einmal zu Gegenbesuchen vorbeigekommen bin, war das auch in der Tat so festzustellen. Vor diesem Hintergrund – das führt dann genau zu unserem Thema – meine weitergehende Frage im Hinblick auf die Funktion der Wissenschaft für die Identifikation des Völkerrechts: Erleben wir in naher Zukunft vielleicht – überspitzt formuliert – so etwas wie eine Entwicklung, die von der Reputation der entsprechenden Autorinnen und Autoren, wie sie idealiter ja in Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe d niedergelegt ist, wegführt, hin zur leichten Zugänglichkeit – *accessability* – als einem entscheidenden Kriterium, bei dem eben Online-Publikationen jetzt zunehmend für die Rechtspraxis und für die Funktion der Wissenschaft bei der Beeinflussung der Rechtspraxis eine zentrale Rolle spielen?

Herr Dederer: Ich wollte mich gerne auf These 9 von Matthias Ruffert beziehen. Rechtsidentifikation, so heißt es dort, ist eine Bezeichnung für die Ermittlung von Ergebnissen bereits „abgeschlossener“ Rechtserzeugungsprozesse. Ich habe mich gefragt, ob Rechtsidentifikation wirklich beschränkt sein sollte auf die Identifikation des existenten Rechts oder ob Rechtsidentifikation nicht auch erweitert werden könnte auf die Identifikation neuen – „richtigeren“ – Rechts, gerade wenn zur Funktion der Wissenschaft – auch, aber natürlich nicht allein – die Innovation gehört. Wäre es also nicht Aufgabe der Wissenschaft, das neue, „richtigere“ Recht zu identifizieren?

Ein Beispiel bildet die humanitäre Intervention, ohne jetzt in diese Debatte hier einzusteigen. Bei einer positivistischen Sicht sind wir uns wahrscheinlich doch eher einig, dass sich ein Erlaubnissatz nicht nachweisen lässt. Ist es dann nicht die Aufgabe der Wissenschaft, hier das neue, „richtigere“, vielleicht „gerechtere“ Recht zu finden? Das ist auch eine Frage der Methodik: Wie soll neues Recht objektiv – und zugleich intersubjektiv vermittelbar – identifiziert werden? Insoweit könnte man etwa auf eine deduktive Methodologie verfallen – also an ein Denken in Ableitungszusammenhängen. Deduktion eignet ja durchaus auch ein rationales Element. Aber zugegebenermaßen geraten wir dann in ein System, das an Naturrecht erinnert. Damit komme ich jetzt auch zum Schluss – der eher als *obiter dictum* gemeint ist: Manchmal habe ich eine gewisse Sympathie für eine naturrechtliche Aufweichung des im Völkerrecht nach wie vor herrschenden Positivismus.

Herr Rauschning: Als ich 1950 in die Forschungsstelle für Völkerrecht Hamburg eintrat – was hatten wir da an Material? Anfang der sechziger Jahre haben wir dann überlegt, eine weltweite Bibliographie der völkerrechtlichen Veröffentlichungen zu erstellen. Wir hatten zunächst mit der Bibliothek des Friedenspalasts in Den Haag dieses Konzept entwickelt, eine Nullnummer für ein Jahr zusammengestellt und dann glückli-

cherweise das Max-Planck-Institut für die laufende Bibliographie *Public International Law* gewinnen können.

Zunächst ernteten wir Kritik, dass man sagte: Um Himmels willen, jetzt weiß ich, dass es zehn Aufsätze gibt, auf die ich zugreifen kann, wenn ich eine Frage habe. Ich will doch gar nicht wissen, dass es 120 gibt! Unser Argument war: Jetzt wissen wir, dass es 120 Veröffentlichungen zu dem Thema gibt und wir können sie durchschauen und entscheiden, welche zehn wir lesen sollen. Dieses Aufschließen völkerrechtlichen Materials hat das Erkennen oder auch Entwickeln des Völkerrechts wesentlich sicherer gemacht. Die gedruckte Form mag jetzt vielleicht nicht mehr die zentrale Bedeutung haben. Wir gehen jetzt über das Netz, das Material ist breiter zugänglich, dadurch ist eine gewisse Demokratisierung eingetreten.

Fraglich bleibt, wie umfassend wir die Praxis kennen müssen, um Völkerrechtsregeln zu belegen. Wenn es Praxis gibt, über die niemand so nachdenkt, dass er sie veröffentlicht hat und wir sie dann in der Max-Planck-Bibliographie finden können, ist diese dann erheblich? Aber umgekehrt: Wenn ich die grundlegenden Entscheidungen zu Völkerrechtsfragen etwa des Bundesverfassungsgerichtes sehe, ist es keineswegs so, dass nur aus drei, vier Staaten die Praxis gesucht wird, sondern die Basis für die völkerrechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist sehr umfassend aufgearbeitet. Ich glaube, dass wir hier ganz erhebliche Erfolge in der Verwissenschaftlichung auch des Völkerrechts feststellen können.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank. Es folgt jetzt das Schlusswort von Herrn Ruffert.

Herr Ruffert: Nochmals vielen Dank an alle, die eine Frage gestellt haben. Zunächst zu dem, was Herr Tams und Herr Sauer gefragt haben. Das lässt sich auch intern noch einmal in zwei Teile abschlachten. Herr Tams hat rückgefragt, wie es eigentlich um das Kreativpotenzial der Völkerrechtslehre bestellt ist. Ist das wirklich immer auf konkrete Entscheidungssituationen hin fokussiert? Das ist möglicherweise ein Missverständnis, das dem Umstand geschuldet ist, dass wirkliche Sympathie zur Gesellschaft und auch zum Vorstand dazu geführt haben, dass ich versucht habe, im Thema zu bleiben. Das ist natürlich auch mir monatelang immer wieder durch den Kopf gegangen mit ähnlichen kritischen Selbstrückfragen, wie Sie sie jetzt gestellt haben. Das Thema ist aber nun einmal auf diese konkrete Entscheidungssituation hin fokussiert. Was ich aber insbesondere – und darauf beziehen sich letztlich alle Fragen dieses Abschnitts – unter IV.4. versucht habe klarzumachen, ist, dass diese Notwendigkeit, Erkenntnisse permanent rezeptionsfähig abrufbar zu haben, eine Aufgabe ist, die parallel zur Interpretation und Empirie hinzutritt. Das möchte ich Ihnen als Antwort geben.

Natürlich muss die Völkerrechtslehre auch nach vorne auf möglicherweise einmal in Sicht kommende Entscheidungskonstellationen schauen und dann kann man auch kreatives Potenzial entfalten, das dann für die Situationen, die in dem Moment noch gar nicht da sind, abrufbar sein muss. Also so ganz widersprüchlich ist das nicht. Ich glaube, die konkrete Formulierung in den Thesen und im Vortrag ist einfach der Themenstellung geschuldet.

Sollen Rechtsidentifikationsprozesse – das ist das Zusammenführen der Fragen von Heiko Sauer und Hans-Georg Dederer – immer nur bereits abgeschlossene Prozesse sein? Was ist mit den *emerging norms*? Was ist mit neuen Rechtsentwicklungen?

Gestern in der Diskussion zu dem Vortrag von Herrn von Arnould ist es einmal ganz kurz aufgeschienen, als Christian Tietje gefragt hat, wie das mit der funktionalen Verteilung von Jurisdiktion ist. Gibt es dazu schon Gewohnheitsrecht? Das ist sozusagen die praktische Seite dessen, was ihr beide mich hier theoretisch gefragt habt. Ich denke, wenn sich die Völkerrechtslehre löste von – was ich in kelsenianischer Diktion nannte – bereits abgeschlossenen Rechtserzeugungsprozessen, dann käme sie in arge Argumentationsnöte. Das heißt aber nicht, dass wertende Argumente verboten sind. Sie müssen sich nur an vorhandene Wertungen, Normen und Prinzipien, die es eben schon gibt, anknüpfen lassen. Das mag eine naturrechtliche Argumentation sein und das mag eine solche ermöglichen. Der bloße rechtspolitische Wunsch alleine macht kein Völkerrecht. Damit kommen wir auf diese Hirngespinnst-These, deren Hauptvertreter heute leider nicht da ist, sonst wäre die Diskussion vielleicht noch einmal in eine ganz andere Richtung gegangen: *Emerging norms* kann es geben, und es kann auch hier ein kreatives Potenzial geben, aber es muss argumentativ an etwas Vorhandenes anknüpfen. Soweit Positivist wäre ich an dieser Stelle schon.

Wie gehen wir, Herr Rauschning und Herr Nowrot, mit der selektiven Wahrnehmung dieser Quellenfülle über das Internet um? Ich möchte noch einmal darauf zurückkommen: Es ist ein Segen, dass wir diese Möglichkeit des Informationsaustauschs im Völkerrecht gefunden haben. Ich meine, dass sich die Völkerrechtswissenschaft dadurch in der letzten Zeit durchaus verändert hat. Wie kommt es, dass wir alle einen Beitrag wie den von Shaffer/Ginsburg – gut, das *American Journal* haben noch alle Bibliotheken, aber nehmen wir an, sie hätten es nicht so prominent publizieren können – kennen? Das ist etwas, was über die Online-Verbreitung, die die beiden ja noch über andere Quellen betrieben haben, einfach dazu führt, dass wichtige und gute Argumente eben eine ganz andere, tiefere Verbreitung haben. Dann ist es in der Tat so, dass sich möglicherweise die Auswahl zwischen guten und schlechten Argumenten nicht nur über die alten Reputationsmechanismen vollzieht, sondern eben auch über Qualität von Argumenten. Das wäre ja nicht das Schlechteste, und das ist vielleicht auch nicht das Schlechteste, um ein Schlusswort zu beenden. Danke sehr!

Herr Remien: Wenn ich noch ein kurzes Schlusswort sprechen soll, dann würde ich mich Herrn Ruffert anschließen und meine Sympathie für den amtierenden und zukünftigen Vorstand der Gesellschaft bekunden. Sonst nur ganz kurz zwei Punkte: Ich hatte versucht, einige Aufgaben auch für die international und europäisch orientierte Zivilrechtswissenschaft zu umschreiben. Es freut mich, dass wir da in einen Diskussionsprozess geraten. Dieser Diskussionsprozess muss noch wesentlich fortgesetzt werden – scheint mir – in der nächsten Zeit. Daran sollten wir arbeiten.

Dann ein kurzes Wort zum Europarecht und dem Privatrecht: Ich habe vielleicht zum Teil einen kritischen, skeptischen Ton angeschlagen. Das war Absicht, um auf Probleme hinzuweisen. Ich habe vorhin aber auch gesagt, dass gerade wir international und europäisch interessierten und orientierten Privatrechtler etliche der europäischen und internationalen Einflüsse gut finden. Nur müssen halt auch die Probleme gesehen werden. Da habe ich versucht, Anliegen zu formulieren – auch an das Europarecht, auch an die Zukunftsgestaltung des Europarechts. Da stehe ich – ich glaube – nicht alleine in der privatrechtlichen Sphäre. Wir würden uns sehr freuen, wenn auch die öffentlich-rechtlich orientierten Europarechtler und Völkerrechtler diese Anliegen der an sich ja Europäisierung und Internationalisierung grundsätzlich aber nicht immer in Einzelfra-

gen befürwortenden Privatrechtler hören würden und sie diese vielleicht auch zum Teil zu ihrem Anliegen machen könnten. Vielleicht ist gerade innerhalb dieser Gesellschaft, die Völkerrechtler und International Privatrechtler verbindet, das auch eine Sache, die auf einer Tagung wie dieser gut angesprochen und eventuell angestoßen werden könnte.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Herr Remien. Ich glaube, der Applaus gehört den Referenten und den Diskutanten.

(Applaus)

Restatements

Von Prof. Dr. Ursula Kriebaum, Wien

- I. Was ist ein Restatement?
 - II. Charakteristika eines Restatements
 - 1. Institution
 - 2. Funktion
 - 3. Verfahren
 - 4. Normativer Charakter des Ergebnisses
 - 5. Zweck eines Restatements – wann braucht man ein Restatement?
 - III. Braucht das Völkerrecht Restatements?
 - IV. Mögliche Restatements im Völkerrecht
 - 1. Innerer Kreis
 - 2. Weiterer Kreis
 - V. Vor- und Nachteile von Restatements
 - VI. Wer bestätigt den Inhalt von Restatements im Völkerrecht?
 - VII. Schlussfolgerungen
- Thesen
Summary

I. Was ist ein Restatement?

Das American Law Institute (ALI) beschreibt Restatements wie folgt:

„Restatements are addressed to courts and others applying existing law. They aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might plausibly be stated by a court.“¹

Die Idee des Restatements wurde in den USA ab Beginn des 20. Jahrhunderts verfolgt. Der Grund war, dass das common law zu diesem Zeitpunkt durch zahllose widersprüchliche Entscheidungen gekennzeichnet war. Teils gab es Widersprüche zwischen Urteilen verschiedener Jurisdiktionen teils traten diese sogar innerhalb einer Jurisdiktion auf. In dieser Situation wollte man durch Restatements Abhilfe schaffen.

Übertragen auf das Völkerrecht kann man, angelehnt an Yoram Dinstein, Restatements als systematische Kompilation völkerrechtlicher Regelungen in schriftlicher, nicht-bindender Form verstehen.²

Es gibt zwei mögliche Formen von Restatements des Völkerrechts. Ein Modell ist das Restatement des Foreign Relations Law der Vereinigten Staaten des ALI.³ Dabei handelt es sich um ein innerstaatliches Restatement des Völkerrechts. Es ist eine Wiedergabe der völkerrechtlichen Regelungen aus der Perspektive der USA und von innerstaatlichen Regelungen mit Bedeutung für die Außenbeziehungen der USA. Es ist daher stark von der Außenpolitik und Praxis der USA geprägt. Es enthält sowohl

1 <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=projects.main>.

2 Y. Dinstein, Restatements of International Law by Technical/Informal Bodies, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Developments of International Law in Treaty Making, 2005, S. 93.

3 Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States, 1987.

Regelungen aus dem Völkervertragsrecht als auch aus dem Völkergewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Der Anspruch des ALI ist es, das Recht so darzustellen wie es ein unparteiisches Gericht anwenden würde, wenn es einen völkerrechtlichen Rechtsstreit zu entscheiden hätte.⁴ In jenen Fällen, in denen das ALI von einem erheblichen Unterschied zwischen der Position der Vereinigten Staaten und der internationalen Auffassung vom Inhalt völkerrechtlicher Normen ausgeht, ist dies erwähnt.

Die Frage, ob ein neuerliches derartiges nationales US-Restatement sinnvoll ist, und was es beinhalten soll, ist nicht Gegenstand meiner Ausführungen.⁵

Die zweite Form eines Restatements ist ein internationales Restatement. Ein derartiges internationales Restatement entstammt einer internationalen Institution und nicht einer nationalen, wie dem American Law Institute.

Für einen Verschriftlichungsprozess in Form eines Restatements kommt im Völkerrecht in erster Linie das Völkergewohnheitsrecht in Betracht. Es können jedoch auch allgemeine Rechtsgrundsätze sowie die spätere Praxis zu vertraglichen Normen davon umfasst werden.

Wie der Begriff „Re“-statement schon sagt, wollen dessen Verfasser geltendes Recht darstellen und nicht neues schaffen. Ein Restatement im Völkerrecht wäre also die deklaratorische Wiedergabe bestehenden Völkergewohnheitsrechts. Die Erstellung eines Restatements bedeutet aber nicht nur Verschriftlichung, sondern auch Systematisierung. Daher werden auch neue Lösungsansätze einfließen müssen oder es wird aus mehreren möglichen Optionen eine auszuwählen sein. Dennoch sollten die Verfasser, damit man von einem Restatement sprechen kann, der Versuchung widerstehen, Regeln zu formulieren, die sie für wünschenswert halten und lediglich wiedergeben, wie das Völkerrecht zum Zeitpunkt der Erstellung ist.

Ein idealtypisches Restatement ist daher eine nicht bindende systematische Darstellung von existentem Völkergewohnheitsrecht⁶ oder der Staatenpraxis und Judikatur zu bestehenden Verträgen oder Allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Die Restatements des ALI behandeln einen gesamten Rechtsbereich, oder wesentliche Teile davon, etwa das Recht der Außenbeziehungen der Vereinigten Staaten.⁷ Ein Restatement muss aber nicht notwendigerweise so umfassend sein. Ein Vereinheitlichungs- und Systematisierungsbedarf kann auch in Teilbereichen des Völkerrechts (etwa dem humanitären Völkerrecht) oder sogar für Teilaspekte eines Teilbereiches (etwa dem Recht der nicht internationalen bewaffneten Konflikte) bestehen.

4 “This Restatement consists of international law as it applies to the United States, and domestic law that has substantial impact on the foreign relations of the United States or has other important international consequences. For the most part, the domestic component of the law restated in the book is federal law, deriving mainly from the Constitution, acts of Congress, and judicial decisions. The international law restated stems largely from customary international law and international agreements to which the United States is a party. Like its predecessor work, this Restatement reflects the opinion of the Institute as to the rules that an impartial tribunal would apply if charged with deciding a controversy in accordance with international law.” (http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=33).

5 Siehe dazu zB: *G. Nolte*, The Fourth Restatement of Foreign Relations Law of the United States, Remarks by Georg Nolte, 108 Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law, 2014, S. 27-30.

6 *Dinstein* (Fn. 2), S. 93.

7 Siehe oben (Fn. 3).

Der Umfang der Darstellung ist daher kein entscheidendes Charakteristikum für ein Restatement.

II. Charakteristika eines Restatements

Was sind dann die Charakteristika eines Restatements?

Als Modell für „Restatements im Völkerrecht“ bieten sich die Restatements des common law in den Vereinigten Staaten an. Dabei lassen sich vier charakteristische Merkmale beobachten. Diese sind

- erstens, die Art der Institution, die das Restatement verfasst,
- zweitens, die Funktion, die diese Texte erfüllen sollen,
- drittens, das Verfahren nach dem sie erstellt werden und
- viertens, die Rechtsnatur von Restatements.

1. Institution

Zunächst zur Institution, die das Restatement erarbeitet: In den Vereinigten Staaten ist dies seit Beginn des 20. Jahrhunderts das American Law Institute. Dieses setzt sich aus Akademikern und Praktikern zusammen. Es hat gemäß seinen Statuten maximal 3000 Mitglieder.⁸ Die Personen werden als Experten tätig. Ziel war es, sämtliche für die Rechtsentwicklung maßgeblichen Kräfte der USA zu vereinen:

to „[bring] together all the forces that are at work in the making of the law – the Universities, the Bench and the Bar.“⁹

Im Völkerrecht kommen daher Expertenorgane, die nicht aus Staatenvertretern zusammengesetzt sind, als Einrichtungen zum Erstellen von Restatements in Betracht. Allerdings erfordert die internationale Natur der Materie eine weltweite Repräsentanz.

2. Funktion

Zweitens zur Funktion: Restatements dienen unabhängig davon, ob es sich um nationale oder internationale handelt der Systematisierung, Vereinheitlichung und Verschriftlichung bereits existenter rechtlicher Normen. Auf die näheren Umstände wird später gesondert einzugehen sein.

3. Verfahren

Drittens zum Verfahren: Restatements werden in einem intensiven wiederholten Austausch zwischen Wissenschaftlern und Praktikern erarbeitet. Charakteristisch für den Prozess ist, dass zunächst ein Entwurf von einer kleinen Expertengruppe erstellt wird. Im Falle der US-Restatements besteht diese Gruppe meist aus Professoren. Der Entwurf wird dann einem größeren Expertengremium, in dem auch Praktiker vertreten sind, vorgelegt. Im Lichte der Kommentare dieses größeren Expertengremiums erfolgt

⁸ Rules of the Council as adopted in 2007, Rule 2.01 (<http://www.ali.org/doc/Council-Rules.pdf>).

⁹ *B. N. Cardozo*, Ass'n of American Law Schools, Proc., December 1921, wiedergegeben in: *A. Corbin*, The Restatement of the Common Law by the American Law Institute, 1929, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, Paper 2922, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2922, S. 22.

eine Überarbeitung des Texts durch die kleine Expertengruppe. Dieser Prozess wiederholt sich solange bis ein Text vorliegt, der konsensfähig ist und vom gesamten American Law Institute angenommen wird.¹⁰

Es handelt sich also um einen Prozess wissenschaftlicher Systematisierung mit Praktikerreflexion. Der Text unterliegt keinem Erfordernis einer offiziellen politischen Zustimmung, wie dies bei einem Gesetzgebungsverfahren oder der Annahme völkerrechtlicher Verträge erforderlich ist.

4. Normativer Charakter des Ergebnisses

Das vierte Merkmal ist der nicht bindende, aber dennoch autoritative Charakter von Restatements. Dies trifft sowohl auf die US-Restatements, etwa jenes des Foreign Relations Law, zu als auch auf internationale Restatements. Dies ist der wichtigste Unterschied zu einer Kodifikation sowohl im Bereich des staatlichen Rechts als auch im Bereich des Völkerrechts. Eine Kodifikation ist zwar auch eine Kompilation bereits vorgefundener Regeln. Somit sind die meisten Kodifikationen rein auf den Inhalt bezogen Restatements. Bei einer Kodifikation kommt im Unterschied zu einem Restatement aber dem daraus resultierenden Text selbst rechtliche Bindungswirkung zu.

Ob das Ergebnis eines Restatementprozesses akzeptiert wird, hängt hingegen von der Rezeption in der Praxis ab. Ein Beispiel für eine positive Rezeption eines Restatements sind die Articles on State Responsibility der International Law Commission.¹¹

Ein Restatement unterscheidet sich aber auch von einem Model Law, weil es nicht sein Ziel ist, Vorschläge *de lege ferenda* zu machen.¹² Mir sind auch keine Beispiele bekannt, in denen Restatements als anwendbares Recht vereinbart wurden.

Restatements sind auch von vertraglich vorgesehenen authentischen Interpretationen durch völkerrechtliche Vertragsorgane zu unterscheiden. So sieht etwa Artikel IX (2) des WTO Vertrages¹³ autoritative Interpretationen durch die Ministerkonferenz und den Allgemeinen Rat (General Council) der WTO mit Dreiviertelmehrheit vor.¹⁴ Auch

10 Siehe zB: R. Michaels, Restatements, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, S. 1295-1299 (eine aktuelle englische Version ist unter: Restatements, in Basedow/Hopt/Zimmerman, Oxford Handbook of European Private Law 2011. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3013&context=faculty_scholarship verfügbar); A. Corbin, The Restatement of the Common Law by the American Law Institute, 1929, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, Paper 2922, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2922; N. M. Crystal, Codification and the Rise of the Restatement Movement, 54 Washington Law Review 1979, S. 239-273.

11 Siehe dazu unten S. 307 f.

12 Michaels (Fn. 10), S. 1295.

13 1867 UNTS 154.

14 Article IX 2. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1867 UNTS 154: "The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X."

Siehe dazu zB: I. Van Damme, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, 21 EJIL 2010, S. 605-648, 612 ff.

der NAFTA Vertrag¹⁵ kennt derartige authentische Interpretationen. Berühmtheit erlangte in diesem Zusammenhang die Interpretative Erklärung der Free Trade Commission¹⁶ zum Tatbestand der „fairen und gerechten Behandlung“ in Artikel 1105 des NAFTA Vertrages.¹⁷ Diese Interpretationen unterscheiden sich nicht nur durch ihren punktuellen Charakter, sondern auch durch ihre rechtliche Verbindlichkeit von Restatements.^{18, 19}

Typisch für den Aufbau eines Restatements ist, dass es zunächst eine Regel wiedergibt. Im Anschluss daran werden detaillierte Kommentare angeführt. Der dritte Teil, die Reporter's Notes, geben Aufschluss darüber, ob eine Regel umstritten ist. In diesen Notes sind auch die Urteile oder sonstigen Quellen angeführt, die der Regel zu Grunde liegen.²⁰ Beim Restatement des Foreign Relations Law wird, wenn es sich um

15 North American Free Trade Agreement, December 8-17, 1992, 32 ILM 289 & 605 (1993). (Entered into force January 1, 1994).

16 NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31. Juli 2001, verfügbar unter <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>.

17 FTC Note of Interpretation of 31 July 2001: "Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law: 1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)."

18 Article 1131 (2) NAFTA.

Article 1131 of NAFTA provides that:

"1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.

2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section."

19 Siehe zB: *Pope & Talbot v Canada*, Award on Damages, 31 May 2002, paras. 17, 24, 49-52; *UPS v Canada*, Decision on Jurisdiction, 22 November 2002, para. 96; *ADF v United States*, Award, 9 January 2003, para. 176; *Loewen v United States*, Award, 26 June 2003, para. 126; *Methanex v United States*, Award, 3 August 2005, Part IV, Chapter C, para. 20; *Glamis Gold v United States*, Award, 8 June 2009, para. 599; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc v. Canada*, Award, 17 March 2015, para. 430.

Siehe dazu zB: *G. Kaufmann-Kohler*, Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law, in: E. Gaillard and F. Bachand (Hrsg.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, 2011, S. 175-194; *G. Aguilar Alvarez / W. W. Park*, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, 28 *Yale J. International Law* 365, 2003, S. 397-400; *C. H. Brower II*, Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back, 40 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2001, 43, 56 Fn. 71; *C. H. Brower II*, Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105, 46 *Virginia Journal of International Law*, 2006, S. 347-363; *S. Matiation*, Arbitration with Two Twists: *Loewen v. United States* and Free Trade Commission Intervention in NAFTA Chapter 11 Disputes, 24 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2003, S. 487-88, 494-495; *W. W. Park*, The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform, 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, S. 1241, 1304-1305; *J. C. Thomas*, A Reply to Professor Brower, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 433, 2002, S. 453-55; *T. Weiler*, NAFTA Investment Arbitration and the Growth of International Economic Law, 36 *Canadian Business Law Journal* 2002, S. 405; *T. Weiler*, NAFTA Investment Law in 2001: As the Legal Order Starts to Settle, the Bureaucrats Strike Back, 36 *International Law*, 2002, S. 345, 346-348; *C. C. Kirkman*, Fair and Equitable Treatment: *Methanex v. United States* and the Narrowing Scope of NAFTA Article 1105, 34 *Law and Policy in International Business Review*, 2002, S. 343, 381-383, 391.

20 *Corbin* (Fn. 10), S. 22.

eine Regel handelt, die auf Völkervertragsrecht basiert, auch die Quelle dieser Regel angeführt.²¹

Bei den Restatements des common law ist es manchmal möglich, eine einheitliche Entscheidungspraxis wiederzugeben. Häufig kann die vorherrschende Regel wieder gegeben werden. Manchmal schließen sich die Autoren eines Restatements aber einer Mindermeinung an und hoffen, damit die zukünftigen Urteile in ihre Richtung zu beeinflussen.²² Die Autoren eines Restatements müssen häufig eine Auswahl zwischen widersprechenden Lösungsmöglichkeiten für ein rechtliches Problem treffen.²³ Wenn sich Lücken in einem Rechtsbereich ergeben, wird versucht, diese sinnvoll zu schließen. Dies bringt es mit sich, dass immer auch zu einem gewissen Teil „neue“ Regelungen in Restatements aufgenommen werden.

Ziel der Verfasser ist es, eine Regel zu finden, für die eine widerlegbare Vermutung gilt, dass sie das geltende Recht repräsentiert.²⁴ Dabei ist nicht daran gedacht, bestimmte Regeln für die „Ewigkeit“ festzulegen. Es wird im Gegenteil davon ausgegangen, dass die Restatements einer periodischen Revision unterzogen werden.²⁵ Die Restatements bieten in den Notes in jedem Fall die aufgearbeitete Judikatur der Vergangenheit.²⁶

Auch bei völkerrechtlichen Restatements ist davon auszugehen, dass sie einen nicht bindenden Charakter haben und sich dadurch von Kodifikationen unterscheiden. Auch im Völkerrecht ist es manchmal notwendig, Regeln zu ergänzen oder zwischen unterschiedlichen Varianten der Staatenpraxis oder der Judikatur eine Auswahl zu treffen.²⁷ Die ILC hat im Hinblick auf die von ihr verfassten Texte darauf hingewiesen, dass es nicht immer möglich ist, zwischen Kodifikation und Neuentwicklung strikt zu unterscheiden.²⁸ Jedoch darf ein Restatement nicht insgesamt auf die Schaffung von neuen Regeln abzielen.²⁹ Es ist auch im Völkerrecht wichtig, dass aus dem Kommentar ersichtlich ist, ob eine Regel bereits Völkergewohnheitsrecht ist, oder weshalb sie sonst in den Text aufgenommen wurde.

Typisch für ein Restatement ist ferner, dass es eine Feststellung des Rechts in normativer Form enthält und nicht nur eine Praxisbeschreibung ist. Letzteres scheint in der ILC auf die Arbeit der Study Group zu Most Favoured Nation Clauses zuzutreffen.

21 Siehe zB zu Vorbehalten in Verträgen, Source Note: “This section condenses Articles 19-21 of the Vienna Convention.” (Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States, Volume 1, S. 180.

22 *Corbin* (Fn. 10), S. 27.

23 *Corbin* (Fn. 10), S. 38.

24 *Corbin* (Fn. 10), S. 22.

25 *Corbin* (Fn. 10), S. 22.

26 *Corbin* (Fn. 10), S. 22.

27 IdS im Hinblick auf die ILC auch *O. Schachter*, The UN Legal Order: An Overview, in: C. C. Joyner (Hrsg.), The United Nations and International Law, 1997, S. 7.

28 Siehe zB: The Work of the International Law Commission, 6th ed. Vol. I, 2004, S. 7, 37, 40; The Work of the International Law Commission, 8th ed. Vol. I, 2012, S. 7; Yearbook of the International Law Commission, 1979, vol II (Part One) document A/CN.4/325, paras. 13, 102 und *ibid.*, 1996, vol. II (Part Two) paras. 147(a), 156 und 157; ILC, Draft Articles on the Expulsion of Aliens, 66th session 2014, A/69/10, General Commentary (1), S. 18.

29 IdS im Hinblick auf Kodifikationen: *G. Hafner*, Kodifikation und Weiterentwicklung des Völkerrechts, in: F. Cede/L. Sucharipa/Behrmann (Hrsg.), Die Vereinten Nationen, Recht und Praxis, 1999, S. 133.

Diese Study Group will nicht die Draft Articles der ILC aus 1978³⁰ zu MFN überarbeiten, sondern eher eine Praxiserläuterung bieten.³¹

5. Zweck eines Restatements – wann braucht man ein Restatement?

Der Zweck der Restatements des American Law Instituts wurde 1923 wie folgt beschrieben:

The Institute's mission, as set out in its charter, is to „to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work.“³²

Es war daher der Zweck der Restatements, angesichts der schwierig zu überblickenden und teils divergierenden Judikatur zu einem systematisierten Text zu kommen, der das geltende Recht wiedergibt, ohne selbst eine Rechtsquelle zu sein.

Damit dies gelingt, ist es erstens erforderlich, dass der Inhalt des Restatements die Rechtspraktiker überzeugt. Zweitens muss der Inhalt eine zuverlässige Wiedergabe des geltenden Rechts sein.

Dies erfordert die Aufarbeitung der bereits vorhandenen Urteile. Dadurch wird das Recht auffindbar und der Zugang zum Recht verbessert. Insofern, kommt in den US-Restatements nicht nur der angeführten Regel, sondern auch den Kommentaren sowie den Erläuterungen des Berichterstatters eine erhebliche Bedeutung zu.

III. Braucht das Völkerrecht Restatements?

Für das Völkerrecht ist eine Kombination von schriftlichen und nicht-schriftlichen Rechtsquellen typisch. Im 20. Jahrhundert lässt sich eine klare Tendenz zur Verschriftlichung des Völkerrechts feststellen. Diese wurde häufig von Kodifikationen getragen.

Daneben besteht aber das Völkergewohnheitsrecht weiterhin als hierarchisch gleichberechtigte Rechtsquelle in nicht-verschriftlichter Form. Mit dessen Identifikation beschäftigt sich der Beitrag von Christian Tams.³³ Jedenfalls war und ist die zuverlässige Identifikation von Völkergewohnheitsrecht immer ein schwieriges Unterfangen. Das sieht man etwa daran, dass die ILC es für erforderlich gehalten hat, sich dem Thema „Formation and evidence of customary international law/Identification of customary international law“ anzunehmen.³⁴

30 Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries, 1978, Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II (Part Two), S. 8-74, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_3_1978.pdf.

31 ILC, 65th Session, Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, A/CN.4/L.828, paras. 3, 7, 12.

32 Certificate of Incorporation of the American Law Institute, auffindbar unter: <http://www.ali.org/doc/charter.pdf>.

33 C. Tams, in diesem Band S. 323 ff.

34 Die ILC beschloss 2012 das Thema in ihr Arbeitsprogramm aufzunehmen und ernannte Sir Michael Wood als Berichterstatter, A/CN.4/SR.3132, S. 16. Für den ersten Bericht siehe: A/CN.4/663 vom 17. Mai 2013, für den zweiten Bericht siehe: A/CN.4/672 vom 22. Mai 2014.

Faktum ist, dass es häufig eine teils schwierig auffindbare, zersplitterte und unsystematische Staatenpraxis gibt, und auch über das Bestehen von Rechtsüberzeugung bei vorliegender Staatenpraxis nicht immer Klarheit herrscht. Daher sind im Völkerrecht uneinheitliche Rechtsansichten der maßgeblichen Akteure typisch, wenn nicht unvermeidlich. Es besteht somit im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht grundsätzlich ein Verschriftlichungs-, Vereinheitlichungs- und Systematisierungsbedarf.

Auch wenn den Urteilen und Schiedssprüchen gemäß Artikel 38 IGH Statut nur der Rang einer Hilfsquelle zukommt, darf ihre praktische Relevanz für die Rechtserkennung nicht unterschätzt werden. Für das Völkerrecht typisch ist, dass es keine hierarchische Ordnung von Gerichten und Schiedsgerichten gibt. Das System der völkerrechtlichen Rechtsprechung bietet daher keinen institutionalisierten Vereinheitlichungsmechanismus. Dieser Befund gilt für den IGH mit „völkerrechtlicher Allzuständigkeit“ im Verhältnis zu Gerichten und Schiedsgerichten mit beschränkten Aufgabengebieten, aber auch zwischen diesen Spezialgerichten, Tribunalen oder Streitlichtungsinstanzen.

Zudem gibt es im Völkerrecht keine bindende Präcedenzwirkung von Urteilen. Daher ist es den Gerichten und Schiedsgerichten überlassen, sich an Vorjudikatur zu orientieren, was in der Regel, aber eben nicht durchgängig geschieht.

Zu den eben erwähnten Punkten kommt in jüngerer Zeit eine wachsende Unwilligkeit der Staaten gegenüber der formellen Rechtssetzung. Pauwelyn, Wessel und Wouters haben in einer quantitativen Analyse den stetigen Rückgang von formeller Rechtssetzung in Form von sowohl bi- als auch multilateralen Verträgen für das 21. Jahrhundert festgestellt.³⁵ Dies kann mehrere Ursachen haben. So könnte etwa der bereits erreichte Regulierungsgrad durch Verträge dazu führen, dass weniger neue Verträge abgeschlossen werden. Jedoch weisen Pauwelyn, Wessel und Wouters nach, dass es nunmehr zu einer vermehrten Annahme von informellen Texten ohne formale Rechtskraft kommt.³⁶ Diese Entwicklung wird es aber nötig machen, dass Klarheit über die Rechtsnatur der in diesen Texten enthaltenen Regeln geschaffen wird.

Die Anzahl der völkerrechtlichen Judikate stieg während des 20. Jahrhundert kontinuierlich, in manchen Bereichen des Völkerrechts sogar exponentiell an. Somit sieht sich

35 J. Pauwelyn/R. A. Wessel/J. Wouters, When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Law Making, 25 EJIL 2014, S. 733-763.

Während in jeder Dekade seit den 1950er Jahren ca. 35 multilaterale Verträge angenommen und bei der UNTS hinterlegt worden waren ging dies zwischen 2000 und 2010 auf nur 20 Verträge zurück. Zwischen 2005 und 2010 wurden noch 9 multilaterale Verträge in der UNTS hinterlegt. 2011, 2012 und 2013 kein einziger. Diese Analyse bestätigt einen derartigen Trend auch für bilaterale Verträge.

36 Pauwelyn/Wessel/Wouters (Fn. 35), S. 738 ff.

Beispiele für einen derartigen Trend aus der österreichischen Praxis wären etwa eine österreichisch/tschechische Erklärung zur Immunität von Kulturgütern, die im Eigentum anderer Staaten stehen und auf eigenem Gebiet ausgestellt werden. Diese ist kein Vertrag, wurde beim Europarat hinterlegt und es besteht die Hoffnung, dass andere Länder sich der Erklärung anschließen. (Außen- und Europapolitischer Bericht 2013, Bericht des Bundesministers für Europa, Integration und Äußeres, III-533-BR/2014 der Beilagen – Bericht – Hauptdokument gesamt (elektr. übermittelte Version) S. 413; für genaueres siehe, <http://www.bmeia.gv.at/das-ministerium/presse/aussendungen/2013/oesterreich-und-tschechien-vertiefen-kulturelle-zusammenarbeit/>); auch im Hinblick auf die Südtirolautonomie kam es am 16. Dezember 2014 und am 22. Jänner 2015 zu einem Briefwechsel zwischen dem italienischen Ministerpräsidenten und dem Österreichischen Bundeskanzler und es wurde nicht die Form eines Vertrages etwa mittels Notenwechsels gewählt, obwohl sich beide Schreiben auf einen Vertrag beziehen.

das Völkerrecht zunehmend mit einem ähnlichen Phänomen konfrontiert, wie es der Ausgangspunkt für die US-Restatements war: einer immer größeren Anzahl von Urteilen und Schiedssprüchen, die in keinem klar definierten Verhältnis zu einander stehen.

Im Unterschied zu den USA sind Urteile und Schiedssprüche im Völkerrecht keine Rechts-, sondern nur eine Hilfsquelle. Dennoch besteht Bedarf an Einheitlichkeit, systematischer Aufarbeitung und leichter Auffindbarkeit der vorherrschenden Auslegung der völkerrechtlichen Normen durch die verschiedenen Gerichte und Schiedsgerichte.

Benötigt man dazu ein oder mehrere Restatements? Dies hängt von mehreren teils auch rechtspolitischen Erwägungen ab. Die Antwort wird auch nicht für alle Bereiche des Völkerrechts gleich ausfallen.

Ein umfassendes Restatement des Völkerrechts zu verfassen erscheint faktisch unmöglich.³⁷ Die ILC hat diese Option für sich ausgeschlossen.³⁸ Auch das ALI versucht nicht, das gesamte Völkerrecht in seinem Restatement des Foreign Relations Law abzudecken. Dies deshalb, weil es aufgrund der Breite des Faches und der im Laufe des 20. Jahrhunderts enorm gestiegenen Normierungsdichte faktisch nicht möglich erscheint.

Der Vereinheitlichungsbedarf divergiert in den unterschiedlichen Bereichen des Völkerrechts erheblich und hängt auch vom Vorhandensein eines zentralen Überwachungsmechanismus ab.

In Bereichen des Völkerrechts, in denen es Überwachungsorgane mit Einzelfallentscheidungsbefugnis gibt, wird der Vereinheitlichungsbedarf geringer sein, als in Bereichen, in denen ein derartiges Organ nicht vorhanden ist. Wenn es sich bei dem Organ um *ein* zentrales Gericht handelt, dann wird dies in der Regel zu einer relativ einheitlichen Auslegung des entsprechenden Vertrages führen, sodass der Vereinheitlichungsbedarf eher gering ist. Ein klassisches Beispiel für eine derartige Situation ist die Europäische Menschenrechtskonvention. Die Konvention sieht eine große Kammer vor, die unter anderem zur Sicherstellung der Einheitlichkeit der Judikatur geschaffen wurde.³⁹

37 Jeremy Bentham schlug im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts eine Kodifizierung des gesamten Völkerrechts vor, jedoch nicht in Form eines Restatements sondern mit der Absicht Regeln zu entwerfen, die zu ewigem Frieden zwischen den Staaten führen würden. Siehe: AJIL Official Documents, Development and Codification of International Law 1947; *J. Bentham*, Principles of International Law, in: The Works of Jeremy Bentham, J. Bowring (Hrsg.), 1843, Vol. 2, S. 535-560; siehe: *R. Bernhardt*, Codification of International Law in EPIL Band 7, S. 36. In der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts unternahmen etliche Wissenschaftler den Versuch einer derartigen Kodifizierung siehe zB: *A. de Domin-Petrushevce*, Précis d'un Code de Droit internationale, 1861; *F. Lieber*, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order N^o. 100 (Lieber Code), 1863; *J.C. Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der Civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 1869; *D. D. Field*, Draft Outlines of an International Code, 1872; *P. Fiore*, Il Diritto Internazionale Codificato E La Sua Sanzione Giuridica Studii, 1890; *E. Duplessix*, La loi des nations: projet d'institution d'une autorité internationale législative, administrative et judiciaire: projet de code de droit international public, 1906; *J. Internoscia*, New code of international law, 1910.

38 Siehe idS: *Nolte* (Fn. 5), S. 27-30, 29.

39 Siehe zB: *K. Pabel*, Die Rolle der Großen Kammer des EGMR bei Überprüfung von Kammer-Urteilen im Lichte der bisherigen Praxis, EuGRZ 2006, S. 3, 6; *C. Grabenwarter/ K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, §13 Ablauf des Verfahrens, Rz.67, S. 89; *J. Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl, 2011, Art. 30 Rn. 1.

Im Bereich des Welthandelsrechts kommt dem Appellate Body der WTO eine ähnliche Aufgabe zu.⁴⁰

Im Internationalen Strafrecht gibt es auf völkerrechtlicher Ebene einige wenige Gerichte. Diese nehmen trotz fehlender formaler Präcedenzwirkung Bezug auf die Urteile der jeweils anderen Strafgerichte.⁴¹ Dies stellt eine gewisse Einheitlichkeit sicher.

Bei Investitionsschiedsgerichten ist zu beobachten, dass viele Schiedsgerichte, auf vorhandene Schiedssprüche Bezug und Bedacht nehmen. Dennoch ist es im Laufe der Jahre zu beträchtlichen Judikaturdifferenzen gekommen.⁴² Somit wäre in diesem Bereich trotz der Existenz internationaler Entscheidungsorgane ein erheblicher Vereinheitlichungsbedarf gegeben.

Aufgrund der stetig zunehmenden Anzahl völkerrechtlicher Urteile und Entscheidungen besteht also in den verschiedensten Bereichen des Völkerrechts ein Bedarf an Aufarbeitung und Systematisierung der Judikatur. Dazu ist kein Restatement im engeren Sinn erforderlich. Diese Arbeit kann auch durch einen wissenschaftlichen Kommentar geleistet werden. Für die Vereinheitlichung ist jedoch ein Restatement sicherlich besser geeignet.

Noch größer ist die Gefahr einer divergierenden Vertragspraxis bei Verträgen ohne institutionalisierte Überwachungsorgane, wie etwa der Genfer Flüchtlingskonvention oder auch den Rotkreuzkonventionen und ihren Zusatzprotokollen.

Einen vorhandenen Vertrag mit einem Restatement zu duplizieren erscheint auf den ersten Blick nicht sinnvoll. Wenn Verträge jedoch nur von einem Teil der Staaten ratifiziert sind und die vertraglichen Normen teils Gewohnheitsrecht reflektieren, teils nach Vertragsabschluss diesen Status erlangt haben, und es erhebliche Praxis von Nicht-Vertragsstaaten gibt, erscheint ein Restatement des diesbezüglichen Gewohnheitsrechts sinnvoll.⁴³ Erfolgreiche Versuche von derartigen Restatements sind etwa die Studie des IKRK zum humanitären Völkergewohnheitsrecht⁴⁴ oder das San Remo

40 Siehe zB: A. Ziegler, Scope and Function of the WTO Appellate System: What Future after the Millennium Round?, 3 Max Planck UNYB, 1999, S. 444, 467; C.D. Ehlermann, Experiences from the WTO Appellate Body, 38 Texas International Law Journal 2003, S. 469-488, 478; Van Damme (Fn. 14), S. 605-648, 614 f.

41 Siehe zB: ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Judgment, 14 March 2012, paras. 533, 535, 538, 540; *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment 7 March 2014, paras. 45, 105, 767, 768, 789, 790, 798, 800 etc.

42 Siehe zB: C. Schreuer, Coherence and Consistency in International Investment Law, in: R. Ehandi/P. Sauvé, Prospect in International Investment Law and Policy, 2013, S. 391-402; R. Dolzer, Perspectives for investment arbitration: consistency as a policy goal?, in: R. Ehandi/P. Sauvé, Prospect in International Investment Law and Policy, 2013, S. 403-410; W.M. Reisman, "Case Specific Mandates" versus "Systemic Implications": How Should Investment Tribunals Decide?-The Freshfields Arbitration Lecture, 29 Arbitration International 2013, S. 131-152; G. Kaufmann-Kohler, Is Consistency a Myth?, in: E. Gaillard/Y. Banifatemi (Hrsg.), Precedent in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 5, 2008, S. 137-147; C. Schreuer /M. Weiniger, Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook on International Investment Law, 2008, S. 1188-1206.

43 IdS auch *Dinstein* (Fn. 2), S. 94 f.

44 J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2005. Siehe dazu näher unten S. 312 f.

Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea des International Institute of Humanitarian Law⁴⁵.

Fraglich ist, ob bei der divergierenden Verwendung eines Begriffes in verschiedenen Verträgen und durch die entsprechenden Überwachungsorgane ein Restatementbedarf besteht. Ein Beispiel für einen derartigen Begriff ist der Foltertatbestand, der im Menschenrechtsschutz und im internationalen Strafrecht unterschiedliche Ausformulierungen erfahren hat.⁴⁶

Am größten ist der Verschriftlichungs-, Vereinheitlichungs- und Systematisierungsbedarf zweifelsohne in jenen Bereichen, die nur vom Völkergewohnheitsrecht geregelt sind. In diesen stellt sich eher das Problem, ob es möglich ist Normen herauszuarbeiten, die in der Praxis als Ausdruck des geltenden Rechts akzeptiert werden können.

45 L. Doswald-Beck (Hrsg.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 1995. Siehe dazu näher unten S. 313.

46 Beispielhaft sei hier nur ein offensichtlicher Unterschied angeführt: die Frage des Erfordernis einer Beteiligung eines staatlichen Organs. Der Foltertatbestand als Menschenrechtsverletzung ist diesbezüglich nicht einheitlich ausgestaltet. Die UN Konvention gegen die Folter verlangt in ihrem Artikel 1(1) ausdrücklich die Involvierung eines staatlichen Organs (public official).

Article 1(1) CAT, 1465 UNTS 85: "For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions."

Artikel 3 EMRK, ETS No. 5, enthält keine Definition des Foltertatbestandes: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." Der EGMR hat in seiner Judikatur aber nicht ausgeschlossen, dass auch ohne Mitwirkung von Staatsorganen der Foltertatbestand erfüllt sein kann. Er stelle beispielsweise in *HLLR v. France* (EGMR, Grand Chamber, Urteil vom 29. April 1997, §40) fest: „Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention (art. 3) may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials."

Artikel 7 CCPR, 999 UNTS 171, enthält ebenfalls keine Definition des Foltertatbestandes: "No one shall be subjected to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. ..." Das Human Rights Committee hielt dazu in seinem General Comment vom 3. April 1992 fest: "It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity." (General Comment 20, Article 7, para. 2, forty-fourth session, 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 at 30 (1994)).

Weder Article 7(1) F der Elements of Crime des ICC Statuts, der Folter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit definiert noch Article 8(2)(a)(ii)-1 der Elements of Crime des ICC Statuts, der Folter als Kriegsverbrechen definiert, enthält ein Erfordernis der Mitwirkung eines Staatsorgans. Dies ist auch im Einklang mit der Feststellung der Appeals Chamber des ICTY in *Kunarac* (Appeal Judgment, 12 June 2002, para. 148) wonach im Völkergewohnheitsrecht kein derartige Erfordernis besteht: "148. The Trial Chamber in the present case was therefore right in taking the position that the public official requirement is not a requirement under customary international law in relation to the criminal responsibility of an individual for torture outside the framework of the Torture Convention. ..."

IV. Mögliche Restatements im Völkerrecht

Wo gibt es nun im Völkerrecht Texte, die man als internationale Restatements bezeichnen könnte? International nicht nur, weil sie das Völkerrecht zum Gegenstand haben, sondern auch, weil sie einen internationalen Ursprung haben. Dies lässt sich am besten in der Form von konzentrischen Kreisen darstellen.

1. Innerer Kreis

In einem zentralen Bereich sind jene Texte einzuordnen, die dem als Prototyp verwendeten Restatement des ALI am meisten ähneln: Bei denen also die Institution, die sie verfasst hat, eine ähnliche Zusammensetzung hat; denen die gleiche Funktion zukommt wie den US-Restatements; die nach einer ähnlichen Arbeitsmethode erstellt werden und die einen ähnlichen normativen Charakter aufweise wie diese.

Diese Vorgabe erfüllen zweifelsohne viele der von der ILC erarbeiteten Draft Articles.⁴⁷ Ich möchte hier nur die wichtigsten Parallelen zu den Restatements des ALI nachzeichnen.

Bei der ILC⁴⁸ handelt es sich wie beim ALI um ein Expertengremium. Aufgrund des Wahlmodus ist eine Repräsentation der verschiedenen Weltregionen und Rechtskulturen sichergestellt.⁴⁹

Artikel 13 der Satzung sieht als Funktion der ILC die fortschreitende Entwicklung und die Begünstigung der Kodifikation des Völkerrechts vor.⁵⁰ Es wird in der Satzung nicht klar zwischen der Ermittlung bestehenden Rechts und der Erarbeitung neuer Normen unterschieden.⁵¹ Artikel 15 des Statuts der ILC⁵² führt näher aus, was unter Kodifikation verstanden werden soll. Der Begriff wird, anders als im Völkerrecht üblich, nicht nur als bindender Text verstanden. Die Bezeichnung wird für eine präzisere Formulierung und Systematisierung von Regeln des Völkerrechts in Gebieten verwendet, in

47 Zu finden unter: <http://legal.un.org/ilc/texts/texts.htm>.

48 Geschaffen am 21. November 1947 durch Res 174(II) der Generalversammlung der Vereinten Nationen.

49 Art 2, 4, 8 des Statuts der ILC (Statute of the International Law Commission 1947, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981), kommentiert in *B. G. Ramcharan*, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, 1977, S. 31 f.

Resolution 36/39 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 18. November 1981 sieht folgende geografische Aufteilung im Hinblick auf die Staatsbürgerschaft der Mitglieder vor: (a) acht Staatsbürger afrikanischer Staaten, (b) sieben Staatsbürger asiatischer Staaten, (c) drei Staatsbürger osteuropäischer Staaten, (d) sechs Staatsbürger lateinamerikanischer Staaten, und (e) acht Staatsbürger westeuropäischer bzw. anderer Staaten. Zu beachten ist auch, dass jeweils (f) ein afrikanisches oder osteuropäisches Mitglied bzw. (g) ein asiatisches oder lateinamerikanisches Mitglied rotiert. Siehe auch: *The Work of the International Law Commission 6th ed.*, Vol I, 2004, 8-14.

50 C.-A. *Fleischhauer*, Article 13, in: B. Simma, *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Vol I, S. 298 ff.

51 Dementsprechend sieht Artikel 1 des Statuts der ILC vor, dass sie als Ziel die Förderung der fortschreitenden Entwicklung des Völkerrechts und seiner Kodifikation hat.

52 Article 15 Statute of the ILC: "... Similarly, the expression "codification of international law" is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine."

denen es bereits eine extensive Staatenpraxis, Präzedenzfälle und Lehre gibt. Im Hinblick auf „progressive development“ wird in Artikel 15 ILC Statut ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ergebnisse „draft conventions“ sein sollen. Bei der „Codification of International Law“, trifft Artikel 15 keine Aussage zur Rechtsnatur, die dem so erarbeiteten Text zukommen soll. Somit ist auch ein nicht bindendes Restatement durchaus mit dem Statut der Kommission in Einklang.

Die Arbeitsmethode im Rahmen der ILC ähnelt jener des ALI.⁵³ Es wird zunächst festgelegt, welche Themen bearbeitenswert erscheinen. Die Ausarbeitung von Themen erfolgt in der ILC üblicherweise in einem dreistufigen Verfahren (Materialsammlung, erste Lesung von Draft Articles mit Kommentaren und zweite Lesung von Draft Articles mit Kommentaren). In jedem dieser Stadien kommt es zu Interaktionen mit den Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen. Die Arbeiten der ILC werden jährlich mit den Staatenvertretern im Sechsten Komitee der Generalversammlung der Vereinten Nationen diskutiert.⁵⁴ Bei der Ausarbeitung der Texte kommt den Berichterstattern der Kommission zu einem Thema eine wichtige Rolle zu. Die von diesen vorgeschlagenen Artikel und Kommentare werden sowohl im Drafting Komitee als auch im Plenum der ILC und mit dem Sechsten Komitee wiederholt diskutiert. Somit ist die Einbindung von Repräsentanten der wichtigsten Rechtssysteme und die notwendige Rückkopplung zur Praxis zur Überprüfung der Akzeptanzfähigkeit der Texte gegeben. Schließlich wird der Text von der ILC angenommen und der Generalversammlung mit einer Empfehlung hinsichtlich seines weiteren Schicksals übergeben.

Als ein Beispiel eines äußerst erfolgreichen Restatements sind die Articles on State Responsibility zu nennen. Diese haben in der Praxis sowohl der Staaten als auch von Gerichten und Schiedsgerichten durchschlagenden Erfolg gehabt.⁵⁵ Meist wer-

53 Zu Arbeitsmethode und Aufgabenstellung der ILC siehe zB: The Work of the International Law Commission, 8th ed. Vol. I, 2012, S. 46 ff; *D. McRae*, The Work of the International Law Commission, 2007–2011: Progress and Prospects, 106 AJIL 2012, S. 322-340; *G. Nolte*, The International Law Commission Facing the Second Decade of the Twenty-First Century, in: U. Fastenrath et al. (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, S. 781-793; *C. Tomuschat*, The International Law Commission – An Outdated Institution?, 49 GYIL 2006, S. 77-105, 101-103; The Work of the International Law Commission, 6th ed. Vol. I, 2004, S. 37 ff; *Hafner* (Fn. 29), S. 137; *A. Watts*, The International Law Commission 1949-1998, 3 Vol. 1999; *I. Sinclair*, The International Law Commission, 1987; *Ramcharan* (Fn. 49), S. 38 ff.

54 Die ILC weist auch wiederholt auf die wichtige Rolle der Staaten bei der Ausarbeitung von Draft Articles hin. Siehe zB: Report of the Working Group on review of the multilateral treaty-making process, A/CN.4/325, YBILC 1979, Vol II, S. 189, para. 17.

55 Dazu siehe zB: *J. Crawford*, 'Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility', 25 ICSID Review – Foreign Investment LJ, 2010, S. 136–199; *S. Olleson*, The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, BIICL, Preliminary Draft, 2007, http://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf.

Siehe auch zB: *Al-Bahloul v. Tajikistan*, Final Award, 8. Juni 2010, Abs. 42:

“42. The Tribunal considers that the applicable rules and principles of international law concerning damages are well reflected in the Draft Articles on the “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,” prepared in 2001 by the International Law Commission of the United Nations. (the “ILC Articles”). Although without binding legal force, the ILC Articles are widely viewed as the most authoritative statement of the law in this area that exists today.”

den sie ohne Diskussion ihrer Rechtsnatur wie positives Recht ausgelegt und angewandt.^{56, 57}

In einer Reihe anderer Fälle dienten die „Restatements“ der ILC als Vorarbeiten für eine Kodifikationskonferenz. Diese Texte sind ihrem Inhalt nach Restatements, waren aber von Anfang an als Entwürfe für eine Kodifikationskonferenz gedacht. Dies trifft etwa auf die Draft Articles on the Law of Treaties zu.⁵⁸ Diese wurden 1966 abgeschlossen. Gleichzeitig wurde der Generalversammlung empfohlen, eine Konferenz zur Annahme einer entsprechenden Konvention einzuberufen.⁵⁹ Auch diese Artikel enthalten Regeln und im Anschluss Kommentare, in denen genau erläutert wird, wie die Kommission zu der vorgeschlagenen Regel kam.⁶⁰ Es wird ausgeführt, ob es sich dabei um eine allgemein anerkannte Regel handelt oder Kontroversen um die Regel bestanden. Trotz der Existenz der Wiener Vertragsrechtskonvention wird von Investitionsschiedsgerichten auch immer wieder auf die Kommentare der ILC zu den Draft Articles on

56 Siehe zB: *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 16. Juni 2006, Abs. 89:

“89. When assessing the merits of the dispute, the Tribunal will rule on the issue of attribution under international law, especially by reference to the Articles on State Responsibility as adopted on second reading in 2001 by the International Law Commission and as commended to the attention of Governments by the UN General Assembly in Resolution 56/83 of 12 December 2001 (the ILC Articles) as a codification of customary international law.”

Die Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses wurden ebenfalls immer wieder in Investitionsfällen sowohl von Staaten als auch von Schiedsgerichten herangezogen. Siehe zB: In *National Grid v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 20 June 2006, para. 54 bezog sich der beklagte Staat auf die ILC Draft Articles on MFN; *Wintershall v. Argentina*, Award, 8 December 2008, para. 107; *Daimler Financial Services AG v. Argentina*, Award, 22 August 2012, para. 211; in *Philipp Morris v. Uruguay*, Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, para. 49, bezog sich der beklagte Staat auf den ILC Kommentar zu den Draft Articles on Most-Favoured Nation Clauses; *Garantie Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, 3 July 2013, para. 76.

57 Zur Diskussion über die anzustrebende Rechtsform für die ILC Articles on State Responsibility siehe zB: *D.D. Caron*, The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, 96 AJIL 2002, 857-873, 859-861; *J. Crawford/S. Olleson*, The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility, 54 ICLQ 2005, S. 859-971.

58 Die Berichterstatter der Kommission hatten unterschiedliche Zugänge hinsichtlich des gewünschten Endresultats der Arbeiten zum Völkervertragsrecht. Der erste Berichterstatter Brierley legte bereits in seinem ersten Entwurf einen Konventionsentwurf vor. Der zweite Berichterstatter Sir Hersch Lauterpacht behielt die Form eines Konventionsentwurfs als Endziel bei. Der dritte Berichterstatter Sir Gerald Fitzmaurice wollte einen „Code of Principles“ statt einer „Draft Convention“ erarbeiten. Waldock schließlich kehrte wieder zum Konventionsentwurf zurück. Der endgültige Text wurde der Generalversammlung von der ILC 1966 als Draft Articles on the Law of Treaties mit der Empfehlung eine Staatenkonferenz einzuberufen vorgelegt.

Zur Geschichte der WVK siehe zB: *S. Rosenne*, The Law of Treaties. A Guide to the Legislative history of the Vienna Convention, 1970; *I.M. Sinclair*, Vienna Conference on the Law of Treaties, 19 ICLQ 1970, S. 47-69, 50 ff.; *A. Watts* (Fn. 53), Part II, 2002, S. 609-613; *M. E. Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, S. 28-38.

Gleiches gilt für die WDK. Die ILC empfahl der Generalversammlung die Abhaltung einer diplomatischen Konferenz zur Verabschiedung einer Konvention auf Basis der Draft Articles:

“50. At its 468th meeting, the Commission decided (under article 23, paragraph 1 (c) of its statute) to recommend to the General Assembly that the draft articles on diplomatic intercourse and immunities should be recommended to Member States with a view to the conclusion of a convention.” (YBILC 1958, Vol. II, S. 89, para. 50). Es wird etwa von Denza die Wichtigkeit der Vorarbeit der ILC und die Bedeutung des Kommentars zu den Draft Articles der ILC hervorgehoben. (E. Denza, *Diplomatic Law*, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3rd ed, 2008, S. 2, 3).

59 YBILC 1966, Vol. II, S. 177, para. 36.

60 YBILC 1966, Vol. II, S. 187-274.

the Law of Treaties Bezug genommen.⁶¹ Dies unterstreicht, dass bei Restatements nicht nur den darin aufgenommenen Regeln sondern auch den Kommentaren Bedeutung zukommt.

Bei etlichen der Themen, die gegenwärtig in Bearbeitung sind, ist noch unklar, welche Form das Ergebnis haben soll. Es wäre etwa denkbar, dass die Arbeiten zu Most Favoured Nation Clauses oder Fair and Equitable Treatment in Restatementform angenommen werden, auch wenn es derzeit eher nicht danach aussieht.⁶² Ebenfalls denkbar wäre ein Restatement für das Projekt zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁶³ oder die Immunität von Staatsorganen von der ausländischen Strafsjurisdiktion⁶⁴, um nur einige Beispiele zu nennen.

Auch die Veröffentlichungen der International Law Association kommen grundsätzlich als Restatements in Betracht.⁶⁵ Aufgrund der Mitgliederstruktur ist eine weltweite Repräsentanz sichergestellt. Die Mitglieder rekrutieren sich aus Lehre und Praxis im internationalen Recht. Allerdings gibt es kein der ILC oder dem ALI vergleichbares Aufnahmeverfahren in die ILA. Die Texte, die als mögliche Restatements in Betracht kommen, werden von Komitees erarbeitet, in denen Praktiker ebenso vertreten sind wie Wissenschaftler. Die Mitgliedschaft in einem solchen ILA Komitee erfordert eine Nominierung durch eine der nationalen Gruppen und unterliegt der Zustimmung des Vorsitzenden und des Studiendirektors, bevor der Executive Council sie bestätigt. Die Ergebnisse der Arbeitsgruppen können ganz unterschiedliche Formen haben. Sie werden in der Form eines Berichts von der ILA angenommen. Etliche dieser Berichte enthalten Texte in Restatement Form.⁶⁶ Ein Wechselspiel mit den Staaten, wie im Falle des Sechsten Komitees der Generalversammlung ist jedoch nicht vorgesehen.

61 Siehe zB: *Daimler v. Argentina*, (Fn. 56), para. 173; in *Walter Bau AG v. Thailand*, Award, 1 July 2009, para. 9.17 bezog sich der beklagte Staat auf den ILC Kommentar zu den Final Draft Articles on the Law of Treaties; *Kardassopoulos v. Georgia*, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, para. 217.

62 ILC, 65th Session, Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, A/CN.4/L.828, paras. 3, 7, 12. Für die bisher vorgelegten Berichte des Berichterstatters siehe: A/CN.4/663 vom 17. Mai 2013 (erster Bericht), A/CN.4/672 (zweiter Bericht).

63 ILC, Report on the work of its 65th Session, 2013, A/68/10, Annex B, para. 3.

64 Siehe zu den Überlegungen der ILC zur Form ihres Projekts zB: Immunity of senior State officials from foreign criminal jurisdiction (Report of the International Law Commission 58th session, 2006, GA Official Records, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 442, para. 18, S. 448; ILC 64th session, C. *Escobar Hernández*, Preliminary Report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, 31. Mai 2012, A/CN.4/654, S. 9, para. 37, S. 11, para. 48, S. 18, paras. 74, 77.

65 Für eine Übersicht über die von der ILA angenommenen Texte, von denen jedoch nicht alle als Restatement anzusehen sind, siehe: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/8E38560D-B8D1-4C48-9633729B7DEB2F1E>.

66 Siehe zB: International Law Applicable to the Management of the Waters of International Drainage Basins and Applicable to All Waters, as Appropriate, ILA, Water Resources Law, Fourth Report, Berlin Conference 2004, in: Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004, London, International Law Association, 2004.

“The Rules presented here present a comprehensive collection of all the relevant customary international law that a water manager or a court or other legal decision maker would have to take into account in resolving issues relating to the management of water resources.” S. 2, 3. http://internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf.

Es gibt darüber hinaus einen Kommentar, der die Erläuterung des Berichterstatters enthält, sowie ein zusätzliches Dokument “Sources of the International Law Association Rules on Water Resources“, das auf der homepage des ILA Komitees erhältlich ist, und die Quellen und Beispiele beinhaltet, die bei der Erstellung der Rules herangezogen wurden.

Das Institut de Droit International⁶⁷ kommt ebenfalls als Institution zur Erarbeitung von Restatements in Betracht. Die Zusammensetzung des Instituts ist für die gesamte Welt repräsentativ.⁶⁸ Das Institut rekrutiert seine Mitglieder selbst und nimmt nur ausgewiesene Experten des Völkerrechts auf. Die Mitgliederzahl ist erheblich geringer als die des ALI. Es dürfen nur 132 Personen unter 80 Jahren Mitglieder oder Assoziierte Mitglieder sein.⁶⁹ Die Texte werden von Arbeitsgruppen mit einem Berichterstatter erarbeitet. Ein Wechselspiel mit den Staaten, wie im Falle des Sechsten Komitees der Generalversammlung ist jedoch nicht vorgesehen. Die vom Institut verfassten Resolutionen enthalten eine Feststellung des Rechts in normativer Form. Der Berichterstatter des Instituts verfasst Kommentare. Sie werden aber nicht vom Institut beschlossen. Sie werden im *Annuaire des Instituts*⁷⁰, jedoch im Unterschied zu ILC und ILA nicht im Internet veröffentlicht.

Welchen praktischen Einfluss haben die „Restatements“ der drei soeben erörterten Institutionen heute? Um dies zu beurteilen habe ich die Bezugnahme des IGH und von Investitionsschiedsgerichten sowie der ILC selbst auf derartige Restatements herangezogen.

Der IGH zitiert wiederholt Restatements der ILC wie beispielsweise die *Articles on State Responsibility*⁷¹ oder den *Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*⁷² um nur zwei zu nennen, aber auch die von der ILC dazu beschlossenen Kommentare. Texte des IDI wurden nur sehr selten,⁷³ jene der ILA werden vom IGH nicht

67 Zum Institut de Droit International siehe zB: *P. Macalister-Smith*, Institut de Droit International, in: MPEPIL 2012, S. 219-224, <http://www.idi-iil.org/>; *Sir Gerald Fitzmaurice*, The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law, 138 *Receuil des Cours* 1973-I, S. 203-260.

68 Artikel 5 des Statuts des Institut de Droit International, http://www.idi-iil.org/idiF/navig_statuts.html. Siehe auch die Mitgliederliste: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_membres.html.

69 Artikel 3 des Statuts des Institut de Droit International, http://www.idi-iil.org/idiF/navig_statuts.html.

70 *Annuaire de l'Institut de Droit International*.

71 Siehe zB: IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, S. 39, para. 50; IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, S. 195, para. 140; IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, *inter alia* S. 226, para. 160; IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, *inter alia* S. 116, para 173; IGH, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2009, S. 51, para. 64; IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, S. 103, para. 273; IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2012, *inter alia* S. 124, para 58; IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, Judgment, ICJ Reports 2012, S. 342, para. 49; IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3 February 2015, *inter alia* S. 47, para. 104 [ICJ Report for 2015 not published yet].

72 Siehe zB: IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 121, para. 186; IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3 February 2015, *inter alia* S. 63, para. 157 [ICJ Report for 2015 not published yet].

73 IGH, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, ICJ Reports 1999, S. 1045, para. 25 wo der IGH auf den „Draft concerning the international regulation of fluvial navigation“, der in Heidelberg 1887 angenommen wurde (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887–1888, p. 182), Bezug nimmt. In IGH, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment ICJ

zitiert, was aber mit seiner Politik nur offizielle Dokumente und keine Literatur zu zitieren erklärt werden könnte.

Investitionsschiedsgerichte griffen nach meinen Recherchen in ca. 130 Entscheidungen auf Restatements der ILC zurück. Zumeist waren dies die Articles on State Responsibility,⁷⁴ vereinzelt auch die Draft Articles on Diplomatic Protection⁷⁵ sowie die Draft Articles on the Law of Treaties.⁷⁶ In einigen Fällen fanden die Draft Articles on MFN Clauses⁷⁷ Erwähnung.⁷⁸ Letztere wurden von einem Teil der Schiedsgerichte eher als Leitfaden, denn als Wiedergabe geltenden Rechts behandelt. Auf Endberichte von ILA Komitees haben Investitionsschiedsgerichte lediglich in einigen wenigen Fällen zurückgegriffen.⁷⁹ Das gleiche trifft auf Resolutionen des Institut de Droit International zu.⁸⁰

Reports 1972, 46, S. 74 nimmt der Gerichtshof Bezug auf die "resolution of 25 September 1957 by the Institut de droit international, Annuaire 1957", S. 476 ff.

74 Siehe dazu zB: *Crawford* (Fn. 55), S. 136–199. Siehe auch oben (Fn. 55, 56).

75 ILC "Report of the International Law Commission on the work of its 58th Session" 1 May - 9 June 2006, UN Doc A/61/10, 13; siehe zB: *ICS Inspection and Control Services Ltd v. Argentina*, Award on Jurisdiction, 10 February 2012, para. 269, Fn. 296; *Ambiente Ufficio SpA and ors v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013, paras. 599, 608, 609, 610 (hier wird sogar ausdrücklich von einem Restatement gesprochen), 622.

76 Siehe zB: *Daimler Financial Services AG v. Argentina*, (Fn. 56), para. 173; in *Walter Bau AG v. Thailand*, (Fn. 61), para. 9.17 bezog sich der beklagte Staat auf den ILC Kommentar zu den Final Draft Articles on the Law of Treaties; *Kardassopoulos v. Georgia*, (Fn. 61), para. 217.

77 Draft International Law Commission Report on the Most-Favored-Nation Clause, contained in Volume II of the International Law Commission Annual Report for 1973, U.N. Doc. A/CN.4/266.

78 Siehe zB: *Wintershall v. Argentina*, (Fn. 56), para. 107; *Daimler Financial Services AG v. Argentina*, (Fn. 56), para. 211; in *Philipp Morris v. Uruguay*, Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, para. 49, bezog sich der beklagte Staat auf den ILC Kommentar zu den Draft Articles on Most-Favoured Nation Clauses; *Garantie Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, 3 July 2013, para. 76.

79 Siehe zB: *Fraport v. Philippines*, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide, 23. Dezember 2010, para. 236, (Committee on International Commercial Arbitration: Final Report "Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration" 2008, 73 ILA Conf. Rep. 850, 881, 882); *Duke Energy v. Peru*, Decision on Annulment, para. 250 (ILA Committee on International Commercial Arbitration 'Final Report on Res Judicata and Arbitration' 2006, 72 ILA Conf Rep 186, 200); *Continental Casualty v. Argentina*, Award, 5 September 2008, para. 178, Fn. 259 (Resolution der ILA über "International Monetary Law", ILA, Report of the Sixty-Third Conference, Warsaw, 20-22, 1988); Bezug genommen wurde auch auf einen Zwischenbericht des ILA Committee on the Rights of Indigenous Peoples in *Grand River Enterprises v. USA*, Award, 12 January 2011, para. 210 (ILA Committee on the Rights of Indigenous Peoples, Interim Report (2010), p. 51.).

80 Siehe: *KT Asia v. Kazakhstan*, Award, 18 October 2013, para. 173, Fn. 69 (Resolution on the Definition of Investment, Tokyo (2013/1) http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2013_tokyo_en.pdf); *Mytilineos v. Serbia and Montenegro*, Partial Award on Jurisdiction, 8 September 2006, para. 223 (Resolution on "Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises" Santiago de Compostela -1989, 63 AnnIDI (1990), S. 324); *Merrill & Ring v. Canada*, Award, 31 March 2010, para. 244 (Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, Resolution adopted on September 1, 1927, Lausanne, http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf).

Die ILC selbst bezieht sich in ihren Arbeiten wiederholt auf Texte der ILA⁸¹ und des Institut de Droit International.⁸²

Zusätzlich zu den Restatements, die im Rahmen von „ständigen“ Institutionen verfasst wurden, gibt es auch Restatements, die von ad hoc zusammengesetzten Expertengremien erarbeitet werden. Auch bei diesen Restatements wurden Praktiker an der Ausarbeitung beteiligt und es kam zu wiederholten Kommentierungen durch eine größere Gruppe von Regierungsexperten und Wissenschaftlern.

Ein Beispiel für ein derartiges Restatement ist die Studie des IKRK zum humanitären Völkergewohnheitsrecht.⁸³ Die Studie entstand in einem fast zehn Jahre dauernden Prozess, bei dem es darum ging, die völkergewohnheitsrechtlichen Normen in internationalen und insbesondere nicht internationalen bewaffneten Konflikten zu ermitteln. Zu diesem Zweck richtete das IKRK einen Lenkungsausschuss aus internationalen Experten ein, der mit nationalen Wissenschaftlern aus ca. 50 Staaten und sechs Teams zur Bearbeitung internationaler Quellen und einem Team, das die IKRK eigenen Quellen erforschte, arbeitete. Die Entwürfe wurden wiederholt sowohl mit Wissenschaftlern als auch mit Regierungsexperten diskutiert. Somit war die notwendige Praxisrückkoppelung zur Überprüfung der Akzeptanzfähigkeit der Texte gegeben. Der Entwurf wurde dann im Lichte der Kommentare, die zum Entwurf einlangten, überarbeitet und schließlich angenommen und veröffentlicht. Im Band I dieser IKRK Publikation finden sich die auf diese Weise identifizierten völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen, sowie ein Kommentar mit Begründung, warum davon ausgegangen wird, dass eine Regelung Teil des Völkergewohnheitsrechts ist. Im Band II findet sich die korrespondierende Praxis zur jeweiligen Regelung.⁸⁴ Das Projekt ist sowohl von

81 Siehe zB: ILC, Third report on shared natural resources: transboundary groundwaters, by Mr. Chusei Yamada, Special Rapporteur, Shared Natural Resources, DOCUMENT A/CN.4/551 and Add.1*, in dem sich die ILC wiederholt auf die ILA Berlin Rules on Water Resources, beruft, S. 75, 77, 79, 80, 82, 84, 85, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_551.pdf; ILC Draft article on the Law of Transboundary Aquifers, with commentaries 2008, in dem die ILC ausdrücklich auf die ILA Berlin Rules aus 2004 Bezug nahm, abgedruckt in: Yearbook of the International Law Commission, 2008, vol. II, Part Two S. 67; ILC, Expulsion of Aliens, Second report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, A/CN.4/573, S. 234, der sich bezieht auf International Law Association, Report of the Fifty-Fifth Conference held at New York, 21–26 August 1972, 196–211; ILC, Draft Articles on the Expulsion of Aliens, 66th session 2014, A/69/10, S. 37, Fn. 77.

82 Zum Beispiel auf jene zu Obligations Erga Omnes, (ILC, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, S. 12, 13, Fn. 25 – Institut de droit international, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, Krakow Session, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), article 1) zu intertemporalen Fragen (ILC, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, Article 13, Commentary, Fn. 219: Generally on intertemporal law, see resolution I adopted in 1975 by the Institute of International Law at its Wiesbaden session, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 56 (1975), pp. 536–540); zu Repressalien in Friedenszeiten (ILC, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, Article 50, Commentary (6), S. 132) oder zu den rechtlichen Konsequenzen für Mitgliedstaaten Internationaler Organisation bei Nichterfüllung der Pflichten gegenüber Dritten. (ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organisations with commentaries, 2011, S. 9, 65) zu Immunity of senior State officials from foreign criminal jurisdiction (Report of the International Law Commission 58th session, 2006, GA Official Records, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 439, para. 10 – Institut of International Law, Yearbook, vol. 69, 2000-2001 session of Vancouver, pp. 442-709.

83 J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck (Fn. 44).

84 Zur Entstehung und den Beweggründen hinter der Studie siehe: J.-M. Henckaerts, Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and the respect for the rule of law in armed conflict, 87 International Review of the Red Cross 2005, S. 175-212. Für die kritische Reaktion

der Zusammensetzung des Forschungsgremiums, als auch von der Funktion, die dem Text zukommen soll, als auch vom Verfahren, in dem er ermittelt wurde und vom nicht bindenden Charakter des Studienergebnisses mit den klassischen Restatements des ALI vergleichbar.

Ebenfalls als Restatement versteht sich das Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare⁸⁵ des Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University aus 2009 sowie der dazu gehörige Kommentar aus 2010. Als Vorbild diente das San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea des International Institute of Humanitarian Law aus 1994⁸⁶, das als Restatement des Rechts der bewaffneten Konflikte zur See angesehen wird und in der Praxis großen Einfluss hat.⁸⁷

Das Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare wurde von einer Expertengruppe unter Beteiligung von Wissenschaftlern und Praktikern während eines sechs Jahre dauernden Prozesses erstellt. Es versteht sich selbst ausdrücklich als Restatement, das das existente Recht wiedergeben und nicht Vorschläge für *de lege ferenda* Normen machen will. Die einzelnen Entwürfe wurden mit Regierungsvertretern aller wesentlichen an derartigen Kämpfen beteiligten Staaten diskutiert. Es wurde jedoch nicht deren ausdrückliche Zustimmung eingeholt. Der normative Teil, nämlich das Manual, wurde im Konsens verabschiedet, das heißt, dass sich nicht mehr als zwei der insgesamt ca. 30 Expertinnen und Experten gegen die textliche Formulierung ausgesprochen haben. Bei mehr Widerspruch wurde weiter versucht einen konsensfähigen Text zu erarbeiten. Auffassungsunterschiede sind im Kommentar wiedergegeben.⁸⁸

Das Manual stellt ein rezentes Beispiel eines unter den Auspizien einer universitären Einrichtung, nämlich der Harvard Universität, erarbeiteten Restatements dar. Aus dieser Universität gingen bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts einige wichtige Restatements hervor: Die 1929 Harvard Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person and Property of Foreigners; die 1932

des juristischen Dienst des US Außenministeriums siehe: *J.B. Bellinger III/W.J. Haynes II*, 89 *International Review of the Red Cross* 2007, S. 443-471; für die Antwort siehe: *J.-M. Henckaerts*, Customary international humanitarian law – a response to US comments, 89 *International Review of the Red Cross* 2007, S. 473-488; für ein update siehe: *ders.* Customary International Humanitarian Law: Taking Stock of the ICRC Study, 78 *Nordic Journal of International Law* 2010, S. 435-468.

85 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, 'Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare', 15 May 2009, *International Humanitarian Law Research Initiative*, <http://ihlresearch.org/amw/HPCR%20Manual.pdf>.

86 *Doswald-Beck* (Fn. 45).

87 IdS: *Dinstein* (Fn. 2), S. 98; siehe auch zB: *J. A. Roach*, The Law of Naval Warfare at the Turn of Two Centuries, 94 *AJIL* 2000, S. 64; *I. Henderson*, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare: A Review, 49 *Military Law and the Law of War Review* 2010, S. 172.

Das Handbuch des Verteidigungsministeriums des Vereinigten Königreichs (UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004) inkorporierte das San Remo Manual statt eines eigenen Kapitels über Seekriegsführung. (A.P.V. Rogers, *The United Kingdom Manual of the Law of Armed Conflict*, in: N. Hayashi (Hrsg.), *National Military Manuals on the Law of Armed Conflict*, FICHL Publication Series No. 2, 2010, 2nd ed, S. 92. Auch W. Henchell von Heinegg nimmt auf das San Remo Manual als Restatement Bezug. *Ders.* The German Manual, in: N. Hayashi (Hrsg.), *National Military Manuals on the Law of Armed Conflict*, FICHL Publication Series No. 2, 2010, 2nd ed, S. 115.

88 Im Unterschied zum San Remo Manual, das als Vorbild fungiert hat, gibt es jedoch auch kritische Stimmen hinsichtlich einiger in das Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare aufgenommener Bestimmungen. Siehe dazu zB: *Henderson* (Fn. 87), S. 169-184; *J.J. Paust*, A Critical Appraisal of the Air and Missile Warfare Manual, 47 *Texas International Law Journal*, 2012, S. 277-291.

Harvard Draft Convention on Piracy; die 1935 Harvard Draft Convention on the Law of Treaties sowie die 1961 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens.

2. Weiterer Kreis

Zu einem weiteren Kreis von Restatements kann man die Max Planck Enzyklopädie des Völkerrechts zählen. Sie erhebt den Anspruch, die wesentlichen Bereiche des gesamten Völkerrechts darzustellen.⁸⁹ Die Wissenschaftler und Praktiker, die dazu beigetragen haben, kommen aus 85 Staaten und repräsentieren die wesentlichen Rechtskreise. Die Max Planck Enzyklopädie erleichtert das Auffinden der einschlägigen völkerrechtlichen Normen erheblich. Jedoch unterscheiden sich sowohl ihre Entstehung als auch ihr Aufbau wesentlich von jenen eines Restatements im engeren Sinn. Die Beiträge sind nicht systematisch sondern alphabetisch angeordnet. Sie erinnern mehr an Lexikaeinträge, Aufsätze oder Fallbesprechungen und folgen nicht dem typischen Aufbau eines Restatements: normativer Text mit anschließendem Kommentar. Zudem sind die einzelnen Beiträge zwar einem Peer Review Prozess unterzogen, es fehlt aber der für Restatements typische systematische Austausch mit Praktikern. Überdies werden sie nicht von einem Gremium beschlossen, sondern von Einzelautoren verfasst.

Kommentare zu völkerrechtlichen Verträgen erfüllen zwar etliche der Funktionen eines Restatements. Sie erschließen den Lesern die teils sehr umfangreiche Judikatur und Staatenpraxis zu Konventionen und haben auch häufig systematisierende Funktion, zeigen Widersprüche auf, oder versuchen, diese auszuräumen. Ein wesentlicher Unterschied zu einem klassischen Restatement ist aber, dass der Vertragstext, von dem sie ausgehen, eine bereits ausformulierte bindende Norm des Völkerrechts ist.

V. Vor- und Nachteile von Restatements

Beim Abwägen der Vor- und Nachteile von Restatements ist zunächst zu beachten, dass sie eine Mittelstellung zwischen vertraglich fixierten Normen und schriftlich nicht fixierten Normen des Völkergewohnheitsrechts einnehmen. Somit gilt es gegenüber beiden Alternativen die Vor- und Nachteile abzuwägen.

Wie bereits Oscar Schachter festgestellt hat, erzeugt der Akt der Generalisierung und Systematisierung von Rechtsregeln, die meist dem Gewohnheitsrecht entstammen, das Entfernen von Widersprüchen und das Füllen von Lücken, einen Text, der sich qualitativ vom ungeschriebenen Recht unterscheidet.⁹⁰ Das Recht liegt in neuer Form vor und ist leichter zugänglich, was je nach Perspektive Vor- und Nachteile mit sich bringt.

Ein möglicher Nachteil eines Restatements gegenüber nicht schriftlich fixiertem Gewohnheitsrecht ist, dass es in der Praxis zu einer gewissen Versteinerung allein durch

⁸⁹ Siehe zB: Tätigkeitsbericht des Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht für die Jahre 2006 und 2007, S. 418.

⁹⁰ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Academie de Droit International, Recueil de Cours, 1982, V, S. 98.

die schriftliche Erfassung der Normen führt. Diese Versteinerung ist zweifelsohne geringer als bei einer Kodifikation, weil sich das Gewohnheitsrecht ja ohne Einschränkung weiterentwickeln kann, es nur eben in der Realität weniger tut.⁹¹

Es wird gegenüber einem als Restatement anerkannten Text in der Praxis schwieriger sein, das Bestehen einer abweichenden gewohnheitsrechtlichen Norm nachzuweisen, als wenn keine verschriftlichte Fassung vorliegt.⁹²

Da Restatements aber nicht als für immer finalisierte Texte angesehen werden, sondern davon ausgegangen wird, dass nach einer gewissen Zeit Neufassungen erstellt werden, kommt es zu einer geringeren Versteinerungswirkung als bei einer Kodifikation. Die dynamische Anpassungsmöglichkeit des Rechtsbereiches ist daher größer als bei Verträgen.

Gegenüber Verträgen als Kodifikationen weisen Restatements drei Vorteile im Hinblick auf die Abfassung des Texts auf: Erstens sind bei Restatements die politischen Abwägungen im Rahmen der Ausarbeitung des Texts, die oft zu einer Verwässerung von Normen führen, weniger wichtig als bei Vertragsverhandlungen. Zweitens ist keine formelle Zustimmung der Staaten in Form von Ratifikationen oder Beitritten erforderlich. Drittens sind keine Vorbehalte möglich. Diese drei Umstände erleichtern die Abfassung eines in sich schlüssigen und systematisch einwandfreien Texts.

Alle drei Gründe sprechen etwa dafür, die ILC Articles on State Responsibility in ihrer derzeitigen bewährten Form zu belassen und keine Kodifikation zu versuchen. Zunächst würde vermutlich der Text nicht in der derzeitigen kohärenten und konsistenten Form bestehen bleiben. Zudem würden manche Staaten nicht Vertragsparteien werden, und man müsste dann wieder die Existenz von Gewohnheitsrecht nachweisen. Wenn kein ausdrückliches Verbot normiert wird, wären zudem Vorbehalte denkbar, was wieder zu einer rechtlich uneinheitlichen Situation in diesem wichtigen Gebiet des Völkerrechts führen würde.

Bei der Implementierung der Normen haben Restatements gegenüber nicht schriftlich fixiertem Gewohnheitsrecht den Vorteil, dass die Restatements schon aufgrund der leichteren Auffindbarkeit der Regel eher angewendet werden, wenn die Norm grundsätzlich akzeptiert ist.

In einer derartigen Situation besteht auch kein Nachteil gegenüber Verträgen. Dies zeigen etwa die Articles on State Responsibility der ILC, auf die sich die Staaten ständig berufen und die die internationalen Gerichte ständig anwenden.⁹³

Nachteilig gegenüber einer mit Bindungswirkung ausgestatteten Kodifikation erweist sich, dass es im Unterschied zur letzteren kein förmliches Durchsetzungsverfahren bei Nichteinhalten gibt.⁹⁴

91 IdS auch *Hafner* (Fn. 29), S. 132.

92 IdS im Hinblick auf Kodifikationen, *Hafner* (Fn. 29), S. 132. Bei Kodifikationen ist aufgrund der rechtlichen Verbindlichkeit des Texts das Phänomen noch stärker ausgeprägt als bei einem Restatement.

93 So bezog sich etwa der IGH in diversen Urteilen auf die ILC Articles on State Responsibility als Völkergewohnheitsrecht wiedergebenden Text.

94 *Hafner* (Fn. 29), S. 132.

VI. Wer bestätigt den Inhalt von Restatements im Völkerrecht?

In den Vereinigten Staaten kommt die Rolle der Bestätigung der in den Restatements enthaltenen Regeln den Gerichten zu. Dies macht es relativ einfach, deren Rezeption durch die Praxis nachzuvollziehen.

Im Völkerrecht kommt diese Funktion einerseits den Staaten, andererseits internationalen Gerichten und Schiedsgerichten zu.⁹⁵ Zudem hat hier auch die Lehre, die Möglichkeit einer positiven Rezeption oder kritischen Kommentierung.

VII. Schlussfolgerungen

Ich komme somit zum Schluss, dass weiterhin ein Bedarf an Restatements im Völkerrecht besteht.

Erstens können Restatements angesichts der eingetretenen Kodifikationsmüdigkeit der Staaten eine flexiblere Alternative bieten.

Zweitens haben sie angesichts zunehmender „informeller Rechtssetzung“ die wichtige Aufgabe, jene Normen aufzuzeigen, denen tatsächlich Bindung zukommt.

Drittens kommt ihnen angesichts einer zunehmenden Anzahl internationaler Judikatur eine wichtige systematisierende Rolle zu.

Viertens gibt es in Bereichen, die auch heute noch nur durch Gewohnheitsrecht geregelt sind, weiterhin einen Bedarf an Restatements, um eine bessere Auffindbarkeit und Systematisierung des Rechts zu erreichen. Dies gilt auch für Bereiche, in denen es zwar Verträge gibt, aber wichtige Staaten nicht Partei sind.

Restatements können sowohl von der ILC als auch von der ILA oder dem IDI erstellt werden. Auch von ad hoc zusammengesetzten Experten erstellte Restatements können, wie die Beispiele aus dem Humanitären Völkerrecht zeigen, durchaus erfolgreich sein. Sie alle müssen freilich den Praxistest bestehen.

⁹⁵ Siehe zB: IGH, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Croatia v. Serbia*), Judgment, 3 February 2015, S. 55, para. 128 [ICJ Report for 2015 not published yet]; Ahmadou Sadio Diallo, (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 599.

Investitionsschiedsgerichte verwenden die ILC Articles on State Responsibility ebenfalls als autoritativen Text. Siehe dazu zB: Crawford (Fn. 55), S. 136–199.

Die IKRK Studie zum Völkergewohnheitsrecht wurde beispielsweise vom Israelischen Supreme Court in *Adalah and others v. GOC Central Command* zitiert. Israel, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others*, 23 Juni 2005, HCJ 3799/02, Abs. 20, 21 und 24. Siehe dazu: Henckaerts (Fn. 84), S. 435–468, 438.

Siehe in diesem Zusammenhang auch: J. Crawford, Fourth Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/517, 2011, para. 23, indem er die Auffassung der Staaten wiedergibt, die einer Annahme eines Vertrages über die Staatenverantwortlichkeit skeptisch gegenüber standen:

“... In their view it is more realistic, and it is likely to be more effective, to rely on international courts and tribunals, on State practice and doctrine to adopt and apply the rules in the text.”

Thesen

zum Referat von Ursula Kriebaum, Wien

I. Was ist ein Restatement?

(1) Die Restatements des American Law Institute hatten die Verschriftlichung, die Vereinheitlichung und die Systematisierung des Rechts zum Ziel. Sie können als Modell für völkerrechtliche Restatements dienen.

(2) Es gibt sowohl nationale als auch internationale Restatements des Völkerrechts. Sie unterscheiden sich zunächst durch die Institution, die sie erstellt hat. Internationale Restatements sollten ferner vom Konsens der Völkerrechtssubjekte getragen sein, dass die in ihnen enthaltenen Regeln dem Völkerrecht entsprechen.

(3) Das Restatement des Foreign Relations Law der Vereinigten Staaten ist ein Beispiel für ein nationales Restatement. Es ist eine Wiedergabe der völkerrechtlichen Regelungen aus der Perspektive der USA und von innerstaatlichen Regelungen mit Bedeutung für die Außenbeziehungen der USA. Es ist daher stark von der Außenpolitik und Staatenpraxis der USA geprägt.

(4) Ein idealtypisches Restatement ist eine nicht bindende systematische Darstellung von existentem Völkergewohnheitsrecht oder der Staatenpraxis der Staaten oder Judikatur zu bestehenden Verträgen oder Allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

II. Charakteristika eines Restatements

(5) Restatements haben vier charakteristische Eigenschaften. Diese betreffen:

- Die Institution, die das Restatement verfasst;
- die Funktion des Textes;
- das Verfahren der Ausarbeitung;
- die rechtliche Natur des Ergebnisses.

(6) Im Völkerrecht kommen für die Erarbeitung von Restatements Expertenorgane mit weltweiter Repräsentanz in Betracht.

(7) Restatements dienen der Systematisierung, Vereinheitlichung und Verschriftlichung bereits existenter rechtlicher Normen.

(8) Restatements werden in einem Prozess wissenschaftlicher Systematisierung mit Praktikerreflexion erarbeitet, der keinem Erfordernis einer offiziellen politischen Zustimmung unterliegt.

(9) Restatements sind nicht bindend, haben aber dennoch autoritativen Charakter. Darin liegt der Unterschied zu einer Kodifikation. Ziel ist es, Regeln zu formulieren, für die eine widerlegbare Vermutung gilt, dass sie geltendes Recht repräsentieren. Ob ein Restatement akzeptiert wird, hängt von seiner Rezeption in der Praxis ab.

(10) Ein Restatement gibt typischerweise zunächst die postulierte Regel wieder. Dazu wird in detaillierten Kommentaren ausgeführt, ob eine Regel umstritten ist. Ferner werden die Quellen angeführt, die der Regel zu Grunde liegen.

III. Braucht das Völkerrecht Restatements?

(11) Für das Völkerrecht ist eine Kombination von schriftlichen und nicht-schriftlichen Rechtsquellen charakteristisch. Uneinheitliche Rechtsansichten der maßgeblichen Akteure sind typisch, wenn nicht unvermeidlich. Es besteht somit im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht grundsätzlich ein Verschriftlichungs-, Vereinheitlichungs- und Systematisierungsbedarf.

(12) Der Vereinheitlichungsbedarf divergiert in den unterschiedlichen Bereichen des Völkerrechts und hängt auch vom Vorhandensein eines zentralen Überwachungsmechanismus für den jeweiligen Bereich des Völkerrechts ab.

(13) Den Urteilen und Schiedssprüchen kommt im Völkerrecht keine Präcedenzwirkung zu. Beides erhöht den Vereinheitlichungsbedarf im Völkerrecht.

(14) Aufgrund der stetig zunehmenden Anzahl völkerrechtlicher Urteile und sonstiger Entscheidungen besteht in den verschiedensten Bereichen des Völkerrechts ein Bedarf an Aufarbeitung und Systematisierung der Judikatur. Dazu ist kein Restatement im engeren Sinn erforderlich. Diese Arbeit kann auch durch einen wissenschaftlichen Kommentar geleistet werden. Für die Vereinheitlichung ist jedoch ein Restatement besser geeignet.

(15) Selbst in Bereichen, in denen Vertragsrecht existiert, kann ein Restatement wichtige Dienste leisten, wenn nicht alle Staaten Parteien der einschlägigen Verträge sind.

IV. Mögliche Restatements im Völkerrecht

(16) Restatements können sowohl von der ILC als auch von der ILA oder dem IDI verfasst werden. Von allen drei Institutionen wurden in der Vergangenheit Restatements erarbeitet. Auch von *ad hoc* zusammengesetzten Expertengremien erstellte Restatements können, wie Beispiele aus dem Humanitären Völkerrecht zeigen, durchaus erfolgreich sein. Sie alle müssen freilich den Praxistest bestehen.

V. Vor- und Nachteile von Restatements

(17) Restatements nehmen eine Mittelstellung zwischen vertraglich fixierten Normen und schriftlich nicht fixierten Normen des Völkergewohnheitsrechts ein.

(18) Die schriftliche Formulierung von Rechtsnormen hat gegenüber dem ungeschriebenen Recht den Vorteil einer Systematisierung und Koordinierung, sowie der leichteren Nachweisbarkeit.

(19) Gegenüber Verträgen als Mittel der Kodifikationen weisen Restatements mehrere Vorteile auf:

- Die politischen Kompromisse, welche bei Vertragsverhandlungen oft zu einer Verwässerung von Normen führen, sind bei Restatements weniger wichtig.
- Eine formelle Zustimmung der Staaten in Form von Ratifikationen oder Beitritten ist nicht erforderlich.
- Vorbehalte sind nicht möglich.

Diese drei Umstände erleichtern die Abfassung eines konsistenten Texts.

(20) Überdies haben Restatements eine geringere Versteinerungswirkung als Verträge und halten die Rechtsordnung daher flexibel.

VI. Schlussbetrachtung

(21) Restatements haben sowohl gegenüber dem Gewohnheitsrecht als auch gegenüber Kodifikationen Vorteile. Sie sind eine sinnvolle Methode zur Verschriftlichung, Systematisierung und Vereinheitlichung des Völkerrechts. Überdies erleichtern sie den Zugang zum Recht.

Summary

by Univ. Prof. Dr. Ursula Kriebaum, Vienna

I. What is a Restatement?

(1) The purpose of the restatements of the American Law Institute was to put the law into writing and to make it uniform and more systematic. They can serve as models for restatements in the field of International Law.

(2) There are national as well as international restatements of public international law. The two types of restatements are compiled by different types of institutions. Moreover, international restatements should build upon a consensus of the subjects of international law that their content indeed reflects current international law.

(3) The Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States is an example for a national restatement. It reproduces public international law rules from a US perspective and national US rules with a bearing upon the foreign relations of the United States. Therefore, it is heavily influenced by US foreign policy and US state practice.

(4) A typical restatement is a non-binding, systematic presentation of existing customary international law or of the state practice or judicial practice on existing treaties or general principles of law.

II. Characteristics of a Restatement

(5) Restatements share four representative characteristics. These relate to:

- The institution that compiles the restatement.
- The purpose of the text.
- The procedure followed in drafting the text.
- The legal nature of the outcome.

(6) In the field of public international law, expert organs with worldwide representation are suitable for the preparation of a restatement.

(7) Restatements serve the purpose of putting existing rules into writing and to make them uniform and more systematic.

(8) Restatements are compiled through a scientific process of systematization with input from practitioners. They are not subject to political approval.

(9) Restatements are not binding but of authoritative character. This is the significant difference compared to a codification. The aim of a Restatement is to formulate rules that enjoy the rebuttable presumption of representing existing law. Whether a restatement will prevail depends on its reception by practice.

(10) Typically, a restatement first states the postulated rule. The commentary explains whether a rule is under dispute. Furthermore, the commentary references the sources that support the rule.

III. Does Public International Law need Restatements?

(11) Public International Law rests upon a combination of written and unwritten sources. Conflicting perspectives of the chief actors are typical and indeed inevitable.

Therefore, there is a need to put customary international law into writing and to standardize and systematize it.

(12) The need for standardization differs in various areas of public international law. Not least, this need depends on the existence of a centralized supervisory mechanism in the particular field of international law.

(13) In public international law, judgments and arbitral awards do not have the status of binding precedents. This makes standardization all the more important.

(14) Because of the ever-increasing number of judgments and other decisions in the various areas of international law, there is a need to process and systematize judicial practice. That task does not require a restatement but may be accomplished through a commentary. However, for purposes of standardization a Restatement is more suitable.

(15) Even in areas of public international law that are governed by treaties, Restatements can be useful if not all states are parties to the relevant treaties.

IV. Possible Restatement of Public International Law

(16) Restatements can be compiled by the ILC as well as by the ILA or the IDI. All three institutions have prepared restatements in the past. *Ad hoc* expert bodies can also be successful authors of restatements as is evidenced by examples from humanitarian law. However, all restatements have to pass the test of their acceptance in international practice.

V. Advantages and Disadvantages of Restatements

(17) Restatements occupy an intermediate position between treaty rules and the unwritten rules of customary international law.

(18) Compared to unwritten law, written legal rules enjoy the advantages of being more systematic, coordinated and easier to identify.

(19) Compared to treaties as a means of codification Restatements have several advantages:

- Political compromise, which often leads to a dilution of norms, is less prevalent in the context of Restatements.
- Restatements do not require formal approval by states through ratification or accession.
- Restatements do not permit reservations.

These three factors make it easier to produce a consistent text.

(20) Moreover, Restatements tend to freeze the law to a lesser degree than treaties keeping it more flexible.

VI. Concluding Remark

(21) Restatements offer advantages compared to customary international law as well as compared to codifications. They are a practicable method to put international law into writing and to make it uniform and more systematic. Furthermore, restatements facilitate access to the law.

Die Identifikation des Völkergewohnheitsrechts

Von Prof. Dr. Christian J. Tams, University of Glasgow*

- I. Ausgangspunkte
 1. Gewohnheitsrecht als Herausforderung
 2. Arten der Herausforderung
 - a) Unsicherheit auf der Ebene konkreter gewohnheitsrechtlicher Normen
 - b) Unklares ‚Meta-Recht‘: Kriterien zur Bestimmung gewohnheitsrechtlicher Normen
- II. Das Identifikationsrecht als Richterrecht
 1. (Bisher) Keine systematische Ausgestaltung des Gewohnheitsrechts
 2. Konsequenz: normativer Spielraum
 3. Die prägende Wirkung der Haager Rechtsprechung
- III. Fortentwicklung und Standardisierung des Identifikationsrechts unter maßgeblichem Einfluss der Rechtsprechung
 1. Standardisierung: die Zwei-Elemente-Lehre
 - a) Ein anerkannter argumentativer Rahmen
 - b) Erfolgreiche Gegenentwürfe: zwei Schlaglichter
 - aa) Traumwandlerische Rechtsfindung: der Ständige Internationale Gerichtshof
 - bb) Alternativen zur Zwei-Elemente-Lehre
 2. Öffnung: umfassende Berücksichtigung staatlichen Verhaltens
 - a) Die Vielfalt möglicher Beweismittel
 - b) Erfolgreiche Gegenentwürfe: fünf Schlaglichter
 - aa) Berechenbares Völkergewohnheitsrecht: Strupp und Anzilotti
 - bb) Trennungsthese Nr. 1: Gewohnheitsrecht und Vertrag
 - cc) Trennungsthese Nr. 2: Gewohnheitsrecht und Verhalten innerhalb internationaler Organisationen
 - dd) Beharren auf ‚wirklicher‘ Praxis und ‚echtem‘ Gewohnheitsrecht
 - ee) Wiederbelebung der allgemeine Rechtsprinzipien
 3. Derivatives Gewohnheitsrecht: Rechtsidentifikation im Wege der Ableitung
 - a) Die praktische Bedeutung abgeleiteten Gewohnheitsrechts
 - b) Die Kritik an Ableitungen – und ihre Schwäche
 4. Auswirkungen auf das Völkergewohnheitsrecht
 - a) Fassbares ‚gefiltertes‘ Gewohnheitsrecht
 - b) Indirekter Einfluss internationaler Organisationen
 - c) Quellenübergreifende Rechtsentstehung
 - IV. Strukturelle Herausforderungen
 1. Die mangelnde ‚Prägenkraft‘ des Identifikationsrechts
 2. Die Rolle nicht-staatlicher Akteure
 - a) Indirekter Einfluss
 - b) Direkte Einwirkung?
 - V. Die aktuelle Arbeit der ILC: Ausblick und Schluss
 1. Konsolidierung des Richterrechts
 2. Fortentwicklung des Identifikationsrechts
 3. Grenzen des Identifikationsrechts

Thesen

Summary

* Lehrstuhl für Völkerrecht, Universität Glasgow. Email: christian.tams@glasgow.ac.uk.

I. Ausgangspunkte

1. Gewohnheitsrecht als Herausforderung

Gewohnheitsrecht fordert das Völkerrecht heraus. Es ist Teil der völkerrechtlichen DNA, gehört zum Rüstzeug. Und doch bleibt es mysteriös: „Customary international law often seems like a riddle wrapped in a mystery inside an enigma“, schreibt Dan Bodansky,¹ und wenn seine Formulierung auch besonders zugespitzt ist, gibt sie doch einer verbreiteten Sicht Ausdruck.²

Das Mysteriöse, Enigmatische, ist problematisch, denn allen Unkenrufen zum Trotz kommt das Völkerrecht ohne Gewohnheitsrecht nicht aus. Dieses bleibt eine der Grundlagen der Disziplin; im Völkerrecht behält es die Bedeutung, die es in anderen Bereichen des Rechts längst verloren hat.³ Spezialmaterien mögen umfassend vertraglich geregelt sein; man denke an den Menschenrechtsschutz, das Umweltvölkerrecht, das Investitionsschutzrecht oder das humanitäre Völkerrecht. Aber Kernbereiche des Völkerrechts wie das Recht der Staatenverantwortlichkeit, die Regeln über Gebietserwerb und -verlust, das Regime des diplomatischen Schutzes oder der Staatenimmunität bleiben gewohnheitsrechtlich dominiert.⁴ Und auch auf vertraglich geprägten Feldern bleibt das Gewohnheitsrecht auf vielfache Weise bedeutsam.⁵ Oft hilft es, Begrenzungen der personellen, sachlichen oder zeitlichen Anwendbarkeit von Verträgen auszugleichen.⁶ Und vielfach beeinflusst das Gewohnheitsrecht die Vertragsauslegung:

1 D. Bodansky, Does Custom Have a Source?, AJIL Unbound 2014, <http://www.asil.org/print/2287>.

2 Ähnlich etwa A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), 4 („wrapped in mystery and illogic“); N. Petersen, Book Review, *European Journal of International Law* 21 (2010), 795: („one of the big mysteries of international law scholarship“); J. Salmon, *Langage et pouvoir en droit international*, in Ingber/Vassart, *Le langage du droit* (1991), 305, 311 („une source du droit international qui conserve des aspects mystérieux“); M. Akehurst, Custom as a Source of International Law, *BYIL* 47 (1977), 1 („international lawyers ... invoke rules of customary international law every day, but they have great difficulty in agreeing on a definition“).

3 M. Mendelson, Customary International Law, in *The New Oxford Companion to Law* (Oxford 2008), 291: Völkergewohnheitsrecht als „the most important surviving manifestation of customary law“.

4 Die Einschätzung der ILC ist vermutlich mehrheitsfähig: „Notwithstanding the great increase in the number and scope of treaties, customary international law remains an important source of international law. The ideal of a fully codified law, rendering customary international law superfluous, even if it were desirable, is far from becoming a reality“ (ILC Report 2011, UN Doc. A/66/10, 305).

5 Detailliert werden die Querbezüge zwischen Gewohnheitsrecht und Vertrag etwa erörtert von A.M. Weisburd, Customary International Law: The Problem of Treaties, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 21 (1988), 1; R.R. Baxter, Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law, *British Yearbook of International Law* 41 (1965-66), 275; Bing Jia, *The Relations between Treaties and Custom*, *Chinese Journal of International Law* 9 (2010), 81.

6 Deutlich wird dies etwa im Vertragsrecht, dessen wesentlicher Text, das Wiener Übereinkommen von 1969, längst nicht alle Staaten bindet, auf wichtige Typen von Verträgen (Verträge mit nicht-staatlichen Akteuren, mündliche Abreden, etc.) der Sache nach nicht anwendbar ist und die Mehrzahl der existierenden Verträge als ‚Altverträge‘ aus seinem zeitlichen Anwendungsbereich ausschließt (vgl. Artikel 1(g), 4, WVRK). Zum Ganzen knapp noch unten, III.3.a. und II.4.c. Grundsätzlicher zum ‚verborgenen‘ Gewohnheitsrecht W.M. Reisman, *The Cult of Custom in the Late 20th Century*, *California Western International Law Journal* 17 (1987), 133, 135: „Obviously, custom will always survive in large measures for there will always be a great deal of macro- and micro-law secreted in the interstices of social life, like the hidden bulk of the proverbial iceberg.“

Dies kann schon aus der Anwendung allgemeiner Auslegungsprinzipien folgen;⁷ alternativ mag es ausdrücklich so angeordnet sein.⁸

Schon diese knappen Hinweise verdeutlichen die bleibende Bedeutung des Gewohnheitsrechts für Völkerrechtspraxis und -wissenschaft. Diese Bedeutung unterscheidet es von der anderen mysteriösen Quelle des Völkerrechts, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Und weil das Gewohnheitsrecht so offenkundig bedeutsam bleibt, sind die immer wiederkehrenden „reports about its death“ nicht nur (um es mit Mark Twain zu sagen) „greatly exaggerated“, sondern eigentlich kaum nachvollziehbar.⁹

2. Arten der Herausforderung

Die Herausforderung des Völkerrechts durch das Gewohnheitsrecht ist keine neue; im Gegenteil. Die Frage nach der Identifikation gewohnheitsrechtlicher Normen gehört zu den ewigen, immergrünen, Fragen der Disziplin. „Die Diskussion hierüber ist“, hat Rudolf Bernhardt in der *ZaöRV* 1976 geschrieben, „ebenso umfangreich wie nie abgeschlossen“.¹⁰ Das gilt bis heute; auch die Debatten der letzten vier Jahrzehnte zeigen, dass das Völkergewohnheitsrecht verunsichert. Vereinfachend kann man zwei Ebenen der Unsicherheit unterscheiden.

a) Unsicherheit auf der Ebene konkreter gewohnheitsrechtlicher Normen

Unsicherheit herrscht zum einen auf der Ebene konkreter Normen. Diese Unsicherheit im Konkreten kann verschiedene Ursachen haben. Oft ist der Inhalt gewohnheitsrechtlicher Rechtssätze schwer fassbar, auch wenn ihr Status als Recht nicht bestritten ist. Um es anhand zweier Fragen zu illustrieren: Wo liegt die Schwelle zur

7 Siehe Artikel 31(3)(c) WVRK. Im Schiedsspruch im *Pinson*-Fall ist das dahinter stehende Prinzip klar formuliert: „Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes expès et d'une façon différente“ (*Georges Pinson v Mexico*, RIAA 5, 327, para 50(4)).

8 Prominent (und relevant) etwa die restriktiveren Spielarten der FET-Klauseln zwischenstaatlicher Investitionsschutzabkommen. So wird in Artikel 5 des US-Modellabkommens (<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>) das Gebot gerechter und billiger Behandlung ausdrücklich an den gewohnheitsrechtlichen Mindeststandard des Fremdenrechts gekoppelt: „For greater certainty, [the FET clause] prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of ‚fair and equitable treatment‘ and ‚full protection and security‘ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.“ Siehe weiterhin etwa Artikel 41(3) des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen; Artikel 98(1) des Rom-Statuts.

9 Jüngst J.P. Trachtman, *The Obsolescence of Customary International Law*, im Erscheinen, Manuskript unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2512757; vorher auch J.P. Kelly, *The Twilight of Customary International Law*, *Virginia Journal of International Law* 40 (2000), 449; N.C.H. Dunbar, *The Myth of Customary International Law*, *Australian Yearbook of International Law* 8 (1983), 1.

Dass die Zukunft des Völkerrechts den Verträgen gehöre, wird seit über einhundert Jahren behauptet: siehe etwa L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, *American Journal of International Law* 2 (1908), 313, 349: „the future of international law belongs to conventional and not to customary law.“ Aber die ‚vertragliche Zukunft‘ rückt nur langsam näher, und seit der Jahrtausendwende eher langsamer als zuvor, weil weniger multilaterale Verträge abgeschlossen werden: vgl. dazu J. Pauwelyn /R. Wessel/J. Wouters, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, *European Journal of International Law* 25 (2014), 733, 734-736.

10 R. Bernhardt, *Ungeschriebenes Völkerrecht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 36 (1976), 50.

völker(gewohnheits)rechtswidrigen Intervention; wie kann diese von zulässigen Formen der zwischenstaatlichen Einflussnahme abgegrenzt werden?¹¹ Und wozu genau verpflichtet der fremdenrechtliche Mindeststandard?¹² Jenseits der vagen Konzepte (Intervention, Mindeststandard) ist bei enger gefassten Normen vielfach unklar, ob sie bereits – oder ob sie noch – rechtlich verbindlich sind. Besteht schon eine gewohnheitsrechtliche Pflicht, Umweltverträglichkeitsprüfungen durchzuführen?¹³ Waren Staaten auch nach den ambitionierten UN-Resolutionen der Nachkriegszeit noch gewohnheitsrechtlich verpflichtet, Eigentümer nach Enteignungen umfassend und unverzüglich zu entschädigen?¹⁴ Auf keine dieser Fragen finden sich klare Antworten, denn der konkrete Inhalt vieler gewohnheitsrechtlicher Normen bleibt unklar oder umstritten.

Die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Völkergewohnheitsrechts sind zum Teil eine Folge mangelnder Institutionalisierung und Koordination. Inhaltlich offenes Recht wird im Völkergewohnheitsrecht nur sehr selten fokussiert oder gar verbindlich fixiert. Normen des Völkergewohnheitsrechts müssen von Hunderten Akteuren angewendet werden¹⁵ – von Regierungen (etwa in einem Streit über maritime Einflusszonen) bis hin zu deutschen Amtsgerichten (sofern sich eine Partei auf eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Artikel 25 GG beruft¹⁶). Seltener als im Vertragsrecht existieren Koordinationsmechanismen, die das richtige vom falschen – oder das plausible vom weniger plausiblen – Verständnis konkreter Gewohnheitsrechtssätze scheiden. Internationale Institutionen und ihre Gremien (von *meetings of parties* zu technischen Kommissionen) präzisieren im Regelfall den Inhalt ihres Vertrages, nicht des

11 Im *Nicaragua*-Fall verwies der IGH vor allem auf den Zwangscharakter der Einmischung („[t]he element of coercion ... defines and indeed forms the very essence of prohibited intervention“) und erklärte: „A prohibited intervention must ... be one bearing on matters on which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely“ (ICJ Reports 1986, 14, 107, para. 207). Aber diese Aussagen betreffen nur die Methode der Abgrenzung zwischen verbotenen Intervention und zulässigen Einmischungen; bei der konkreten Grenzziehung helfen sie nicht weiter. Zum Ganzen etwa G. Abi-Saab, *Some Thoughts on the Principle of Non-Intervention*, in K. Wellens, *International Law: Theory and Practice* (1998) 225.

12 Trotz jahrzehntelanger Schieds- und diplomatischer Praxis bleibt das Recht insofern unberechenbar. Der Schiedsspruch im Fall *SD Myers* (UNCITRAL 2000, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>) verdeutlicht die Offenheit der rechtlichen Vorgaben; in para. 263 heißt es: „The Tribunal considers that a breach of Article 1105 [der den Mindeststandard in seiner ‚NAFTA-Ausprägung‘ enthält] occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective.“

13 Laut IGH ist die Frage bei risikogeeigneten Projekten zu bejahen: *Pulp Mills case*, ICJ Reports 2010, 4, 83 (para. 204): „it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.“

14 Siehe GA Res. 1803 (Permanent Sovereignty Over Natural Resources); GA Res. 3201 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order); und GA Res. 3281 Charter of Economic Rights and Duties of States. Zu ihrer Relevanz vgl. den Schiedsspruch im Verfahren *Aminoil v Kuwait*: ILM 21 (1982), 976, paras. 143-144; und detaillierter paras. 23-32 des Separatvotum des Schiedsrichters Brownlie im Verfahren *CME v Czech Republic* (UNCITRAL 2003, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0181.pdf>).

15 Vgl. A.E. Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, AJIL 95 (2001), 757, 772: „The international legal system is decentralized, resulting in multiple interpreters of custom.“

16 Nach allgemeiner Ansicht erfasst Artikel 25 GG die die Regeln des universellen Völkergewohnheitsrechts sowie die aus nationalen Rechtsordnungen abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze; vgl. nur BVerfGE 15, 25 (32 ff.); BVerfGE 16, 27 (33); BVerfGE 23, 288 (317); BVerfGE 118, 124 (134). Vorlagen nach Artikel 100(2) GG können Abhilfe schaffen, aber nur innerhalb der deutschen Rechtsordnung.

Gewohnheitsrechts. Internationale Gerichte sind typischerweise Garanten bestimmter Verträge; diese können sie auslegen, das Gewohnheitsrecht nur selten.¹⁷ In der Auseinandersetzung über den Inhalt völkergewohnheitsrechtlicher Normen zeigt sich die Völkerrechtsgemeinschaft dagegen oft in ihrer ganzen un-organisierten Herrlichkeit.

b) *Unklares ‚Meta-Recht‘: Kriterien zur Bestimmung gewohnheitsrechtlicher Normen*

Inhaltliche Offenheit konkreter Normen und mangelnde Koordination des Rechtsklärungsprozesses können das Völkergewohnheitsrecht rätselhaft erscheinen lassen. Doch sie bezeichnen generelle Probleme der Rechtsidentifikation, die zwar auf der Ebene des Gewohnheitsrechts besonders deutlich zutage treten, aber alle Rechtsquellen betreffen. Wenn Völkergewohnheitsrecht oftmals ‚mysteriös‘¹⁸ erscheint, dann hat das eine weitere Ursache, die dem Gewohnheitsrecht eigen ist: Nicht nur der Inhalt konkreter Normen ist oft unklar; auch die Regeln, nach denen Gewohnheitsrecht zu identifizieren ist, sind es. Wonach bemisst sich, ob eine Norm gewohnheitsrechtlich gilt? Diese Frage weist auf ein spezifisches Problem des Gewohnheitsrechts. Es betrifft das Völkergewohnheitsrecht im Allgemeinen, nicht bloß konkrete Normen, und es wird seit 2011 von der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen untersucht.¹⁹ Um es von den zuvor erwähnten Problemen im Zusammenhang mit *konkreten* Normen abzugrenzen, mag es als Problem des ‚Meta-Rechts‘ beschrieben werden;²⁰ nachfolgend wird – in Anlehnung an die Terminologie der ILC – der Begriff des ‚Identifikationsrechts‘ gebraucht.²¹ Dieses Identifikations- resp. Meta-Recht steht im Zentrum der nachfolgenden Erörterung, die – nachdem nun die Ausgangspunkte bezeichnet sind – vier Fragen aufgreift. Abschnitt II enthält grundsätzliche Überlegungen zum Charakter des Identifikationsrechts. Abschnitt III zeichnet die markanten Veränderungen nach, die es im Laufe der vergangenen Jahrzehnte erfahren hat. Abschnitt IV ist

17 Siehe hierzu Y. Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, *European Journal of International Law* 20 (2009), 73, 80: „[U]nlike that of the PCIJ and the ICJ (which have been invested with general personal and subject-matter jurisdiction), the new international courts’ jurisdiction is more limited in its reach. Their jurisdiction has been typically restricted to the interpretation and application of a specific treaty, set of treaties, or specific branch of international law (such as human rights law, in the case of the African Court of Human and Peoples’ Rights, or investment law in the case of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)).“ Doch auch IGH und StIGH, deren Mandat nicht von vornherein auf bestimmte Vertragsregime begrenzt ist, können ganz überwiegend nur über Vertragsverletzungen urteilen: dazu C.J. Tams, *The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction*, in Th. Giegerich, *A Wiser Century? – Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference* (2009), 461, 491.

18 Vgl. Bodansky u.a. (Fußn. 1 und 2).

19 Zum Hintergrund siehe den ILC-Bericht für das Jahr 2011, UN Doc. A/66/10, paras. 365–367; sowie GA Res. 66/98. Die bisher vorliegenden drei Berichte des Spezialberichterstatters Sir Michael Wood (UN Doc. A/CN.4/663, UN Doc. A/CN.4/672, UN Doc. A/CN.4/682), seine kurze einführende Studie (UN Doc. A/CN.4/653) sowie Informationen zur bisherigen Debatte der Kommission und den Arbeiten des Drafting Committees sind unter http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml#top abrufbar.

20 So J. Kammerhofer, *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*, *European Journal of International Law* 15 (2004), 523, 524; ders., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective* (2011), 59; und daran anknüpfend auch C.J. Tams, *Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 14 (2015), 51.

21 Schön ist dieser Begriff nicht, aber vielleicht weniger sperrig als deutsche Variationen zu ‚meta custom‘; und ganz sicher nicht so schlimm wie Danilenkos „law of custom‘ rules“ (G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (1993), 81.)

wichtigen Fragen gewidmet, die trotz Fortentwicklung des Rechts offen geblieben sind. Und schließlich führt Abschnitt V zur ILC zurück und formuliert einige Überlegungen und Erwartungen zu ihrem Arbeitsprojekt.

II. Das Identifikationsrecht als Richterrecht

1. (Bisher) Keine systematische Ausgestaltung des Gewohnheitsrechts

Nicht nur konkrete gewohnheitsrechtliche Normen sind oftmals schwer zu identifizieren. Auch das Identifikationsrecht selbst bleibt recht kryptisch. Wenn die Diskussion über es nie abgeschlossen ist,²² dann hat das zunächst einmal eine recht schlichte Ursache: Die Völkerrechtsgemeinschaft hat es bisher nie systematisch festgeschrieben oder ausbuchstabiert. Natürlich existiert eine schriftliche Rechtsregel – Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts, der den IGH anweist, das „internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ anzuwenden. Aber diese bildet nicht mehr als den Ausgangspunkt der Debatten.²³ Nicht nur handelt es sich um eine Regel des anwendbaren Rechts (und nicht der Rechtsquellen); nicht nur ist sie an ein bestimmtes Gericht gerichtet (und nicht an die Völkerrechtsgemeinschaft als Ganze).²⁴ Vor allem hilft Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts inhaltlich kaum weiter.²⁵ Zwei Elemente des Gewohnheitsrechts benennt die Bestimmung, doch schon deren Verhältnis beschreibt sie in zumindest missverständlicher Weise.²⁶ Und gar nichts lässt

22 Vgl. Bernhardt (Fußn. 10), 50.

23 Dies droht unterzugehen, wenn Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts als ‚Definition‘ oder ‚Legaldefinition‘ bezeichnet wird: so etwa W. Graf Vitzthum in ders./Proelß, *Völkerrecht* (6. Aufl., 2013), Rn. I/131; M. Herdegen, *Völkerrecht* (13. Aufl., 2014), § 16/1; W. Heintschel von Heinegg, in K. Ipsen, *Völkerrecht* (6. Aufl., 2013), § 17/2.

24 Kammerhofer weist zurecht darauf hin (Fußn. 20, EJIL 2004, 541): Es wäre „curious to find such a fundamental norm of international law [d.h. eine ‚Definition‘ der Rechtsquelle Völkergewohnheitsrecht] in an, admittedly important, treaty defining the applicable law for an, admittedly important, but nevertheless particular international tribunal“. Ähnlich J. Verhoeven, *Considérations sur ce qui est commun: cours général de droit international public*, Recueil des Cours 334 (2008-I), 109; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8. Aufl., 2012), 21.

25 Die International Law Association bringt es in ihren *London Principles* auf den Punkt: „The principal – and in some respects the only – treaty text on this subject, the Statute of the International Court of Justice, would have been very helpful were the relevant provision not so laconic and even, in the view of many, badly drafted“ (Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, 2000, para. 6). Deutlich kommt die Skepsis gegenüber Artikel 38(1)(b) bei Fidler zum Ausdruck: „The authoritative starting point for the pedagogical perspective [d.h. ‚the way CIL is traditionally taught in law school‘, CJT] turns out to be a badly drafted definition that the drafters of the Statute did not seem to understand“ (D.P. Fidler, *Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law*, *German Yearbook of International Law* 39 (1996), 198, 200).

26 Dies scheint weitgehend anerkannt; vgl. etwa B. Kempen/C. Hillgruber, *Völkerrecht* (2. Aufl., 2012), 81: „Diese Beschreibung [des Artikel 38(1)(b)] mag allerdings nicht völlig zu überzeugen“. Guzman und Meyer nennen die wesentlichen Kritikpunkte: „Traditional critics of CIL have pointed out that the definition of CIL is circular, that rules of CIL are vague and thus difficult to apply, and that we lack standards by which we can judge whether the two requirements for a rule of CIL have been met“ (Customary International Law in the 21st Century, in R. Miller/R. Bratspies, *Progress in International Law* (Leiden 2008), 199. James Crawford benennt die Probleme der Formulierung des Artikel 38(1)(b) sehr deutlich: „The best-known formulation of customary international law comes from article 38 (1) (b) of the Statute. But this provision just invites confusion: ‚international custom, as evidence of a general practice accepted as law‘ (emphasis added) ... The three elements – ‚international custom‘, ‚general practice‘ and ‚accepted as law‘ – seem to be in the wrong order. It might better have said ‚a general

sich ihr zum Verständnis der Begriffe „allgemeine Übung“ und „als Recht anerkannt“ entnehmen. Um erneut Rudolf Bernhardt zu zitieren: „Art. 38 des IGH-Statuts ... hilft nicht viel weiter. ... [I]n den interessanten und wichtigen Zweifelsfällen läßt uns das Statut des Weltgerichtshofs weitgehend im Stich.“²⁷

Das aber ist nicht alles. Jenseits des Artikel 38(1)(b) IGH-Statut übt sich die Völkerrechtsgemeinschaft im Regelungsverzicht, jedenfalls im Verzicht auf systematisches, koordiniertes Regeln. Sie geht jedenfalls überwiegend (zumeist stillschweigend) davon aus, dass die Identifikation des Gewohnheitsrechts grundsätzlich einheitlichen Regeln folgt, die bereichsübergreifend vom Gebietserwerb bis zur Staatenverantwortlichkeit greifen.²⁸ Dies ist eine wichtige – und keineswegs selbstverständliche – Weichenstellung, die das Identifikationsrecht klar als Bestandteil des ‚Allgemeinen Teils‘ des Völkerrechts ausweist und Debatten über das Identifikationsrecht im Grundsatz erleichtern sollte.

Doch hat die Völkerrechtsgemeinschaft die typischen Instrumente der effektiven Ausgestaltung des einheitlichen Identifikationsrechts über Jahrzehnte ungenutzt gelassen. Es gibt keinen multilateralen Vertrag, der ‚Meta-Normen‘ des Gewohnheitsrechts ausformulierte – keine Wiener Konvention über das Völkergewohnheitsrecht. Es gibt keine deklaratorischen Resolutionen der Generalversammlung, die in abstrakt-genereller Weise zur Identifikation des Gewohnheitsrechts Stellung nähmen. Es gab bis 2011 keine systematischen Studien der UN-Völkerrechtskommission; die Ansätze Manley O. Hudsons²⁹ aus der Frühzeit der ILC wurden – vielleicht wegen Hersch Lauterpachts deutlich geäußerter Skepsis³⁰ – nicht verfolgt.³¹ Das ändert sich jetzt, und vielleicht zeigt die relativ große Resonanz, die das ILC-Projekt hervorruft, dass – allen

practice accepted as law, as evidence of international custom’. And why is the one element, ‘international custom’, merely described as ‘evidence’? The implications are doubly puzzling. What other evidence would you want of a general practice accepted as law than that it was international custom – or vice versa? If you showed that there was such a general practice accepted as law, what could disqualify it from being customary? Further, does the reference to ‘evidence’ imply that the existence of an international custom is a matter of fact, for proof in each case? Whether there is a custom seems a normative conclusion, based upon facts, no doubt, but not reducible to them“ (J. Crawford, *Chance, Order and Change. The Course of International Law*, 365 *Recueil des Cours* (2014), 49–50).

27 Bernhardt (Fußn. 10), 64. Trotz seiner Probleme und Inhaltsleere bleibt Artikel 38(1)(b) der zentrale Bezugspunkt. In den Worten Fidlers (Fußn. 25, 201): „the pedagogical perspective [d.h. die traditionelle Ansicht, CJT] tends not to dwell on Article 38(1)(b)’s problems but moves quickly into an examination of the traditional elements of CIL“.

28 Diskutiert werden spezielle Identifikationsregeln vor allem in den Bereichen Menschenrechtsschutz, Humanitäres Völkerrecht, Völkerstrafrecht und Umweltvölkerrecht: zur Debatte etwa J. d’Aspremont, *Théorie des sources*, in R. van Steenberghe, *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?* (2013), 73; M. Frulli, *The Contribution of International Criminal Tribunals to the Development of International Law: the Prominence of opinio juris and the Moralization of Customary Law*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 14 (2015), 80; sowie noch unten, V.1.

29 Vgl. UN Doc. A/CN.4/16, in *YbILC* 1950 II, 24; (M.O. Hudson, *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available*); sowie des Weiteren den Bericht des Sekretariats (UN Doc. A/CN.4/6) und die Zusammenfassung in UN Doc. A/1316, in *YbILC* 1950 II, 367-374.

30 Vgl. UN Doc. A/CN.4/1/Rev. 1 (1949): *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification* (Lauterpacht). Auf S. 22 heißt es dort: „It is doubtful whether any useful purposes would be served by attempts to make it more specific, as, for instance, by defining the conditions of the creation and of the continued validity of international custom“. Es sollten fast 65 Jahre vergehen, bis die ILC Lauterpachts Zweifel überwand.

31 In ihren Vorüberlegungen zum neuen Thema erklärte die Kommission: „The Commission’s work in this field has been among its most important and successful, but has been largely confined to the law of treaties“ (UN Doc. A/66/10, 305 – Annex A, para. 1).

Unkenrufen zum Trotz³² – die Zeit reif ist und das Identifikationsrecht sinnvoll präzisiert werden kann. Doch jedenfalls für den Zeitraum bis 2011 muss man der Völkerrechtsgemeinschaft eine gewisse Appetitlosigkeit an der systematischen Rechtsklärung attestieren. Die effektivsten Mittel, Klarheit über den Inhalt des Identifikationsrechts zu schaffen, hat sie bisher nicht genutzt.

2. Konsequenz: normativer Spielraum

Das hat Folgen für den Prozess der Rechtsidentifikation. Während der Inhalt des Rechts in anderen Bereichen – Menschenrechte, Umweltrecht, humanitäres Völkerrecht, internationales Wirtschaftsrecht, Recht der Verträge, Staatenverantwortlichkeit, etc. – durch Verträge, Resolutionen oder ILC-Studien konkretisiert worden ist, blieben und bleiben die Regeln über die Identifikation des Völkergewohnheitsrechts offen. Wo Staaten und internationale Organisationen das Recht dort präzisiert haben, blieb und bleibt hier viel normativer Freiraum. Dieser ist durch andere, nicht von Staaten gesteuerte Prozesse der Rechtsklärung ausgefüllt worden, etwa durch die Völkerrechtswissenschaft und durch Restatements, die zur Klärung des Identifikationsrechts wesentlich beigetragen haben.³³ Das Schrifttum zum Gewohnheitsrecht ist immens; es hat oft die richtigen Fragen gestellt und jedenfalls zeitweilig ambitionierte Gegenentwürfe präsentiert.³⁴ Und gerade weil das Identifikationsrecht durch Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts nur in sehr groben Zügen geprägt ist und jedenfalls Staaten und zwischenstaatliche Organisationen es kaum ‚verdichtet‘ haben, hat dies das Verständnis des Völkergewohnheitsrechts beeinflusst. Aus jüngerer Zeit gilt dies vor allem für die detaillierten Studien der International Law Association, die in die Londoner Prinzipien aus dem Jahr 2000 gemündet sind, die wohl durchdachteste aller bisherigen Arbeiten zum Gewohnheitsrecht, die mehr Anerkennung verdient, als ihr zuteil wird.³⁵

32 Am deutlichsten der Bericht einer informellen Studiengruppe aus dem Jahr 1998, in dem es zur Arbeit der Kommission heißt: „The ILC should not inscribe the topic ‚Sources‘ (with the exception of treaties) on its agenda. It is counterproductive, and may be impossible, to codify the relatively flexible processes by which rules of customary international law are formed. Moreover, in the field of sources the questions are fundamental (e.g., what is custom? how is it formed?) as opposed to secondary (e.g., what are the rules of treaty interpretation?), and such fundamental questions seem to be exceptionally theory-dependent“ (in M.R. Anderson u.a., *The International Law Commission and the Future of International Law* (1998), 42.

33 Zur Rolle von Wissenschaft und Restatements bei der Rechtsfindung die Beiträge von Ruffert und Kriebaum (in diesem Band).

34 Zu einzelnen Gegenentwürfen siehe unter III.1.b. und III.2.b.

35 Geht man etwa von der deutschen Lehrbuch-Literatur der letzten Jahre aus, so könnte man den Eindruck gewinnen, die *London Principles* der ILA (vgl. Fußn. 25) existierten nicht. In den relevanten Abschnitten der Bücher von Graf Vitzthum, Herdegen, Ipsen (allesamt Fußn. 23) sowie A. von Arnault (*Völkerrecht*, 2. Aufl., 2014), Th. Schweisfurth (*Völkerrecht*, 2006) und S. Hobe (*Völkerrecht*, 9. Aufl. 2008) finden sie schlicht keine Erwähnung, bei Kempen/Hillgruber (Fußn. 26) nur in einer Fußnote (S. 81, Fußn. 208). Die ILC verweist auf die Arbeiten der ILA, aber sieht sie wohl zu kritisch. So heißt es im Hintergrundpapier mit Blick auf die *London Principles*: „previous collective efforts to describe, systematically, the process of formation of customary international law, while containing much useful material, have not met with general approval“ (UN Doc. A/66/10, 305 – Annex A, para. 5). Detailliert mit der ILA setzt sich dagegen H.W.A. Thirlway auseinander (*The Sources of International Law*, 2012, 58 ff.).

3. Die prägende Wirkung der Haager Rechtsprechung

Das heute vorherrschende Verständnis des Völkerrechts aber ist ganz zentral durch einen anderen ‚agent of legal development‘³⁶ geprägt worden, im Vergleich zu dem der Einfluss von Schrifttum und Restatements verblasst: den Internationalen Gerichtshof. Dieser – sowie mit Abstrichen sein Vorgänger, der Ständige Internationale Gerichtshof – hat den normativen Spielraum genutzt, den der weitgehende Regelungsverzicht der Staatengemeinschaft belassen hat.³⁷ Seine Impulse – in Urteilen und Gutachten zum Nordsee-Festlandssockel,³⁸ zum Gulf of Maine,³⁹ zu Nicaragua,⁴⁰ zu Atomwaffen⁴¹ oder jüngst zum deutsch-italienischen Streit über Staatenimmunität⁴² – haben das Identifikationsrecht maßgeblich geprägt.⁴³ Dabei mögen die konkreten Entscheidungen des Gerichtshofs durchaus umstritten geblieben sein. Aber die methodischen Weichenstellungen des Gerichtshofs hat die Völkerrechtsgemeinschaft ganz überwiegend akzeptiert. Mit anderen Worten: das ‚Meta-Gewohnheitsrecht‘ ist ganz wesentlich Richterrecht. Wer jenseits der vagen Vorgaben des Artikel 38(1)(b) des IGH-Statut Klarheit darüber gewinnen will, wie gewohnheitsrechtliche Normen zu identifizieren sind, kommt an der IGH-Rechtsprechung nicht vorbei. Die heutigen Lehrbücher und häufig auch die Spezialliteratur reflektieren deren dominante Stellung, indem sie sich ganz überwiegend von einem *landmark case* zum nächsten hangeln. Der sonst oft-

36 Zum Begriff vgl. F. Berman, *The International Court of Justice as an ‚Agent‘ of Legal Development?*, in C.J. Tams/J. Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (2013), 7; C.J. Tams/A. Tzanakopoulos, *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*, *Leiden Journal of International Law* 23 (2010), 781.

37 Laut Crawford war dies so geplant: Seiner Ansicht nach war die ‚Definition‘ des Artikel 38(1)(b) „purposefully pliable. It was meant to ‚delegate‘ a norm-making power to the newly constituted Court.“ (The Identification and Development of Customary International Law, Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch 2014 (S. 2), abrufbar unter www.ila-hq.org/download.cfm/docid/BC985B09-ACEA-4356-AD31C90620705001). Aber das setzt voraus, dass im StIGH-Statut überhaupt allgemeine Aussagen zu den Rechtsquellen getroffen werden sollten – und nicht bloß zum anwendbaren Recht.

38 ICJ Reports 1969, 3.

39 ICJ Reports 1984, 246.

40 ICJ Reports 1986, 14.

41 ICJ Reports 1996, 226.

42 ICJ Reports 2012, 99.

43 Speziell zur Rolle des IGH etwa M. Hagemann, *Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes*, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 10 (1953), 61; K. Skubiszewski, *Elements of Custom and the Hague Court*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31 (1971), 810; S. Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, *European Journal of International Law* 26 (2015) (im Erscheinen), Manuskript abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2470994>; P. Hagenmacher, *La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, *Revue Générale de Droit International Public* 90 (1986), 5; P. Tomka, *Custom and the International Court of Justice*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 12 (2013), 195; R. Geiger, *Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal*, in Fastenrath u.a., *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (2011), 673; A. Alvarez-Jiménez, *Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009*, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), 681; sowie Tams, *Meta-Custom and the Court* (Fußn. 20).

mals durchaus bescheidene Einfluss des Gerichtshofs auf die Entwicklung des Völkerrechts⁴⁴ – hier ist er stark ausgeprägt.

All dies hat Folgen. Das Identifikationsrecht weist typische Merkmale richterrechtlicher Rechtsfortbildung auf. Es ist einzelfall-geprägt: lückenhaft, unübersichtlich, kaum systematisch durchdrungen. Zugleich ist es flexibel, undogmatisch – und dynamisch. Dieser letzte Aspekt wird nicht immer zutreffend erkannt oder benannt und verdient daher eine etwas genauere Betrachtung.

III. Fortentwicklung und Standardisierung des Identifikationsrechts unter maßgeblichem Einfluss der Rechtsprechung

Dass das Identifikationsrecht sich dynamisch fortentwickelt hat, mag zunächst verblüffen, denn die Terminologie des Völkergewohnheitsrechts ist alles andere als dynamisch. Die gängigen Beschreibungen und Begriffe atmen den Geist der Beständigkeit.⁴⁵ Dies gilt schon für das Element der ‚Gewohnheit‘ bzw. des ‚Herkommens‘; es wird verstärkt durch Umschreibungen des Entstehungsprozesses (charakterisiert als ‚Verfestigung‘ oder ‚Erstarken‘ der Übung⁴⁶ sowie ‚allmählich hinzutretende Überzeugung‘⁴⁷); und es findet seinen deutlichsten Ausdruck in immer wiederkehrenden Hinweisen auf den ursprünglichen oder altmodischen Charakter der Rechtsquelle.⁴⁸

Aber all das ist ganz missverständlich. Um es zuzuspitzen: Im Laufe der Debatten über das Gewohnheitsrecht ist kaum ein identifikationsrechtlicher Stein auf dem anderen geblieben.⁴⁹ Die großen Linien dieser dynamischen Fortentwicklung sollen im Folgen-

44 Ob der IGH das Völkerrecht wirksam fortentwickeln kann, hängt maßgeblich von der Zahl der ihm unterbreiteten Fälle ab. Schon weil diese gering ist, hat der Gerichtshof auf viele Spezialbereiche des Völkerrechts (Umweltvölkerrecht, Menschenrechte, Wirtschaftsvölkerrecht) nur recht punktuellen Einfluss nehmen können. Detailliert dazu die Beiträge in Tams/Sloan (Fußn. 36); geraffter auch C.J. Tams, *The World Court's Role in the International Law-making Process*, in Delbrück u.a., *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law. Essays in Honour of the 100th Anniversary of the Walther Schücking Institute for International Law* (2014), 139.

45 Eng verknüpft damit ist die Kritik, dass das Völkergewohnheitsrecht nicht geeignet sei, auf aktuelle Herausforderungen zu reagieren. Dazu etwa G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (1983), 115 („Customary international law simply is too slow to provide the quick regulation required in the new areas which international law now has to cover“); R. Kolb, *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*, *Netherlands International Law Review* 50 (2003), 119, 124-125 („customary law is often too burdensome or simply not forthcoming at a given moment [when there is] an urgency of creating general norms of international law“).

46 Nach H.L.A. Harts Umschreibung charakterisieren diese Elemente das Gewohnheitsrecht allgemein; es entstehe aus einem „slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and then obligatory, and the converse process of decay, when deviations, once severely dealt with, are first tolerated and then pass unnoticed“ (*The Concept of Law*, 1961, 90).

47 Vgl. A. Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 29 (1969), 635, 640; R.Y. Jennings/A.D. Watts, *Oppenheim's International Law* (9. Aufl., 1992), 30.

48 Markant beispielsweise Herdegen (Fußn. 23), § 16/1 („Urgestein der Völkerrechtsordnung“); ebenso von Arnauld (Fußn. 35), Rn. 245; Reisman (Fußn. 6), 133 („anachronism and ... atavism“); H. Strebler, Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 36 (1976), 301, 317 („Grundbestand“).

49 So sehr deutlich (wenn auch abgewogener formuliert) N. Petersen, *Customary Law without Custom*, *American University International Law Review* (2008), 275, 278: „the method of establishing rules of customary law has changed significantly in modern legal scholarship.“ In der Beobachtung ganz ähnlich – in der Beurteilung allerdings grundverschieden – C.A. Bradley/J.L. Goldsmith, *Customary Internatio-*

den nachgezeichnet werden, und zwar anhand dreier Schlagworte: dem der *Standardisierung*, der *Öffnung* und der Hinwendung zum *derivativen Gewohnheitsrecht*.

1. Standardisierung: die Zwei-Elemente-Lehre

a) Ein anerkannter argumentativer Rahmen

Zum ersten dieser Großtrends: Im Zuge seiner Fortentwicklung ist das gewohnheitsrechtliche Identifikationsrecht standardisiert und zugleich operationalisiert, also handhabbar gemacht, worden. Der konkrete Inhalt gewohnheitsrechtlicher Normen – vom Gewaltverbot bis zu Immunitätsausnahmen – bleibt oft umstritten. Aber die Debatte verläuft heute ganz weitgehend innerhalb eines akzeptierten argumentativen Rahmens. Dieser ist im Grundsatz pragmatisch, anwendungsorientiert; Debatten über den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts werden weitgehend ausgeblendet.⁵⁰

Einheitlich ist der argumentative Rahmen, weil sich die Völkerrechtsgemeinschaft im Zuge der Debatten über die Identifikation des Gewohnheitsrechts auf ein Prüfprogramm verständigt hat, das zwar von Zeit zu Zeit noch theoretisch hinterfragt, aber nahezu allgemein als nützlich – und teilweise sogar als ‚alternativlos‘⁵¹ – anerkannt wird. Alternativlos scheinen dabei zwei Ausgangspunkte:

Erstens: Die Debatten über das Völkergewohnheitsrecht werden strukturiert durch die Zwei-Elemente-Lehre.⁵² Gewohnheitsrecht setzt sich aus Übung und Rechtsüberzeugung zusammen; deren Existenz ist grundsätzlich getrennt zu prüfen. Und zweitens: Auf einer mehr operativen Ebene herrscht Einigkeit, welchen abstrakt formulierten Erfordernissen – welchem ‚Beweismaß‘ – Übung und Rechtsüberzeugung zu genügen haben. Erstere muss, nimmt man die gängigsten Umschreibungen, ‚allgemein‘ sein, ‚weit verbreitet‘, ‚stetig‘, und ‚repräsentativ‘.⁵³ Dagegen ist – auch insofern besteht Einigkeit – keine ‚universelle‘ Übung erforderlich.⁵⁴ Und auch die Dauer der Übung, die das Verständnis des Gewohnheitsrechts in anderen Rechtsordnungen prägt, ist nur

nal Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, Harvard Law Review 110 (1997), 815, 839 („a dramatic transformation in the nature of CIL lawmaking“).

50 Und zwar oft bewusst, so etwa in der aktuellen Arbeit der ILC, die nach Aussagen ihres Spezialberichterstatters anwendungsorientiert sein soll: „the aim of the topic is to offer some guidance to those called upon to apply rules of customary international law on how to identify such rules in concrete cases“ (Wood, First Report, FuBn. 19, para. 14).

51 Vgl. Verhoeven (FuBn. 24), 115: „Force est [...] de constater qu’il n’y a pas d’alternative très crédible à la théorie des deux éléments, tout insatisfaisante qu’elle soit sur plus d’un point.“

52 In den Worten des ILC-Spezialberichterstatters: „the two-element approach is indeed generally adopted in the practice of States and the decisions of international courts and tribunals, including the International Court of Justice. It is widely endorsed in the literature“ (Wood, Second Report, FuBn. 19, para. 21).

53 Aus der Rechtsprechung etwa *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, ICJ Reports 2001, 40, 102 (para. 205) („widespread“); *Gulf of Maine*, ICJ Reports 1984, 246, 299 (para. 111) („sufficiently widespread“); *Jurisdictional Immunities*, ICJ Reports 2012, 99, 122 (para. 55) („settled“); *North Sea Continental Shelf*, ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 74) („extensive“). Die ILC kombiniert alle diese Formulierungen: In der 2014 vom Redaktionsausschuss (vorläufig) angenommenen Draft Conclusion 8[9] heißt es: „To establish a rule of customary international law, the relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent“: see ILC Drafting Committee, Statement of the Chairman, 7 August 2014, abrufbar unter http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E.

54 Vgl. *Nicaragua*, ICJ Reports 1986, 14, 98 (para. 186): „It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect“.

noch von untergeordneter Bedeutung:⁵⁵ Sie schadet natürlich nicht, kann Indiz sein für die Stetigkeit der Übung; doch wird sie kaum mehr als eigenständiges Kriterium angesehen.⁵⁶

b) *Erfolgslose Gegenentwürfe: zwei Schlaglichter*

Dies alles kann hier fast lieblos behandelt werden, weil es aus jedem Lehrbuch vertraut ist. Oder anders gewendet: weil es zum Standard jedweder Erörterung des Gewohnheitsrechts gehört. Die Debatten über das Völkergewohnheitsrecht sind heute in ganz zentralen Punkten standardisiert. Ja, so komplett, so umfassend, ist dieser Prozess, dass man die Standardisierung kaum mehr als solche wahrnimmt, sondern ihre Ergebnisse als gegeben voraussetzt. Doch man muss nur relativ kurz zurückgehen – etwa alte Lehrbücher oder Urteile wieder-lesen – um zu realisieren, wie sehr sich die Debatte verändert hat. Anstelle der detaillierten Analyse im Folgenden zwei Schlaglichter, die beleuchten, dass es nicht immer so klar war:

aa) *Traumwandlerische Rechtsfindung: der Ständige Internationale Gerichtshof*

Das erste Schlaglicht beleuchtet die Zwischenkriegszeit, oder konkreter: die Rechtsprechung des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Der Ständige Internationale Gerichtshof hat sich oft zum Völkergewohnheitsrecht geäußert, von den Anfängen des streitigen Verfahrens (*Wimbledon*⁵⁷) über die Gutachtentätigkeit (*Vertrag von Lausanne*,⁵⁸ *Donau-Kommission*⁵⁹) bis hin zu den großen Klassikern seiner Rechtsprechung (*Lotus*⁶⁰). Aber nie hat er ausdrücklich zwischen Übung und Rechtsüberzeugung getrennt. Der Ständige Gerichtshof fand das Völkergewohnheitsrecht ‚traumwandlerisch‘; er verzichtete auf unsere heutigen Wegweiser: das rudimentär strukturierte Prüfschema oder die vage definierten Beweismaße.⁶¹ Die heute ganz anerkannten Grundlagen des Gewohnheitsrechts – Zwei-Elemente-Lehre; Trennung von Übung

55 Vgl. O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (2009), 150: „Si, auparavant, la doctrine semblait exiger une pratique très ancienne, les évolutions récentes de la jurisprudence ont rendu cette condition caduque.“ Im Einklang mit dieser Sicht schlägt das ILC Drafting Committee (vgl. Fußn. 53) die folgende Bestimmung vor: „Provided that the practice is general, no particular duration is required“ (Draft Conclusion 8[9], para. 2). Zu markanten Einzelfällen schneller Gewohnheitsrechtsbildung M.C. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (2013). (Ob das Konzept der ‚Grotian moments‘ überzeugt, mag dabei dahinstehen.)

56 So heißt es im *North Sea Continental Shelf*-Urteil, dass „the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law“ (ICJ Reports 1969, 3, 43, para. 74). Deutlicher kommt die Abkehr vom Element der Dauer in den Sondervoten der Richter Tanaka und Lachs zum Ausdruck (ICJ Reports 1969, 177-178 und 230). In den Worten Tanakas: „it can be recognized that the speedy tempo of present international life promoted by highly developed communication and transportation had minimized the importance of the time factor and has made possible the acceleration of the formation of customary international law. What required a hundred years in former days now may require less than ten years“ (ICJ Reports 1969, 177).

57 PCIJ Reports, Ser. A, No.1 (1923).

58 PCIJ, Ser. B, No. 12 (1925).

59 PCIJ, Ser. B, No. 14 (1927).

60 PCIJ Reports, Ser. A, No. 10 (1927).

61 Am nächsten kam der StIGH der Zwei-Elemente-Lehre im *Lotus*-Fall, wo es heißt: „only if such abstention were based on their [States’] being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom“ (PCIJ, Series A, No. 10, at 28). Dazu etwa Crawford (Fußn. 26, 54) („the Court’s first attempt to examine the elements of customary international law“) und Tomka (Fußn. 43, 202) (Zwei-Elemente-Lehre „implicit in the *Lotus* case“).

und Überzeugung; Orientierung an abstrakten Bezugsgrößen wie ‚stetige‘ oder ‚weit verbreitete‘ Übung – sind in der Literatur vorbereitet⁶² und dann vom IGH aufgegriffen worden, bis das bis heute dominante Verständnis mit den *North Sea Continental Shelf*-Fällen seine bis heute gültige Grundlage fand.⁶³

Ein kurzer Zusatz zum ersten Schlaglicht: Aus Sicht der Vorväter verhielt sich der Ständige Internationale Gerichtshof durchaus richtig. Denn die Zwei-Elemente-Lehre, so anerkannt sie heute ist, ist nachträglich in Artikel 38(1)(b) hineingelesen worden. Als der beratende Juristenausschuss, auf dessen Arbeiten das Statut des Gerichtshofs maßgeblich beruht, über Artikel 38 diskutierte, da unterschied er zwar begrifflich zwischen der allgemeinen Übung und ihrer Anerkennung als Recht.⁶⁴ Aber er ging nicht davon aus, dass man die beiden Aspekte getrennt prüfen könnte oder sollte.⁶⁵ Peter Haggemacher hat es in einem Beitrag für die *Revue générale de droit international public* 1986 detailliert herausgearbeitet: Die Ausschussmitglieder benannten zwar zwei Aspekte der Rechtsidentifikation, aber zwischen ihnen zu trennen oder sie gar getrennt zu prüfen, wäre ihnen ganz künstlich erschienen: „[L]es deux ‚éléments‘ qu’ on se plaint à y discerner [in Text und Entstehungsgeschichte, CJT] se fondent en une unité indistincte“.⁶⁶ Und noch deutlicher: „le membre de phrase ‚une pratique générale, acceptée comme étant le droit‘ doit être lu comme un tout solidaire: il renvoie à un *seul* ‚élément““.⁶⁷ Mit anderen Worten: Die Zwei-Elemente-Lehre ist nicht gottgegeben. Sie ist ein – sicher sinnvoller – Versuch, eine inhaltsarme Vertragsbestimmung nachträglich mit Leben zu füllen und handhabbar zu machen. Vielleicht ist sie heutzutage wirklich alternativlos. Aber sie ist das Resultat nachträglicher Rechtsausgestaltung durch den IGH.

62 Siehe beispielsweise D. Anzilotti, *Cours de droit international public* (Übersetzung G. Gidel, 1929), 73: „Lorsque cette volonté se manifeste par la constante répétition d’une manière donnée d’agir dans des circonstances données, on parle plus proprement de coutume (tacitum pactum): règle observée en fait avec la conviction d’observer une norme juridique“; L. Kopelmanas, Custom as a Means of the Creation of International Law, *British Yearbook of International Law* 18 (1937) 127. Anzilottis Einfluss auf die *Lotus*-Entscheidung heben Crawford (Fußn. 26, 54-55) und Tomka (Fußn. 43, 70) hervor.

63 Eine Aussage Clive Parrys aus dem 1965 ist erhellend; sie zeigt, dass auch der IGH sich dem Gewohnheitsrecht erst recht spät zu öffnen begann. In *The Sources and Evidence of International Law* (1965) schreibt Parry: „Beyond ... a few scattered observations of the vaguest and most general sort the Court has said nothing else on about customary international law, and, in particular, about general as opposed to special custom“ (59). Schon zwanzig Jahre später war die Zwei-Elemente-Lehre dann ganz selbstverständlich zu Grundannahme der Identifikationsrechts geworden: vgl. *Continental Shelf case* (Libya/Malta), ICJ Reports 1985, 13, 29, para. 27: „It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States“.

64 Und zwar in den authentischen Sprachfassungen deutlicher als in der deutschen Übersetzung, die verschachtelt, was im Englischen und Französischen nebeneinandersteht („a general practice accepted as law“; „une pratique générale, acceptée comme étant le droit“).

65 Vgl. *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists* (1920), Annex No. 3, 306. Zur Entstehungsgeschichte instruktiv A. Pellet, in A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C.J. Tams, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (2. Aufl., 2012), Art. 38, Rn. 17-41; O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary* (2005), 57-71. Dass die *drafters* nicht wussten, was sie in Artikel 38(1)(b) formulierten, wird immer wieder behauptet, etwa von M. Hudson (ILC Yearbook 1950 I, 6, para. 45) oder K. Wolfke, *Custom in Present International Law* (2. Aufl., 1993), 5. Aber das ist missverständlich: die Frage wurde schlicht nicht vertieft diskutiert.

66 Haggemacher (Fußn. 43), 31.

67 Haggemacher (Fußn. 43), 31.

bb) Alternativen zur Zwei-Elemente-Lehre

Das zweite Schlaglicht: Die richterliche Ausgestaltung des Identifikationsrechts, so akzeptiert sie heute ist, war lange Zeit durchaus umstritten. Die Nachkriegszeit hatte, was heute fehlt – die dogmatischen Debatten über Identifikation des Gewohnheitsrechts; die prominenten Gegenentwürfe zur Zwei-Elemente-Lehre. Kelsen stütze sich allein auf Praxis.⁶⁸ Auch Paul Guggenheim hielt die Rechtsüberzeugung einst für entbehrlich.⁶⁹ Manley Hudson erklärte vier Elemente für relevant, nicht zwei.⁷⁰ D'Amato beschränkte sich auf zwei, aber nicht Übung und Rechtsüberzeugung, sondern 'articulation' und 'act or commitment'.⁷¹ Bin Cheng schließlich meinte, Staatenpraxis sei nicht konstitutiv, sondern diene nur der Bestätigung des Gewohnheitsrechts; und daher könne Gewohnheitsrecht durchaus spontan entstehen.⁷²

Diese Schlaglichter illustrieren, dass es durchaus Gegenentwürfe gegeben hat. Doch mit Ausnahme des letzten Punktes – der These vom ‚instant‘ oder ‚hot-cooked custom‘, die kaum Zuspruch findet, aber sicher dazu beigetragen hat, dass der Dauer der Übung nur noch indirekte Bedeutung zugemessen wird – hallen die großen Debatten heute nur mehr wie ein fernes Echo nach. Danilenkos Beobachtung trifft den Nagel auf den Kopf: „there is almost unanimous agreement that a legitimate customary law-making process requires the presence of two elements: practice and acceptance of this practice as law“.⁷³ Und weil das so ist, sind Verweise auf die großen Debatten der Vorzeit zunehmend in Fußnoten und knappe Einleitungsabschnitte verbannt.⁷⁴ Den pragmatischen Grundton der Debatten um die Identifikation des Gewohnheitsrechts stören sie kaum mehr.

2. Öffnung: umfassende Berücksichtigung staatlichen Verhaltens

a) Die Vielfalt möglicher Beweismittel

Die Verständigung auf ein standardisiertes Identifikationsrecht auf Grundlage der Zwei-Elemente-Lehre schafft einen einheitlichen Rahmen, der Debatten über das Völkergewohnheitsrecht erleichtert. Das Prüfprogramm ist in einer mitgliederstarken Völkerrechtsgemeinschaft aber nur unter großen Schwierigkeiten anzuwenden.⁷⁵ In

68 H. Kelsen, *Théorie du droit international coutumier*, *Revue internationale de la théorie du droit* 1 (1939), 253. Modifiziert dann in *Principles of International Law* (2nd edn., ed. by R.W. Tucker, 1966), 440. Zu Kelsen und anderen M.H. Mendelson, *The Subjective Element in Customary International Law*, 66 *British Yearbook of International Law* 66 (1995), 177.

69 Paul Guggenheim, *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in Ch. Rousseau, *La technique et les principes du droit public: Etudes en honneur de Georges Scelle* (1950), 275. Anders dann *Traité du droit international public* (Band 1, 2. Aufl. 1967), 101.

70 Nämlich „(a) concordant practice...; (b) continuation or repetition of the practice...; (c) conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law; and (d) general acquiescence in the practice by other States“ (vgl. Hudson, *Fußn.* 29, 26).

71 D'Amato (*Fußn.* 2) 74-75.

72 B. Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?*, *Indian Journal of International Law* 5 (1965) 23; *id.*, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, in R.St.J. Macdonald/D.M. Johnston, *The Structure and Process of International Law* (1983), 513.

73 Danilenko (*Fußn.* 21), 81.

74 Siehe etwa Graf Vitzthum (*Fußn.* 23), Rn. I/133-135; *Brownlie's Principles* (*Fußn.* 24), 25. Der Kontrast zu Lehrbüchern der 1970er und 1980er Jahre ist markant: vgl. etwa A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl., 1984), 345 ff.

75 Dies gilt selbst dann, wenn man die schwierigen Fragen nach der Rolle nicht-staatlicher Akteure zunächst ausblendet: zu diesen unten, IV.2.

einer Gemeinschaft von zweihundert Staaten – von denen nur ein Bruchteil ihre Staatenpraxis dokumentiert – ist der Nachweis einer allgemeinen, weit verbreiteten Übung samt Rechtsüberzeugung zumeist nur auf Grundlage mutiger Generalisierung möglich. James Crawford spitzt das Problem treffend zu: „The problem with establishing customary international law is that it seems impossible“.⁷⁶

Schrifttum, Praxis und Rechtsprechung lassen sich davon nicht ernsthaft schrecken; sie wenden das standardisierte Prüfprogramm flexibel an. Dabei sind zwei Spielarten der Flexibilisierung zu unterscheiden; sie stehen – nach der Standardisierung – für den zweiten und dritten Großtrend im Rahmen der dynamischen Fortentwicklung des Identifikationsrechts.

Der zweite Großtrend ist der der Öffnung, und zwar der Öffnung des Kreises der ‚Beweismittel‘, auf die der Nachweis des Gewohnheitsrechts gestützt werden kann. Um mit dem Endpunkt dieser Entwicklung zu beginnen: Es ist heute weitgehend akzeptiert, dass jedes zurechenbare staatliche Verhalten gewohnheitsrechtsbildend sein kann, entweder als Übung oder als Ausdruck einer Rechtsüberzeugung.⁷⁷ Dazu zählen die klassischen Formen staatlichen Verhaltens: die Realakte etwa (das Aufbringen eines Schiffes, die Sperrung eines Grenzpostens) oder die schriftlichen Formen des zwischenstaatlichen Verhaltens im konkreten Streitfall (diplomatische Schriftwechsel, Proteste gegen vermeintliche Rechtsverletzungen). Doch auch jenseits dieser ist das Spektrum möglicher Beweismittel denkbar breit. Es reicht von der Zustimmung zu einer UN-Resolution über Einlassungen in Gerichtsverfahren bis hin zu Äußerungen in Vertragskonferenzen oder Urteilen nationaler Gerichte;⁷⁸ und es umfasst Stellungnahmen *in abstracto* ebenso wie das Verhalten im konkreten Einzelfall. Das IGH-Urteil im deutsch-italienischen Immunitätsstreit illustriert die Vielfalt möglicher Beweismittel:

76 Crawford (Fußn. 26), 49. Anthea Roberts (Fußn. 15, 767) ist der Ansicht, in der Regel würde die Praxis einer Handvoll Staaten zur Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes ausreichen („by fewer than a dozen states“). Vgl. auch A. Cassese, *International Law* (2. Aufl., 2005), 165; *Barcelona Traction*, Sep. Op. Jessup, ICJ Reports 1970, 3, 196 (para. 60): „No survey of State practice can, strictly speaking, be comprehensive“; Talmon (Fußn. 43), 19. Bleckmann bemerkt zutreffend: „Die so (d.h. durch Analyse einzelstaatlichen Verhaltens, CJT) gewonnene allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts teilt die relative Unsicherheit jeder Induktion“: A. Bleckmann, Zur Feststellung und Auslegung des Völkergewohnheitsrechts, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 37 (1977), 504, 505.

77 Sehr deutlich in diesem Sinne Draft Conclusion 7[8] der ILC (Fußn. 53) („Account is to be taken of all available practice of a particular State, which is to be assessed as a whole.“); Hobe (Fußn. 35), 210 („Vielmehr können alle drei Gewalten ... an der Bildung einer Staatenpraxis mitwirken“); ähnlich auch Schweisfurth (Fußn. 35), 82 f., Niels Petersen (Fußn. 49, 278) benennt die Entwicklung sehr klar: „The range of state behavior that is considered practice has broadened in scope considerably.“

Eine Einschränkung wird zumeist für geheimes Verhalten gemacht: *London Principles* (Fußn. 25), Prinzip 5 („Acts do not count as practice if they are not public.“); Kempen/Hillgruber (Fußn. 26), 83-84; Wood, Second Report (Fußn. 19), para. 47; Dinstein, *The Interaction between Customary Law and Treaties*, 322 *Recueil des Cours* (2006), 242, 275.

78 Auch insoweit ist die Sicht der ILC instruktiv: In Draft Conclusion 6[7] (Fußn. 53) heißt es: „(1) Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction. (2) Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; acts in connection with resolutions of international organizations or international conferences; acts in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct, on the ground; legislative and administrative acts; and decisions of national courts.“

in seiner – methodisch alles andere als grundstürzenden⁷⁹ – Entscheidung nimmt der Gerichtshof Bezug auf nationale Gesetzgebung, Stellungnahmen in internationalen Gremien (abstrakt oder im Streitfall), Äußerungen im Vertragsschlussverfahren und nationale Gerichtsurteile.⁸⁰

b) Erfolgreiche Gegenentwürfe: fünf Schlaglichter

Die Akzeptanz dieser Vielfalt markiert den Endpunkt einer Entwicklung, die man als Öffnung oder vielleicht akkurater als beständige Entscheidung gegen Einschränkungen beschreiben kann. An Versuchen, den Kreis der für das Völkergewohnheitsrecht relevanten Beweismittel zu begrenzen, hat es gewiss nicht gefehlt; doch haben diese kaum dauerhaften Anklang gefunden. Zur Illustration fünf Schlaglichter:

aa) Berechenbares Völkergewohnheitsrecht: Strupp und Anzilotti

Das erste beleuchtet wiederum die Zwischenkriegszeit, und zwar das Verständnis zweier ‚Großmeister‘, deren Arbeiten dem modernen Verständnis des Völkergewohnheitsrecht in mancher Hinsicht den Weg bereitet haben: Dionisio Anzilotti⁸¹ und Karl Strupp. Beide hatten ein deutlich berechenbareres Völkergewohnheitsrecht im Sinn; sie wollten nur die Praxis derjenigen Staatsorgane heranziehen, die zur Vertretung des Staates nach außen befugt waren.⁸² Für Strupp etwa war die Möglichkeit zur Beeinflussung des Gewohnheitsrechts offenbar an eine (eng verstandene) Befugnis, den Staat völkerrechtlich zu binden, geknüpft. So sollte das Verhalten von Staatschefs und Außenministerium zählen (denn diese „peuvent obliger l’Etat par un traité proprement dit“⁸³); ein Urteil eines obersten Gerichts oder ein Parlamentsbeschluss hingegen seien bloß intern oder als Anstoß zu echtem Regierungshandeln bedeutsam. Ein solches Verständnis begrenzt den Kreis der Beweismittel, und wie viele Begrenzungen vereinfacht es die Arbeit mit dem Recht deutlich. Aber diese Vereinfachung wird teuer erkaufte: die Fokussierung auf die vertretungsbefugten Stellen ignoriert die Vielfalt zwischenstaatlicher Zusammenarbeit; sie verkennt, dass beim heute erreichten Grad zwischenstaatlicher Verflechtung die Außen(rechts)politik nicht mehr in wenigen Stellen konzentriert ist. Und sie ignoriert (jedenfalls wenn – wie bei Strupp – die Fähigkeit, zur Bildung von Gewohnheitsrecht beizutragen, an die Vertragsschlusskompetenz geknüpft wird) den dezentralen, dezentrierten Charakter der Rechtsentstehung. So überrascht es nicht, dass die Zeit und das Identifikationsrecht über Strupps und Anzilottis Ansätze schnell

79 Vgl. B. Simma, *The ICJ and Common Goods: The Case of Human Rights*, in Lenzerini/Vrdoljak, *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (2014), 11, 27: „Based on the traditional positivist doctrine on the sources of international law and employing an inductive method, the Court’s analysis of the existence of customary international law on State immunity is thorough and comprehensive, at least compared to the cavalier fashion in which the Court has come to usually deal with unwritten sources of the law“.

80 Siehe insbesondere ICJ Reports 2012, 99, 126-144 (paras. 62-106).

81 Zu Anzilotti bereits knapp oben, III.1.b.

82 K. Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, *Recueil des Cours* 47 (1934-I), 313-315; ähnlich Anzilotti (Fußn. 62), 74-75. Auch der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich sprach im Urteil zu Hoheitsrechten in der Lübecker Bucht (RGZ 122, Anhang, 1 ff.) von der Übung der „berufenen Organ[e] des Staates“.

83 Strupp (Fußn. 82), 313.

hinweggegangen sind.⁸⁴ Sie werden allenfalls noch knapp in den Fußnoten referiert; der Hinweis auf sie dient nur noch der Vergewisserung des Erreichten.⁸⁵

bb) Trennungsthese Nr. 1: Gewohnheitsrecht und Vertrag

Das zweite Schlaglicht beleuchtet Debatten der Nachkriegszeit; es nimmt eine zwischenzeitlich populäre Trennungsthese in den Blick, die ebenso wie die Ansätze Strupps und Anzilottis vom Interesse an einem berechenbaren Gewohnheitsrecht geleitet war. Der Erfolg der Völkerrechts-Kodifikation in der beginnenden UN-Ära warf zügig die Frage nach dem Verhältnis von Vertrag und Gewohnheitsrecht auf. Und weil es sich um zwei getrennte Rechtsquellen handelte, schien es vielen Kommentatoren plausibel, zwischen Vertragspraxis und sonstiger Praxis zu trennen bzw. die Rechtsüberzeugung im Sinne des Gewohnheitsrechts von der Vertrags-Rechtsüberzeugung zu unterscheiden.⁸⁶ Im Urteil zum *North Sea Continental Shelf* schien der IGH diese Trennung jedenfalls im Grundsatz zu akzeptieren, als er bei der Prüfung des Gewohnheitsrechts das Verhalten von Vertragsparteien gesondert behandelte.⁸⁷ Ausgehend davon spitzte Richard Baxter das Argument in den späten 1960ern Jahren zu und beschrieb das – jedenfalls im angelsächsischen Sprachraum – nach ihm benannte ‚Baxter-Paradox‘: Weil zwischen den Quellen zu trennen ist, macht (so Baxter) die Kodifikation den Nachweis des Gewohnheitsrechts tendenziell schwerer, und die erfolgreiche Kodifikation in universellen Verträgen schließt ihn nahezu aus.⁸⁸

Auch dies klingt heutzutage fremd;⁸⁹ auch hierüber ist die Zeit recht zügig hinweggegangen.⁹⁰ Natürlich ist es denkbar, dass ein Staat ein bestimmtes Verhalten nur für *vertragsrechtlich* geboten hält; daher müssen die Praxis und Rechtsüberzeugung von Vertragsparteien untersucht werden. Aber das Ergebnis dieser Untersuchung ist durch keine kategorische Trennung vorgegeben. Baxters Prämisse – „when a State is a party

84 Schon in Hagemanns Beitrag aus dem Jahr 1953 (Fußn. 43, 64) heißt es: „Jeder staatliche Akt, der in einer sinnvollen Beziehung steht zu dem in casu umstrittenen Gewohnheitsrechtssatz, kann Ansatz zu einer zwischenstaatlichen Übung sein.“ Deutlich enger noch Berber, *Völkerrecht I* (2. Aufl., 1975), 44 ff.

85 Deutlich die ILA in ihrem Prinzip 9 (Fußn. 25, 17): „this approach [Strupp, Anzilotti, CJT] is closely linked to one which regards customary law as merely tacit treaty law. If one has no a priori attachment to such a theory, there is no reason why the criteria should be so restrictive“.

86 Zum Verhältnis der beiden Quellen – neben den Verweisen in Fußn. 5 – detailliert Dinstein (Fußn. 77); K. Doehring, *Gewohnheitsrecht aus Verträgen*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 36 (1976), 77.

87 ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 76): Vertragsparteien „were therefore presumably, as far as they were concerned, acting actually or potentially in the application of the [1959 Geneva] Convention. From their action no inference could legitimately be drawn as to the existence of a rule of customary international law“.

88 R.R. Baxter, *Treaties and Custom*, *Recueil des Cours* 129 (1970), 31, 64: „It is only fair to observe that the proof of a consistent pattern of conduct by non-parties becomes more difficult as the number of parties to the instrument increases. The number of participants in the process of creating customary law may become so small that the evidence of their practice will be minimal or altogether lacking. Hence the paradox that as the number of parties to a treaty increases, it becomes more difficult to demonstrate what is the state of customary international law dehors the treaty“.

89 Fremd mutet auch Hagemanns Aussage an, der Gerichtshof schließe zwar nicht aus, völkerrechtlichen Verträgen Bedeutung beizumessen, lasse aber insoweit „größte Skepsis walten“ (Fußn. 43, 66). Diese Skepsis – wenn sie denn je bestand – ist mittlerweile aufgegeben: vgl. unten III.3.

90 Eine detaillierte Analyse bietet Crawford (Fußn. 26), 90-112.

to a treaty, its conduct on matters dealt with by the treaty is governed by the treaty⁹¹ – kann weder auf die IGH-Rechtsprechung gestützt werden noch ist sie sonst akzeptiert. Es gibt schlicht keine feste Regel, dass das Verhalten einer Vertragspartei immer nur vertragsrelevant sein soll. Gewohnheits- und Vertragsrecht sind auf vielfache Weise verwoben;⁹² je nach Inhalt der Norm verlaufen sie teilweise parallel, oftmals beeinflussen sie sich gegenseitig. Mit der Prämisse fällt aber auch das vermeintliche ‚Paradox‘: Es ist schlicht keines.⁹³

cc) *Trennungsthese Nr. 2: Gewohnheitsrecht und Verhalten innerhalb internationaler Organisationen*

Ein drittes Schlaglicht – eine zweite Trennungsthese: In mancher Hinsicht ähnlich verlaufen ist die Diskussion über die Relevanz staatlichen Verhaltens innerhalb internationaler Organisationen, wie sie in der Auseinandersetzung um das *Nicaragua*-Urteil kulminierte.⁹⁴ Auch hier war teilweise eine Trennungsthese populär: Verhalten innerhalb einer internationalen Organisation solle nicht relevant für das Gewohnheitsrecht sein, etwa weil es dem taktischen Kalkül des Mitglieds oder politischen Erwägungen folge.⁹⁵ Auch das mag im Einzelfall plausibel sein, doch wird die pauschale Trennung der Vielfalt zwischenstaatlichen Verhaltens innerhalb internationaler Organisationen nicht gerecht: nicht alles Verhalten ist rein taktisch motiviert, und nicht jede taktische Finesse muss das Recht akzeptieren. Und so wird die zweite Trennungsthese spätestens

91 So die Formulierung Crawford (Fußn. 26), 92. Bei Baxter (Recueil des Cours, Fußn. 88, 73) heißt es: „what does make proof of the acceptance as customary law of a treaty de lege ferenda more difficult than in the absence of a treaty is that account may be taken only of the practice of non-parties. As the express acceptance of the treaty increases, the number of States not parties whose practice is relevant diminishes. There will be less scope for the development of international law de hors the treaty“.

92 Siehe auch T. Treves, Customary International Law, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), para. 86 („the line separating practice that can be seen as interpretation, application or even modification of a convention, from that giving rise to new customary rules ... is very thin indeed.“). Vgl. Artikel 10 des Rom-Statuts, der ein ‚Einfrieren‘ des Gewohnheitsrechts ausdrücklich verhindern will („Dieser Teil ist nicht so auszulegen, als beschränke oder berühre er bestehende oder sich entwickelnde Regeln des Völkerrechts für andere Zwecke als diejenigen dieses Statuts.“) Zur Verwobenheit von Vertrag und Gewohnheitsrecht grundlegend Oscar Schachter, *Entangled Treaty and Custom*, in Y. Dinstein, *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (1989), 717; M. Mendelson, *Disentangling Treaty and Customary International Law*, 81 *Proceedings of the American Society of International Law* (1987) 157.

93 Vgl. Kolb (Fußn. 45), 146; Crawford (Fußn. 26), 110 („the coexistence of custom and treaty suggests that the Baxter paradox is not actually a genuine paradox“).

94 Die nachfolgenden Ausführungen betreffen zunächst das staatliche Verhalten innerhalb internationaler Organisationen, nicht das Verhalten der Organisation selbst; zu diesem unten, IV.2.

95 Stephen Schwebel fasst die Kritikpunkte treffend zusammen, äußert „much sympathy“ und verweist abschließend auf Molière (*The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law*, *Proceedings ASIL* 73 (1979), 301, 302): „States Members of the United Nations often vote for much with which they actually disagree. ... They often vote casually: their delegates may be instructed or loosely instructed; they may vote because the members of their group have decided or are disposed so to vote rather than because the immediate interests or considered views of their government so suggest. The members of the General Assembly typically vote in response to political not legal considerations. ... [I]n fact, states often don't meaningfully support what a resolution says and they almost always do not mean that the resolution is law. ... Perhaps, like Molière's notable character, the representatives of the United States in the General Assembly do not know that they are speaking prose all the time, do not know that they are enunciating or evidencing practice of international law“.

seit den 1980er Jahren kaum mehr vertreten.⁹⁶ Ihren Hauptanwendungsfall, die Resolutionen der UN-Generalversammlung, beschrieb Frowein schon 1976 als

„ein dem klassischen Völkerrecht fehlendes Medium ..., in dem die Interessengegensätze zwischen den Staaten und die sich ändernden Bedingungen in der Welt ihren Ausdruck und manchmal ihren Ausgleich finden. Die in den Resolutionen auftretenden Tendenzen zeigen mögliche, notwendige oder schon eingetretene Änderungen des Völkerrechts an. Sie wirken selbst entscheidend auf diese Entwicklung ein.“⁹⁷

Der IGH hat sich dieser Sicht schrittweise angenähert. Im *Nicaragua*-Urteil klang es noch recht vorsichtig: „with due caution“ könne eine Rechtsüberzeugung abgeleitet werden „from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions“.⁹⁸ Im Nuklearwaffen-Gutachten aus dem Jahr 1996 bleibt von der Vorsicht nur noch recht wenig:

„General Assembly resolutions ... may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*.“⁹⁹

Und in den jüngeren Entscheidungen wie dem *Armed Activities*-Fall zwischen Kongo und Uganda oder dem *Kosovo*-Gutachten leitet der IGH ohne viel Federlesens das Gewohnheitsrecht aus einer Generalversammlungs-Resolution ab.¹⁰⁰

Um es klarzustellen: Das heißt nicht, dass Resolutionen unmittelbar das Gewohnheitsrecht gestalten. Wohl aber, dass staatliches Verhalten in internationalen Organisationen bei der Prüfung von Praxis und Rechtsüberzeugung herangezogen werden kann. Dies ist heute in ganz akzeptiert; auch die zweite Trennungsthese ist aufgegeben.¹⁰¹ Und im Rückblick mag man sich durchaus fragen, was sie je populär gemacht hat: denn wieso sollte das Verhalten innerhalb eines Gremiums *per se* irrelevant sein, wenn doch andere Formen der Praxis unzweifelhaft von politischen oder taktischen Überlegungen beeinflusst sein können? Ein Staat bleibt ein Staat, wenn er sich in internationalen Organisationen äußert: sein Verhalten muss gewürdigt werden; pauschale Trennungsthese ersetzen die Untersuchung nicht.

dd) Beharren auf ‚wirklicher‘ Praxis und ‚echtem‘ Gewohnheitsrecht

Ein viertes Schlaglicht: Nicht nur Trennungsthese und Versuche einer Begrenzung des Kreises der relevanten Akteure hat die Völkerrechtsgemeinschaft zurückgewiesen. Auch hat sie sich nie auf Versuche eingelassen, den Begriff der Staatenpraxis zu be-

96 Zur Debatte neben vielen anderen K. Skubiszewski, Resolutions of the U.N. General Assembly and Evidence of Custom, in *Le droit international a l'heure de sa codification – études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I (1987) 503; : M.D. Öberg, The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, *European Journal of International Law* 16 (2005), 879; und umfassend G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (2001).

97 J.A. Frowein, Der Beitrag der internationalen Organisationen zur Entwicklung des Völkerrechts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 36 (1976), 147, 165.

98 ICJ Reports 1986, 14, 99 (para. 188).

99 ICJ Reports 1996, 226, 254 (para. 70).

100 Siehe dazu unten, III.3.a.

101 In seinem dritten Bericht schreibt der ILC-Spezialberichterstatte Michael Wood: „The practical importance, for the formation and identification of customary international law, of treaties and treaty-making (particularly multilateral treaty-making), and of resolutions of international organizations and conferences, is well recognized“ (Wood, Third Report Fußn. 19, para. 27).

grenzen, um so die Bedeutung von Stellungnahmen und Äußerungen in Zweifel zu ziehen.¹⁰² Kritik am ‚zu offenen‘ Gewohnheitsrecht ist immer wieder geäußert worden, am deutlichsten wohl von d’Amato und Thirlway. Ersterer unterschied die echte, ‚harte‘ Praxis von bloßen Stellungnahmen; dies begrenzte den Kreis der Beweismittel, auf die Nachweis der Staatenpraxis gestützt werden kann: „a state has not done anything when it makes a claim; until it takes enforcement action, the claim has little value as a prediction of what the state will actually do“.¹⁰³ Auch Thirlway wollte jedenfalls in seinen frühen Arbeiten zwischen relevanter und irrelevanter Praxis trennen: die Linie verlief für ihn zwischen staatlichem Verhalten im konkreten Streitfall und der bloß abstrakten Rechtsbehauptung; letztere sei nicht als Staatenpraxis zu bewerten.¹⁰⁴

Diese Versuche, bestimmte Verbal-Akte aus der Untersuchung der Staatenpraxis auszuschließen, finden – anders als frühere Bemühungen um ein klarer definiertes Gewohnheitsrecht – in der Debatte weiterhin Erwähnung.¹⁰⁵ Doch wirklich verfangen haben sie nicht,¹⁰⁶ und das zurecht, denn sie leiden an zwei gravierenden Schwächen. Sie setzen erstens kategorische Unterscheidungen – zwischen ‚Taten‘ und ‚Worten‘ (D’Amato) bzw. konkretem Streitfall und abstrakter Debatte (Thirlway) – voraus, die in der Realität nicht haltbar sind: Worin soll bei Verbotssätzen, die ein ‚Nicht-Handeln‘ erfordern, d’Amatos ‚echtes Handeln‘ bestehen, wenn nicht aus Stellungnahmen? Wie sind Proteste zu bewerten, die bloß verbal sein mögen, aber echte Wirkungen zeitigen können?¹⁰⁷ Und wie wären für Thirlway generelle Stellungnahmen eines Staates aus Anlass konkreter Einzelfälle, die Konsolidierung einer anhand von Einzelfällen entwickelten Position oder die konkrete Zustimmung zu einer allgemein gehaltenen UN-Resolution zu beurteilen?¹⁰⁸ Diese Fragen verdeutlichen, dass die Bemühungen um Ausschluss bestimmter Verhaltensweisen sich in der Praxis nur schwer umsetzen lassen.

102 Die folgenden Ausführungen betreffen Versuche, den Begriff der Staatenpraxis enger zu definieren. Diese Versuche sind Teil einer generellen Kritik am zu sehr ‚gefilterten‘ Gewohnheitsrecht. Zu dieser generellen Kritik noch unten, III.3.

103 D’Amato (Fußn. 2), 88. Ähnlich Wolfke (Fußn. 65), 42 ff.

104 Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1972), 58: „State practice as the material element in the formation of custom is, it is worth emphasizing, material: it is composed of acts by States with regard to a particular person, ship, defined area of territory, each of which amounts to the assertion or repudiation of a claim relating to a particular apple of discord“. In Thirlways neuem Buch zu den *Sources of International Law* (Fußn. 35) findet sich dies nicht mehr.

105 Zur Diskussion etwa K. Zemanek, What is ‚State Practice‘ and Who Makes It?, in U. Beyerlin u.a., *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt* (1995), 289; Kammerhofer, *Uncertainty in International Law* (Fußn. 20), 62-68.

106 Ansätze in der abweichenden Meinung von Richter Read im *Fisheries case*, ICJ Reports 1951, 116, 191 („The only convincing evidence of State practice is to be found in seizures, where the coastal State asserts its sovereignty over the waters in question by arresting a foreign ship and by maintaining its position in the course of diplomatic negotiation and international arbitration“); sehr eng auch ein südafrikanisches Urteil aus dem Jahr 1988 (Cape Provincial Division, *S v Petane*, 1988 (3) SA 51 (C), 61D-E („One must ... look for state practice at what states have done on the ground in the harsh climate of a tempestuous world, and not at what their representatives profess in the ideologically overheated environment of the United Nations where indignation appears frequently to be a surrogate for action“). Doch jenseits dieser Einzelfälle gilt (in den Worten Kammerhofers, *Uncertainty in International Law* Fußn. 20, 64): „few international lawyers would unambiguously deny the validity of verbal acts for the formation of customary law“.

107 Vgl. Parry (Fußn. 63), 168: „very often ... [a State’s] actions may consist only in pronouncements“.

108 Akehurst (Fußn. 2), 4.

Die Ausschlussthesen sind aber nicht nur praxisfern, sondern beruhen – zweitens – auf bloß behaupteten Grundannahmen über den Begriff der Staatenpraxis. Dass nur tatsächliches Handeln oder nur einzelfallbezogenes Verhalten maßgeblich sein soll, ist keinesfalls zwingend oder gar logisch. In der Praxis relevanter Rechtsanwender – internationaler Gerichte, internationaler Gremien, Staaten – findet sie keine Grundlage; diese akzeptiert keinen eng gefassten *numerus clausus* zulässiger Formen von Staatenpraxis.¹⁰⁹ Wie in der Auseinandersetzung mit den soeben diskutierten Trennungsthesen werden kategorische Unterscheidungen der Vielfalt der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung über das Gewohnheitsrecht nicht gerecht. Die Völkerrechtsgemeinschaft hat einen anderen Weg gewählt. Sie bezieht grundsätzlich alle Formen staatlichen Verhaltens in die Prüfung ein und misst ihnen dann im Einzelfall unterschiedliches Gewicht bei; die Frage ist demnach keine der Zulässigkeit eines bestimmten Beweismittels, sondern seines Beweiswertes.¹¹⁰ In der Abwägung mag das echte Handeln im Einzelfall mehr zählen als die abstrakte Stellungnahme. Doch ebenso gut mag im Einzelfall gelten, dass „[t]he firm statement by the State of what it considers to be the rule is far better evidence of its position than what can be pieced together from the actions of that country at different times and in a variety of contexts“.¹¹¹ Beide Erwägungen verdeutlichen, wie schwierig es ist, den Begriff der Staatenpraxis einzugrenzen. Gegenüber den kategorischen Ansätzen à la Thirlway oder d’Amato hat die Völkerrechtsgemeinschaft an einem weiten Praxis-Begriff festgehalten.

ee) Wiederbelebung der allgemeine Rechtsprinzipien

Dieselbe Präferenz für ein ‚offenes‘ Völkergewohnheitsrecht prägt schließlich auch die Reaktion der Völkerrechtsgemeinschaft auf einen Versuch, das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur anderen Quelle des nicht-vertraglichen Völkerrechts, den allgemeinen Rechtsprinzipien, neu zu bestimmen. Solche Bemühungen hat es jedenfalls in relevanten Teilbereichen des Völkerrechts gegeben. So schlugen Bruno Simma und Philip Alston vor, das allgemeine, nicht-vertragliche Völkerrecht im Bereich der Menschenrechte nicht als Völkergewohnheitsrecht zu begreifen, sondern unter dem Blickwinkel der allgemeinen Rechtsgrundsätze (im Sinne des Artikel 38(1)(c) des IGH-Statut) zu betrachten.¹¹² In Anbetracht der Verankerung der Menschenrechte in nationalen Verfassungsrechtsordnungen schien dies zumindest plausibel; vielleicht hätte es gar einen

109 Vgl. R. Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, Recueil des Cours 205 (1987), 246, 267: „There is no *numerus clausus* of State acts and State practice which are exclusively necessary or decisive for the creation and coming into force of customary law.“ In der Sache ähnlich, doch in der Begriffswahl kerniger, Ian Brownlie: er bezeichnet den Ansatz d’Amatos als „‚Rambo‘ superpositivism“ (Remarks, in Proceedings of the American Society of International Law 80 (1986), 154, 156).

110 So ausdrücklich die ILA in ihren Londoner Prinzipien (Fußn. 25, 13): „When defining State practice ... it is necessary to take account of the distinction between what conduct counts as State practice, and the weight to be given to it“; dies sei ähnlich zu verstehen wie die „well-known distinction in the law of evidence between the admissibility of evidence and its weight“.

111 Baxter, BYIL 1965-66 (Fußn. 5), 300. Um es an einem Beispiel der ILA (Fußn. 25, 14) zu illustrieren: „a ship might be arrested by a minor official without proper instructions“.

112 B. Simma/Ph. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, Australian Yearbook of International Law 12 (1992), 82. Ähnlich auch O. Schachter, *New Custom: Power, Opinio Juris and Contrary Practice*, in J. Makarczyk, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (1996), 531; H. Chodosh, *Neither Treaty Nor Custom: The Emergence of Declarative International Law*, Texas International Law Journal 26 (1991), 87; und – mit gleicher Zielrichtung, allerdings nuancierter Argumentation – Petersen (Fußn. 49), 285 ff.

Ausweg aus den ewigen Debatten über die gewohnheitsrechtliche Geltung der Menschenrechte in einer Welt der Menschenrechtsverstöße bieten können.¹¹³ Aber mit dem Abstand von fast 25 Jahren wird man konstatieren müssen: Auch dieser Vorschlag hat die Diskussion nicht grundlegend verändert. Es bleibt dabei: Rechtsgrundsätze fristen ein Mauerblümchendasein; das Gewohnheitsrecht dagegen dominiert: was nicht Vertrag ist, wird ihm zugerechnet. Es ist, um es mit Koskenniemi zu sagen, heute in der Tat die „generic category for practically all binding non-treaty standards“.¹¹⁴

Wenn Gewohnheitsrecht die zentrale Kategorie des nicht-vertraglichen Völkerrechts geblieben ist, dann ist das nicht zuletzt eine Folge seiner erfolgreichen Öffnung. Diese Öffnung wird in Debatten nicht immer ausdrücklich hervorgehoben; doch es reicht ein Blick in die Standardwerke der vergangenen Generation, um sich ihrer zu vergegenwärtigen. Die erfolgreiche Öffnung macht das Völkergewohnheitsrecht unübersichtlicher. Vor diesem Hintergrund kann man sämtliche der diskutierten Gegenentwürfe als Versuche begreifen, die Diskussion klarer zu strukturieren. Der Wunsch nach Ordnung und Brechenbarkeit ist verständlich; doch die vorgeschlagenen Abgrenzungslinien (Vertrag versus Gewohnheit; institutionalisiertes versus dezentrales Handeln; Taten versus Worte, etc.) waren und sind zu schematisch, um die Debatten über das Gewohnheitsrecht zu kanalisieren. Und so wirken die Bemühungen um ein geordnetes, berechenbares, an konkreter Praxis ausgerichtetes Völkergewohnheitsrecht in der Rückschau wie tapfere, aber letztlich erfolglose Rückzugsgefechte. Den Drang zur Öffnung haben sie nicht aufhalten können.

3. Derivatives Gewohnheitsrecht: Rechtsidentifikation im Wege der Ableitung

Wie die soeben beschriebene Öffnung, so kann auch der dritte Großtrend als Versuch gesehen werden, die Vorgaben der Zwei-Elemente-Lehre an das Gewohnheitsrecht flexibel und pragmatisch anzuwenden. Unter dem Einfluss der Rechtsprechung hat sich die Völkerrechtsgemeinschaft Formen des ‚derivativen Gewohnheitsrechts‘ zugewandt. Dieser Trend ist – anders als die in den vorangegangenen Abschnitten benannten – aber keinesfalls abgeschlossen, und er wird stärker als sie kritisiert.

a) Die praktische Bedeutung abgeleiteten Gewohnheitsrechts

Der Ausgangspunkt ist dabei durchaus nicht revolutionär: Derivatives Gewohnheitsrecht bleibt Gewohnheitsrecht, beruht auf Übung und Rechtsüberzeugung. Aber sein Nachweis wird erheblich einfacher. Der Rechtsanwender prüft das Vorliegen der beiden Voraussetzungen nicht selbst, sondern begnügt sich mit dem Hinweis auf die Einschätzung einer anderen Instanz, um sich typischerweise deren Urteil anzuschließen: der Identifikationsprozess wird delegiert.

113 So ausdrücklich Simma/Alston (Fußn. 112, 98): „Our own view would be that, instead of further manipulating the established concept of customary law based on an effective requirement of concrete practice, we ought to look for a different – and less damaging – way to explain the legal force of universally recognised human rights.“

114 M. Koskenniemi, Introduction, in *id.*, *Sources of International Law* (2000), xxi.

Aspekte dieses Prozesses sind oft beschrieben worden, zumeist (missverständlich¹¹⁵) als Wendung von der ‚Induktion‘ zur ‚Deduktion‘ bei der Feststellung des Gewohnheitsrechts,¹¹⁶ teils (recht mysteriös) als ‚interpretative approach to customary law‘.¹¹⁷ Die dahinter stehende Technik inspiriert das wissenschaftliche Schrifttum zu einer erfrischenden Bildsprache. Alain Pellet sieht den Verweis auf Dritte als ‚joker‘;¹¹⁸ Stefan Talmon spricht von einem ‚methodological shortcut‘ und – kritischer – von gewohnheitsrechtlichen Kaninchen, die aus dem Hut gezaubert werden.¹¹⁹

Ableitungen stehen und fallen mit der Autorität, auf die sich der Ableitende beruft. Das mag erklären, warum der Kreis der ‚Joker‘, deren Einschätzung für erheblich erachtet wird, bisher überschaubar geblieben ist. Orientiert man sich am Internationalen Gerichtshof als einem prominenten Rechtsanwender, so findet man vor allem Verweise auf drei der ‚üblichen Verdächtigen‘: Normen des Gewohnheitsrechts werden abgeleitet aus multilateralen Verträgen, aus Arbeiten der ILC und aus Entschlüssen von UN-Organen. Eine Automatik gibt es dabei nicht. Resolutionen (auch solche des Sicherheitsrates) oder ILC-Arbeiten müssen kein Völkergewohnheitsrecht wiedergeben, ebenso wenig Verträge: im zentralen Fall des modernen Gewohnheitsrechts, *North Sea Continental Shelf*, etwa reichte ein Vertrag als solcher eben nicht aus.¹²⁰ Aber Ableitungen sind doch ganz üblich geworden.

Oft ohne größeren argumentativen Aufwand hat der Gerichtshof etwa Bestimmungen der Seerechts-Übereinkommen von 1958 und 1982,¹²¹ der Verträge zum Diplomaten- und Konsularrecht¹²² oder des Genfer und Haager Kriegsvölkerrechts¹²³ für

115 Zutreffende Kritik bei Talmon (Fußn. 43), 15 ff. Missverständlich ist die These von der ‚Wendung zur Deduktion‘ aus drei Gründen, allesamt deutlich von Talmon benannt: Erstens bleibt es in methodischer Hinsicht eine ‚Induktion‘, wenn im sogenannten ‚modern custom‘ das Element der Rechtsüberzeugung hervorgehoben und der vermeintlich echten Staatenpraxis weniger Gewicht eingeräumt wird. Zweitens kommt keine induktive Analyse von Praxis und Rechtsüberzeugung ohne Vorverständnisse und deduktive Aussagen über die Bedeutung bestimmter Beweismittel und Beweismaße aus. Und drittens suggeriert die These von ‚Wendung zur Deduktion‘ fälschlicherweise eine chronologische Entwicklung. Der tatsächlichen Entwicklung des Identifikationsrechts entspricht das nicht: Vermutlich war kaum ein Rechtsanwender so ‚deduktiv‘ wie der StIGH. Und selten war der IGH so induktiv wie im deutsch-italienischen Streit über Staatenimmunität. In Talmons Worten (Fußn. 43, 17): „Deduction is not a modern phenomenon, and furthermore has hardly been used in recent years.“

116 Siehe beispielsweise Roberts (Fußn. 15), 757; W.T. Worster, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches*, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2014), 445; ähnlich auch § 102(2) des *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* (1987); Th. Meron, *The Humanization of International Law* (2006), 361.

117 Petersen (Fußn. 49), 278 ff.

118 Pellet (Fußn. 49), Rn. 238.

119 Talmon (Fußn. 43), 30 und 21.

120 ICJ Reports 1969, 3, 41-45 (paras. 70-80). Knapp vierzig Jahre später betonte der IGH im *Diallo*-Fall, dass Verträge nicht nur Grundlage derivativen Gewohnheitsrechts sein, sondern ebenso gut einen Umkehrschluss nahelegen können: ICJ Reports 2007, 582, 615 (para. 90).

121 So beispielsweise *Fisheries Jurisdiction*, ICJ Reports 1973, 3, 22 (para. 50) and 29 (para. 67); *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, ICJ Reports 1982, 18, 45-46 (para. 41-42); *Nicaragua*, ICJ Reports 1986, 14, 111 (para. 212); *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, ICJ Reports 1992, 351, 558 (para. 383); *Qatar v Bahrain*, ICJ Reports 2001, 40, 91 (para. 167); *Jan Mayen*, ICJ Reports 1993, 38, 59 (paras. 47-48), 62 (para. 55), 64-66 (paras. 59-62), 73-74 (para. 80).

122 Siehe etwa *Hostages*, ICJ Reports 1980, 3, 24 (para. 45); *Arrest Warrant*, ICJ Reports 2002, 3, 21 (para. 52); *Certain Questions of Mutual Assistance*, ICJ Reports 2008, 177, 238 (para. 174).

123 Vgl. *Nicaragua*, ICJ Reports 1986, 14, 113-114 (paras. 218-220); *Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, 226, 257 (para. 79); *Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Reports 2005, 168, 243 (para. 217); *Wall opinion*, ICJ Reports 2004, 136, 172 (para. 89).

Gewohnheitsrecht erklärt, von den beständigen Verweisen auf das Wiener Vertragsrechts-Übereinkommen¹²⁴ und seine Regeln zur Vertragsauslegung¹²⁵ ganz zu schweigen. Auch aus recht unpopulären Verträgen wie dem Wiener Staatenachfolge-Übereinkommen oder der Konvention über das Recht der nicht-schiffahrtlichen Nutzung internationaler Wasserläufe hat der IGH Gewohnheitsrechtssätze abgeleitet.¹²⁶ Unter den ILC-Arbeiten ragt das Marathon-Projekt zur Staatenverantwortlichkeit heraus,¹²⁷ das in einem jahrzehntelangen Prozess faktisch Gewohnheitsrecht entwickelt und konsolidiert hat.¹²⁸ Der Gerichtshof hat diesen Prozess begleitet und sanktioniert das Endprodukt der ILC-Arbeiten mit großer Regelmäßigkeit.¹²⁹

Im Vergleich zu ILC-Arbeiten und multilateralen Verträgen ist die Bezugnahme auf Resolutionen von UN-Organen recht selektiv. Die übergroße Mehrzahl der Generalversammlungs-Resolutionen hat der Gerichtshof bisher ignoriert, selbst wenn sie inhaltlich Anregungen hätten bieten können.¹³⁰ Inwieweit der Sicherheitsrat zur Fortent-

124 *Namibia*, ICJ Reports 1971, 16, 47; *Fisheries Jurisdiction*, ICJ Reports 1973, 3, 18; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980, 73, 95-96; *Gabčíkovo-Nagymaros*, ICJ Reports 1997, 7, 38 (para. 46); *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Mali), ICJ Reports 1986, 554, 563 (para. 17). Nur die dubiose Verfahrensvorschrift des Artikel 66 WVRK gibt nach Sicht des IGH kein Völkergewohnheitsrecht wieder (vgl. *Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Reports 2006, 6, 52, para. 125); in Anbetracht ihrer Komplexität mag man das erleichtert zur Kenntnis nehmen.

125 Siehe *ELSI*, ICJ Reports 1989, p. 15, 70-71 (para. 118); *Arbitral Award of 31 July 1989*, ICJ Reports 1991, 53, 70 (para. 48); *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, ICJ Reports 1992, 351, 582-583 und 586 (paras. 373, 380); *Territorial Dispute* (Libya/Chad), ICJ Reports 1994, p. 6, 21-22 (para. 41) und viele andere mehr.

126 Siehe etwa *Gabčíkovo-Nagymaros*, ICJ Reports 1997, 7, 56 (para. 85) (Wasserläufe) und 70-73 (paras. 122-124) (Staatenachfolge).

127 Doch auch auf andere Arbeiten der ILC hat der Gerichtshof Bezug genommen: siehe etwa *North Sea Continental Shelf* ICJ Reports 1969, 3, 33-35 (paras. 48-54) (Arbeiten zum Seerecht); *Agreement between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980, 73, 94-95 (para. 47) (Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen); *Kasikili/Sedudu Island*, ICJ Reports 1999, 1045, 1075-1076 (para. 49) (Vorarbeiten zur WVRK); *Qatar v Bahrain*, ICJ Reports 2001, 40, 76-77 (para. 113) (Schiedsverfahren); *Land and Maritime Boundary*, ICJ Reports 2002, 303, 430 (para. 265) (Vorarbeiten zur WVRK); *Jurisdictional Immunities*, ICJ Reports 2012, 99, 123 and 129-130 (paras. 56 and 69) (Staatenimmunität).

128 Vgl. J. Crawford, *The International Court of Justice and the Law of State Responsibility*, in Tams/Sloan (Fußn. 36), 71, 81: „The Articles [on State Responsibility] have encoded the way in which we think about responsibility“. Zum Prozess und den Rollen von ILC und IGH bei der Kodierung des Rechts der Staatenverantwortlichkeit siehe S. Villalpando, *Le codificateur et le juge face à la responsabilité internationale de l'État: interaction entre la CDI et la CIJ dans la détermination des règles secondaires*, *Annuaire français de droit international* 55 (2009), 39; C.J. Tams, *Law-Making in Complex Processes: The World Court and the Modern Law of State Responsibility*, in C. Chinkin/F. Baetens, *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (2015), 287.

129 Siehe nur *Gabčíkovo-Nagymaros*, ICJ Reports 1997, 7, 38-42 (paras. 47, 50-54), 46 (para. 58); *Ahmadou Sadio Diallo*, ICJ Reports 2007, 582, 599 (para 39); *Difference Relating to Immunity From Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Reports 1999, 62, 87 (para 62); *Bosnian Genocide case*, ICJ Reports 2007, 47, 202 und 209 (paras. 385 and 401); *Croatian Genocide case*, ICJ Reports 2008, 412, 459 (para. 127); *Wall opinion*, ICJ Reports 2004, 136, 195 (para 140).

130 Keine Berücksichtigung etwa hat bisher die – im Konsens angenommene – Resolution 42/22 (Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations) gefunden, die sicher Impulse zur Ausgestaltung des *ius ad bellum* hätte bieten können. Auch die ambitionierten Resolutionen über die Neue Weltwirtschaftsordnung (vgl. Fußn. 14) haben keinen echten Widerhall in der IGH-Rechtsprechung gefunden: vgl. beispielsweise *Armed Activities*, ICJ Reports 2005, 168, 251-252 (para. 244). Im *Nicaragua*-Urteil spricht der IGH insofern zutreffend von der „attitude of States towards certain General Assembly resolutions“ (ICJ Reports 1986, 14, 99, para. 188).

wicklung des Gewohnheitsrechts beitragen kann, wird diskutiert, und im Grundsatz spricht wenig dagegen.¹³¹ Doch in der Rechtsprechung hat dies bisher nur punktuell Niederschlag gefunden.¹³² Diese wird vielmehr wesentlich geprägt durch einzelne der ‚großen‘ Prinzipien-Erklärungen der Generalversammlung, die (vergleichbar der ILC-Arbeit zur Staatenverantwortlichkeit) zu festen Bezugspunkten geworden sind: die Aggressions-Definition mit ihrem Artikel 3(g) etwa,¹³³ doch vor allem die *Friendly Relations Declaration*, die der Gerichtshof im *Kosovo*-Gutachten in Gänze und ohne große Erörterung zu Völkergewohnheitsrecht erklärte.¹³⁴

Dies alles weist nur auf die Spitzen der Eisberge. Doch schon die wenigen Hinweise verdeutlichen die Bedeutung des derivativen Völkergewohnheitsrechts jedenfalls in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs. Eine Aussage des damaligen IGH-Präsidenten aus dem Jahr 2013 bestätigt diesen Eindruck: Laut Peter Tomka ist es für den Gerichtshof „often ... sufficient to look to the considered views expressed by States and bodies like the International Law Commission as to whether a rule of customary law exists“. Und weiter: „the use of general statements of rules“ ist heutzutage „prevalent“.¹³⁵ Völkergewohnheitsrecht vor dem IGH wird in aller Regel abgeleitet.

b) Die Kritik an Ableitungen – und ihre Schwäche

Diese Ableitungen rufen viel Skepsis hervor. Sie speist sich aus demselben Bestreben nach Berechenbarkeit und Ordnung, das der Kritik am ‚geöffneten‘ Identifikationsrecht zugrundeliegt.¹³⁶ Dazu tritt die Sorge, dass Staaten die Kontrolle über den Prozess der Gewohnheitsrechtssetzung verlieren, weil Normen durch Gremienbeschlüsse über ihren Kopf hinweg geprägt werden können. Diese Sorge erklärt wohl die bisweilen harsche Kritik am bloßen ‚Papier-Gewohnheitsrecht‘, das sich zwar schön lese, aber keine wirkliche Grundlage in echter Staatenpraxis habe¹³⁷: ein bloßer

131 O. Corten, *La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières*, *Revue belge de droit international* 37 (2004), 552.

132 Siehe jedoch das *Kosovo*-Gutachten, ICJ Reports 2010, 403, 437 (para. 81); und weitergehend *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1 (Motion for Interlocutory Appeal, 1995), para. 133.

133 Vgl. etwa ICJ Reports 1986, 14, 103 (para. 195).

134 ICJ Reports 2010, 403, 437 (para. 80). Ähnlich schon *Armed Activities*, ICJ Reports 2005, 168, 226 (para. 162). Im *Nicaragua*-Urteil war der Bezug noch enger, dort ging es lediglich um die Prinzipien des Gewaltverbots und der Nicht-Einmischung: ICJ Reports 1986, 14, 133 (para. 264).

135 Tomka (Fußn. 43), 197.

136 Vgl. III.2.b.

137 Besonders deutlich etwa Kelly (Fußn. 9), 453 ff. („non-empirical CIL“; „paper norms“); Posner/Bradley (Fußn. 137), 666 („new CIL ... lacks a proper pedigree in the consent of states“); Bradley/Goldsmith (Fußn. 49), 815; Dunbar (Fußn. 9); A. D'Amato, *Trashing Customary International Law*, *American Journal of International Law* 81 (1987), 102; Ph. Trimble, *A Revisionist View of Customary International Law*, *University of California, Los Angeles Law Review* 33 (1986), 665; skeptisch auch Weisburd (Fußn. 5); und Roberts (Fußn. 15), 769 („modern custom ... reflects ideal, rather than actual, standards of conduct“).

Innerhalb des US-amerikanischen Schrifttums hat dies zu heftigen Debatten geführt, ob abgeleitetes Gewohnheitsrecht weiterhin ohne Weiteres dem Bundesrecht zuzurechnen sei: zur Kritik im Detail Bradley/Goldsmith (Fußn. 49); C.A. Bradley, *The Status of Customary International Law in U.S. Courts – Before and After Erie*, *Denver Journal of International Law and Policy* 26 (1998), 807; C.A. Bradley, J.L. Goldsmith and D.H. Moore, *Sosa*, *Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie*, *Harvard Law Review* 120 (2007), 869; dagegen etwa B. Stephens, *Sosa*, *the Federal Common Law and Customary International Law: Reaffirming the Federal Courts' Power*, *Proceedings ASIL* 101 (2007), 261.

„Wunschzettel“ normativer Hoffnungen sei es, und „gefährlich“, weil es das Recht überdehne.¹³⁸

Stefan Talmons Analyse ist deutlich nuancierter. Sie benennt die Methode als ‚Behauptung‘ des Gewohnheitsrechts („assertion“) – behauptete Gewohnheitsrechtssätze sind die bereits erwähnten ‚gewöhnheitsrechtlichen Kaninchen‘.¹³⁹ Sie erkennt die immense Bedeutung der „Gewohnheitsrechtsbehauptung“; diese ist ‚the ICJ’s main method in dealing with custom‘.¹⁴⁰ Und sie betont zurecht, dass der IGH, wenn er es sich bei seinen Ableitungen oder Rechtsbehauptungen zu leicht macht, das Vertrauen seiner ‚Kunden‘ strapaziert.¹⁴¹

All dies ist sicher zutreffend, denn natürlich birgt die Hinwendung zum abgeleiteten Gewohnheitsrecht Risiken, und auf sie hinzuweisen, ist eine wichtige Aufgabe kritisch-begleitender Wissenschaft. Anders gewendet: Rechtsidentifikation per Behauptung kann kein Allheilmittel sein. So praktisch (und bequem) der Hinweis auf Resolutionen, Verträge oder sachkundige Studien sein mag, die Ableitung erfordert ein Werturteil, bleibt eigenständiger Schritt, der als solcher kenntlich gemacht werden sollte.¹⁴²

Jenseits dieser Minimalforderung aber lässt sich das Unbehagen über das derivative Gewohnheitsrecht kaum in feste methodische Vorgaben kanalisieren. Denn zum Einen ist jedenfalls der IGH (dessen Methode im Zentrum der Kritik steht) in der komfortablen Position, dass er durch seine Ableitung die Autorität des Referierten verstärkt. Erklärt der IGH, dass eine bestimmte UN-Resolution, eine Vertragsbestimmung oder eine von der ILC formulierte Bestimmung Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt, so verstärkt er damit deren Autorität und ergänzt sie um seine eigene. Wird die Aussage des IGH aufgegriffen, so kommt es zu einer gegenseitigen Verstärkung. Besonders deutlich ist dies im Verhältnis von IGH und ILC zu beobachten; die beiden Gremien haben wichtige Regeln des Gewohnheitsrechts (etwa im Bereich der Staatenverantwortlichkeit oder des diplomatischen Schutzes) ‚im Diskurs‘ präzisiert¹⁴³ und dadurch den Raum für alternative Sichtweisen beschränkt.¹⁴⁴ So lange die Völkerrechtsgemeinschaft den Aussagen des IGH über den Inhalt des Gewohnheitsrechts grundsätzlich eine „erstaunliche Ehrerbietung“ entgegenbringt,¹⁴⁵ bleibt die Kritik am vom IGH ‚erkannten‘ derivativen Völkergewohnheitsrecht stumpf.

138 Die Begriffe stammen von Fidler (Fußn. 25), 224.

139 Talmon (Fußn. 43), 21.

140 Talmon (Fußn. 43), 21.

141 Talmon (Fußn. 43), 30: „[The Court] must ... be careful not to overstep the limits of the method of assertion. If the Court’s assertions do not convince its clients, States may simply stay away from the Court.“

142 Vgl. J.K. Gamble, Jr., *The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview*, Texas International Law Journal, 16 (1981), 305, 310 („not self-verifying“); Wood, Third Report (Fußn. 19), para. 37 und 34 („Treaty texts alone cannot serve as conclusive evidence of the existence or content of rules of customary international law“); Schweisfurth (Fußn. 35), 577; Ipsen/Heintschel von Heinegg (Fußn. 23), 484 f., sowie für Resolutionen auch R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (1994), 28 („Resolutions cannot be a substitute for ascertaining custom: this task will continue to require that other evidences of state practice be examined alongside those collective acts evidenced in General Assembly resolutions“).

143 Viele Details dazu bei Crawford in Tams/Sloan (Fußn. 36), 71.

144 So beispielsweise bei der Anerkennung des völkerrechtlichen Notstands oder den Regeln über die Staatenverantwortlichkeit für Beihilfehandlungen; zu beiden Crawford in Tams/Sloan (Fußn. 36); so wie Tams (Fußn. 128).

145 Vgl. D.P. O’Connell, *International Law* (Bd. I, 2. Aufl., 1970) 32: „truly astonishing deference“. Herdegen (Fußn. 23, § 16/4) spricht von der „Katalysator-Wirkung“ internationaler Gerichtsentscheidungen;

Das zweite Problem der Kritik ist prinzipieller Natur. Bei allem Unbehagen über den leichtfertigen Einsatz argumentativer ‚Joker‘: Ganz ausblenden kann man andere Prozesse der Rechtsklärung – im Rahmen von Verträgen, innerhalb der UNO – aus der Diskussion über das Völkergewohnheitsrecht nicht; zumindest wird dies nicht ernsthaft gefordert. Und warum auch? Wenn Staaten per Vertrag Gewohnheitsrecht im wesentlichen festschreiben und präzisieren – warum sollte man sie nicht beim Wort nehmen? Wenn die UNO-Generalversammlung in einem langjährigen Prozess den Inhalt eines kontroversen Begriffes zu präzisieren versucht und das formulierte Ergebnis ihrer Arbeiten im Konsens annimmt – warum sollte dies bei der Prüfung des Gewohnheitsrechts *nicht* herangezogen werden? Gilt nicht hier Baxters Aussage, dass „[t]he firm statement by the State of what it considers to be the rule is far better evidence of its position than what can be pieced together from the actions of that country at different times and in a variety of contexts“?¹⁴⁶

Bereits diese Beispiele weisen auf die zweite Schwäche der Kritik hin. Auch Skeptiker kritisieren nicht die Möglichkeit der Ableitung als solcher, sondern lediglich die ihrer Ansicht nach zu gewagten Ableitungsprozesse. Bei aller dramatischen Rhetorik – den Warnungen vor Richterrecht,¹⁴⁷ vor Aushöhlung des Konsensprinzips¹⁴⁸ – betrifft der Streit das Ausmaß, die Modalitäten, (das ‚Wie‘ und ‚Wann‘) der Ableitung, und auch die schärfsten Kritiker im Schrifttum scheinen den Einfluss der ihnen zupass kommenden ‚Joker‘ durchaus zu akzeptieren.¹⁴⁹ Ganz aus dem Identifikationsprozess sollen Resolutionen oder Verträge offenbar nicht verdrängt werden; jedenfalls der ihnen vorausgehende Prozess der Rechtsklärung ist Katalysator echten staatlichen Verhaltens. Von dieser Erkenntnis hin zur Berücksichtigung des Endprodukts – der Resolution, des ILC-Entwurfs, des Vertrags – ist es aber nur ein kleiner Schritt. Bedenkt man die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, des Nachweises einer ‚weit verbreiteten‘ und ‚stetigen‘ sowie von der Rechtsüberzeugung begleiteten Staatenpraxis in einer Welt von zweihundert Staaten, so erscheint die Kritik an Ableitungen überzogen. Als Warnung vor zu großer Nonchalance im Umgang mit dem Gewohnheitsrecht sicher berechtigt; doch zur echten Umkehr zwingt sie nicht.

4. Auswirkungen auf das Völkergewohnheitsrecht

Standardisierung, Öffnung und Ableitungen prägen das moderne Identifikationsrecht, und sie verändern es. Das fortentwickelte Völkergewohnheitsrecht ist ein anderes als das der Baxters, Thirlways, Günthers und Guggenheims, und die Veränderungen sind deutlich markanter als bei anderen Quellen des Völkerrechts. Drei stechen hervor.

Verdross davon, dass die völkerrechtliche Judikatur gewohnheitsrechtliche Normen „außer Streit stelle“ (Fußn. 47, 647).

146 Baxter, BYIL 1965-66 (Fußn. 5), 300.

147 Talmon (Fußn. 43), 30 („the Court’s use of assertion as a method to determine rules of customary international law“ als „gateway for judicial legislation“).

148 Posner/Bradley (Fußn. 137), 666; Kelly (Fußn. 9), 492.

149 Siehe etwa Kelly (Fußn. 9), 490 (der Stellungnahmen gegen Völkermord und Sklaverei akzeptiert). Zur Bedeutung staatlichen Verhaltens im Rahmen der Entstehung von Resolutionen oder Verträgen schon oben, III.2.a. unter dem Gesichtspunkt der ‚Öffnung‘ des Gewohnheitsrecht.

a) *Fassbares, ‚gefiltertes‘ Gewohnheitsrecht*

Die erste Veränderung betrifft die Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts. Die Fortentwicklungen des Identifikationsrechts lassen das Völkergewohnheitsrecht unserer Zeit ‚gefiltert‘ erscheinen. Es hat sich vom tatsächlichen Verhalten entfernt, und es ist dabei zugleich fassbarer geworden.

Die vorstehenden Erörterungen machen deutlich, dass diese Entwicklung vielfach als Risiko gesehen wird: Resolutionen und Erklärungen etwa seien hilfreich, aber ein wesentlich auf sie gestütztes Gewohnheitsrecht büße Geltungskraft ein.¹⁵⁰ Aber dies ist doch nur ein Aspekt des Wandels. Der Trend hin zum Wort – weg vom ‚geliebten Real-Akt‘¹⁵¹ – ist doch auch ganz nachvollziehbar, und vielleicht ein Gebot praktischer Notwendigkeit. Die Völkerrechtsgemeinschaft, selbst die zwischenstaatliche, hat viele Foren, in denen über das Recht diskutiert wird, von Vertragsstaatenkonferenzen über die Generalversammlung samt ihrer Ausschüsse bis hin zum informellen Austausch zwischen Regierungen und ILC. In diesen wird der Inhalt des Völkerrechts ganz bewusst auch grundsätzlich, losgelöst von einzelnen Streitfällen, erörtert. Die Regeln zur Identifikation des Gewohnheitsrechts tragen dem Rechnung. Dies kann natürlich als Abkehr von der echten, harten Praxis gewertet werden. Ebenso gut aber kann man es als Versuch begreifen, den Diskurs über das Völkerrecht umfassend auszuwerten und in das Völkergewohnheitsrecht einfließen zu lassen. Im Sinne dieses zweiten Verständnisses kann man fragen: Warum sollte man den Kreis der Beweismittel begrenzen? Kann man es sich leisten, wenn doch die Zwei-Elemente-Lehre den Nachweis einer von Rechtsüberzeugung getragenen weit verbreiteten und stetigen Praxis verlangt – der aber, auch nach der vermeintlich sicheren, ‚induktiven‘ Methode typischerweise auf Grundlage einer sehr selektiven Auswahl staatlichen Verhaltens geführt wird?¹⁵² (Nochmals Crawford: „The problem with establishing customary international law is that it seems impossible.“¹⁵³) Öffnung und Ableitung machen die Anwendung des Identifikationsrechts etwas ‚weniger unmöglich‘ und das Völkergewohnheitsrecht handhabbarer. Und jedenfalls das aus Verträgen oder anderen Dokumenten abgeleitete Völkergewohnheitsrecht ist zudem deutlich fassbarer. Anstatt im dichten Nebel der auslegungsbedürftigen Praxis zu stochern, gehen Rechtsanwender von einer schriftlich fixierten Norm aus, deren gewohnheitsrechtlicher Charakter dann zu überprüfen ist.¹⁵⁴ Conforti spricht insoweit zurecht vom Trend zum „geschriebenen“ (vielleicht besser: „verschriftlichten“) Gewohnheitsrecht.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Siehe oben, III.3.b.

¹⁵¹ Zemanek (Fußn. 105), 306 („beloved ‚real‘ acts“).

¹⁵² Vgl. dazu schon oben, III.2.a. Nach Baxter (BYIL 1965-66, Fußn. 5, 297) bieten schriftliche Dokumente „much clearer and more direct evidence of the state of the law than the conflicting, ambiguous and multi-temporal evidence that might be amassed through an examination of the practice of each of the individual States“.

¹⁵³ Crawford (Fußn. 26), 49.

¹⁵⁴ Vgl. Baxter, BYIL 1965-66 (Fußn. 5), 297 („a structure of treaty law is more persuasive and authoritative than a structure constructed of the diverse and jumbled materials of State practice“); J. Kirchner, Thoughts About a Methodology of Customary International Law, Austrian Journal of Public International Law 43 (1992), 215, 231 („[treaties help] avoid the laborious task of forming general rules out of a sequence of individual acts. Instead, the Court can compare state practice with the contents of a rule previously drafted“).

¹⁵⁵ L. Condorelli, Customary International Law: The Yesterday, Today and Tomorrow of General International Law, in A. Cassese, *Realizing Utopia: The Future of International Law* (2012), 147, 151. Ähnlich

Um es zusammenzufassen: Natürlich bergen Öffnung und Rechts-Ableitung Risiken. Aber zugleich verleihen sie dem Diskurs über das Gewohnheitsrecht Konturen. Risiko und Chance sind hier zwei Seiten derselben Medaille.

b) *Indirekter Einfluss internationaler Organisationen*

Die zweite Veränderung betrifft den Kreis der Akteure, die auf die Gestaltung des Rechts Einfluss nehmen. Dabei bleibt eine der Gretchenfragen – die nach dem unmittelbaren Einfluss nicht-staatlicher Akteure – zunächst ausgeblendet:¹⁵⁶ Auch das fortentwickelte Völkergewohnheitsrecht bleibt im Grundsatz ein zwischenstaatliches. Aber auch auf das zwischenstaatliche Gewohnheitsrecht nehmen internationale Organisationen – die UN im allgemeinen, Spezialorganisationen in Teilbereichen – ganz erheblichen *indirekten* Einfluss. Sie sind erstens Foren des zwischenstaatlichen Diskurses: Orte der „erklärten“ Staatenpraxis und des Ausdrucks von Rechtsüberzeugung.¹⁵⁷ Und zweitens organisieren sie Rechtsklärungsprozesse, die den Diskurs prägen und zur Grundlage derivativen Gewohnheitsrechts werden können.¹⁵⁸ Und so ist es kein Zufall, dass die drei prominenten „methodological shortcuts“¹⁵⁹ allesamt über die Vereinten Nationen führen: Generalversammlungsresolutionen und ILC-Studien geben die Sicht von UN-Gremien wieder, während multilaterale Verträge, die herangezogen werden, ganz typischerweise unter Schirmherrschaft der UN verhandelt werden. Derivatives Völkergewohnheitsrechts bleibt zwischenstaatlich, doch es entsteht kaum je mehr an den Vereinten Nationen vorbei.

c) *Quellenübergreifende Rechtsentstehung*

Der dritte Wandel betrifft das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur anderen maßgeblichen Rechtsquelle des Völkerrechts, den Verträgen. Blickt man lediglich auf den Geltungsgrund, so bleiben beide deutlich getrennt.¹⁶⁰ Aber Normen des Völkergewohnheitsrechts gehen zunehmend aus einem integrierten Entstehungsprozess hervor, der nicht mehr klar zwischen Vertrag und Gewohnheitsrecht trennt. Der Prozess ist oft beschrieben worden;¹⁶¹ die typischen Beispiele sind weithin bekannt: Das materielle Recht der großen, fast universell ratifizierten Ordnungsverträge in den Bereichen des Konsular-, Diplomaten oder Seerechts gilt fast ausnahmslos auch als Gewohnheitsrecht.¹⁶² Gewohnheitsrecht ist *en passant* entstanden, als Nebenprodukt der langjäh-

auch Treves (Fußn. 92), Rn. 92; Kirchner (Fußn. 153), 231; sowie Danilenko (Fußn. 21), 79 („formalization of the customary law-making process“).

156 Zu ihr unten, IV.2.

157 Vgl. Oppenheim/Jennings/Watts (Fußn. 47), 31 („concentration of state practice now developed and displayed in international organisations“); Cassese (Fußn. 76), 165. Öberg spricht von den „extrinsic effects“ einer Resolution (Fußn. 96, 895 ff.).

158 In den Worten Froweins (Fußn. 97, 153): „Deklarationen ... kanalisieren und prägen die möglichen Auseinandersetzungen über die Bedeutung von Chartagrundsätzen oder allgemeinen Regeln des Völkerrechts.“

159 Vgl. Talmon (Fußn. 43), 30.

160 Zur Notwendigkeit einer Trennung siehe *Nicaragua*, ICJ Reports 1986, 14, 95 (para. 177): „There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content ... these norms retain a separate existence.“

161 Sehr klar beispielsweise von Schachter (Fußn. 92); und Danilenko (Fußn. 21), 130 ff.; knapper auch Hobe (Fußn. 35), 214.

162 Für Nachweise aus der IGH-Rechtsprechung siehe oben III.3.a.

rigen, erfolgreichen Kodifizierung. Gleiches kann auch gelten, wenn die universelle Ratifikation ausbleibt: Das Wiener Vertragsrechts-Übereinkommen etwa ist als Vertrag allenfalls mäßig erfolgreich,¹⁶³ doch als Konkretisierung des Gewohnheitsrechts ist es ein Triumph,¹⁶⁴ eventuell gar (in den Worten eines sonst nicht überschwänglichen Kommentators) eine „Bibel“.¹⁶⁵ Im Rückblick kann man sagen: ILC und Vertragsstaatenkonferenz haben in den 1950er und 1960er Jahre allgemeine Standards des Vertragsrechts erarbeitet; ob diese als Vertrag oder als Gewohnheitsrecht gelten, ist zumeist sekundär. In anderen Bereichen schließlich werden gescheiterte Vertragsprojekte auf dem Umweg über das Gewohnheitsrecht ‚gerettet‘: Neben den bereits erwähnten Übereinkommen zur Staatennachfolge und den Wasserläufen¹⁶⁶ gilt dies etwa für das Immunitäts-Abkommen von 2004; dieses bleibt (jedenfalls bisher) als Vertragsentwurf ohne rechten Zug, doch laut IGH¹⁶⁷ und EGMR¹⁶⁸ präzisiert es in relevanten Teilen das Völkergewohnheitsrecht.

Diese Beispiele illustrieren den allgemeinen Trend hin zum ‚verwobenen‘ Vertrags-Gewohnheits-Recht. Natürlich gibt es dabei rote Linien. Institutionelle Entscheidungen, Verfahrensfragen bedürfen der Regelung per Vertrag; die Zuständigkeit von Gerichten bleibt typischerweise an die Geltung eines zuständigkeitsbegründenden Vertrages *als Vertrag* gekoppelt.¹⁶⁹ Aber inklusive, gründliche Rechtsklärungsprozesse, wie sie die Arbeit der ILC oder die Vertragspraxis der Vereinten Nationen prägen, beeinflussen das materielle Recht quellenübergreifend. Für das Gewohnheitsrecht heißt das: Es bleibt zwar eigenständige Rechtsquelle, entsteht aber häufig aus integrierten Prozessen der Rechtsklärung.

163 Gut 45 Jahre nach Abschluss der Vertragsrechtskonferenz ist sie für 114 Staaten verbindlich (siehe <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>); damit rangiert sie in den ‚Charts‘ multilateraler Verträge bestenfalls im Mittelfeld. (Zum Vergleich: Das Cartagena-Protokoll über biologische Sicherheit ist binnen 15 Jahren von 170 Staaten ratifiziert worden, das Übereinkommen über die Errichtung eines Rates für die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens bindet 175 Staaten.)

164 Vgl. die Nachweise in Fußn. 124-125. In den Worten Kirsten Schmalenbachs: „most of the [Vienna] Convention’s provisions are today universally accepted“ (Art. 4 Rn. 6, in Dörr/Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012)

165 A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (3. Aufl., 2013), 6. Als ‚Bibel‘ ist das Wiener Vertragsrechts-übereinkommen allerdings recht kurz geraten; weite Teile des Vertragsrechts spart es aus: dazu C.J. Tams/A. Tzanakopoulos/A. Zimmermann, Introduction in *id.*, *Research Handbook on the Law of Treaties* (2014), xi-xii.

166 Vgl. Fußn. 126.

167 Siehe *Jurisdictional Immunities*, ICJ Reports 2012, 99, 123 (para. 55) (wo „the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention“ als „State practice of particular significance“ eingeordnet werden).

168 So heißt es im Urteil *Sabeh El Leil v. France* (Application 34869/05): „State immunity from jurisdiction is governed by customary international law, the codification of which is enshrined in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property of 2 December 2004“ (para. 18). Siehe zuvor bereits *Cudak v. Lithuania* (Application 15869/02) (paras. 64-67); *Oleynikov v. Russia* (Application 36703/04) (para. 66). Deutlich vorsichtiger dagegen der englisch-walisische Court of Appeal in *Benkharbouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33.

169 Jüngst dazu sehr deutlich: ICJ, *Croatian Genocide case*, Judgment of 3 February 2015, para. 87 (at www.icj-cij.org): „since Article IX [of the Genocide Convention] provides for jurisdiction only with regard to ‘the interpretation, application or fulfilment of the Convention, including ... the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III’, the jurisdiction of the Court does not extend to allegations of violation of the customary international law on genocide“.

IV. Strukturelle Herausforderungen

Die in den vergangenen Abschnitten beschriebenen Trends werden durchaus kritisch gesehen, doch sind die Prozesse der Standardisierung, Öffnung und Hinwendung zum derivativen Gewohnheitsrecht weit fortgeschritten. Die Fortentwicklung des Identifikationsrechts wirft eine ganze Reihe neue Fragen auf und bringt neue Herausforderungen mit sich. Zwei der großen, strukturellen Herausforderungen werden im Folgenden näher untersucht.

1. Die mangelnde ‚Prägenkraft‘ des Identifikationsrechts

Die erste Herausforderung folgt unmittelbar aus den soeben beschriebenen Entwicklungen des Identifikationsrechts, und sie betrifft seine ‚Prägenkraft‘. Diese ist gering, denn zwar wird über Völkergewohnheitsrecht innerhalb eines einheitlichen argumentativen Rahmens diskutiert, doch ist dieser so weit, dass Ergebnisse nur selten vorausgesagt werden können. Das Identifikationsrecht ist permissiv, flexibel – sehr viel geht, wenig muss.¹⁷⁰ Um die wesentliche Aspekte erneut zu benennen: Jedes staatliche Verhalten kann grundsätzlich herangezogen werden; Realakte sind nicht zentral; die Staatenpraxis muss eine allgemeine sein, keine universelle; es gibt keine Mindestdauer; aus Verträgen oder Resolutionen *kann* Gewohnheitsrecht abgeleitet werden, muss es aber nicht. Wer es mit Begriffen des Beweisrechts benennen will, mag sagen: Das Beweismaß ist nur vage bestimmt. Der Kreis der Beweismittel ist extrem weit. Alles ist einer Frage der Beweiswürdigung. Und der Prozess der Beweiswürdigung ist kaum konturiert: es gibt keine Vermutungsregeln; relativ wenig klare Anweisungen zur Handhabung des Identifikationsrechts; keine prinzipielle Trennung zwischen wichtigeren und weniger wichtigen Beweismitteln. Die Beweiswürdigung ist gänzlich frei. Und also ist es sehr schwer, auf der Basis des Identifikationsrechts Einigkeit über den Inhalt des Rechts zu erzielen.¹⁷¹ Das Identifikationsrecht gibt mit anderen Worten der Flexibilität den Vorzug vor starrer Ordnung des Prozesses.¹⁷² Wie so vieles, mag auch dies seiner vorwiegend richterlichen Prägung geschuldet sein. Ganz sicher ist es auch eine Folge des Festhaltens an einem einheitlichen Identifikationsrecht – *einem* Regime für das gesamte Gewohnheitsrecht, von Gebietskonflikten bis zum Umweltrecht.¹⁷³ Und ganz sicher kommt es dem IGH zugute, der das Gewohnheitsrecht in einer privilegierten Situation identifiziert, nämlich mit der Autorität eines Gerichts, und auf Grundlage detaillierter Argumente der Parteien.¹⁷⁴

170 In dieselbe Richtung (wenn auch höflicher formuliert) etwa Thirlway (Fußn. 35, 58) (‘Both constitutive elements [of custom] evidently leave considerable room for differing assessments’) und J. d’Aspremont, *Epistemic Forces in International Law* (2015), 73 (‘unprecedented argumentative leeway’).

171 Man mag darüber streiten, ob dies eine Folge der Fortentwicklung des Identifikationsrechts ist. Sicher haben die beschriebenen Trends der Öffnung und der Hinwendung zu Rechts-Ableitungen den Spielraum erweitert. Andererseits konkretisieren sie den Prozess der Gewohnheitsrechtsprüfung, der zunehmend auf verschriftlichte Aussagen bezogen ist. Bei allem ist zu nochmals zu betonen, dass der StIGH – als der erste regelmäßige Anwender des Gewohnheitsrechts – das Recht traumwandlerisch „fand“ (dazu oben III.1.b.).

172 Thirlway spricht von der ‚untidiness‘ des Gewohnheitsrechts (Fußn. 35, 59).

173 Dazu schon oben, II.

174 Vgl. J. d’Aspremont, *Customary International Law as a Dance Floor* (I), EJIL Talk!, 2014 (<http://www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-i/>): ‘Customary international law has always been valued for its flexibility by ... judges ... because they could easily promote its development’.

Außerhalb derart privilegierter Konstellationen aber stellt die Permissivität des Identifikationsrechts Rechtsanwender vor echte Schwierigkeiten. Um es zu wiederholen: So sehr die Debatten auf den IGH bezogen sind – Völkergewohnheitsrecht wird weltweit, und von Hunderten von Akteuren angewendet. Von einem nationalen Gericht, das über einen Arrestbeschluss wegen einer Forderung gegen eine ausländische Zentralbank zu befinden hat.¹⁷⁵ Von der Rechtsabteilung eines multinationalen Konzerns, der prüft, ob der Ausbeutung von Bodenschätzen in einem fernen Land gewohnheitsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Für die Wissenschaftlerin, die ein Gutachten über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes der israelischen Armee im Gaza-Streifen erstellt. Sämtliche dieser Rechtsanwender profitieren von der Flexibilität des Identifikationsrechts und leiden zugleich unter ihr. Denn wegen der Offenheit der meta-rechtlichen Vorgaben sind belastbare Prognosen über den Inhalt des Rechts nur schwer zu treffen. Dies ist das erste – und das praktisch bei weitem wichtigste – strukturelle Problem des Identifikationsrechts.

2. Die Rolle nicht-staatlicher Akteure

Das zweite strukturelle Problem ist konzeptionell spannender, wenn auch unter Umständen nicht von der gleichen praktischen Relevanz. Es betrifft die Rolle nicht-staatlicher Akteure bei der Identifikation des Völkergewohnheitsrechts.¹⁷⁶ Diese Frage führt zu den Grundlagen der Disziplin zurück – einer Disziplin, die sich einerseits für nicht-staatliche Akteure öffnet und sie zunehmend als direkt Berechtigte oder Verpflichtete begreift, die andererseits aber gerade im Bereich der Rechtssetzung die zentrale Rolle des Staates betont. In den Debatten über das Völkergewohnheitsrecht spiegeln sich beide Tendenzen wieder.

a) Indirekter Einfluss

Um die Debatte zu strukturieren, ist sinnvollerweise zwischen indirekten und direkten Einflussnahmen nichtstaatlicher Akteure zu trennen.¹⁷⁷ Indirekten Einfluss nehmen je-

175 Vgl. die komplexen Fragestellungen in BGH MDR 2013, 1122; oder *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, High Court, Queen's Bench Division [2005] EWHC 2239.

176 Dazu etwa die Beiträge in M. Noortmann/C. Ryngaert, *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers* (2010); I.R. Gunning, *Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights*, *Virginia Journal of International Law* 31 (1991), 211; A. Roberts/S. Sivakumaran, *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, *Yale Journal of International Law* 37 (2012), 107; C. Chinkin, *The Role of Non-Governmental Organisations in Standard Setting, Monitoring and Implementation of Human Rights*, in Norton u.a., *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds* (1998), 45; R. McCorquodale, *An Inclusive International Legal System*, *Leiden Journal of International Law* 17 (2004), 477; M. Bothe, *Private Normunternehmer im Völkerrecht: Gedanken zur Fortentwicklung des Völkerrechts durch nicht-staatliche Akteure*, in Hestermeyer u.a., *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (2012), 1399; S. Hobe, *The Role of Non-State Actors, in Particular of NGOs, in Non-Contractual Law-Making and the Development of Customary International Law*, in R. Wolfrum/V. Roeben, *Developments of International Law in Treaty Making* (2005), 319.

177 Neben den hier als ‚indirekt‘ und ‚direkt‘ bezeichneten Einwirkungsmöglichkeiten sind nicht-staatliche Akteure natürlich auch oftmals Impuls- oder Ratgeber im Rahmen der Rechtsentwicklung, etwa als Gesprächspartner von Staaten, Aktivisten oder Mitglieder staatlicher Delegationen. Auch dies mag man als Form der indirekten Einflussnahme bezeichnen. Doch weil sie schwer messbar sind und

denfalls internationale Organisationen in sehr weitem Maße – als Foren des Diskurses über das Gewohnheitsrecht, als Orte staatlichen Verhaltens, als *agenda setter*.¹⁷⁸ In aller Regel bleibt dabei staatliches Verhalten (Abstimmung, Erklärungen, Stellungnahmen) greifbar und Bezugsobjekt; daher ist diese Form des indirekten Einflusses recht unproblematisch.

Etwas schwieriger ist es, wenn nicht-staatliche Akteure sich zum Gewohnheitsrecht äußern und ihre Feststellungen dann zur Grundlage derivativen Gewohnheitsrechts werden. Jedenfalls für ausgewählte UN-Resolutionen und Studien der Völkerrechtskommission ist dies – wie gezeigt¹⁷⁹ – mittlerweile ganz üblich geworden. Könnte Studien oder Stellungnahmen anderer nicht-staatlicher Akteure ein ebensolcher Stellenwert zukommen? Sofern nicht-staatliche Akteure bewusst in Bemühungen um Normklärung einbezogen sind oder ihre Bemühungen von der internationalen Gemeinschaft aufgegriffen werden, ist die Frage sicher zu bejahen.¹⁸⁰ Denn – wie bei Resolutionen internationaler Organisationen – gibt es ja keinen Automatismus: das Resultat der Normklärung ist eine Stellungnahme zum Inhalt des Rechts, eine Bestandsaufnahme. Wird diese Stellungnahme – etwa wegen der Autorität des stellungnehmenden Gremiums oder des Umfangs des ausgewerteten Materials – zum Referenzpunkt, so nimmt sie Einfluss; mangelt es ihr an Ausgewogenheit, so wird sie im Diskurs über den Inhalt des Gewohnheitsrechts keine Spuren hinterlassen.¹⁸¹ Das permissive Identifikationsrecht hindert Rechtsanwender – den IGH, eine Regierung, ein nationales Gericht – nicht daran, auf Vorarbeiten bzw. Studien nicht-staatlicher Akteure zurückzugreifen und sich ihre Ergebnisse zu eigen zu machen. Das bietet viel Raum für indirekten Einfluss nicht-staatlicher Akteure, auch jenseits internationaler Organisationen.

Jedenfalls in Teilbereichen des Völker(gewohnheits)rechts zeigt die internationale Gemeinschaft auch keine Scheu im Umgang mit privaten Bemühungen um Normklärung. Aus jüngerer Zeit mag man an die Rotkreuz-Studie zum humanitären Völker(gewohnheits)recht,¹⁸² das *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber War-*

das staatliche Primat bei der Rechtssetzung unberührt lässt, wird sie im Folgenden nicht gesondert diskutiert. Viele Details bei A. Boyle/C. Chinkin, *The Making of International Law* 2007), 41 ff.; und bezogen auf NGOs bei S. Charnovitz, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, Michigan Journal of International Law 18 (1997), 183.

178 Vgl oben, III.4.b.

179 Siehe Abschnitt III.3.

180 Vgl. hierzu auch Roberts/Sivakumaran (Fußn. 176), 120 (Bezugnahme auf ‚State consent‘).

181 Jan Paulssons Beschreibung der (ebenfalls sehr unterschiedlichen) Fernwirkung von Urteilen auf den Prozess der Rechtsfortbildung passt auch hier: Manche Aussagen über den Rechtsinhalt ‚are destined to become ever brighter beacons‘, andere dagegen ‚flicker and die near-instant deaths‘ (vgl. J Paulsson, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty, Arbitration and International Law in A.J. van den Berg, ICCA Congress Series No. 13: International Arbitration 2006: Back to Basics?* (2007), 879, 881).

182 J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (2 Bde., 2005); und dazu etwa D. Fleck, *Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?*, *Humanitäres Völkerrecht* 22 (2009), 120; J.B. Bellinger/W.J. Haynes, *A US Government Response to the International Committee of the Red Cross’s Customary International Humanitarian Law Study*, *International Review of the Red Cross* 89/866 (2007), 443; J.M. Henckaerts, *Customary International Humanitarian Law: a Response to US Comments*, *International Review of the Red Cross* 89/866 (2007), 473; sowie die Beiträge von Daniel Bethlehem und Iain Scobbie in E. Wilmshurst/S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2011).

fare,¹⁸³ den inklusiven *Ruggie*-Prozess zur Klärung menschenrechtlicher Verpflichtungen von Unternehmen,¹⁸⁴ oder an das (von Staaten unter Einschluss anderer Akteure initiierte) *Montreux*-Dokument zum Status privater Sicherheitsfirmen denken.¹⁸⁵ Keines dieser Dokumente kann den Inhalt des Rechts verbindlich festschreiben; doch jedes von ihnen illustriert den potentiell erheblichen, *indirekten* Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das Gewohnheitsrecht.

b) *Direkte Einwirkung?*

Heikler ist die Frage nach dem möglichen *direkten* Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das Gewohnheitsrecht. Ob dem Verhalten nicht-staatlicher Akteure – also den Handlungen und Stellungnahmen von zwischenstaatlichen Organisationen, von ihren Organen, aber auch von NGOs, multinationalen Unternehmen oder Individuen – eigenständige Bedeutung bei der Feststellung des Gewohnheitsrechts zukommt, wird engagiert diskutiert. Die Anerkennung indirekter Einflussmöglichkeiten verringert die praktische Bedeutung der Frage erheblich; doch bleibt sie jedenfalls konzeptionell herausfordernd – schon weil so viel vom Vorverständnis, den Grundannahmen über die Verfasstheit der Völkerrechtordnung, abhängt. Also: Sollte ein Rechtssystem, das nicht-staatliche Akteure als Rechtssubjekte anerkennt, diese nicht auch in den Rechtssetzungsprozess einbinden?¹⁸⁶ Oder bleibt die direkte Einwirkung auf die Gewohnheitsrechts-Entwicklung den originären Völkerrechtssubjekten vorbehalten?¹⁸⁷

Die eine, richtige und ewiggültige Antwort auf diese Frage gibt es nicht. Einerseits ist das Rechtssetzungsmonopol der Staaten nirgendwo festgeschrieben; im Bereich der anderen relevanten Rechtsquelle – den völkerrechtlichen Verträgen – ist es lange aufgegeben.¹⁸⁸ Andererseits kann man natürlich zwischen Völkerrechtssubjektivität – der Möglichkeit, Träger direkter Rechte und Pflichten zu sein – und der direkten Mitwir-

183 M.N. Schmitt u.a., *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (2013); dazu u.a. D. Fleck, Searching for International Rules Applicable to Cyber Warfare – A Critical First Assessment of the New Tallinn Manual, *Journal of Conflict and Security Law* 18 (2013), 331; M. Roscini, Cyber Operations and the Use of Force in International Law (2014), 30-32.

184 *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/17/31 (Annex) (2011); dazu M.K. Addo, The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Human Rights Law Review* 14 (2014), 133, insbesondere 145 ff.

185 *The Montreux Document: On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict* (Annex to UN Doc. A/63/467-S/2008/636); vgl. dazu beispielsweise C. Seiberth, Private Military and Security Companies in International Law (2013), vor allem 123 ff.; und auch knapp H.H. Koh, Twenty-First-Century International Lawmaking, *Georgetown Law Journal* 101 (2013), 725, 744 f.

186 In diese Richtung etwa McCorquodale (Fußn. 176), 479-480 („A ‚subject‘ of the international legal system ... [as] one which has direct rights and responsibilities under that system, can bring international claims and ... is able to participate in the creation, development, and enforcement of international law.“)

187 So u.a. A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (2006), 28 („I recognize the importance of nonstate actors and their influence without suggesting that they have achieved the role of law-maker.“)

188 Siehe D.B. Hollis, Why State Consent Still Matters – Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law, *Berkeley Journal of International Law* 23 (2005), 137, 172: „Sub-state, supranational, and extra-national actors have all demonstrated a capacity to negotiate and conclude treaties in their own names.“ Internationale Organisationen etwa sind heute ganz selbstverständlich in die völkerrechtliche Vertragspraxis einbezogen: die UN ist an circa 1500 Verträge gebunden, die EU an rund 2000 (vgl. mit Nachweisen Ph. Webb, *Treaties and International Organisations: Uneasy Analogies*, in Tams/ Tzanakopoulos/ Zimmermann (Fußn. 165), 567).

kung am Rechtssetzungsprozess trennen: sehr wohl könnten nicht-staatliche Akteure Träger von Rechten und Pflichten sein, an deren Zustandekommen sie nicht direkt beteiligt sind.¹⁸⁹ Zwingend ist hier also wenig; die Grundsatzfrage muss schlichtweg von der Völkerrechtsgemeinschaft entschieden werden. Weil es ihr an geordneten Verfahren zur Klärung derartiger Grundsatzfragen fehlt, sollte man nicht auf eindeutige Antworten hoffen, sondern sich (ebenso wie bei den Debatten über die Völkerrechtssubjektivität) auf einen langwierigen Klärungsprozess einstellen.¹⁹⁰

Zwei Überlegungen legen nahe, dass der Klärungsprozess die große Glaubensfrage – ‚Ist das Verhalten nicht-staatlicher Akteure direkt relevant?‘ – differenziert beantworten wird. Die erste Überlegung betrifft nur einen kleinen Teilbereich des Problems, nämlich das ‚staats-vertretende‘ Verhalten nicht-staatlicher Akteure, die in den internationalen Beziehungen auftreten, weil Staaten ihnen dazu Kompetenzen verliehen haben. (Man denke beispielsweise an das Handeln der EU im Bereich ihrer ausschließlichen oder jedenfalls betätigten Zuständigkeit.) Hier wäre es ungeschickt, wenn Staaten sich der Öffnung verweigerten.¹⁹¹ Vielmehr sollte es im ureigenen Interesse der Mitgliedsstaaten liegen, das Handeln ‚ihrer‘ Organisation für relevant zu erklären – schon weil sie sich sonst des Einflusses auf die Gewohnheitsrechtsbildung beraubten. Genereller mag man sagen, dass nicht-staatliche Akteure dann direkt auf die Gewohnheitsrechtsbildung Einfluss nehmen können sollten, wenn sie anstelle von Staaten – also gleichsam ‚staats-vertretend‘ – agieren.¹⁹² Diese Überlegung betrifft nur einen kleinen Teil des Problems, aber illustriert die Notwendigkeit differenzierter Ansätze.

Außerhalb der Bereiche des ‚staats-vertretenden‘ Handelns könnte eine Differenzierung am Gedanken der Rechtsunterworfenheit anknüpfen. Vielleicht wäre es sinnvoll, den Nexus zwischen Rechtssetzungsbefugnis und Rechtsunterworfenheit neu zu überdenken.¹⁹³ Ein differenzierender Ansatz würde dann zwischen unterschiedlichen Arten von Gewohnheitsrechtsnormen unterscheiden. Bei Normen, die lediglich Staaten verpflichten oder berechtigen, wäre nur das Verhalten von Staaten direkt relevant. Dagegen sollte bei Normen, die Staaten und nicht-staatliche Akteure direkt berech-

189 Dies ist im modernen Verständnis der Völkerrechtssubjektivität angelegt: wenn „entities capable of possessing international rights and duties“ Rechtspersönlichkeit zukommt (so Christian Walter im Einklang mit der ganz überwiegenden Sicht: *Subjects of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), para. 1), dann kommt es auf die Mitwirkung an der Rechtssetzung ja gerade nicht an. In den Worten Jean d’Aspremonts (Fußn. 170, 123): „these [non-State] actors may well now have formal international legal personality derived from their rights and duties, but that [development] has not endowed them with any formal and actual law-making powers“. Wie d’Aspremont klarstellt (ebd., 121-126), sind Mitwirkung an der Rechtssetzung und Rechtspersönlichkeit erst im Laufe des 20. Jahrhunderts entkoppelt worden; das Gutachten des IGH zu *Reparations for Injuries* (ICJ Reports 1949, 4) hatte auch insofern eine befreiende Wirkung.

190 Detailliert wird dieser nachvollzogen in J.E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law* (2004); R. Portmann, *Legal Personality in International Law* (2011).

191 Insofern mag es nicht immer zutreffen, dass „States jealously guard their lawmaking powers as a key attribute of statehood, making them generally resistant to the idea of sharing such powers with any nonstate actors“ (so aber Roberts/Sivakumaran (Fußn. 176), 107).

192 Sehr deutlich Treves (Fußn. 92, para. 52) „When, as in the case of the [European Union], the international organization replaces, in whole or in part, its Member States in international relations, its practice may be relevant in broader areas [than of just the legal subjects that are directly relevant to its participation in international relations].“ Ähnlich – bezogen auf „den eigenständigen Beitrag ‚starker‘ Organisationen wie der UNO oder der EU“ auch von Arnauld (Fußn. 35), Rn. 258.

193 Zur Trennung der beiden Aspekte im Zuge der Debatten des 20. Jahrhunderts siehe die Verweise in Fußn. 189.

tigen oder verpflichten, auch die Praxis und Überzeugung der potentiell betroffenen nicht-staatlichen Akteure direkt relevant sein. Rechtssetzungsbefugnis wäre danach an Rechtsunterworfenheit geknüpft.¹⁹⁴ Das zwischenstaatliche Völkergewohnheitsrecht bliebe staatlich gesetzt; das subjekt-übergreifende Gewohnheitsrecht – etwa im humanitären Völkerrecht (Rebellen) oder den Menschenrechten (Bindung internationaler Organisationen) – basierte auf einer breiteren Grundlage.

Diese zweite Überlegung ist keinesfalls zwingend. Doch sie würde die Debatte über die Rolle nicht-staatlicher Akteure im Gewohnheitsrecht deutlich entschlacken und einem jedenfalls im Grundsatz klaren Ansatz folgen. Die aus ihr resultierende partielle Rechtsstellung nicht-staatlicher Akteure – also Rechtssetzungsbefugnis begrenzt durch den Gedanken der Rechtsunterworfenheit – ist zudem aus Debatten über die Völkerrechtssubjektivität vertraut. Und insoweit sie die direkte Relevanz nicht-staatlichen Verhaltens auf das zwischenstaatliche Gewohnheitsrecht begrenzt,¹⁹⁵ bliebe nicht-staatlichen Akteuren die Möglichkeit der indirekten Einflussnahme. So mag die zweite Überlegung einen sinnvollen Mittelweg weisen.

V. Die aktuelle Arbeit der ILC: Ausblick und Schluss

Die vorstehenden Überlegungen zur Fortentwicklung des Identifikationsrechts sind bewusst generell gehalten. Doch trotz ihrer Generalität lassen sich aus ihnen Folgerungen für die derzeitige Bemühungen der ILC um die Identifikation des Gewohnheitsrechts ableiten. Diese sind, um es zu wiederholen, pragmatisch ausgerichtet: Rechtsanwendern will die ILC Orientierung bieten – „authoritative guidance for those called upon to identify customary international law, including national and international judges“.¹⁹⁶ Ob ihr das gelingen wird, ist nach den bisherigen Genfer Debatten noch offen.¹⁹⁷ Doch lassen diese zumindest erkennen, wie die ILC ihre Aufgabe versteht, welche Akzente sie setzt. Vor diesem Hintergrund abschließend drei Überlegungen zur aktuellen Überarbeitung des Identifikationsrechts.

1. Konsolidierung des Richterrechts

Legt man die bisherigen Berichte und Debatten zugrunde, so versteht und verfolgt die ILC ihr Ziel bisher recht vorsichtig. Orientierung bieten will sie, indem sie Schlussfolgerungen – *conclusions* – zum Identifikationsrecht annimmt, die zusammen einen Leitfaden ergeben. Dieser geht vom Grundsatz der Einheitlichkeit des Identifikationsrechts aus und bekräftigt ihn dadurch zugleich.¹⁹⁸ Zwar könne es beim Nachweis des Gewohnheitsrechts Unterschiede zwischen Teilbereichen des Völkerrechts geben.

194 Varianten dieses Arguments finden sich bei A. Clark Arend, *Legal Rules and International Society* (1999), 43; C. Ochoa, *The Individual and Customary International Law Formation*, *Virginia Journal of International Law* 48 (2007), 119; M. Sassòli, *Taking Armed Groups Seriously: Ways To Improve Their Compliance with International Humanitarian Law*, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 1 (2010), 5.

195 Vgl. dazu Roberts/Sivakumaran (Fußn. 176), 123.

196 Vgl. UN Doc. A/66/10, Annex A, para. 4.

197 Die nachfolgenden Ausführungen berücksichtigen die Entwicklung bis zum Frühsommer 2015, d.h. die ILC Debatten der Jahre 2011-2014 und die ersten drei Berichte des Spezialberichterstatters.

198 Zur Fragestellung schon oben, II.1.

Doch im Kern folge die Identifikation des Gewohnheitsrechts einheitlichen Regeln. Die folgende Aussage des Spezialberichterstatters aus der Frühphase des Projekt ist programmatisch und suggeriert, dass die Kommission sich – wie schon bei früheren Projekten – als Anwalt des allgemeinen Völkerrechts sieht und Fragmentierungstendenzen entgegentritt:

„It is the view of the Special Rapporteur that, given the unity of international law and the fact that international law is a legal system, it is neither helpful nor in accordance with principle, for the purposes of the present topic, to break the law up into separate specialist fields. The same basic approach to the formation and identification of customary international law applies regardless of the field of law under consideration.“¹⁹⁹

Inhaltlich orientiert sich die ILC bisher stark an der IGH-Rechtsprechung. Vielleicht ist ‚Orientierung‘ sogar ein zu schwacher Begriff: Fast erscheint es, als sehe die ILC sich als Glossator der IGH-Rechtsprechung. Denn zwar enthalten die verschiedenen Berichte detaillierte Hinweise auf das Schrifttum. Doch sind die Kernaussagen zum Identifikationsrecht nahezu ausnahmslos der Rechtsprechung des IGH entnommen, die erläutert, geordnet und konsolidiert wird.²⁰⁰ *Draft conclusion 2* etwa schreibt die Zwei-Elemente-Lehre fest;²⁰¹ *draft conclusion 6* bekennt sich zum weiten, geöffneten Konzept der Staatenpraxis; *draft conclusion 8* betont, dass Gewohnheitsrechtssätze auch binnen kurzer Zeit entstehen können.²⁰² Wohin man bisher blickt: erläuterte IGH-Rechtsprechung.

Dies mag die bisherigen Arbeiten der ILC als handwerklich solide Studie, aber vielleicht etwas konservativ erscheinen lassen.²⁰³ Dies zumal, da der Spezialberichterstatter und die Kommission immer wieder betonen, sie wollten allzu kreativen Verständnissen des Gewohnheitsrechts entgegenwirken.²⁰⁴ Doch sollte man sich davon nicht täuschen lassen. Denn zum einen kann die ILC auch als als Glossator des IGH Sinnvolles leisten, und es ist recht sicher, dass ihr konsolidierender Ansatz Erfolg haben wird. Allein die Bündelung der verstreuten IGH-Rechtsprechung wird für Klarheit sorgen; zumal wenn sie in einen lesbaren, praxistauglichen (und nicht gar zu langen²⁰⁵) Leitfaden mündet, der der großen Zahl der Rechtsanwender als Referenz dienen kann. Und ganz

199 Wood, Introductory Note (Fußn. 19), para. 22. Im dritten Bericht heißt es: „the essential nature of customary international law as a general practice accepted as law must not be distorted“ (Wood, Third Report, Fußn. 19, para. 17).

200 Noch in seinem ersten Bericht hatte sich der ILC-Spezialberichterstatter zur Rolle des IGH deutlich verhaltener geäußert („offers valuable guidance“): Wood, First Report, Fußn. 19, para 54.

201 Siehe die Formulierung im Zwischenbericht des Redaktionsausschusses (Fußn. 52). In seinem dritten Bericht hebt der Spezialberichterstatter erneut den „general support among members of the Commission for the ‚two element‘ approach“ hervor und betont, dass beide getrennt zu prüfen seien („in seeking to ascertain whether a rule of customary international law has emerged, it is necessary to consider and verify the existence of each element separately“) (Wood, Third Report, Fußn. 19, paras. 4, 14).

202 Vgl. die Formulierungen im Zwischenbericht des Redaktionsausschusses (Fußn. 52).

203 So die Einschätzungen von Bodansky (Fußn. 1) und E.T. Swaine, Identifying Customary International Law: First Thoughts on the ILC’s First Steps, AJIL Unbound (<http://asil.org/blogs/identifying-customary-international-law-first-thoughts-ilc%E2%80%99s-first-steps>).

204 Siehe etwa First Report (Fußn. 19, paras. 97-100) (sehr kritische Sicht auf ‚kreative‘ Ansätze in der Wissenschaft); Second Report (Fußn. 19, paras. 33, 45) (Staaten als zentrale Akteure im Rechtssetzungsprozess); Third Report (Fußn. 19, paras. 31 et seq.) (deutliche Hervorhebung der Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und multilateralen Verträgen).

205 Dies ist banal, aber verdient Erwähnung, weil ein anderer Leitfaden der ILC – zu Vertragsvorbehalten– einschließlich der erläuternden Kommentierungen im Laufe jahrelanger Debatten auf insgesamt 600 Seiten angewachsen ist: vgl. UN Doc.A/66/10/Add. I.

sicher wird ein von der IGH-Rechtsprechung inspirierter ILC-Leitfaden eine Quelle großer Autorität sein. Denn die Erfahrung mit bereits abgeschlossenen Projekten – etwa im Bereich der Staatenverantwortlichkeit und des diplomatischen Schutzes – zeigt, dass der geballten Autorität des ‚Tandems‘ IGH/ILC jedenfalls im Kernbereich des allgemeinen Völkerrechts kaum ein Kraut gewachsen ist.

Zum anderen ist die IGH-Rechtsprechung – wie im Hauptteil dargelegt²⁰⁶ – eben keinesfalls nur restriktiv oder konservativ. Wenn die ILC die wesentlichen Entwicklungslinien des richterlich geprägten Identifikationsrechts aufgreift, dann stabilisiert sie damit die vom IGH maßgeblich geprägten Trends zur Öffnung und Ableitung. Erwähnung verdient dies, weil gerade der Spezialberichtersteller immer wieder die bewahrende Funktion der ILC-Arbeiten hervorhebt: Sein Hauptziel scheint es zu sein, dem Völkergewohnheitsrecht seine sichere Basis zurückzugeben, die durch allzu ‚kreative‘ Ansätze gefährdet sei.²⁰⁷ Diese Positionierung mag plausiblen taktischen Überlegungen geschuldet sein. Aber sie ist insofern zumindest missverständlich, weil die ILC eben keinesfalls nur allzu großer Kreativität entgegentritt, sondern sich auch ganz deutlich zum geöffneten Völkergewohnheitsrecht bekennt und keinen Versuch macht, die Bedeutung derivativen Gewohnheitsrechts einzudämmen. Mit anderen Worten: Was die ILC unter dem Banner der Rückbesinnung konsolidiert, ist das Völkergewohnheitsrecht fortentwickelter, moderner Prägung.²⁰⁸

2. Fortentwicklung des Identifikationsrechts

Doch muss sich die Kommission nicht auf die Konsolidierung des Richterrechts beschränken. Der ILC-Prozess mit seiner Einbindung von Staaten, UN-Gremien und (gerade bei diesem Projekt) auch der Wissenschaft bietet eine große Chance, das Identifikationsrecht nicht – wie die Rechtsprechung – anhand von Einzelfällen und kasuistisch, sondern *systematisch*, fortzuentwickeln. Raum für mehr Systematik gibt es in vielen Bereichen des Identifikationsrechts; doch sollen hier nur zwei Ansätze aufgezeigt werden.

(i) Zum einen die konzeptionell spannende Frage nach der Rolle nicht-staatlicher Akteure bei der Entwicklung des Gewohnheitsrechts. Hier ist – wie oben dargelegt²⁰⁹ – das Recht im Fluss, weil die Position nicht-staatlicher Akteure in der Völkerrechtsordnung generell noch nicht befriedigend geklärt ist. Von der ILC wird man im Rahmen

206 Siehe Abschnitt III.

207 So etwa im ersten Bericht: „other approaches to customary international law, sometimes referred to as ‚modern‘, have sought to reinterpret the constitutive elements of customary international law and, consequently, to reframe it as a source of international law. ... [S]traying even further from the ordinary notion of customary law, [some writers] have ... relax[ed] the practice requirement to a minimum and concentrating instead on the *opinio juris* element, as manifested predominantly in statements made in international fora. This ... approach, which stands at the core of ‚modern custom‘ as the term is presently understood, ultimately turns the ascertainment of ‚new customary international law‘ into a normative exercise rather than a strictly empirical one“ (Wood, First Report, Fußn. 19, para. 98).

208 Sehr deutlich in diesem Sinne D.M. DeBartolo, Identifying International Organizations’ Contributions to Custom, AJIL Unbound (<http://asil.org/blogs/identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom>): „Wood’s Second Report is notable for its expansive conception of ‚practice.‘ Wood rejects the restriction of practice to situations within the domain of international relations, to actual incidents or episodes, and to physical conduct. ... The Drafting Committee followed Wood’s approach...“.

209 Abschnitt IV.2.

eines Projekts zu einer Rechtsquelle keine eindeutige Antwort erwarten, aber unter Umständen auf Impulse hoffen dürfen, die die weitere Diskussion beleben.

Und Impulse bietet die bisherige Diskussion durchaus, und zwar im Sinne einer sehr *zaghaften Öffnung* hin zu nicht-staatlichen Akteuren bei gleichzeitiger *Differenzierung* zwischen Akteuren und Verhaltensformen. Dabei gibt sich die Kommission auf den ersten Blick ganz bewahrend und staatstragend. *Draft conclusion* 4(1) betont ausdrücklich das Primat der Staaten: „it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.“²¹⁰ Wirklich kontrovers ist das nicht, doch ist die ausdrückliche Feststellung als Signal gedacht.

Nichtsdestotrotz öffnet sich die Kommission – jenseits der Signale, und zaghaft – jedenfalls bestimmten Formen nicht-staatlichen Handelns. Indirekte Bedeutung haben diese als Katalysator, als Bündelung oder als indiziell bedeutsame Auswertung staatlichen Handelns. Was den direkten Einfluss anbetrifft, will die Kommission differenzieren: Internationale Organisationen sollen trotz des Primats des Staaten direkten Einfluss auf das Gewohnheitsrecht nehmen. Dabei will der Spezialberichtersteller weiter differenzieren zwischen dem ‚operativen Handeln‘ internationaler Organisationen, die durchaus staatlichem Handeln vergleichbar seien, und ihrem sonstigen Handeln.²¹¹ Und das (‚staats-vertretende‘²¹²) Handeln internationaler Organisationen im Bereich ausschließlicher Hoheitsrechte wird gar ausdrücklich staatlichem Handeln gleichgesetzt.²¹³ Andere nicht-staatliche Akteure sollen hingegen auf indirekte Einflussnahmen beschränkt bleiben.²¹⁴

Schon der knappe Überblick verdeutlicht, dass die ILC keinen konzeptionell neuen Ansatz, sondern eine Politik der kleinen Schritte verfolgt. Für Euphorie wird diese nicht sorgen; die Arbeit der ILC reflektiert die fortdauernde Unsicherheit der Völkerrechtsgemeinschaft im Umgang mit nicht-staatlichen Akteuren. In Teil-Aspekten aber kann sie durchaus klärend wirken: in der Privilegierung internationaler Organisationen gegenüber anderen nicht-staatlichen Akteuren; in der Differenzierung nach Handlungsform (operatives versus sonstiges Handeln) und in der Anerkennung des Konzepts des ‚quasi-staatlichen‘ (bzw. ‚staats-vertretenden‘) Handeln im Bereich übertragener Hoheitsrechte. Große Würfe sind dies sicher nicht, aber sinnvolle Fortentwicklungen des Rechts auf der ‚Mikro-Ebene‘.

(ii) Klare Orientierung für die Rechtsanwender: ausgehend von diesem Ziel könnte die ILC das Identifikationsrecht auch in ganz praktischer Hinsicht fortzuentwickeln versuchen. Sie könnte sich bemühen, das permissive Identifikationsrecht, in dem so vieles geht, aber kaum etwas muss, zu konturieren, zu verdichten, es fassbarer auszugestalten. Dies ginge auf Kosten der (gerade vom IGH geschätzten) Flexibilität bei der

210 Zwischenbericht des Redaktionsausschusses (Fußn. 52). Zum Hintergrund Wood, Second Report (Fußn. 19), 33 ff.

211 Wood, Third Report (Fußn. 19), paras. 76-77. Zum ‚operativen Handeln‘ zählen etwa die Rechtsdurchsetzung durch den UN-Sicherheitsrat oder die Depositartätigkeit des Generalsekretärs (ebd.).

212 Dazu schon oben, IV.2.b.

213 Wood, Second Report (Fußn. 19), para. 44 (‘The practice of those international organizations (such as the European Union) to which Member States sometimes have transferred exclusive competences, may be equated with that of States, since in particular fields such organizations act in place of the Member States’); Third Report (Fußn. 19), para. 77.

214 In seinem dritten Bericht schlägt der Spezialberichtersteller vor, ausdrücklich festzuschreiben, dass „[c]onduct by other non-State actors is not practice for the purposes of formation or identification of customary international law“ (Third Report, Fußn. 19, 79).

Rechtsfindung. Doch insbesondere Rechtsanwendern, die – wie nationale Gerichte – mit dem Völkergewohnheitsrecht nur unregelmäßig in Berührung kommen, würde die ILC das Leben sicher erleichtern.²¹⁵

Dichter, konturierter würde das Identifikationsrecht vor allem, wenn es klarere Vorgaben an Beweismittel, Beweiswert und Beweiswürdigung machte. Um es mit einem Schlagwort zu benennen: Der ILC-Leitfaden könnte als ‚Kleiner Katechismus‘ für Rechtsanwender geschrieben werden, die sich nicht in der privilegierten Position des IGH befinden. Als Kleiner Katechismus sollte er nicht nur die Permissivität des Identifikationsrechts hervorheben, sondern klare Anweisungen zu seiner Anwendung im Alltag geben.

Die bisher diskutierten und vorgeschlagenen *draft conclusions* geben insoweit allerdings wenig Grund zur Hoffnung. Immer wieder bekräftigt die Kommission die Bedeutung eines flexiblen Identifikationsrechts.²¹⁶ In *draft conclusion* 6 stehen die verschiedenen, heterogenen Formen der Staatenpraxis nebeneinander. *Draft conclusion* 4 zur Rolle internationaler Organisationen bleibt nebulös: „in certain cases“ könne deren Praxis relevant sein. In der im dritten Bericht vorgeschlagenen *draft conclusion* 13 betont der Spezialberichterstatter, dass Entschließungen internationaler Organisationen für sich genommen kein Gewohnheitsrecht bilden können. Doch jenseits dessen heißt es recht lapidar, Entschließungen könnten „in some circumstances, be evidence of customary international law or contribute to its development“.²¹⁷ Alle diese – und viele weitere – Bestimmungen bleiben bewusst vage und offen; sie sind geprägt vom Wunsch nach Flexibilität. Dieser ist natürlich nachvollziehbar, zumal sich die Kommission durch ihr Festhalten am Grundsatz des einheitlichen Identifikationsrechts der Möglichkeit bereichsspezifischer Präzisierungen – zum gewohnheitsrechtlichen Menschenrechtsschutz, zum Gewohnheitsrecht der Immunität, etc. – begibt. Und dennoch mag man der Kommission ein wenig mehr Mut wünschen, das Identifikationsrecht nicht nur in seiner ganzen Permissivität abzubilden, sondern stärker zu konturieren. Vielleicht geschieht dies in detaillierten, meinungsfreudigen Erläuterungen zu den *conclusions*. Und vielleicht orientiert sich die ILC in der zweiten Hälfte ihres Gewohnheitsrechts-Projekts am Vorbild der ILA, die in ihren Londoner Prinzipien sehr viel klarere Aussagen zum Wert bestimmter Beweismittel machte und sich nicht scheute, das Identifikationsrecht fortzuentwickeln.²¹⁸ Die normalen Rechtsanwender, die – wie

215 Gerade diese sollen von der Arbeit der ILC profitieren: vgl. UN Doc. A/68/10, para. 68: „It was envisaged that such an outcome [conclusions with commentaries] would be of practical assistance to judges and lawyers, particularly those who may not be well versed in public international law.“

216 Wie hoch Spezialberichterstatter und Kommission den Wert der Flexibilität einschätzen, wird aus zwei Aussagen aus dem Jahr 2014 deutlich: In seinen einleitenden Bemerkungen zur Debatte zeigte sich der Spezialberichterstatter „fully aware of the complexities involved in the topic and the need to approach it with caution so as to ensure, in particular, that the flexibility of the customary process was preserved“. Die Debatte selbst ließ die „general view of the Commission“ erkennen „that the work on this topic should not be unduly prescriptive, as the flexibility of the customary process remained fundamental“ (UN Doc. A/68/10, paras. 68 and 73).

217 Wood, Third Report (Fußn. 19), para. 54.

218 Um es am Beispiel der Entschließungen internationaler Organisationen zu verdeutlichen: Die ILA akzeptierte etwa eine (widerlegliche) Vermutung, wonach deklaratorische Resolutionen der UN-Generalversammlung Gewohnheitsrecht wiedergäben; vgl. Prinzip 29 der *London Principles* (Fußn. 25) („Resolutions of the General Assembly expressly or impliedly asserting that a customary rule exists constitute rebuttable evidence that such is the case.“) Prinzip 32 sah für Ausnahmefälle sogar vor, dass Generalversammlungs-Resolutionen unmittelbar Gewohnheitsrecht erzeugen könnten.

die ILC zurecht betont – durch das bisher mysteriöse Gewohnheitsrecht verunsichert werden, würden es der Kommission sicher danken.

3. Grenzen des Identifikationsrechts

Ein Letztes: Auch eine sehr mutige ILC wird das Identifikationsrecht nicht vollständig entmystifizieren. Auch nach Ende ihres Projekts wird die Diskussion über das Gewohnheitsrecht „ebenso umfangreich wie nie abgeschlossen“ bleiben.²¹⁹ Das liegt – um zu den Ausgangspunkten zurückzukommen – nicht zuletzt daran, dass das Gewohnheitsrecht auf verschiedenen Ebenen verunsichert: nicht nur ist das Identifikationsrecht schwer fassbar; auch viele der konkreten Gewohnheitsrechtssätze sind inhaltslos und vage.²²⁰

Das ILC-Projekt mag das Identifikationsrecht konsolidieren und vielleicht gar konturieren. Aber die Debatten über den Inhalt konkreter gewohnheitsrechtlicher Normen wird das nicht beenden. So lange Hunderte von Akteuren Völkergewohnheitsrecht anwenden müssen; so lange es keine klaren Hierarchien gibt, die das falsche vom richtigen Verständnis scheiden: so lange wird die Debatte über den Inhalt des Gewohnheitsrechts lebendig bleiben. Ein abschließender, quellen-übergreifender Blick auf die Methoden zur Identifikation von Vertragsinhalten durch Auslegung mag das erhellen. Die Auslegung von Verträgen folgt einem völlig standardisierten Ansatz.²²¹ Sämtliche Rechtsanwender – vom WTO-Panel über Staaten und Gerichte bis zu menschenrechtlichen NGO – wenden die Auslegungsregeln der Artikel 31-33 WVRK bzw. ihr gewohnheitsrechtliches Pendant an.²²² Aber diese vollständige Einigkeit löst konkrete Auslegungsprobleme nur sehr bedingt. Man muss nicht besonders methodenkritisch sein, um zu fragen, ob die Artikel 31-33 WVRK überhaupt Einfluss auf die Vertragsauslegung haben: Sie geben das Prozedere vor, kaum je Ergebnisse; auch ihre ‚Prägenkraft‘ ist begrenzt.²²³

219 Vgl. Bernhardt (Fußn. 10), 50.

220 Vgl. Abschnitt I.2.

221 Diese Übereinstimmung ist durchaus beachtlich, bedenkt man die hitzigen Debatten auf der Wiener Staatenkonferenz, insbesondere die Kritik der US-Delegation um Myres McDougal an den angeblich „wortlaut-fixierten“ Wiener Auslegungsregeln. Vgl. zur Debatte R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2008), 71 ff.

Christoph Schreuers Aussage trifft den Kern: „it is already a major achievement that the principles of interpretation contained in Articles 31-33 of the VCLT are today practically universally accepted. Let us not forget that these principles were at one time hotly contested not least during their drafting in Vienna in 1969“ (Comment, in Hofmann/Tams, *International Investment Law and General International Law – From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, 2011, 71); ähnlich auch Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2. Aufl., 1984), 154. Zu den ‚Wiener‘ Debatten knapp M.E. Villiger, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009), Artikel 31 Rn. 5; sowie detaillierter Sinclair, 114 ff.

222 Eine beiläufige Aussage des Schiedsgerichts im *Iron Rhine*-Verfahren (RIAA, vol. XXVII, 35) illustriert das Ausmaß der Vereinheitlichung. In seinen Vorüberlegungen zu anwendbaren Auslegungsstandards erklärte das Schiedsgericht: „There is no case after the adoption of the Vienna Convention in 1969 in which the International Court of Justice or any other leading tribunal has failed [to apply the VCLT rules on interpretation]“ (para. 45).

223 Auch hierzu Schreuer (Fußn. 221, 71), dessen auf Investitionsschutzverträge bezogene Aussage allgemeingültig ist: „I have rather limited confidence in the capacity of the VCLT to produce predictable results and hence to contribute to uniformity in the interpretation of treaties. Different tribunals, even if they faithfully apply Articles 31-33 of the VCLT, are likely to reach different results. Therefore, the usefulness of the VCLT as a tool for the harmonization of practice in the application of investment treaties is limited.“

Für die Debatten über die Identifikation des Gewohnheitsrechts mag dies als Warnung vor allzu großer Erwartung dienen. Auch ein ambitioniertes ILC-Projekt – ein umfassender ‚Katechismus‘ mit detaillierten Erläuterungen im Kommentar-Teil – wird die Identifikation des Völkergewohnheitsrechts nicht zur exakten Wissenschaft machen. So wie die Vertragsauslegung bleibt auch die Identifikation des Gewohnheitsrechts immer ‚more art than science‘.²²⁴ Echte Klarheit über den Inhalt des Völkergewohnheitsrechts wird die internationale Gemeinschaft auch weiterhin anders erzielen: Durch die bewährte Technik der Kodifikation, die vom Diplomatentrecht über das humanitäre Völkerrecht bis zum Seerecht auf dutzenden Feldern größere Klarheit über den Inhalt von Rechten und Pflichten gebracht und das Völkerrecht zugleich fortentwickelt hat. Und durch die neuere, oftmals zweckmäßigere Technik der schriftlichen Fixierung des Rechtsinhalts in unverbindlichen Dokumenten, wie im Bereich der Staatenverantwortlichkeit oder bei den Vertragsvorbehalten. Für die Debatte über das Identifikationsrecht heißt das: Wir sollten engagiert und mit Eifer diskutieren, aber auch im Wissen um die Begrenztheit dessen, was wir tun!

224 Vgl. ILC, Draft Articles on the Law of Treaties, YbILC 1966 II, 218.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Christian J. Tams, Glasgow

Ausgangspunkte

1. Völkergewohnheitsrecht zu identifizieren, stellt eine Herausforderung dar. Zum Einen stellen sich viele der allgemeinen Probleme der Rechtsidentifikation – Offenheit des Rechts; Vielzahl der Rechtsanwender; mangelnde Steuerung des Identifikationsprozesses – in besonderem Maße. Zum Anderen ist das Regime der Rechtsidentifikation (das ‚Identifikationsrecht‘) selbst unklar. Dieser zweiten, spezifischen, Herausforderung widmet sich die UN-Völkerrechtskommission („ILC“) seit 2011 mit ihrer Arbeit zur ‚Identification of Customary International Law‘; (nur) ihr sind die nachfolgenden Überlegungen gewidmet.

Gewohnheitsrechtliches Identifikationsrecht als Richterrecht

2. Das gewohnheitsrechtliche Identifikationsrecht ist bisher nie systematisch ausgestaltet worden. Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts und Artikel 38(2) des StIGH-Statuts dienen seit fast einhundert Jahren als Bezugspunkte, doch „in den interessanten und wichtigen Zweifelsfällen läßt uns das Statut des Weltgerichtshofs weitgehend im Stich“ (R. Bernhardt). Die Völkerrechtsgemeinschaft geht stillschweigend davon aus, dass alles Völkergewohnheitsrecht im Grundsatz nach einheitlichen Regeln festzustellen sein soll. Sie hat aber bisher davon abgesehen, dieses einheitliche Identifikationsrecht (etwa in einem multilateralen Vertrag oder einer deklaratorische Resolution der Generalversammlung) festzuschreiben: Es fehlt für den Bereich des Gewohnheitsrecht an einem Pendant zur Wiener Vertragsrechtskonvention.

3. Den normativen Freiraum haben andere Akteure genutzt. Private Restatements (etwa die *ILA London Principles*) und Schrifttum beeinflussen das Identifikationsrecht stärker als andere Bereiche des Völkerrechts. Die zentralen Impulse zu seiner Ausgestaltung sind jedoch von der Rechtsprechung des (Ständigen) Internationalen Gerichtshofes ((St)IGH) ausgegangen. Aufgrund ihrer begrenzten Zuständigkeit und geringen Nutzung haben sich StIGH und IGH nur relativ selten zu konkreten Normen des Völkergewohnheitsrechts äußern können. Das Identifikationsrecht aber wird bisher durch die Rechtsprechung dominiert und weist typische Merkmale des Richterrechts (Lückenhaftigkeit, Unübersichtlichkeit, Flexibilität, Sprunghaftigkeit) auf.

Inhaltliche Fortentwicklung des Identifikationsrechts

4. Seinem Inhalt nach hat sich das Identifikationsrecht in den vergangenen Jahrzehnten unter Einfluss der internationalen Rechtsprechung erheblich fortentwickelt. Dieser Fortentwicklung liegt ein pragmatisches Verständnis des Völkergewohnheitsrechts zugrunde, das aktuelle Debatten prägt und den Raum für theoretische Alternativentwürfe beschränkt. Drei Entwicklungslinien sind bedeutsam:

5. (i) Operationalisierung: Die Anerkennung der ‚Zwei-Elemente-Lehre‘ – mit einer grundsätzlich getrennten Prüfung von Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung – hat den Prozess der Rechtsidentifikation strukturiert. In der Diskussion über Dichte, Einheitlichkeit und Dauer von Übung und Rechtsüberzeugung hat die Völkerrechtsgemein-

schaft weitgehende Einigkeit über abstrakt formulierte Erfordernisse erzielt („allgemeine“ bzw. „weit verbreitete“ Übung, aber „keine Universalität“, „gewisse Dauerhaftigkeit“, etc.). Auch kontroverse Debatten werden innerhalb eines weitgehend akzeptierten argumentativen Rahmens geführt.

6. (ii) Öffnung: Der Kreis der Beweismittel, auf den der Nachweis des Gewohnheitsrechts gestützt werden kann, wird denkbar weit gefasst. Bemühungen um die Privilegierung (Stichwort: „Taten statt Worte“) oder den Ausschluss bestimmter Formen staatlichen Verhaltens (Vertragspraxis, Verhalten in internationalen Organisationen, Entscheidungen nationaler Gerichte, etc.) sind erfolglos geblieben. Grundsätzlich kann jedes zurechenbare staatliche Verhalten dem Nachweis des Gewohnheitsrechts dienen; die Frage nach dem Beweiswert wird zentral.

7. (iii) Derivatives Völkergewohnheitsrecht: Die entscheidende Veränderung des Identifikationsrechts liegt in der Hinwendung zu Formen „derivativen Völkergewohnheitsrechts“, d.h. der Ableitung des Gewohnheitsrechts aus anderen Prozessen der Rechtsklärung. Hier ersetzt der Hinweis auf die Einschätzung eines kompetenten Gremiums (der ILC, der UN-Generalversammlung, des Sicherheitsrates, einer Vertragskonferenz) die eigenständige Prüfung von Übung und Rechtsüberzeugung. Eine solche Ableitung – aus Verträgen, deklaratorischen Resolutionen oder ILC-Texten – ist nicht zwingend, aber ermöglicht einen stark vereinfachten Nachweis des Gewohnheitsrechts. Prinzipiellen Bedenken begegnet dies kaum noch; Kritik entzündet sich an allzu leichtfertigen, gar automatischen, Ableitungen.

8. Diese Fortentwicklungen haben das Völkergewohnheitsrecht insgesamt handhabbarer gemacht, zugleich aber seinen Charakter verändert. Gewohnheitsrechtliche Normen beruhen zunehmend auf erklärtem, gefiltertem Verhalten staatlicher Organe, das die „geliebten ‚Real-Akte‘“ (K. Zemanek) überlagert. Koordinierte Verfahren der Rechtsklärung schaffen normative Bezugspunkte. Zugleich verliert das Völkergewohnheitsrecht an Autonomie, ist oftmals Produkt eines allgemeinen Diskurses über völkerrechtliche Rechten und Pflichten. Die Foren dieses Diskurses – allen voran internationale Organisationen – gewinnen einen erheblichen indirekten Einfluss auf die Rechtsentstehung.

Offene Fragen

9. Wichtige Aspekte des Identifikationsrechts bleiben ungeklärt. Manche Unklarheit resultiert aus der erfolgreichen Fortentwicklung. So hat das Identifikationsrecht im Zuge seiner Öffnung an Prägekraft verloren. Der argumentative Rahmen, innerhalb dessen diskutiert wird, ist denkbar weit: Alles kann Beweismittel sein; das Beweismaß ist nur vage definiert; und so wird alles zu einer Frage der Beweiswürdigung. Ein derart permissives Identifikationsrecht macht Entscheidungen über Völkergewohnheitsrecht in starkem Maße abhängig von der Beurteilung des Rechtsanwenders. Außerhalb hierarchisch strukturierter Entscheidungsprozesse ist der Inhalt des Rechts nur schwer zu bestimmen.

10. Grundsätzlicher ist die Frage nach dem Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das Gewohnheitsrecht. Im Lichte der bisherigen Entwicklung liegt es, das Verhalten zwischenstaatlicher Organisationen im Bereich übertragener Souveränitätsrechte nicht nur (indirekt) als Erscheinungsform mitgliedstaatlichen Verhaltens heranzuziehen, sondern (direkt) als relevante Praxis und Ausdruck einer möglichen Rechtsüberzeugung.

11. Das Verhalten anderer nicht-staatlicher Akteure hat dagegen kaum je direkten Einfluss auf die Bildung zwischenstaatlichen Gewohnheitsrechts. Es kann die Identifikation des Gewohnheitsrechts allerdings indirekt beeinflussen. In Teilbereichen des Völkerrechts haben Staaten nicht-staatliche Akteure bewusst in Prozesse der Rechtsklärung einbezogen, aus denen Gewohnheitsrecht abgeleitet werden kann. Gleiches gilt für Studien kompetenter nicht-staatlicher Akteure. Diese haben nicht automatisch Gewicht, doch verdeutlichen Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit (IKRK-Studie, *Tallinn Manual*, etc.) den potentiellen indirekten Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das zwischenstaatliche Völkergewohnheitsrecht.

Folgerungen für die Arbeit der ILC

12. Die ILC bemüht sich bisher vor allem um eine Konsolidierung des Identifikationsrechts auf Basis der IGH-Rechtsprechung. Dieser begrenzte Ansatz verspricht begrenzten, aber gewissen Erfolg: Das ‚Tandem ILC-IGH‘ kann immensen Einfluss auf die Ausgestaltung des allgemeinen Völkerrechts nehmen. Ein ILC-Leitfaden, der die oben beschriebenen Fortentwicklungen des Identifikationsrechts bündelt, kann der Vielzahl der Rechtsanwender sinnvolle Orientierung bieten und Debatten über Völkergewohnheitsrecht standardisieren.

13. Es bleibt zu hoffen, dass die ILC das Identifikationsrecht nicht nur konsolidiert, sondern auch fortentwickelt. Eine weitere Öffnung hin zur Praxis internationaler Organisationen schreibe die IGH-Rechtschreibung sinnvoll fort. Klarere Orientierung für Rechtsanwender aber brächten vor allem Aussagen zum Gewicht bestimmter Beweismittel, möglicherweise auch Faustregeln und widerlegbare Vermutungen. Derartige Konkretisierungen würden die (durchaus geschätzte) Flexibilität des Identifikationsrechts mindern und den Beurteilungsspielraum der Rechtsanwender einschränken. So lange die Völkerrechtsgemeinschaft am Prinzip des einheitlichen Identifikationsrechts für das gesamte Völkergewohnheitsrecht festhält, sind ihnen enge Grenzen gesetzt. Jedenfalls nationale Gerichte aber würden von einem ‚verdichteten‘ Identifikationsrecht profitieren.

14. Bei allem Streit – und bei aller Hoffnung auf die Arbeit des ILC – ist der begrenzte Einfluss des Identifikationsrechts auf die Feststellung von Norminhalten zu bedenken. Im Bereich des Vertragsrechts hat die Verständigung auf einheitliche Auslegungsregeln den Spielraum zulässiger Vertragsauslegung nur bedingt verringert. Ebenso gilt: Auch ein ambitionierter ILC-Leitfaden wird die Identifikation des Gewohnheitsrechts nicht zur exakten Wissenschaft machen. Klarheit über den Inhalt konkreter gewohnheitsrechtlicher Normen wird die Völkerrechtsgemeinschaft auch in Zukunft vor allem durch Kodifikation oder schriftliche Fixierung des Gewohnheitsrechts erzielen.

Summary

by Prof. Dr. Christian J. Tams, Glasgow

Starting points

1. The identification of customary international law presents challenges. Many regular problems of identifying the content of legal rules arise acutely (such as: some rules are inherently vague; large numbers of actors have to apply them; structured processes for reaching agreement on their content often do not exist, etc.). Moreover, the legal regime governing the identification of customary international law (the ‘identification regime’) itself is in dispute. This second challenge, which is specific to custom, is currently being addressed by the UN International Law Commission, and it forms the subject of the present inquiry.

The identification regime as judge-made law

2. The identification regime (which forms itself part of customary international law) has so far never been spelled out systematically. For nearly a century, much of the analysis has proceeded from Article 38(1)(b) of the Statute of the ICJ and its predecessor norm, Article 38(2) of the PCIJ Statute; yet the text of these provisions provides fairly little guidance: as observed by Rudolf Bernhardt, ‘with respect to real questions of interest and import, the Statute of the World Court largely fails us’. The international legal community seems generally to assume that customary rules ‘across the board’ should be subject to a unitary regime (a matter that requires much further debate). However, it has so far refrained from setting out, in accessible form, the content of this regime. There is, e.g., no ‘Vienna Convention on Customary International Law’ (or a similar treaty), and neither has the subject been addressed in declaratory resolutions of the UN General Assembly.

3. Other actors have sought to fill this normative vacuum. Private restatements (notably the ILA’s *London Principles*) and academic writings are of significance; they have exercised greater influence on the law in this area than in other fields. Yet their influence pales in comparison to that of another actor, viz. the International Court of Justice. Through decades of jurisprudence, the ICJ and its predecessor, the PCIJ, have shaped our understanding of the regime governing the identification of custom. Due to the limited reach of their jurisdiction, PCIJ and ICJ have not that frequently been able to pronounce on particular rules of customary international law. Yet the identification regime, for all intents and purposes, is ‘judge-made’; and it reflects the typical features of casuistic law-making (incompleteness, complexity, flexibility, volatility, etc.).

The evolving nature of the identification regime

4. Shaped by international jurisprudence, the identification regime has evolved significantly over the past decades. Trends summarised in the following are premised on a pragmatic understanding of customary international law; three of them stand out:

5. (i) Operationalising customary international law: The identification of customary norms follows the ‘two-element approach’, which has become dominant since 1945, and

which requires a separate assessment of practice and *opinio juris*. As regards the density, consistency and duration of practice and *opinio*, there is relatively broad agreement on abstract threshold requirements ('generality'/'widespread character', as opposed to 'universality'; a 'certain', but 'no particular duration', etc.). While the status of particular norms of custom remains a matter of controversy, there is a large measure of agreement on the parameters of debate.

6. (ii) Opening up: A highly diverse range of materials can be used as evidence of a customary rules. There have been many attempts to privilege particular forms of evidence ('real acts versus mere verbal acts') or to exclude others (conduct relating to treaties; conduct within international organisations; domestic court decisions, etc.), but none of them has met with real success. In principle, all forms of attributable State conduct can be used as evidence of custom; as a consequence, the real question concerns the weight to be given to it.

7. (iii) Towards derivative custom: Increasingly, custom is not established by reference to practice and *opinio*, but 'derived' from other processes of legal clarification: the acceptance of such forms of 'derivative custom' is the most significant change in the identification regime. Derivative custom draws on views of other qualified actors about the state of the law, among them the ILC, UN organs (General Assembly, Security Council) or diplomatic conferences. Of course, the views of these actors need not reflect custom; yet reliance on them can considerably simplify the identification of custom. In the ICJ's jurisprudence, 'derivative custom' now assumes huge practical relevance. Few commentators today categorically rule out that other processes of legal clarification (within the UN, within the ILC, etc.) can assist in the identification of custom. However, mere 'assertions' of custom meet with criticism.

8. The three trends described in the preceding paragraphs affect the character of customary international law. Rules of custom are increasingly based on declarations and other forms of 'filtered' State conduct; by contrast, the 'beloved real acts' (Zemanek) are of lesser relevance. Organised processes of legal clarification (notably within the UN) increasingly yield tangible, written evidence that helps focus debates about custom, and can serve as the basis of derivative custom. Where customary rules emerge from such organised processes, custom becomes difficult to distinguish from other sources of international law; it is the product of a general discourse about the law. The fora of this discourse – notably international organisations – indirectly influence the identification of custom.

Open questions

9. Important aspects of the identification regime remain disputed; in part, this is due to the trends just described. Notably, the move towards a more 'open' regime renders customary international law less predictable. As the range of materials that can be relied on is so wide, and as the threshold requirements are so vague ('widespread practice', a 'certain duration', etc.), nearly everything depends on how the available evidence is assessed and evaluated. The identification regime is highly permissive, and highly dependent on the approach taken by the law-applier. Outside structured processes (court proceedings, ILC studies, UN debates), agreement on the content of a customary rule is difficult to reach.

10. Debates about the role of non-State actors in the process of identifying custom raise more fundamental questions. While the relevant practice remains primarily that of States, international organisations have a considerable indirect influence as fora of the debates and sites of Member State conduct. Where States have conferred powers upon international organisations that act on their behalf, the conduct of these organisations should be of direct relevance for debates about custom.

11. Other non-State actors, as a general matter, have no direct impact on the development of customary international law. However, they too can influence customary international law indirectly. Especially where non-State actors engage in processes of legal clarification or development, their considered views can become points of reference, and the basis of rules of derivative custom. While this influence is not automatic, recent experience with non-State initiatives such as the *Tallinn Manual* or the ICRC study illustrates its potential strength.

Consequences for the ILC's work

12. So far, the ILC in the main seeks to consolidate the existing identification regime as developed largely through the ICJ's jurisprudence. This relatively modest approach is likely to yield modest, but certain, results: the experience of other projects suggests that ILC and ICJ working 'in tandem' can effectively shape the development of general international law. An ILC 'Guide to Practice' synthesising decades of ICJ jurisprudence on custom into accessible propositions could provide useful guidance for law appliers around the globe and further harmonise debates about the identification of custom.

13. Yet it may be hoped that the ILC seeks more than just to consolidate the existing identification regime, which could do with a degree of progressive development. Continuing the general line of the ICJ's jurisprudence, the ILC might e.g. contemplate some (modest) opening up towards international organisations. Beyond that, the ILC could increase the practical value of its Guide if it did not merely highlight the breadth of the available evidence, but offered concrete guidance on the relative weight of particular types of evidence, or even indicated whether under certain circumstances (e.g. in the presence of declaratory resolutions of international organisations), the existence of a rule of custom could be presumed. Such guidance would reduce the much-cherished flexibility of the identification regime. And perhaps one should not expect too much detail and specificity from a unitary regime that is meant to apply to rules of custom across the board. However, law-appliers not used to hearing arguments about the fine details of international law (including many domestic courts or governmental departments) might find it easier to apply custom if the identification regime were a little less permissive.

14. While the ILC's current work is exciting and important, it addresses only one, and perhaps the lesser, difficulty of identifying customary international law. Even if the ILC succeeds in clarifying (or even progressively developing) the regime governing the invocation of custom, different actors will continue to disagree on the content of particular customary rules – simply because the content of many rules is open to argument. In fact, if experience with treaty law – where unanimous agreement on principles of treaty interpretation has not meaningfully reduced disputes about the content of particular treaty provisions – is any guide, one should not expect the ILC's current work to have too much of a practical impact: the identification of custom will never become an exact

science. This suggests that if the international legal community seeks to identify the content of particular customary rules with precision, it should, as in past decades, codify the substance of the law in a binding agreement, or spell out the current state of the law in a non-binding, but written, text.

Diskussion

zu den Referaten von Kriebaum und Tams

Herr Nolte: Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir können weitermachen. Ich rufe zunächst Beiträge auf, die zu beiden Referaten gehen. Der erste Redner ist Jochen Frowein.

Herr Frowein: Ich würde gerne zu beiden Referaten, die ja ganz besonders schön den wissenschaftlichen Abschluss dieser Tagung gebildet haben und für die ich als Erster sehr herzlich danken darf, zwei Bemerkungen machen. Bei Herrn Tams würde ich gerne die Bedeutung von Ziffer 7 seiner Thesen unterstreichen, wo er sagt, die entscheidende Veränderung liegt in der Hinwendung zur Form – und er nennt es dann – des derivativen Völkergewohnheitsrechts – offenbar zu unterscheiden von den Derivativen, von denen wir so viel in der Zeitung lesen. Ich stimme dieser Ableitung des Gewohnheitsrechts aus anderen Prozessen der Rechtsklärung vollkommen zu. Ich erinnere mich gut, dass es in den sechziger Jahren in Heidelberg noch die Tendenz war, Resolutionen der UN-Generalversammlung am ausgestreckten Arm mit Skepsis zu sehen. Das hat sich doch vollständig verändert und ich glaube, dass dies heute wirklich eine sehr wichtige Form der Rechtserkenntnisquelle ist. Allerdings – auch da natürlich immer mit der notwendigen Kritik – möchte ich auch an das Kosovo-Gutachten erinnern, wo der Internationale Gerichtshof nach dem kritischen Vortrag zu dem Problem *remedial secession* sich dann – gut verständlich, wie ich meine – jeder Aussage dazu verweigert hat. Insofern muss man natürlich immer auch solche Formulierungen mit der notwendigen Kritik sehen. Aber die Tatsache, dass wir solche Gremien haben, die sich um – Herr Tams nennt es – Rechtsklärung bemühen, ist doch eine ganz große Veränderung gegenüber der früheren Situation.

Frau Kriebaum hat uns sehr interessant über die Restatements informiert und in der Ziffer 17 gesagt, dass die Restatements eine Mittelstellung zwischen vertraglich fixierten Normen und schriftlich nicht fixierten Normen des Völkergewohnheitsrechts einnehmen. Das erstaunt ja zunächst in gewissem Sinne, denn sie sind ja nun ganz anders als vertragliche Normen oder Normen des Völkergewohnheitsrechts gerade keine Rechtsnormen im eigentlichen Sinne. Aber ich glaube, es ist schon eine wesentliche Erkenntnis zu sehen. Je nach der Bedeutung und Autorität derjenigen, die diese Restatements formuliert haben, nehmen sie, glaube ich, wirklich eine solche Mittelstellung häufig ein. Insofern glaube ich, dass ihre Berücksichtigung eben auch in vielen Zusammenhängen von großer Bedeutung ist.

Herr Nolte: Der nächste wäre Eckart Klein, und danach kämen Heike Krieger und Christoph Schreuer.

Herr Klein: Sehr vielen Dank. Meine Frage betrifft die Änderung von Völkergewohnheitsrecht und richtet sich an beide Referenten. Zunächst aber greife ich die Ausführungen von Herrn Tams auf. Wenn Gewohnheitsrecht geändert wird oder geändert werden soll, geht dem ja eigentlich logisch ein Bruch geltenden Völkerrechts voraus. Die Staaten, die dieses Völkerrecht brechen, brechen es solange, bis sich eine neue

Regel des Völkerrechts gebildet hat. Wie sieht es nun aus, wenn man Ihrem Ergebnis, Herr Tams, folgt, dass sich die Feststellung von Völkerrecht heute sehr viel einfacher vollzieht. Ist dann unter diesem Aspekt die Völkerrechtsänderung überhaupt noch ein Problem? Man könnte annehmen: nein. Auf der anderen Seite: Wenn Sie sagen, dass Völkerrecht sich heute in schnellerer Form etwa aus Verträgen bildet – was ja nicht etwas ganz Neues ist, 1969 hat der IGH zwar gesagt, „*it cannot be lightly presumed*“, aber immerhin ist es möglich – ist es doch möglich, dass aus Verträgen, die neu geschlossen werden, Völkergewohnheitsrecht entsteht, aber nicht alle Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft verpflichtet werden. Wie kommt das zusammen? Mir ist das Prozedere hier nicht einleuchtend oder nicht eindeutig.

Meine Frage an Frau Kriebaum ist, welche Rolle kann ein solches Restatement bei der Veränderung des Völkergewohnheitsrechts spielen? Nehmen die Restatements die Möglichkeit der Völkergewohnheitsrechtsveränderung in den Blick auch unter dem Aspekt, dass der Veränderung zunächst – wie ich eingangs sagte – ein Bruch des Völkerrechts vorausgeht? Ist das eine offene Inkaufnahme eines zunächst bestehenden Völkerrechtsbruchs?

Frau Krieger: Ich habe eine Frage an beide Vortragende zu den *Ad hoc*-Experten-gremien oder den nicht-staatlichen Akteuren – wie Sie es gesagt haben, Herr Tams – in diesen Rechtsidentifikationsprozessen. Sie haben beide deren Beteiligung positiv beurteilt. Frau Kriebaum hat gesagt, der Erfolg der Restatements sei auch von der Akzeptanz in der Praxis abhängig, und Sie haben charakterisiert, wie die Institutionen ausgestaltet sind und welche Verfahren durchlaufen werden. Meine Frage lautet: Welche dieser Charakteristika halten Sie für normativ geboten, um die Legitimation dieser Prozesse zu gewährleisten und so die Akzeptanz in der Praxis herbeizuführen? Wie ist es etwa mit der Zusammensetzung – da knüpfe ich an den Beitrag von Dagmar Richter heute Morgen an – und der geografischen Repräsentation in solchen Gremien? Wird diese gewährleistet? Das *Tallinn Manual* war sicherlich bei weitem nicht so repräsentativ besetzt, wie etwa die International Law Commission. Wie ist es mit dem Schirmherr? Sollte der Schirmherr eine neutral erscheinende Institution wie die *Harvard* Universität sein oder kann der Schirmherr auch die NATO sein, wie das beim *Tallinn Manual* der Fall war? Spielt die Neutralität der Schirmherrschaft eine Rolle für die Legitimation und die Akzeptanz dieser Prozesse?

Das bringt mich zu meinem zweiten Punkt, nämlich der Frage nach der Funktion dieser Restatements im Fall von *Ad hoc*-Expertenkommissionen und nicht-staatlichen Akteuren: Geht es bei diesen Restatements wirklich nur um die Systematisierung des Rechts? Geht es nur darum, das Recht auffindbar zu machen, oder haben wir es mit speziellen Akteuren zu tun, die eine *hidden agenda* verfolgen und spezielle politische Forderungen auf diese Weise durchzusetzen versuchen? Ein Beispiel wäre die von Ihnen gelobte IKRK-Studie. Es gibt kritische Stimmen gerade aus den USA, laut derer die IKRK-Studie versucht habe, Gewohnheitsrecht zu formulieren, um auf diese Weise die USA an das Erste Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen zu binden, das die USA ja gerade nicht ratifiziert haben. Müssen wir nicht kritischer mit diesen *Ad hoc*-Expertengremien umgehen, wenn sie weiterreichende politische Zielsetzungen verfolgen?

Herr Schreuer: Herr Tams, Sie haben uns in sehr anschaulicher Weise die Öffnung des Kommunikationsprozesses beschrieben, der zu Völkergewohnheitsrecht führt. Ein De-

tailproblem, das dabei auftaucht, ist die Relevanz des Parteinvorbringens durch Staaten vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten. Auf den ersten Blick scheinen diese eine geradezu ideale Quelle zu sein. Dort wird autoritativ von Staaten erklärt, was ihre Rechtsmeinung ist. Schöner geht es fast nicht. Klarer geht es fast nicht. Allerdings fällt einem, wenn man genauer hinschaut, zweierlei auf: Erstens sind, insbesondere vor internationalen Schiedsgerichten, Staaten oft durch private Anwaltsfirmen vertreten. Das heißt, diese Rechtsmeinungen stammen dann aus einem Anwaltsbüro. Zweitens sind diese Rechtsmeinungen natürlich sehr stark advokatorisch gefärbt – in erster Linie sind sie auf das Gewinnen eines Streits ausgerichtet, nicht auf den Ausdruck einer Rechtsmeinung zum allgemeinen Gebrauch. Ich habe vor ein paar Jahren versucht, unter verschiedenen Völkerrechtskollegen die Frage zu erheben, was sie davon halten, und habe dazu völlig divergente Antworten bekommen. Das schwankte von dem einen Extrem – ja selbstverständlich ist das ein autoritativer Ausdruck der Staaten *opinio iuris*, und außerdem, wenn das Anwaltsfirmen sind, halten sie ja wohl Rücksprache mit ihren Auftraggebern, den *legal offices* in den Außenministerien – zu dem anderen Extrem – nein natürlich nicht, was wissen diese Anwälte schon vom Völkerrecht und überhaupt behaupten die ja alles, was ihnen so einfällt und nützlich erscheint.

Herr Nolte: Vielen Dank. Als Nächsten möchte ich Andreas Paulus aufrufen, danach käme Andreas Haratsch. Dann hätten wir die Hälfte der angemeldeten Beiträge und ich würde den Referierenden ein Zwischenwort ermöglichen.

Herr Paulus: Ich habe auch eine Frage, aber auch gleichzeitig ein Bedenken. Herr Tams, Sie haben uns sehr schön geschildert, wie allmählich dem Gewohnheitsrecht die Praxis, die aktuelle, tatsächliche Staatenpraxis, abhandengekommen ist. Das ist ein Ergebnis, das – glaube ich – überwiegende Meinung ist, wenn auch mit der wichtigen Gegenstimme der ILA, die für viele überraschend genau zu dem umgekehrten Ergebnis kam.

Ein Beispiel, wozu das führen kann: Im *Pulp Mills*-Fall, den Sie durchaus zu Recht nicht erwähnt haben – denn was der Internationale Gerichtshof da gemacht hat, führt zu einem Ergebnis, das aus meiner Sicht keinen Gewinn ergibt. Zu der Umweltverträglichkeitsprüfung, wie sie in den Århus- und Espoo-Konventionen vorgesehen ist, hat der IGH gesagt, dass sie sich in Abwesenheit einer Konvention schwerlich zu Völkergewohnheitsrecht erklären lässt. Aber so ganz ohne Umweltverträglichkeitsprüfung wollten die Richter auch nicht auskommen und kamen dann zu dem erstaunlichen Ergebnis, eine Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Konsultation der Bevölkerung vorzusehen. Staatenpraxis? Keine. Staaten, die eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchführen, werden geradezu notwendigerweise einbeziehen, wie sich das Vorhaben auf die lokale Bevölkerung in deren Sicht auswirkt. Staaten dagegen, die die lokale Bevölkerung nicht besonders ernst nehmen, sind auch an der Umwelt in der Regel nicht so sehr interessiert, sondern an anderen Zielen. Es kommt also ein Ergebnis heraus, das mit der Praxis nichts zu tun hat, aber auch sonst kaum einen Sinn macht. Deswegen die Frage, ob es nicht doch problematisch ist, so ganz auf die aktuelle Staatenpraxis zu verzichten.

Das führt mich zu der zweiten Frage – eine Frage, die ja juristisch nicht immer beliebt ist. Man kann sie mit dem Begriff Legitimation umschreiben oder aber auch ganz einfach mit dem Warum. Das hat auch die ILA zu ihrem Protest geführt. Warum soll sich ein Staat an ein Gewohnheitsrecht halten, das mit der aktuellen Praxis der anderen

Staaten so gar nichts oder wenig zu tun hat und überwiegend auf subjektiven Auffassungen beruht? Das sind teilweise belastbare Auffassungen, aber teilweise eben auch weniger belastbare Auffassungen. Daraus entsteht die Frage, wo das Belastbarkeitselement hereinkommt, wo das Praxiselement, wo dann auch die Grundlage für Vertrauen. Wenn Sie mir den Ausflug in das Zivilrecht verzeihen: Treu und Glauben wird ja, wenn es um *venire contra factum proprium* geht, auch auf ein Verhalten gestützt. Das Verhalten der anderen ist so, dass ich mich darauf verlassen kann, dass sie das ihre nicht willkürlich ändern. Wenn ich dieses Verhaltenselement herausnehme und nur die sogenannte Verbalpraxis betrachte, dann habe ich ein Vertrauensproblem.

Zu dem Punkt, den Sie angesprochen haben, in Bezug auf den Ständigen Internationalen Gerichtshof – das klärt sich ja relativ einfach dahingehend, dass da Praxis im Vordergrund stand und dass er diese Praxis aus unmittelbarer Anschauung vielleicht auch nur zu kennen vorgab, aber jedenfalls diesen Anspruch erhob. Deswegen hatten sie das Problem nicht. Wenn man aber umgekehrt vor allem auf die Verbalpraxis oder letztlich doch auf die *opinio iuris* abstellt, dann hat man dieses Legitimationsproblem und das Problem, warum man sich daran halten soll, besonders. Denken Sie an die US-amerikanischen Senatoren, die auf ihren Prärogativen bezüglich Verträgen beharren und davon überzeugt werden müssen, dass auch Gewohnheitsrecht zu schwer auflösbaren Bindungen führt.

Herr Haratsch: Ich habe eine Frage an Herrn Tams, die vielleicht etwas spitzfindig erscheinen mag. Ich hoffe, Sie sehen mir das nach. Sie qualifizieren die Regeln, die der Identifikation von Völkergewohnheitsrecht dienen, ihrerseits als gewohnheitsrechtliche Regeln. Da stellt sich für mich natürlich die logische Frage, anhand welcher Regeln identifizieren Sie die Identifikationsregeln? Muss man nicht dann genau diese Regeln anwenden, die man doch eigentlich erst finden will. Können Sie mich aus diesem Dilemma befreien?

Frau Kriebaum: Herr Frowein, ich glaube, Sie teilen meine Einschätzung in der These 17, dass Restatements eben eine Mittelstellung zwischen vertraglich fixierten Normen und schriftlich nicht fixierten Normen des Völkergewohnheitsrecht einnehmen. Mit dem Völkergewohnheitsrecht ist das trickreich, weil natürlich viele Staatenpraxis handlungen auch schriftlich sind, aber man dann doch nicht von einer verschriftlichten Norm spricht. Der Vorteil der Restatements liegt darin, dass man dann die Regelungen zu einem Gebiet in einem Text in systematisierter Weise vorfindet, die aber keine Bindung per Text in Anspruch nehmen können. Daher kam ich eben zu dieser Mittelstellung.

Zu Herrn Klein: Welche Rolle spielt ein Restatement bei der Veränderung von Völkergewohnheitsrecht? Das wird wahrscheinlich auch davon abhängen, zu welchem Zeitpunkt dieses Restatement ergeht. Wenn das noch zu einem Zeitpunkt ist, zu dem das Verhalten eine Verletzung ist, müsste das Gremium, wenn es seine Rolle ernst nimmt, darauf hinweisen, dass die ganz überwiegende Meinung noch die alte ist und dass einzelne Akteure das anders sehen. Wenn das Restatement genau an dem Punkt erfolgt, an dem das Völkergewohnheitsrecht kippt, müsste das Gremium, wenn es ehrlich mit der Situation umgeht, die Regelung entweder auslassen oder feststellen, dass es keine etablierte Praxis gibt und einen Vorschlag machen. Das gibt es in den USA auch, dass die Gerichtspraxis in 50% der Fälle zu einer Lösung kommt und in den anderen 50% der Fälle zu einer anderen. Dann finden sie im Restatement, in den Kommentaren

und in den *Notes* genau das dargelegt, dass die Autoren sich eben für eine Variante entschieden haben und begründen warum. Genauso, glaube ich, müsste man auch vorgehen, wenn man das im Völkerrecht macht.

Wenn es dann schon gekippt ist, dann müsste man eben zum Ergebnis kommen, dass sich eine neuere Sicht der Dinge entwickelt hat, aber fairerweise die alte auch noch erwähnen. Ich glaube, einer der Vorteile der Restatements liegt gerade in der Aufarbeitung und Nachvollziehbarkeit der Entwicklung von Tendenzen im Völkergewohnheitsrecht. Deswegen denke ich auch, dass es für die ILC wichtig ist, zu wissen, dass es in der Praxis nicht nur auf die Regel ankommt, sondern eben gerade auch auf den Inhalt der Kommentare. Die diversen Entwicklungen und die Praxis sollen darin auch Eingang finden und gerade diese ehrliche Nachvollziehbarkeit ist ein wesentliches Element der Restatements.

Zu Frau Krieger: Ich teile Ihre Ansicht, dass die höchste Legitimität sicherlich der ILC aufgrund ihrer Zusammensetzung und ihres Auswahlmodus zukommt, und man sich bei *Ad hoc*-Experten natürlich anschauen muss, was das für ein Gremium ist, was sie für einen Hintergrund haben und, je nachdem wer es ist, werden diese dann auch mehr Autorität genießen oder nicht. Es wird auch nicht schwierig sein, die *hidden agendas* der diversen Vereinigungen zu erkennen. Das bringen die Restatements eben mit sich, dass sie sich in der Praxis bewähren müssen, dass der Praxis diese *hidden agendas* auch nicht verborgen bleiben und, dass sie auch nur eine widerlegbare Vermutung sind. Sie sprechen ganz zu Recht an, dass die IKRK-Studie von Seiten der US-Regierung und von Autoren heftig kritisiert wurde. Aber wenn im Restatement eine Norm enthalten ist, die eben nicht Gewohnheitsrecht ist, dann ist es ja nur eine widerlegbare Vermutung. Das ist, finde ich, der wesentliche Unterschied zu einer Kodifikation, dass sich das Restatement eben in der Praxis bewähren muss.

Zur Größe der Universität: Macht es einen Unterschied, ob es Harvard oder Wien ist? Da würde ich sagen, dass natürlich gewisse Institutionen eine bestimmte Reputation haben. Dennoch glaube ich, dass es auch bei Institutionen mit weniger Namensreputation – wobei ich für Wien da jetzt einmal vorsichtig sein will, vielleicht haben wir ja auch eine – auf diese weniger ankommt, wenn der Text alles inhaltlich gut darlegt. Denn auch, wenn eine sehr reputierliche Einrichtung ein Restatement vorlegte, das nicht der Praxis entspricht und bei dem die Qualität nicht entsprechend wäre, würde es einfach die Anerkennung nicht finden. Also nur, weil darüber Restatement steht, gilt der Inhalt eben gerade noch nicht, sondern es muss sich in der Praxis bewähren. Natürlich hat eine Einrichtung, die ein Restatement verfasst, einen Vorteil, wenn sie eine gewisse Reputation hat, aber ich glaube, so ausschlaggebend ist dieser Umstand im Ergebnis nicht. Auch ein Restatement einer weniger prestigeträchtigen Institution, hat durchaus Chancen, Akzeptanz zu finden, wenn der Inhalt qualitativ hochwertig ist.

Herr Nolte: Vielen Dank, Frau Kriebaum, und ich stimme Ihnen völlig zu, dass so neureiche Universitäten wie Harvard nicht die gleiche Autorität besitzen wie die gute alte Universität Wien.

Herr Tams: Vielen Dank. Vielleicht vorab: Die Universität Glasgow, als deren Vertreter ich spreche, ist die viertälteste englischsprachige Universität der Welt; sie wäre also nach den Maßstäben von Frau Kriebaum und Herrn Nolte zwischen Wien und Harvard anzusiedeln.

Ich gruppiere die Fragen einmal in drei Blöcke. Die ersten drei Fragen – von Herrn Klein, Herrn Paulus und Herrn Schreuer – betreffen Elemente des Völkergewohnheitsrechts. Der zweite Block – Herr Frowein, Frau Krieger – betrifft Varianten des derivativen, abgeleiteten Gewohnheitsrechts. Der dritte Block – Herr Haratsch – betrifft die ‚Quelle‘ des Quellenrechts.

Zunächst zu Herr Klein und dem Problem des Wandels des Gewohnheitsrechts durch Bruch, ja des Wandels des Gewohnheitsrechts überhaupt. Herr Klein, im Grundsatz bleibt es bei der großen Herausforderung: Völkergewohnheitsrecht entsteht oft langsam, aber es ist (wie die katholische Kirche) im stetigen Wandel. Daran ändert sich nichts. Aber die Formen des Wandels verschieben sich, und in der Tat betrifft das auch die Rolle von Brüchen als ‚Agenten‘ oder Indizien des Wandels.

Dabei ermöglicht es Rechtsanwendern oftmals gerade erst die schriftliche Fixierung des Gewohnheitsrechts, Brüche als Brüche zu benennen und den Inhalt einer Norm – oder ihre Fortgeltung trotz widerstreitender Praxis – zu behaupten. In dem Maße, wie Taten eben nicht mehr privilegierte Quellen der Rechtskenntnis, sondern nur noch eine unter vielen sind, nimmt der relative Wert schriftlicher Dokumente zu. Das ist ambivalent – Worte sind teilweise eben tatsächlich ‚billig‘; *talk can be cheap*. Das führt zu dem Problem, das Andreas Paulus benannt hat (und auf das ich gleich zu sprechen komme). Wir haben ein ‚gefiltertes‘ Recht, dessen Geltungskraft begrenzt sein kann.

Dies verändert den Charakter des Gewohnheitsrechts und seine Wandelbarkeit. Aber seine Flexibilität bleibt meines Erachtens doch erhalten. Denn die schriftliche Fixierung kann den Inhalt des Gewohnheitsrechts ja nicht zwingend vorgeben. Einem konstant abweichenden tatsächlichen Verhalten ist auch die verschriftlichte Gewohnheitsrechts-Norm nicht gewachsen: Die Realakte sind ja nicht irrelevant, sie werden nur durch andere Formen überlagert, die auch als Staatenpraxis bewertet werden. Wird eine Norm des ‚verschriftlichten‘ Gewohnheitsrechts konstant nicht befolgt, so mindert dies den Aussagewert des Textes, die Wahrscheinlichkeit, dass er Völkergewohnheitsrecht wiedergibt und als solcher akzeptiert wird.

Denken Sie etwa an die Fälle, in denen Schiedsgerichte sich zur Methodik, zu diesen ‚Meta-Fragen‘ geäußert haben, etwa den libyschen Enteignungsfällen aus den Siebziger Jahren. Dort haben Schiedsrichter gesagt, dass Generalversammlungsresolutionen zwar niedrigere Entschädigungsstandards proklamierten, dass aber die Praxis uneinheitlich geblieben sei. Und unter anderem aus diesem Grund haben Schiedsgerichte sich geweigert, aus Resolutionen Gewohnheitsrecht abzuleiten. Diese Möglichkeit besteht natürlich. Aber – und Sie haben es, Herr Klein auf den Punkt gebracht – es wird natürlich schwerer. Die Texte sind ja da; sie nehmen ein, was Ursula Kriebaum als ‚Mittelstellung‘ benannt hat: Auch ohne Verpflichtungswirkung kristallisieren sie das Recht, schreiben es fest; und die Worte ändern sich nicht so leicht, auch wenn die Wirklichkeit sich ändert. Insofern erhöht der Trend zur ‚Verschriftlichung‘ die Beharrungskraft von Gewohnheitsrechtssätzen.

Das führt zu dem Problem, das Andreas Paulus an einem extremen Beispiel benannt hat. Kommen wir ganz ohne Staatenpraxis aus? Wo führt das hin? Dies ist nun wirklich eine der Grundsatzfragen. Vorab – und ich hoffe, ich habe das deutlich gesagt – man muss die Öffnung des Gewohnheitsrechts und die Bedeutung von Ableitungen nicht mögen. Man hat zwar die Fokussierung, die Fassbarkeit und man kann Textexegese betreiben, aber natürlich entfernt man sich von der ‚echten‘, der ‚harten‘ Praxis, den geliebten Realakten.

Vor diesem Hintergrund zwei Bemerkungen. Zum einen scheint es mir falsch, das Problem als ‚Verzicht‘ auf Praxis zu bezeichnen. Denn das ist ja gerade (je nach Perspektive) der Charme oder der Trick: das ‚geöffnete‘ Völkergewohnheitsrecht kommt nicht ohne Praxis aus, sondern es versteht den Praxis-Begriff viel weiter. Das scheint mir eine einheitliche Tendenz, die von der IGH-Rechtsprechung getragen wird, bei der ILA in ihren *London Principles* akzeptiert ist und die bei der ILC akzeptiert werden wird. Ich denke, um es flapsig zu sagen, dieser Zug ist abgefahren: das Beharren auf ‚echter‘, ‚harter‘ Praxis ist ein Rückzugsgefecht. Die Praxis ist nun eben oft eine erklärte Praxis: Die Erklärungen, das Abstimmungsverhalten, auch das sind Formen von Praxis.

Eine zweite Anmerkung zum Verständnis des Praxis-Begriffs, aus dem Blickwinkel der Begründungslast: Mich verblüfft die immer wiederkehrende These von der ‚echten‘ Praxis. Ich bin mir nicht sicher, wieso so oft gefragt wird, warum so viele Verhaltensweisen als Praxis zählen. Meine Frage ist eher: Wie konnte irgendjemand jemals denken, dass nur tatsächliches Handeln Praxis sei? Ich verstehe nicht, wo das herkommt. Die ganzen Trennungsthesen, die ganze Engführung – im Rückblick scheint mir das alles auf zweifelhaften Voraussetzungen zu beruhen. Wo steht denn, dass Praxis nur das Aufbringen eines Schiffes ist und nicht der Briefwechsel, der das Aufbringen eines Schiffes samt Rechtsüberlegungen klar macht? Wo steht denn, dass tatsächliches Handeln privilegiert werden muss? Natürlich kann man – aus ganz übergeordneten Erwägungen – sagen, dass reale Akte dem Gewohnheitsrecht zu realer Geltung in der wirklichen Welt verhelfen, es „erden“. Aber schon Akehurst im *British Yearbook* 1975/76 hat gezeigt, dass diese Sicht viel zu eng ist. Ich glaube auch, dass der StIGH in dieser Hinsicht offener war, als manche es im Rückblick sagen: Beim Ständigen Gerichtshof geht es ständig – selbst im ach so konservativem *Lotus*-Fall – um nationale Gerichtsurteile, Gesetze, Stellungnahmen. Um es zu wiederholen: Das Problem ist nicht eines des Verzichts auf Staatenpraxis, sondern eines des Kreises der Mittel, die als Staatenpraxis bewertet werden.

Nun zu Christoph Schreuer. Herr Schreuer, Sie haben das spezifische Problem des staatlichen Verhaltens vor Gerichten angesprochen, vor denen Staaten heute durch Anwälte vertreten werden, die oftmals ganz unterschiedliche Stellungnahmen für ‚ihre‘ Staaten abgeben. Und das ist ja in der Tat ein Problem. Aber ich sehe nicht, dass man es ausschließen kann, wie man staatliche Stellungnahmen vor Gerichten aus dem Kreis der ‚zulässigen Beweismittel‘ herausdefinieren könnte. Und ich sehe keinen Grund, warum man es sollte. Es mag aus dem von Ihnen beschriebenen Problem ein Gebot zur Sorgfalt folgen: Staaten sollten sich nicht allzu achtlos darauf verlassen, dass sie in einem Einzelfall von Anwaltskanzlei X vertreten werden, die dann jede im Einzelfall passende Sicht vertritt. Sondern sie sollten über den Einzelfall hinaus blicken – gerade weil die in ihrem Namen abgegebenen Stellungnahmen für die weitere Rechtsentwicklung relevant sein könnten. Ein solches Mindestmaß an Sorgfalt wäre meines Erachtens wünschenswert.

Jenseits dieser generellen Sicht ist es im Übrigen so, dass man innerhalb des Kreises der Beweismittel nuancieren kann: nicht jede Aussage muss auf die Goldwaage gelegt werden. Bei der ILC wird dies unter dem Gesichtspunkt des in sich widersprüchlichen Staatenverhaltens diskutiert. Die Staatenpraxis ist in ihrer Gesamtheit zu bewerten; es ist also nach dem Schwerpunkt zu suchen. Der eine ‚Ausreißer‘ muss also nicht schaden. Um es zu illustrieren: Die eine Aussage in einem Investitionsschiedsfall, in dem ein Anwalt für den Staat eine sehr ‚staatsnahe‘ Sicht des FET-Grundsatzes vertreten

hat, neutralisiert nicht die grundsätzliche staatliche Praxis, die durch 150 BITs mit weiten FET-Klauseln geprägt wird. Das mag dazu führen, dass einzelne Einlassungen im Einzelfall nicht allzu relevant sind. Das von Ihnen geschilderte Problem, Herr Schreuer, wird so nicht ausgeschlossen, aber kann eingegrenzt werden: Das scheint mir der Weg nach vorne.

Ihr Beispiel weist aber natürlich auch auf eine generelle Herausforderung hin. Die Erweiterung des Kreises der Beweismittel, auf die der Nachweis des Gewohnheitsrechts gestützt werden kann, macht das ‚Filtern‘ umso wichtiger. Man hat auf einmal nicht mehr die Schwierigkeit, echter Praxis – der geliebten Realakte – habhaft zu werden. Sondern weil so viel als Praxis zählt, hat man das Problem des Überflusses. In dieser Hinsicht liegt die ILC sicher richtig, wenn sie die Praxis eines Staates in ihrer Gesamtheit sehen will, die ‚gefiltert‘ werden muss.

Herr Frowein und Frau Krieger haben nach Varianten des derivativen Gewohnheitsrechts gefragt. Herr Frowein, vielen Dank für die bestätigende Einschätzung. Was Sie aus dem Heidelberg der 1960er Jahren schildern, illustriert meine Überlegungen: Das Bemühen, Generalversammlungs-Resolutionen bei den Debatten über das Völkergeohnheitsrecht auszublenden – das war ein Rückzugsgefecht. Der Zug der Zeit war nicht aufzuhalten, und ich denke, in diesem Fall hat er eine Entwicklung zum Guten gebracht. Dass Sie es ebenso sehen, freut mich – und auf der Basis dessen, was Sie dazu geschrieben haben, überrascht es mich nicht.

Zu Heike Krieger und der Legitimität nicht-staatlicher Akteure und von Experten-Gremien: Ich denke, hier ist mehr Konturierung nötig; und ich hoffe, dass die ILC zumindest vage, flexible Kriterien vorgibt, anhand derer die Legitimität beurteilt werden kann. Das Vermögen einer Universität oder ihr Alter werden nicht relevant sein. Aber man könnte schon hinweisen auf die Bedeutung von Inklusivität und Repräsentativität. Im Vortrag habe ich darauf hingewiesen, dass oftmals Staaten oder Gerichte Stellungnahmen nicht-staatlicher Akteure zu Bedeutung verhelfen, indem sie auf die eingehen. Also: in dem Moment, in dem der IGH sich des *San Remo Manuals* annimmt, wird dieses quellenrechtlich selig gesprochen. In dem Maße, wie Staaten die Meinung eines Expertengremiums kooptieren, gewinnt diese an Wert. Zum Teil mag man also das von Ihnen benannte Problem vermeiden, wenn man sich auf die Rolle vermittelnder Akteure bezieht. Das ist ein analytisch furchtbar unbefriedigender Prozess. Doch scheint er mir im Rahmen der ‚hybriden Rechtssetzung‘ – um es mit dem Begriffen der Luzern Tagung zu bezeichnen – nach wie vor von zentraler Bedeutung.

Herr Haratsch, Ihre vermeintlich spitzfindige Frage finde ich gar nicht so spitzfindig, sondern völlig berechtigt. Was sind die Quellen des Quellenrechts? Ich weiß es nicht. Aber es scheint mir kein echtes Problem, zumindest keines, das im Rahmen der aktuellen Debatten über das Gewohnheitsrecht neu auftritt. Die gleiche Frage ist auch im Zusammenhang mit der Wiener Vertragsrechtskonvention ewig diskutiert worden – *can there be a treaty on the law of treaties?* Nun: Seit 45 Jahren gibt es einen solchen ‚*treaty on treaties*‘. Er ist aufgrund seiner zeitlichen, personellen und teilweise auch materiellen Einschränkungen äußerst begrenzt anwendbar. Und trotzdem wenden wir die Regelungen zum Recht der Verträge, wie sie in der WVRK niedergeschrieben sind, als Vertragsrecht oder als verschriftlichtes Gewohnheitsrecht alltäglich an, und keiner streitet sich darüber.

Ich habe den Eindruck, dass auch diese Debatten Rückzugsgefechte sind (bzw. es bei der WVRK waren), aber keine praktischen Probleme aufwerfen. Mit Blick auf die ILC-Studie würde ich fragen, warum soll denn die ILC nicht durch den Prozess der Arrondierung und der Konsolidierung dazu beitragen, dass das Quellenrecht des Wohnheitsrechts, das selbst gewohnheitsrechtlicher Natur ist, verfestigt wird? Was spräche dagegen, wenn die ILC eine Wiener Wohnheitsrechtskonvention ausarbeitete, die das Identifikationsrecht vertraglich fixierte? Bisher schlägt es keiner vor, deswegen bleibt es beim Wohnheitsrecht, aber ich sehe keine spezifischen quellenrechtlichen Probleme.

Herr Nolte: Die nächste Rednerin wäre Kirsten Schmalenbach, danach Herr Hector.

Frau Schmalenbach: Meine Anmerkung ist an Herrn Tams gerichtet. Ihr Fokus bei der Methode der Gewinnung des Völkergewohnheitsrechts bezog sich ja insbesondere auf das Wohnheitsrecht, welches Rechte und Pflichten im zwischenstaatlichen Verhältnis begründet. Ich würde Ihre Ausführungen gerne ergänzen und Ihre Meinung im Bereich des Völkerstrafrechts erfragen. Wir haben gerade in Salzburg eine quantitative und qualitative Analyse von 110 Urteilen internationaler Strafgerichte in Bezug auf die von ihnen angewandte Methode bei der Findung und Erfindung von Völkergewohnheitsrecht gemacht, und zwar insbesondere im Lichte des menschenrechtlichen Grundsatzes *nullum crimen sine lege*. Ich muss sagen, dass unsere Ergebnisse zur strafrichterlichen Methode der Rechtsidentifikation so manchem Völkerrechtler einen Nervenzusammenbruch bescheren könnten. Ich weiß natürlich nicht, Herr Tams, ob es Ihnen auch einen beschert. Die Methode, die angewandt worden ist, war nämlich in der Regel nicht die klassische Zwei-Elemente-Methode, sondern es wurde das praktiziert, was Sie hier angepriesen haben, d.h. eine alternative Methode juristischer Ökonomie.

Eigentlich stützt sich nur das *Tadić*-Urteil des ICTY schulbuchmäßig auf die klassische Zwei-Elemente-Methode. Dagegen begründet der ICTR überhaupt nicht, wie das Gericht zum Völkergewohnheitsrecht kommt. Ansonsten haben wir in unserem Projekt ein Sammelsurium an methodischen Zugängen gefunden: mal ein Element, mal kein Element, oft Unklarheit, welches Element, und mal das, was Sie juristische Ökonomie genannt haben, nämlich Verweise auf frühere Urteile. Verfolgt man die Verweise dann nach, stellte sich ein ums andere Mal heraus, dass das Ursprungsurteil irgendwie sachlich nicht einschlägig ist. Ich will hier kein *bench bashing* betreiben: Es war sehr aufschlussreich, sich diese Strafurteile anzuschauen: Die Richter des ICTY waren sich im Übrigen im Klaren darüber, dass sie sich methodisch in einer Zwickmühle befinden. Um dort herauszukommen, haben sie sich z.T. sogar auf das Naturrecht berufen; *malum in se* hat hier das *malum prohibitum* überlagert, weil die Verbrechen so schlimm waren, dass man sie einfach bestrafen musste. Als wir unsere Forschungsergebnisse auf einer Konferenz präsentierten, hat ein ICTY-Richter gefragt: „Was hätten wir bitte tun sollen? Wir hatten doch den Auftrag bekommen, Völkergewohnheitsrecht anzuwenden. Was sollen wir denn tun, wenn keines da ist? Wir können doch nicht deswegen freisprechen.“

Das ist nur ein kurzer und unvollständiger Blick auf die strafgerichtliche Praxis und führt mich zu meiner Frage an Sie, Herr Tams: In Ihrer These 13 haben Sie gesagt oder es jedenfalls angedacht, dass wir das Prinzip des einheitlichen Identifikationsrechts für das gesamte Völkergewohnheitsrecht vielleicht aufgeben sollten. Würden Sie es im Lichte des menschenrechtlichen Grundsatzes *nullum crimen sine lege* vertreten, dass

wir zwei Arten von Methoden anwenden, vielleicht eine striktere im Völkergewohnheitsrecht des Strafrechts und eine weniger strikte in zwischenstaatlichen Beziehungen?

Herr Hector: Mein Kommentar richtet sich an Herrn Tams und betrifft die Frage des Beitrages nicht-staatlicher Akteure zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts. Sie können sich vorstellen, dass ich mich da besonders angesprochen fühle. Ich möchte Ihre Aussagen in einem Punkt noch verstärken und in einem anderen Punkt nuancieren.

Der erste Punkt betrifft die internationalen Organisationen, insbesondere die Europäische Union. Ich glaube, die Europäische Union kann man nicht als einfache internationale Organisation bezeichnen. Sie ist ja letztlich eine Ebene öffentlicher Gewalt *sui generis* im demokratischen Mehrebenensystem und da, wo die Staaten der Europäischen Union ihre Zuständigkeiten übertragen haben, übt sie diese wie ein Staat aus, auch wenn sie kein Staat ist. Ich glaube, hier kann man ganz klar und eindeutig sagen, wenn die Europäische Union handelt, dann ist das Staatenpraxis, auch wenn die Europäische Union natürlich im allgemeinen völkerrechtlichen Sinne kein Staat ist.

Der Punkt, den ich hingegen nuancieren würde, betrifft die Frage der privaten Akteure und der Nicht-Regierungsorganisationen. Hier müssen wir vom Begriff der *Staatenpraxis* ausgehen und die setzt doch – denke ich – voraus, dass ein Akteur öffentlicher Gewalt handelt. Deswegen konnten wir dies bei der EU auch bejahen, weil die EU ein Akteur öffentlicher Gewalt ist. Dagegen ist ein Privater, auch eine Nicht-Regierungsorganisation, kein Akteur öffentlicher Gewalt. Das ist auch eine Frage der Legitimität, weil sich natürlich bei jedem Privaten und auch bei jeder Gruppe von Privaten die Frage stellt, für wen sprechen sie? Welche Legitimität steht hinter ihnen? Welche Interessen stehen hinter ihnen? Wenn ein Staat handelt, dann ist er der legitime Vertreter seines Volkes im Völkerrecht – im besten Falle demokratisch legitimiert. Aber auch wenn er das nicht ist, ist es eben doch noch eine öffentliche Gewalt, die da handelt. Dagegen ist das bei Privaten nicht der Fall. Deswegen stimme ich Ihnen voll und ganz zu, Herr Tams, wenn Sie sagen, dass Private keinen direkten Einfluss haben können. Aber ich habe Zweifel, ob Ihre Aussage, dass eine indirekte Beeinflussung stattfindet, nicht noch etwas zu weit ist. Jedenfalls müsste man sehr präzise definieren, was darunter zu verstehen ist. Außerdem habe ich große Zweifel, ob das mehr sein kann als eine quasi-wissenschaftliche Analyse des staatlichen Handelns. Jedenfalls kann es kein vom Handeln der Staaten losgelöster eigener konstitutiver Beitrag der Privaten sein.

Zum Schluss wollte ich noch an das anknüpfen, was Andreas Paulus gesagt hat und dies noch einmal mit Nachdruck unterstreichen: Die Staatenpraxis ist unverzichtbar. Sie haben darauf geantwortet. Man muss in der Tat die Frage stellen, was relevante Staatenpraxis ist und wie sie festgestellt wird, aber jedenfalls in Fällen, in denen überhaupt keine Staatenpraxis vorliegt, scheint es mir sehr schwierig von Völkergewohnheitsrecht zu sprechen.

Herr Nolte: Danke, Herr Hector. Stefanie Schmahl, bitte, und danach kommen Stefan Oeter, Matthias Hartwig und Stephan Hobe.

Frau Schmahl: Eine kurze Frage an Herrn Tams: Welchen Beitrag leisten eigentlich nationale Gerichte zur Identifikation von Völkergewohnheitsrecht? Sind beispielsweise die Völkerrechtsverifikationen, die das Bundesverfassungsgericht vornimmt, Ausdruck von Staatenpraxis? Oder dienen sie eher zur Entwicklung von Rechtsüberzeugung, wenn man die rechtsvergleichende Methode anwendet? Es würde mich interessieren, wie Sie diese Judikatur einordnen würden.

Herr Oeter: Meine Überlegung steht im Grunde in einer ganz engen Verbindung mit dem, was Herr Hector gesagt hat und ich kann daran unmittelbar anknüpfen. Ich fand das Referat sehr schön, sehr überzeugend, ich würde die These der verschwimmenden Grenzen in der Praxis zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren hier teilen in einer gewissen – jetzt nicht radikalen – Entgegensetzung zu dem, was Herr Hector gesagt hat. Wir beobachten ja im Grunde immer mehr das, was man einen ‚entgrenzten normativen Diskurs‘ nennen kann, also dass die Diskussion über normative Grundlegung der internationalen Gemeinschaft längst nicht mehr in einem Zirkel staatlicher Akteure, einem exklusiven Club allein staatlicher Akteure, stattfindet, sondern im Grunde unter Einbezug von immer mehr Akteuren, die jenseits dieses Kreises anzusiedeln sind. Mein Eindruck ist schon, dass trotz aller kategorialen Unterschiede – bei denen ich Ihnen vollkommen Recht geben würde, Herr Hector – wir aber doch Phänomene des *framing* bekommen, also Diskurse, die bewusst von nicht-staatlichen Akteuren angetrieben werden und bei denen wir das Phänomen beobachten können, dass sich Staaten immer mehr in eine Defensive manövrieren lassen, im Grunde von den nicht-staatlichen Akteuren vor sich her getrieben werden. Vielleicht ist das Handeln der nicht-staatlichen Akteure als solches dann für das Gewohnheitsrecht immer noch nicht relevant, aber die Reaktion der Staaten darauf, die ist natürlich dann sicher relevant. Was dabei passiert, das haben aus meiner Sicht Peer Zumbansen und Galf-Peter Callies in ihrem Buch zum *transnational law* sehr schön in den Begriff des *rough consensus* gebracht. Es entstehen diffuse normative Konsense, bei denen die Versuchung nahe liegt – und das hängt dann mit der anderen These der Permissivität oder Flexibilität der Normidentifikationsprozesse zusammen – an diese diffusen Konsense anzuknüpfen und zu sagen, das ist jetzt schon Gewohnheitsrecht.

Die Politikwissenschaftler haben das schöne Konzept der *norm entrepreneurs*, der Normunternehmer, die bewusst und zielgerichtet bestimmte Normen propagieren und vielleicht auch gar nicht darüber nachdenken, ob diese in ihrer inneren Einbettung so richtig in die Landschaft des internationalen Rechts passen. Die Staaten verhalten sich da leider doch häufig sehr defensiv. Es gibt ja nur wenige institutionelle Akteure wie das Pentagon, die schon beinahe Freude daran haben, sich permanent zum Buhmann des organisierten Gutmenschentums machen zu lassen. Die meisten Akteure der Politik und der Diplomatie wollen sich dem in der Regel nicht konfrontativ entgegensetzen und damit Spielverderber dieser Diskurse werden. Das Ergebnis sind dann häufig merkwürdig diffuse Konsense, bei denen wir zum Schluss bei dem Problem landen, das Andreas Paulus beschrieben hat. Wir haben dann Konsense, die als Gewohnheitsrecht ausgegeben werden, bei denen man jedoch sagen muss, mit Gewohnheit haben die eigentlich wenig zu tun, weil es schlicht keine Praxis gibt, die sie unterfüttert. Aber sie stehen als Behauptung in der Welt und stellen uns vor die Frage, was machen wir dann damit? Beachtet werden die so postulierten Sätze des Gewohnheitsrechts jedenfalls nicht.

Herr Hartwig: Zunächst einmal vielen Dank an beide Vortragende für die sehr erhellenden Vorträge. Herr Tams, an Sie eine Frage: Sie haben in Ihrem Punkt 6 geschrieben, dass jedes zurechenbare staatliche Verhalten dem Nachweis des Gewohnheitsrechts dienen kann. Ich finde das sehr nachvollziehbar. Sie haben aber auch weiter gesagt, dass das natürlich auch zu mehr Konfusion führen kann, wenn es zu der Wertung kommt, wie das im Einzelnen zu sehen ist. Kann man dies dadurch vereinfachen, dass Staaten erklären, dass das, was sie jetzt machen, kein Gewohnheitsrecht sein soll,

kein Präzedenz? Sie wissen, woran ich denke: Kosovo. Sie können das natürlich gerne als eine rhetorische Frage nehmen. Oder muss man in einem solchen Fall dann sagen, wenn ein Staat oder eine Staatengruppe so etwas erklärt, meinen sie damit, dass sie zwar handeln, aber keine *opinio iuris* haben? Wäre das dann nicht erhellend gewesen für den IGH? Wenn Staaten erklären, dass sie gehandelt haben, aber keine *opinio iuris* haben – ist dann die Konsequenz, dass man davon ausgeht, dass sie von der Rechtmäßigkeit dessen, was sie tun, nicht ganz überzeugt sind?

Herr Hobe: Meine Frage knüpft an das an, was Kirsten Schmalenbach auch schon gefragt hat und ich richte sie an Christian Tams. Sie ist vielleicht – ganz bewusst – ein bisschen angespitzt und zwar ist es die Frage danach, was eigentlich an der bisherigen Methode der Rechtserkenntnis des Völkergewohnheitsrechtes so verkehrt ist. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie da ja deutliche Defizite geltend gemacht. Nach meiner Auffassung ist das große Problem, vor dem wir in der Rechtserkenntnis stehen, dass es einen stetigen Rückgang – das hat Ursula Kriebaum uns deutlich gezeigt – der formellen Rechtsetzungsprozesse gibt.

Es gibt Prozesse, etwa des Setzens von *guidelines*, von *codes of conduct*, von Standards, von Rahmenkonventionen, die ausführungsbedürftig sind. Dann mag es natürlich interessant und wichtig sein, zu wissen, ob und wann gegebenenfalls diese hybriden Formen von Rechtssetzung unterhalb der formellen Schwelle der Rechtssetzung tatsächlich Rechtsquellencharakter etwa im gewohnheitsrechtlichen Bereich erwerben. Aber mit Ausnahme der Tatsache, dass ich durchaus zustimmen würde, dass andere Akteure berücksichtigt werden müssen bei der Wertung dessen, was relevante – nicht mehr Staatenpraxis – sondern Praxis ist, wüsste ich doch gerne noch einmal genau, was denn so defizitär ist und ob wir mehr Völkergewohnheitsrecht hätten oder mehr über Völkergewohnheitsrecht wüssten oder mehr vom Völkergewohnheitsrecht wüssten, wenn wir eine andere, nach Ihnen bessere, Methode hätten, etwa eine Wiener Gewohnheitsrechtskonvention?

Herr Nolte: Entschuldigen Sie bitte, wenn ich mich ganz am Ende noch einmal selbst auf die Rednerliste gesetzt habe. Ich möchte beiden Vortragenden meine Komplimente ausdrücken und auch gar keinen Widerspruch formulieren. Ich glaube, dass Christian Tams das Problem der ILC sehr gut formuliert hat, nämlich dass es nicht leicht möglich ist, eine echte Orientierungswirkung auf dieser Metaebene zu leisten. Eine Möglichkeit, Orientierung zu leisten, wäre zu sagen, dass die Metaregeln in verschiedenen Gebieten oder bei verschiedenen Regeln unterschiedlich wirken. Dagegen gibt es innerhalb der Kommission aber einen starken Widerstand. Einer der Gründe für diesen Widerstand, und weshalb das Projekt angestoßen worden ist, ist, dass die Art und Weise, wie das Vorhandensein einer Regel des Völkergewohnheitsrechts hier und dort begründet wird, unterschiedlich – sichtbar unterschiedlich – war, und die internationale Strafgerichtsbarkeit ist ein wichtiges Beispiel hierfür.

Wenn auf der Ebene der ILC gesagt wird, dass es keine unterschiedlichen Regeln für die Begründung von Gewohnheitsrecht in unterschiedlichen Rechtsgebieten gibt, wird damit immerhin eine gewisse Legitimation für Abweichungen gefordert. Die Rechtsanwender sollen nämlich auch ermitteln, wie es in anderen Bereichen gemacht wird. Es soll verhindert werden, dass eine Spezialistengruppe, eine *epistemic community*, einfach nur sich selbst zitiert und durch die Konzentration auf den eigenen Bereich und die Art und Weise, wie man dort denkt, Gewohnheitsrecht begründen kann. Insofern

gibt der Mangel an Orientierung, der in dem Nicht-Festlegen auf Regeln für verschiedene Bereiche liegt, hoffentlich gerade auch eine gewisse Orientierung, nämlich eine Legitimationsanforderung, damit die bloße Spezialistenperspektive nicht zu leicht zu Völkergewohnheitsrecht erhoben wird.

Die Tatsache, dass man – wie Christian Tams völlig richtig sagt – den Begriff der Praxis sehr stark ausweitet, bedeutet aber nicht unbedingt, dass man zu leicht akzeptiert, dass eine Meinung Gewohnheitsrecht wird. Denn je mehr man als Möglichkeit einräumt, dass etwas Praxis ist, desto größer ist auch die Chance, dass man zu einer disparaten Praxis kommt und umso schwerer kann die Schlussfolgerung werden, dass hier eine *general practice* vorliegt.

Ein Problem, das in der ILC noch nicht ganz geklärt ist, sind Resolutionen der Generalversammlung. Diese sind ja nicht ohne weiteres Staatenpraxis. Eine Resolution einer internationalen Organisation ist eine Resolution einer internationalen Organisation und die Staatenpraxis, die damit verbunden ist, sind die Äußerungen bei der Abstimmung und die Praxis der Staaten im Anschluss daran. Eine der spannenden Fragen ist nun, wie weit die ILC sagen wird – und das ist es, worauf Herr Hector zielt – dass unter Praxis tatsächlich nur Staatenpraxis gemeint sein kann und die Praxis internationaler Organisationen gewissermaßen derivativ ist und die Praxis von Nichtregierungsorganisationen, wenn sie überhaupt relevant ist, noch derivativer ist. Bis jetzt wird über die Formulierung „*primarily states*“ gesprochen und dass man ansonsten nur an zwischenstaatliche internationale Organisationen als praxisgenerierend denkt. Ich selbst habe in der ILC den Gedanken – wie Stefan Oeter ihn formuliert hat – aufgebracht, dass die Kommission sagen sollte, dass es in bestimmten Bereichen eine Art Interaktion bei der Implementierung von völkerrechtlichen Normen gibt, bei der man sinnvollerweise nur durch Beobachtung des Verhaltens von Privaten erkennen kann, was Staaten ja normalerweise auch akzeptieren, dass es also eine Art Gemengelage gibt. Ich bin aber nicht sicher, ob sich dieser Gedanke letztlich in einer *Draft Conclusion* niederschlagen wird.

Insgesamt möchte ich – und das ist meine letzte Bemerkung – Ursula Kriebaum ausdrücklich zustimmen, wenn sie fordert, dass bei Restatements der ILC – denn die ILC macht in der Tat auch Restatements – deutlicher als vielleicht früher in den Kommentierungen der jeweiligen *Draft Conclusions* oder *Draft Articles* begründet wird, warum die ILC der Meinung ist, dass eine bestimmte Regel geltendes Gewohnheitsrecht ausdrückt. Das ist sowohl bei der Ermittlung der Regeln über die Bildung von Völkergewohnheitsrecht, aber natürlich auch bei den konkreten Regeln, etwa im Bereich *immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction*, notwendig. Klassischerweise hat man ja gesagt, dass die ILC nicht so genau unterscheiden muss oder sollte, ob das, was sie macht, als *lex lata* oder *lex ferenda* anzusehen ist. Das entspricht natürlich der Idee, dass die ILC Vertragsentwürfe erarbeitet und es dann die Staaten immer noch in der Hand haben, ob sie diese nun akzeptieren oder nicht. In dem Augenblick aber, wo die ILC mehr in dem *Restatement-Business* ist, muss sie sich meiner Meinung nach aber auch höheren Legitimationsanforderungen unterwerfen. Das hält nicht jedes Mitglied der ILC für selbstverständlich und dies ist ein interessanter Aspekt der Debatte. Aber damit möchte ich keine Kritik an den schönen Vorträgen formulieren, sondern nur ergänzend kommentieren.

Herr Tams: Ich will versuchen, allen Fragen gerecht zu werden, und fange mehr oder weniger chronologisch an. Kirsten Schmalenbach hat auf das Völkerstrafrecht verwie-

sen und geschildert, dass Gewohnheitsrecht auf diesem Feld ganz anders identifiziert werde: frei gefunden und vielleicht auch – um erneut das Bild Stefan Talmons zu bemühen – von ICTR und ICTY wie Kaninchen aus dem Hut gezaubert. Die Rolle von Gerichten, die damit angesprochen ist, ist in den ‚vergerichtlichten‘ Teilbereichen des Völkerrechts in der Tat zentral. Ich haben das ausgeblendet, weil es meines Erachtens kein typisches Problem des Gewohnheitsrechts ist. In aller Regel stellt sich die Frage nach der Rolle von Gerichten bei der Rechtsidentifikation im Vertragsrecht: Dort treten die gleichen Fragen auf, aber bezogen darauf, inwieweit Vertragsgremien – oder Gerichte als Garanten eines Vertrages – Vertragsinhalte ausformen oder verbindlich vorgeben können, selbst wenn sie dabei mit den Regeln zur Vertragsauslegung mitunter gelassen umgehen. Im Gewohnheitsrecht ist das recht selten, weil Vertragsgremien das Gewohnheitsrecht nicht oft planmäßig auslegen. Zu den Ausnahmen zählen UN-Menschenrechtsberichtersteller, die auf der Basis allgemeinen Völkerrechts agieren, und eben ganz klassisch die zweite Generation von Völkerstrafgerichten – ICTY, ICTR. Untersuchte man die Praxis etwa des ICC (der unter Umständen auch recht frei ist in seiner Rechtsfindung), dann wären wir im Bereich Vertragsinterpretation. Das zum Hintergrund und vielleicht als Erklärung, warum ich die Frage nicht gesondert aufgegriffen habe.

Das Problem ist aber natürlich schon ein zentrales. In den Bereichen, in denen Gerichte Motoren der Rechtsentwicklung sind, kommen wir nicht umhin, ihren riesigen Einfluss auf die Rechtsidentifikation anzuerkennen. Die Verselbstständigung der Rechtsidentifikation unter Einfluss eines starken Gerichts ist ganz typische Begleiterscheinung der ‚Vergerichtlichung‘. Die Orientierung an abstrakt definierten Rechtsidentifikationsregeln nimmt in dem Maße ab, wie sich eine gerichtliche Rechtsprechung verfestigt. Die vorherige Rechtsprechung der Institution hat eine geradezu magnetische Anziehungskraft. Im Vertragsrecht überlagert diese die Auslegungskanon des Wiener Übereinkommens; das Gleiche gilt – bezogen auf die von mir beschriebenen Identifikationsregeln – im Völkergewohnheitsrecht.

Den Prozess kann man vom Straßburger Gerichtshof bis zu UN-Menschenrechtsgerichtshöfen und dem Investitionsschutzrecht beobachten. Mögen muss man ihn nicht. Doch ich glaube, man kann ihn auch nicht eingrenzen. In vielen Bereichen nimmt man ihn hin, weil er Teil des ‚Deals‘ ist. Um es anhand des Völkerstrafrechts zu illustrieren: Im Rückblick sind wir heilfroh, dass ICTY und ICTR so dynamisch waren, auch wenn viele Entscheidungen für Stirnrunzeln gesorgt haben. Die Fortentwicklung des Völkerrechts beruht ja ständig auf Methodenüberschreitung; diese sichert die Dynamik des Rechts. Dass das im Einzelfall nicht schön ist und mit Verzicht auf dogmatische Gewissheit erkaufte wird, ist mir klar. Doch in der Gesamtabwägung nimmt man die methodische Kreativität von ICTY und ICTR stillschweigend hin.

Georg Nolte hat angesprochen, ob die ILC den Prozess der Rechtsidentifikation eingehen kann. Ich denke, das ist sicherlich eine ihrer Hoffnungen. Es ist ja auch nichts Ungewöhnliches, dass die ILC mit dem Ziel antritt, eine Praxis einzudämmen, die sich in Teilbereichen des Völkerrechts ausgebildet hat. Mit demselben Ziel hat die Kommission ihre Arbeiten zu Vertragsvorbehalten begonnen, wo Aussagen von Menschenrechtsausschüssen für Unruhe in Teilbereichen gesorgt hatten. Bei beiden klassischen Themen – erst Vertragsvorbehalten, nun Gewohnheitsrecht – sagt die ILC ganz klar, dass sie allgemeine Regeln ausbuchstabieren wolle, um so allen Abweichlern zumindest eine Begründungslast aufzuerlegen.

Und das funktioniert sicher zu einem Teil. Aber die Macht der ILC scheint mir begrenzt dadurch, dass die meisten Probleme mit der sehr kreativen Rechtsidentifikation sich im Bereich des Vertragsrechts stellen. Will die ILC der Fragmentierung entgegen treten, so muss die ‚Einhegung‘ weniger durch das Projekt zum Völkergewohnheitsrecht erfolgen als vielmehr über das Projekt zu *Treaties over Time*. Das als Versuch einer partiellen Antwort auf eine große Frage.

Nun zu Herrn Hector, Herrn Oeter, und zur Staatenpraxis und der Frage der nicht-staatlichen Akteure: Herr Hector, Sie haben völlig Recht: Das, was ich im Thesenpapier über die indirekte Einflussnahme nicht-staatlicher Akteure geschrieben habe, bedarf der Nuancierung. Ich habe versucht, mögliche Differenzierungen aufzuzeigen, indem ich unterschieden habe zwischen – erstens – dem Forum, in dem sich staatliche Meinungen bündeln (vielleicht in Ansätzen geprägt durch das Forum als *agenda setter*), und – zweitens – den eigenständigen Bemühungen nicht-staatlicher Akteure, den Inhalt des Rechts zu identifizieren. Nicht-staatliche Akteure, die nicht internationale Organisationen sind und die ja im Fokus Ihrer Frage standen, sind fast nie Forum staatlicher Debatten; von daher fiel ihr Einfluss auf das Gewohnheitsrecht in meine zweite Kategorie. Und diese ist natürlich heikler.

Herr Hector, Sie haben als Prämisse vorausgesetzt, die Praxis müsse immer von Trägern öffentlicher Gewalt kommen. Das müsste man meines Erachtens diskutieren. Dazu zwei Fragen: Zum einen: Muss man nicht – auch auf der Basis eines völlig konsensorientierten Völkerrechts – sagen, dass auch die Praxis derjenigen Akteure relevant ist, die von den Trägern öffentlicher Gewalt in den Rechtsdiskurs einbezogen worden sind, d.h. in den Club hineingelassen worden sind? Staaten lassen sich ja vielfach auf inklusive Prozesse ein – denken Sie nur an das Beispiel des Montreux-Prozesses zur Rolle privater Sicherheitsfirmen. Wenn Staaten mit dem Ziel der Rechtsklärung das Gespräch mit anderen Akteuren suchen – weil sie wissen, dass es ohne diese nicht geht oder weil diese nach Ansicht der Staaten hilfreich zum Prozess beitragen – kann man dann diese inklusiven Prozesse ausblenden, nur weil Akteure mitwirken, die nicht Träger öffentlicher Gewalt sind?

Die zweite Einschränkung betrifft internationale Organisationen. Sie führt zurück zu dem, was ich im Vortrag erwähnt habe, was aber sicherlich der näheren Durchdringung bedarf – nämlich die Frage, ob nicht der Gedanke der Normunterworfenheit relevant sein kann. Herr Hector, alles, was Sie gesagt haben, teile ich für das zwischenstaatliche Völkerrecht. Aber gilt es auch für Bereiche des Völkerrechts, das nicht nur Staaten bindet, sondern auch internationale Organisationen? Denken Sie an die Frage nach der Rechtsbindung der Vereinten Nationen an Menschenrechte im Rahmen von von der UNO organisierten friedenserhaltenden Missionen. Kann man dann wirklich sagen, nur die Praxis der Träger öffentlicher Gewalt – also der Staaten und von mir aus der EU – zählt? Oder sollte man nicht vielmehr sagen, dass in den Bereichen, in denen die UN selbst durch Völkerrecht gebunden ist, auch ihre Praxis direkt zählt? Umgekehrt gehen wir doch ähnlich vor, wenn wir etwa die Bindung der UNO an Menschenrechte (im Rahmen von Blauhelm-Missionen) bejahen, weil die UNO dies selbst anerkannt hat.

Deswegen denke ich, bei der Behandlung nicht-staatlicher Akteure sollte man anhand der Rechtsunterworfenheit des Akteurs trennen. Herr Hector, um es zu wiederholen: Ich gebe Ihnen völlig Recht, was das zwischenstaatliche Völkerrecht angeht. Doch

interessante Fragen stellen sich für das Völkerrecht, das auch internationale Organisationen bindet.

Jetzt gab es noch zwei kleinere Fragen und dann noch eine große. Zunächst zu Frau Schmahl und der Rolle nationaler Gerichte: Nationale Gerichtsurteile können Staatenpraxis darstellen. Das scheint mir relativ klar. Ob sie darüber hinaus auch gleich die Rechtsüberzeugung mitliefern, ist eine andere Frage – das Problem des *double counting* ist ja viel beschrieben. Es wird allerdings falsch beschrieben, wenn man die Ermittlung von Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung als zwei getrennte Prozesse ansieht. Oftmals ergibt es sich bereits aus dem Kontext eines staatlichen Verhaltens, dass eine bestimmte Praxis zugleich auch Ausdruck einer Rechtsüberzeugung ist. Das entbindet nicht von der separaten Prüfung beider Elemente; doch zeigt es, dass man nicht an zwei getrennten Verhaltensweisen anknüpfen muss.

Das führt zu der Frage von Herrn Hartwig, ob man denn im Einzelfall die Rechtsüberzeugung ausschließen kann. Ich glaube, die Diskussion ist in Bezug auf das Gewohnheitsrecht nicht weit fortgeschritten, aber wir kennen sie aus anderen Bereichen, vor allem im Hinblick auf die Diskussion über humanitäre Interventionen, auf die Herr Dederer heute schon hingewiesen hat. Also: Kann die Praxis, die es bei humanitär motivierten Gewalteinsetzungen ja durchaus gibt, für irrelevant erklärt werden, weil die handelnden Staaten behaupten, sie agierten in Selbstverteidigung? Die Kriterien, die in dieser speziellen Diskussion entwickelt wurden, sollten meines Erachtens auch beim Gewohnheitsrecht herangezogen werden. Wo ist die vage Grenze des Rechtsmissbräuchlichen? Ab wann ist die vorgebrachte Rechtsansicht einfach so weit vom tatsächlichen Verhalten entfernt, dass sie nicht mehr ernst genommen werden kann? Ich denke, mit solchen – durchaus vagen – Figuren behelfen wir uns. Im Grundsatz – das ist den Diskussionen über Grenzen implizit – ist es dann aber offenbar durchaus möglich, ein bestimmtes Verhalten für rechtlich irrelevant zu erklären. Die ILC könnte in dieser Hinsicht sinnvolle Klärungsarbeit leisten, indem sie konkretere Vorgaben machte.

Die letzte Frage hat Herr Hobe gestellt, und vielleicht ist sie ja die Gretchenfrage: Was ist falsch mit der klassischen Gewohnheitsrechtsidentifikation? Was wäre anders bei dem von mir skizzierten Prozess? Zunächst will ich klarstellen – oder zurückrudern, falls ich missverständlich formuliert haben sollte: Die beiden Prozesse – der klassische hier, der moderne dort – sind nicht alternativ. Das von mir skizzierte moderne Identifikationsrecht erleichtert die Rechtsfindung im Rahmen der anerkannten, „klassischen“, methodischen Bahnen der Zwei-Elemente-Lehre. Das zu betonen, ist wichtig, denn in der Tat wird der vermeintliche Wechsel vom klassisch-induktiven zum modern-deduktiven Gewohnheitsrecht oft ganz vereinfacht dargestellt, als könne man die eine klare Weichenstellung ausmachen: etwa die Vorstellung, dass ‚der alte IGH‘ Gewohnheitsrecht induktiv ermittelt hat, bevor mit dem *Nicaragua*-Urteil alles deduktiv wurde. Doch die Beiträge von Peter Tomka und Stefan Talmon, die ich erwähnt habe, machen ganz deutlich, dass die Gegenübersetzung von induktiver und deduktiver Methode ganz falsch ist. Die Induktion etwa beruht auf so vielen (deduktiven) Vorentscheidungen darüber, wessen Praxis zählt, welche Praxis berücksichtigt wird. Und die Entwicklung ist alles andere als chronologisch; ja oft war der StIGH viel deduktiver als der IGH.

Insofern sind viele der Dichotomien, die die Debatte prägen, falsch. Die generelle Entwicklung – die Öffnung, die Hinwendung zum abgeleiteten Gewohnheitsrecht – würde ich nicht als Bruch beschreiben, sondern als Ergänzung und Erleichterung des Prozes-

ses der Rechtsidentifikation, die den geänderten Rahmenbedingungen der Gewohnheitsrechtsdiskussion Rechnung trägt und moderne Formen des Rechtsdiskurses sinnvoll nutzt – zwar mit Risiken, aber im Ergebnis sinnvoll. Und um es zu wiederholen: Mein Vorbehalt gegenüber der klassischen, induktiven Methode bleibt, dass sie noch nie sorgfältig angewandt worden ist – und dass sie in einer Staatengemeinschaft von 200 Staaten niemals wirklich sorgfältig angewandt werden kann. Um es am Beispiel des IGH-Urteils zu den *Jurisdictional Immunities* zu illustrieren: Dieses rief jedenfalls in der britischen Völkerrechtsdiskussion durchaus Begeisterung hervor: Endlich mal wieder ein IGH-Urteil, bei dem der Gerichtshof induktiv vorgeht, gründlich prüft und das Gewohnheitsrecht nicht nur behauptet. Aber beruht das Urteil wirklich auf der gründlichen Auswertung der Staatenpraxis? Ist es wirklich *settled state practice*, wenn man wie der IGH auf nationale *Immunity Statutes* einer Handvoll Staaten sowie auf – geschätzt – ein Dutzend nationale Gerichtsurteile verweist? Dies gemessen an der Zahl von 200 Staaten und bei einer Frage, die seit Jahrzehnten jeden Staat der Welt angeht. Es bleibt – auch insofern – beim „Crawford-Problem“, das ich im Vortrag zitiert habe: „*The problem with customary international law [in its traditional sense] is that it seems impossible*“. Und aus diesem Grund sehe ich die diversen Flexibilisierungen und Öffnungen im Grundsatz positiv: Weil die induktive, klassische Methode eben alles andere als ‚sauber‘ ist. Insofern sehe ich die Hinwendung zum modernen Identifikationsrecht nicht als Aufgabe bewährter Standards. Sondern als Ausdruck einer größeren Offenheit, dass die klassische Methode nicht wirklich funktioniert. Vielen Dank!

Frau Kriebaum: Vielleicht kann ich zusammenfassend zu meinem Vortrag und den Fragen, die ich dankenswerterweise bekommen habe, sagen, dass ich Restatements als sinnvolle Ergänzung auch zur Kodifikation bei Themen sehe, bei denen man nicht sicher ist, dass der Text in einer Art und Weise einen Kodifikationsprozess überleben würde, in der er noch Sinn hat.

Im Unterschied zu den USA haben wir allerdings in dieser Restatement-Debatte im Völkerrecht ja keine Institution mit Siegel. Das *American Law Institute* kann seine Publikationen Restatements nennen. Im Völkerrecht haben wir das nicht. Daher bin ich dazu übergegangen, zu schauen, was denn die charakteristischen Merkmale sind und wer sie am ehesten erfüllt. Da kommt man zu dem Ergebnis, dass nur die ILC alle Kriterien erfüllt. Bei allen anderen Institutionen muss man irgendwelche Abstriche machen. Das ist aber nicht so schlimm vor dem Hintergrund, dass wir das Siegel eben nicht haben und sich der Text, der dann herauskommt und veröffentlicht wird, dem Praxistest stellen muss. Wenn er diesen nicht überlebt, dann hat er ohnedies *per se* keine rechtliche Bindungswirkung.

Allerdings glaube ich, dass man eben durch diese Restatement-Praxis eine gewisse Transparenz erreichen kann, weil man eben in den Kommentaren rechtfertigen muss, warum man denn der Meinung ist, dass irgendeine Norm bereits Gewohnheitsrechtsstatus hat und was denn die Quellen sind, aufgrund derer man zu diesem Ergebnis kommt. Ich glaube, dass das einen ganz wesentlichen Beitrag auch zur Systematisierung und Durchdringung leisten kann.

Herr Nolte: Vielen Dank, Frau Kriebaum. Damit sind wir am Ende des wissenschaftlichen Programms und auch fast am Ende der Tagung. Wir haben viel geredet, wir haben genug geredet, und ich werde jetzt nicht mehr viel reden. Aber ich muss noch

ein ganz kleines bisschen reden, der Empfang wir dann ohne Reden stattfinden. Ich hatte gestern Abend Gelegenheit eine Zwischenbilanz zu ziehen – Sie erwarten jetzt vielleicht eine Bilanz. Meine Bilanz ist wie die Zwischenbilanz: Wir haben auch heute wieder Vorträge und kommentierende Beiträge auf hohem Niveau erlebt, und alles in einem wunderbaren Rahmen.

Mit diesem Rahmen meine ich nicht nur die Aula hier, die von Größe und Ausstrahlung genau zu unserer Versammlung passt, sondern auch diese Universität und die Stadt Gießen. Alles, was uns hier zugute gekommen ist, ist vom Lehrstuhl Marauhn organisiert worden. Ich möchte gerne denjenigen danken, die hinter dem breiten Rücken von Thilo Marauhn gewirkt haben. Die 150 Mails, die ich im Vorfeld der Tagung von Frau Thorn bekommen habe, waren bei ihrer Arbeit sicher nur die Spitze des Eisberges. Deswegen möchte ich Frau Thorn, die hauptverantwortlich für die Organisation war, mit einem Blumenstrauß ganz herzlich Dankeschön sagen. (*Applaus*).

Lieber Thilo, für Dich habe ich keinen Blumenstrauß, das entspricht, glaube ich, auch nicht unseren Usancen. Wir haben alle gesehen, wie Du gewirkt und wie Du dich engagiert hast. Das war eine vorbildliche Tagungsvorbereitung und -organisation, die Du auch ganz kooperativ mit dem Vorstand betrieben hast. Ich sage Dir herzlichen Dank im Namen des Vorstandes und der Mitglieder!

Das Letzte, was ich noch zu sagen habe, betrifft den Übergang. Ich habe mich sehr gefreut, dass die Mitgliederversammlung beschlossen hat, die nächste Zweijahrestagung in Berlin stattfinden zu lassen. Es gibt auch eine Verbindung zwischen Gießen und Berlin und zwar eine, die ganz spezifisch für unsere Gesellschaft ist. Ich bin fast geneigt, Sie einmal raten zu lassen. Die Verbindung heißt Franz von Liszt. Sie wissen natürlich, dass wir hier vom Franz von Liszt Institut empfangen worden sind, und das Franz von Liszt von Gießen nach Berlin gegangen ist. Aber haben Sie gewusst, dass Franz von Liszt auch dem ersten Vorstand dieser Gesellschaft angehört hat? Theodor Niemeyer war der Initiator, aber Franz von Liszt – als er schon in Berlin war – war dann Mitglied des Vorstands. Auch deshalb finde ich es schön, dass wir jetzt von Gießen nach Berlin gehen. Ich würde mich sehr freuen, sie alle in zwei Jahren in Berlin wiederzusehen.

Herr Frowein: Ich glaube, es entspricht einer guten Tradition, dass am Ende des wissenschaftlichen Teiles einer der Älteren, zu denen ich nun leider inzwischen auch gehöre, dem Vorstand einen sehr herzlichen Dank ausspricht für diese Tagung, die uns, glaube ich, alle sehr beeindruckt hat. Sie hat, wie mir scheint, auch in besonderer Weise unterstrichen, dass diese Gesellschaft in der Kombination der Privatrechtler und der Öffentlichrechtler und Völkerrechtler einen ganz besonderen Charakter hat, der bei der Tagung hier in Gießen besonders zum Ausdruck gekommen ist. Ich möchte dem Vorstand für seine Arbeit sehr, sehr herzlich danken.

Podiumsdiskussion

„Internationalisierung der Juristenausbildung und Relevanz des internationalen Rechts“

Herr Basedow: Meine Damen und Herren, ich begrüße Sie zu dieser Veranstaltung, die als Podiumsdiskussion ausgewiesen ist. Das Thema ist die Internationalisierung der Juristenausbildung und die Relevanz des internationalen Rechts.

Das Studium der Rechtswissenschaft birgt nach dem Urteil vieler Nichtjuristen die Gefahr der geistigen Verengung. Zwar wissen wir alle, dass es dem Studierenden Einblick in viele, ja man kann sogar sagen alle Lebensbereiche gewährt. Es gibt kaum einen Lebensbereich, ob das Schulbildung oder Militär oder Städteplanung oder der Kapitalmarkt ist, der nicht rechtlich durchformt ist. Andererseits reduziert das juristische Studium aber doch den geistigen Rahmen der Betrachtung. Alles wird allein durch die Brille des Rechts angeschaut und obendrein noch allein durch die Brille *eines* Rechts – eines einzigen Rechtssystems, das nach Möglichkeit in sich widerspruchsfrei sein soll, das als eine ganzheitliche, homogene Einheit gedacht wird. Die alltägliche Widersprüchlichkeit der Werte, die unser Verhalten leiten, gerät dabei gewissermaßen aus dem Blickfeld, ebenso auch außerrechtliche Perspektiven, seien sie nun historischer oder ökonomischer, politischer oder soziologischer Natur – Perspektiven also, die solche Wertungsdivergenzen gerade immer wieder hervorbringen. Der Tendenz nach beginnen die Studierenden die Welt in einem monistischen Wirkungsrahmen zu interpretieren, sie verlernen es, in Alternativen zu denken. Dass die künftige Elite der Gesellschaft sich geistig derart verengt, liegt nun weder im öffentlichen Interesse noch im Interesse der Einzelnen. Das humanistische Ideal der Entfaltung der individuellen Talente setzt voraus, dass die Studierenden mit alternativen Wertungen und Lebensentwürfen in Berührung kommen. Und auch das öffentliche Interesse geht in einer Zeit offener Grenzen dahin, dass der einzelne Jurist Alternativen zum eigenen Recht kennt und sie in sein Lebensbild einordnen kann. Vor diesem Hintergrund erklären sich die jahrzehntealten Forderungen der Bildungspolitik nach Interdisziplinarität und Internationalisierung, die sich auch und gerade an die Organisation des Jurastudiums richten.

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht hat sich seit Jahrzehnten immer wieder für die internationale Öffnung des rechtswissenschaftlichen Studiums eingesetzt. Sie ist dazu auch geradezu berufen. Das internationale Recht hat die zentrale Aufgabe, die aus einer multipolaren und nicht aufeinander abgestimmten Rechtssetzung resultierenden Normen zu koordinieren. Koordination ist die Aufgabe des Völkerrechts in Bezug auf die multipolare und oft genug divergierende politische Willensbildung in der internationalen Gemeinschaft der Staaten, die einander in souveräner Gleichheit gegenüber treten. Koordination ist auch die Aufgabe des Internationalen Privatrechts, damit private Beziehungen in einer Welt multipler Jurisdiktionen planbar bleiben und damit sie in prozessualer sowie materieller Hinsicht eine gerechte Beurteilung erfahren können. Das internationale Recht ist insofern die zentrale Rechtsdisziplin, die uns lehrt, mit alternativen Ordnungsentwürfen zu leben und nicht die eigene Rechtsordnung als Dreh- und Angelpunkt der eigenen Weltsicht für absolut zu erklären.

In diesem Sinne hat die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht in den Jahren 1971, 1973, 1975 und 1981 immer wieder Resolutionen angenommen, die auf eine Stärkung von Rechtsvergleichung, Internationalem Privatrecht und Völkerrecht im allgemeinen Pflichtstudium und im Wahlstudium drängten. Auch das *Institut de Droit international* hat sich in einer Resolution von 1979 entsprechend geäußert. Seither herrschte über dreißig Jahre lang relative Ruhe. Die Europäisierung und Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft hat lange keine weiteren Forderungen nach der Internationalisierung des Studiums generiert. Zwar hat es in Deutschland mit der Einführung der Wahlschwerpunkte und der Verlagerung eines Teils des Staatsexamens an die Universitäten eine weitreichende Reform der Juristenausbildung gegeben. Doch spiegelt sich darin nicht etwa das Bedürfnis einer globalisierten Gesellschaft nach Verstärkung der internationalen Dimension des Rechtsstudiums, sondern andere Aspekte waren vorherrschend.

Erst 2011 hat die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht wieder eine Arbeitsgruppe zu dem Thema eingesetzt, über deren Vorgehen und Ergebnisse gleich Stephan Hobe, Völkerrechtler an der Universität zu Köln, berichtet wird. Danach wird Tanja Domej, Professorin für Internationales Privat- und Prozessrecht an der Universität Zürich, das Wort ergreifen und die Thematik aus schweizerischer, insbesondere Züricher, Sicht beleuchten. Die dritte Podiumsteilnehmerin ist Eva-Maria Kieninger, die sich als Privatrechtlerin, aber auch aus der Gesamtverantwortung der Dekanin der Juristischen Fakultät in Würzburg äußern wird. Zum Abschluss der ersten Podiumsrunde wird dann noch August Reinisch, Völkerrechtler an der Universität Wien, vor dem Hintergrund der österreichischen Ordnung des juristischen Studiums zu unserem Thema sprechen. Mein Name ist Jürgen Basedow vom Max-Planck-Institut in Hamburg. Ich bin also von der privatrechtlichen Fraktion, grase aber gelegentlich ganz gern auf der anderen Seite des Zaunes. Damit möchte ich Herrn Hobe das Wort erteilen.

Herr Hobe: Danke, lieber Herr Basedow, für diese interessante Einleitung. Meine Aufgabe ist es, wie bereits erwähnt, noch einmal kurz zusammenzufassen, was die wesentlichen Erwägungsgründe in der Arbeitsgruppe gewesen sind, um dann daran einige weitere Überlegungen anzuknüpfen. Meine Damen und Herren, auf Initiative unseres damaligen Vorsitzenden Daniel Thürer hat der Rat auf der Kölner Tagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht im Jahre 2011 beschlossen, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die zwei Aufgaben erfüllen sollte. Es sollte zum einen um eine Bestandsaufnahme der in Deutschland, Österreich und der Schweiz angebotenen Veranstaltungen im grundständigen Studium, Schwerpunktbereichen sowie auf postgraduierten Ebene der Masterprogramme und Sommerschulen im internationalen Recht gehen. Darüber hinaus sollten Vorschläge für gegebenenfalls erforderlich werdende Änderungen erarbeitet werden. Der Arbeitsgruppe gehörten Thilo Marauhn und ich als Sprecher sowie Astrid Epiney, Ulrich Fastenrath, August Reinisch, Christoph Vedder, Christiane Wendehorst und Andreas Zimmermann und damit Mitglieder aus Deutschland, Österreich und der Schweiz sowie aus den Bereichen IPR, Rechtsvergleichung, Völkerrecht und Europarecht an.

Die Arbeitsgruppe hat dreimal im Plenum getagt und zwar in Gießen 2011, in Hamburg 2012 und in Köln Ende 2013. Darüber hinaus haben die Sprecher mehrere Initiativen koordiniert. Sie haben vor allem Fragebögen zur Erhebung des internationalrechtlichen Angebots erarbeitet, im Herbst 2012 an Sie versandt und im Anschluss ausgewertet. Unter anderem haben sie Gespräche mit dem Auswärtigen Amt und dem

Deutschen Akademischen Austauschdienst begonnen. Bisher erkennbare Frucht der Bemühungen der Arbeitsgruppe ist die Verabschiedung einer Resolution auf unserer Zweijahrestagung im März 2013 in Luzern, die mit einem Bericht über die Tätigkeit der Arbeitsgruppe in der Juristenzeitung 2013 veröffentlicht worden ist. Von ihr soll sogleich die Rede sein.

Lassen Sie mich zunächst einen Blick auf die bei recht gutem Rücklauf hinlänglich repräsentativen Ergebnisse der empirischen Befragung werfen. Die Fragebögen hatten zum Personalbestand, zum Lehrangebot im Grundstudium und den Schwerpunktbereichen beziehungsweise besonderen Spezialisierungen, nach Sommerprogrammen, Masterprogrammen, interdisziplinären Programmen, Promotionen und Austauschprogrammen gefragt. Danach ist zunächst festzuhalten, dass das internationale Recht im Grundstudium nur in Österreich wirklich gut vertreten ist, während es in der Schweiz in dieser Studienphase eine etwas schwächere und in Deutschland nur vereinzelt eine überhaupt erkennbare Rolle spielt. In Deutschland ist im Wesentlichen nur das Europarecht Bestandteil der grundständigen Juristenausbildung. Für die Schwerpunktbereiche beziehungsweise Spezialisierungen innerhalb der juristischen Ausbildung ist festzuhalten, dass es relativ häufig eine Kombination von Völker- und Europarecht gibt, zum Teil auch von IPR und Völkerrecht, und dass eine international-rechtliche Spezialisierung fast überall möglich ist. Auffallend ist allerdings die vergleichsweise geringe Anzahl von Dissertationen, sowohl im Internationalen Privatrecht und der Rechtsvergleichung als auch im Völkerrecht. Die meisten international-rechtlichen Dissertationen werden im Europarecht verfasst. Zudem ist auffällig, dass vergleichsweise wenige Dissertationen in Englisch oder einer anderen Sprache als Deutsch abgefasst werden. Auch wird an vergleichsweise wenigen Fakultäten ein fremdsprachliches Angebot der Lehre des internationalen Rechts vorgehalten.

Auf dieser empirischen Grundlage hat die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht auf ihrer Tagung in Luzern am 13.3.2013 die nachfolgende Resolution verabschiedet. Ich darf sie zitieren, weil sie wichtig ist und insofern noch einmal besprochen werden soll:

„Juristinnen und Juristen müssen sich heute in allen Bereichen nicht mehr nur nationalen und europäischen, sondern auch globalen und transnationalen Herausforderungen stellen. Damit haben sich auch die Anforderungen an junge Juristinnen und Juristen geändert, von denen heute fast überall erwartet wird, dass sie sich in einem vom nationalen über das europäische bis hin zum internationalen Recht und zum transnationalen Recht erstreckenden Ordnungssystem bewegen können. Die Juristenausbildung in Deutschland und in der Schweiz hat mit dieser Entwicklung nicht in vollem Umfang Schritt gehalten. Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht appelliert deshalb an die zuständigen Instanzen in Deutschland und in der Schweiz, sich dafür einzusetzen, dass die Grundelemente des Völkerrechts, des Internationalen Privatrechts und der Rechtsvergleichung zu einem Bestandteil der juristischen Grundausbildung werden. Soweit die Universitäten eine entsprechende Stärkung eigenverantwortlich auf den Weg bringen können, richtet die Gesellschaft diesen Appell auch an deren zuständige Gremien. Darüber hinaus ermuntert die Gesellschaft die juristischen Fakultäten Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Spezialisierungen im internationalen Recht, einschließlich qualifizierter Angebote in englischer und gegebenenfalls anderen Sprachen, zu entwickeln, sowie die Dekanate gegebenenfalls um eine Dekanin/einen Dekan für internationale Angelegenheiten zu erweitern.“

Lassen Sie mich dazu in der Kürze der vorgegebenen Zeit noch einige weitere Anmerkungen machen. Erstens: Ganz unabweislich scheint mir, dass es zu einer Stärkung des internationalen Rechts im grundständigen Studium über das Europarecht hinaus, vor allem in den Curricula der Universitäten Deutschlands und teilweise auch der Schweiz kommen sollte. Dies kann und sollte zum einen in einer Art Grundlagenveranstaltung „Einführung in das internationale Recht“ erfolgen, die für Studierende des Anfangssemesters verpflichtend ist. Zudem sollten in den einschlägigen Veranstaltungen des Staatsrechts und des Privatrechts die international-rechtlichen Bezüge jeweils integriert werden. Es bedarf hierfür keines neuen Faches und es bedarf auch keiner spezifischen Stoffaufblähung. Was hier beigebracht werden soll, sind jedenfalls Grundprinzipien. Dies kann etwa dergestalt passieren, dass den Studierenden unter Verweis auf die entsprechenden verfassungsrechtlichen Normen die Problematik der Transformation des Völkerrechts/internationalen Rechts in die nationale Rechtsordnung nahegebracht oder ein Bewusstsein für kollisionsrechtliche Probleme bei privatrechtlichen Fällen mit Auslandsbeteiligung geschaffen werden sollte. Immer geht es dabei nicht um eine riesige Stoffaufblähung, sondern um die Vermittlung von Grundwissen.

Zweitens: Zudem meine ich, dass insbesondere aus international-rechtlicher, aber eben auch aus allgemein didaktischer Perspektive das *Mooting* einen deutlich stärkeren Stellenwert im Grundstudium erhalten sollte. Das sollte idealiter bereits im Grundstudium sein – erscheint dies aus rein kapazitären Gründen nicht machbar, so sollte jedenfalls im Schwerpunkt beziehungsweise im Wahlfachstudium der Besuch eines *Moot Courts* verpflichtend werden. Ich darf dazu vielleicht erwähnen, dass wir in Köln einen Modellversuch starten, wo eine Vorlesung teilweise herkömmlich frontal gemacht wird und sozusagen parallel dazu der Gruppe K bis Z ein interaktives Programm angeboten wird. Wir wollen einmal sehen, wer die Abschlussstests mit welchem Erfolg absolviert.

Drittens: Wir halten zudem eine Optimierung der Förderinstrumente zur Stärkung des Standortes Deutschland und auch der anderen deutschsprachigen Länder für die Ausbildung im internationalen Recht für erstrebenswert. Mit dem DAAD und dem Auswärtigen Amt in Berlin sind diesbezüglich Gespräche auf drei Ebenen von uns initiiert worden. Zum einen wird überlegt, ob eine von Universitäten und Außenministerien gemeinsam getragene einwöchige Sommerschule im internationalen Recht nicht zu einer wünschenswerten Stärkung der deutschsprachigen Standorte für den Bereich der Ausbildung im internationalen Recht beitragen könnte. Zudem finden zweitens erste Gespräche mit dem DAAD statt, die darauf hinauslaufen sollen, Mittel für ein Promovieren von Ausländern auf Englisch in Deutschland bereitzustellen. Wir denken, dass Deutschland ein guter Wissenschaftsstandort ist – die anderen deutschsprachigen Länder auch – und dass dies insbesondere auch für die Wissenschaft im internationalen Recht gilt. Deshalb sollte unter Wegfall der Sprachbarriere die Möglichkeit erleichtert werden, ausländischen Graduierten ein Promovieren bei deutschen, österreichischen und Schweizer Dozentinnen und Dozenten im internationalen Recht zu ermöglichen. Drittens stehen wir mit dem DAAD in Kontakt im Hinblick auf die Bereitstellung von Fördermitteln zur Anschubfinanzierung der Einführung englischsprachiger Masterprogramme. Wir stellen fest, dass die bisherige postgraduale Ausbildung weitgehend auf das Europarecht konzentriert ist und auch weitgehend auf Deutsch stattfindet. Hier möchten wir Ermutigung zur Errichtung spezifischer international-rechtlicher Masterstudiengänge auf Englisch geben. Wie dabei diese Ziele erreicht werden können, ob

durch die Aufnahme neuer Förderlinien oder die Erweiterung bestehender, ist aber derzeit beim jetzigen Verhandlungsstand noch weitgehend offen.

Ein wichtiger, schließlich von der Arbeitsgruppe noch nicht erledigter Punkt auf der Agenda ist zudem die derzeit von den Sprechern in Vorbereitung begriffene Ausarbeitung eines Vademecums, in dem, selbstverständlich auf freiwilliger Grundlage, alle Internationalrechtlerinnen und Internationalrechtler ihre besonderen Forschungs- und Lehrschwerpunkte und -neigungen transparent machen und so etwa ausländischen, aber auch inländischen Studierenden die Wahl eines Promotionsbetreuers oder einer Promotionsbetreuerin erleichtern können. Dieses Vademecum könnte dann auf der Homepage der DGIR veröffentlicht werden.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, dies soll als erster Überblick über die Arbeit unserer Arbeitsgruppe in der Zeit seit 2011 genügen. Weiteres werden wir in der anschließenden Diskussion sicherlich erörtern können. Hier könnte etwa auch noch einmal darüber rasoniert werden, ob es – wie etwa von Herrn Basedow vorgeschlagen – nicht sinnvoll wäre, das Anliegen einer Stärkung der Lehre des internationalen Rechts noch stärker auch rechtspolitisch, etwa durch die Einschaltung des Juristen-Fakultätentages in Deutschland zu verfolgen oder dadurch, dass man auch an Landesgesetzgeber mit entsprechenden Vorschlägen zur Änderungen der Justizausbildungsordnung herantritt. So es sich um die Einrichtung einer neuen Vorlesung zur Einführung in das internationale Recht handelt, dürfte dies selbst durch die Änderung der Studienordnung oder durch einen Konsens in den Fakultäten möglich sein.

Ich darf die Gelegenheit nutzen, um mich bei den Vorsitzenden Daniel Thüner und Georg Nolte, den Mitgliedern des Rates der DGIR, den Mitgliedern unserer Arbeitsgruppe und vor allem bei meinem Co-Sprecher Thilo Marauhn sehr herzlich für die in meinen Augen sehr gute Zusammenarbeit zu bedanken. Thilo Marauhn und ich empfinden es auch insofern als beglückend, dass die Gesellschaft, soweit ersichtlich, erstmals den klassischen Rahmen der Zweijahrestagungen gesprengt und mit der Podiumsdiskussion zu einem aktuellen Thema, welches uns alle angeht, die Dringlichkeit dieses Anliegens auf eindrucksvolle Weise verdeutlicht hat. Wir fühlen uns dabei vor allem dem langjährigen Wirken unseres, demnächst das 90. Lebensjahr vollendenden, ehemaligen Vorsitzenden Rudolf Bernhardt, dem Ehrenvorsitzenden unserer Gesellschaft, verpflichtet, der sich schon in den 1980er Jahren intensiv um die Förderung der Lehre des internationalen Rechts bemüht hat. Ich bedanke mich!

Herr Basedow: Vielen Dank, Herr Hobe, auch für die vielen Anregungen, die über das schriftlich niedergelegte Konzept in der Juristenzeitung hinausgehen. Frau Domej, bitte.

Frau Domej: Herzlichen Dank für die Einladung und für die freundliche Einführung. Ich werde in allererster Linie über den Status quo in Zürich berichten. Man kann vielleicht sagen, dass Zürich nach meiner Wahrnehmung traditionell doch einen relativ hohen Wert auf international-rechtliche Elemente im Studium legt und dass es in Zürich nicht so trist ist, wie es nach den letzten Ausführungen vielleicht scheinen mag. Dies ist sicherlich, wie mir berichtet wurde, zu einem sehr hohen Grad auch das Verdienst des hier anwesenden Daniel Thüner. Ich war zum Zeitpunkt der Ausarbeitung der relevanten Studienordnung noch nicht Mitglied der Fakultät.

Wir haben – das muss man dazu sagen – in der Schweiz das „böse“ Bologna-Modell und ich erlaube mir das gesamte Bachelorstudium zum Grundstudium zu zählen. Für das fünfte und sechste Semester haben wir ein Modul „Transnationales Recht“. Dieses Modul ist ein Pflichtmodul, das heißt, alle Bachelorstudierenden müssen es besuchen und es umfasst zwölf Kreditpunkte. Davon machen wir zwei Semesterwochenstunden Vorlesungen im Völkerrecht, zwei Semesterwochenstunden Europarecht und drei Semesterwochenstunden privatrechtliche Elemente, das heißt, internationales Privatrecht, internationales Zivilprozessrecht und zusätzlich auch etwas europäisches Privatrecht und Einheitsprivatrecht. Zusätzlich gibt es dann noch Übungen. Das Konzept dieser Veranstaltung ist ein integrales, das heißt, das ist eine gemeinsame Veranstaltung für die, wenn man möchte, öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Teile des internationalen Rechts. De facto ist es natürlich schon so, dass jeder Spezialist sein Gebiet liest, und ich denke, es wäre auch relativ schwierig, das anders zu machen.

Was auch geschieht, ist, dass internationale Themen in allgemeine Veranstaltungen einbezogen werden. Wie er das im Rahmen seiner Lehrveranstaltung machen will, obliegt aber der Lehrfreiheit des einzelnen Dozenten und hängt natürlich auch von der Forschungsausrichtung des jeweiligen Dozenten ab. Was nach meinem Eindruck weniger stark ausgeprägt ist, ist der Einbezug rechtsvergleichender Elemente. Das sollte man vielleicht auch erwähnen, aber das hängt natürlich auch vom jeweiligen Dozenten ab, wie stark rechtsvergleichend er arbeitet. Wer in seiner Forschung regelmäßig rechtsvergleichend arbeitet, wird auch rechtsvergleichende Elemente in seine Lehrveranstaltungen einbringen.

Was ich als Zweck dieser Veranstaltung, also insbesondere dieses Pflichtmoduls, sehen würde, ist zum einen die Vorbereitung auf spezialisiertere Veranstaltungen, die dann vor allem im Rahmen des Masterstudiums folgen. Aber auch eine gewisse Sensibilisierung der Studierenden, die dann keine Spezialausbildung machen möchten, für international-rechtliche Probleme. Die Fähigkeit, überhaupt zu erkennen, dass ein Anhaltspunkt für die Heranziehung international-rechtlicher Rechtsquellen gegeben ist, bedarf ja auch einer gewissen Einführung in diesen Bereich, und das ist auch nicht immer gegeben, wenn man sich nur auf das nationale Recht konzentriert. Dass ich überhaupt weiß, dass ich das internationale Privatrecht berücksichtigen muss, setzt schon voraus, dass ich mich wenigstens ein bisschen mit diesem Gebiet beschäftigt habe. Was ich aber auch als wichtigen Aspekt ansehe, ist eine offene Grundhaltung, wie es Herr Basedow schon angesprochen hat, gegenüber Lösungen von Rechtssystemen, die nicht mit der eigenen Lösung übereinstimmen. Das heißt, nicht zu glauben, dass die eigenen Lösungen und das eigene Recht das Nonplusultra sind und alles andere irgendwie verquer und komisch ist. Ich denke, auch gerade dem kann man dann auch etwas vorbeugen, wenn man alle Studierenden zumindest in einer gewissen grundlegenden Art und Weise mit diesen Inhalten konfrontiert. Ich halte dieses Konzept einer spezialisierten Veranstaltung grundsätzlich für vorzugswürdig gegenüber einer alleinigen Behandlung dieser Inhalte im Rahmen der Veranstaltungen zum nationalen Recht. Ich finde es zwar wichtig, dies auch in den Veranstaltungen zum nationalen Recht immer wieder anzusprechen, und tue das auch selbst, aber wenn man es nur in diesem Rahmen macht, dann kommt es einfach regelmäßig zu kurz und noch mehr jetzt in unserem Bologna-System jedenfalls, wo man sicher auf große Opposition der Studierenden stoßen würde, wenn man erhebliche Teile der Veranstaltungszeit für nicht prüfungsrelevante Dinge aufwenden würde. Sehr oft sind dann diese einführenden Bemerkungen

nicht so prüfungsrelevant wie andere Sachen, das muss man leider sagen. Auch die mangelnde Spezialisierung vieler Lehrender in nationalen Veranstaltungen wäre dann ein Hindernis.

Im Masterstudium haben wir sehr, sehr viele Spezialveranstaltungen zu internationalen Themen in Zürich. Diese sind in erheblichen Teilen in englischer Sprache, weil wir auch *Double-Degree*-Studiengänge mit verschiedenen ausländischen Universitäten anbieten. Dies ermöglicht es unseren Austauschstudierenden, alle Veranstaltungen, die sie in Zürich besuchen, in englischer Sprache zu besuchen. Das heißt, wir haben eine sehr breite Palette von englischsprachigen Veranstaltungen, die dann inhaltlich auch typischerweise international und/oder rechtsvergleichend ausgerichtet sind. Ob man englische Veranstaltungen als Pflicht deklarieren sollte, darüber kann man meiner Meinung nach streiten. Da gibt es auch Gründe, die dagegen sprechen, aber jedenfalls gibt es bei uns die Möglichkeit, englische Veranstaltungen zu besuchen.

Um an die Frage der Leistungskontrolle anzuknüpfen, die hier gestellt wurde. Bei uns muss es für alles, was ein Modul ist, eine Leistungskontrolle geben. Das heißt, es versteht sich von selbst, dass es hier auch Prüfungen gibt.

An den anderen Universitäten in der Schweiz ist zum Teil die Einbindung des internationalen Rechts im Bachelorstudium doch weniger ausgeprägt, insofern kann ich Ihnen Recht geben, dass es an manchen Universitäten wenig ausgeprägt ist. Da bestehen aber auch ziemliche Unterschiede nach meiner Wahrnehmung. Wir haben uns die Studienordnungen der anderen schweizerischen Universitäten angesehen. Manche haben auch internationale Elemente verpflichtend, andere weniger, insbesondere im privatrechtlichen Bereich.

Der zweiten Block, den wir behandeln wollten, war die Frage Spezialstudium. Hier gibt es in Zürich eine sehr große Wahlfreiheit im Masterstudium und wir haben zahlreiche Wahlpflichtfächer mit international-rechtlichem Bezug, die auch gut angenommen werden. Fast alle Studierenden besuchen zumindest irgendetwas mit internationalem Bezug. Ob man zusätzlich noch einen speziellen und als solchen deklarierten international-rechtlichen Studiengang zwingend anbieten muss, darüber könnte man sicher nachdenken, aber auf jeden Fall ist das Masterprogramm in Zürich sehr stark mit international-rechtlich ausgerichteten Fächern durchsetzt. Die Formen der Lehrveranstaltungen sind dabei sehr unterschiedlich. Das hängt immer auch ein bisschen von der Zahl der Personen ab, die man in der Lehrveranstaltung hat, was jedem wahrscheinlich einleuchten wird, der selbst Erfahrungen damit gemacht hat. Ob ich jetzt 150 Leute oder 30 Leute habe, das ist einfach ein Unterschied und es ist bei uns nicht vorgesehen, dass wir die Teilnehmerzahlen von Veranstaltungen einfach begrenzen. Das heißt, wenn sich 300 Leute anmelden, dann muss man damit entsprechend umgehen und dann hat man keine Möglichkeit zu sagen, ich nehme nur zehn. Warum können wir das anbieten? Weil wir so groß sind. Wir sind eine große Fakultät, haben 52 Lehrstühle derzeit, eine ganz erhebliche Zahl der Lehrstuhlinhaber hat dabei ihre Forschungsinteressen im international-rechtlichen und/oder rechtsvergleichenden Bereich und natürlich wollen wir dann auch viele solche Veranstaltungen anbieten. Eine kleine Fakultät steht vor einer ganz anderen Situation. Sie muss sich strategisch irgendwie ausrichten und ich glaube, es kann sich nicht jede kleine Fakultät auf internationales Recht spezialisieren. Das können einzelne machen, aber jede wird das nicht leisten können.

Zur institutionellen Verankerung, das war der letzte Themenkomplex: Wir haben keinen eigenen Prodekan für internationale Fragen, aber wir haben eine Delegierte bzw. einen Delegierten, je nachdem, für Außenbeziehungen, die oder der insbesondere die Beziehungen zu Partnerfakultäten pflegt und betreut. Dabei haben wir Austauschprogramme mit zahlreichen Fakultäten, die auch über die ganze Welt verstreut sind. Gerade in den letzten Jahren haben wir unsere Beziehungen insbesondere in den asiatischen Raum ziemlich stark erweitert, auch zum Teil in den Nahen Osten, aber auch in die USA und Australien. Wir haben mit einer ganzen Reihe von Universitäten *Double-Degree*-Programme, wie schon erwähnt. Das heißt, die Teilnehmer in diesen Programmen erwerben einen Mastertitel bei uns und zusätzlich einen Mastertitel der Partnerfakultät, die sie besuchen. Das scheint doch ein sehr attraktives Angebot zu sein, das sehr leistungsorientierte Studierende anzieht. Man sieht auch, dass wir für Austauschstudierende um vieles attraktiver geworden sind. Ich selber biete Veranstaltungen an, in denen wir ein sehr, sehr internationales Publikum haben. Insofern habe ich doch den Eindruck, dass das gut funktioniert und dass das eine Öffnung nach außen war, die ich als eine sehr positive Entwicklung in den letzten Jahren empfunden habe. Bei allen Nachteilen, die das Bologna-System hat, war diese Möglichkeit der Öffnung im Rahmen des Masterstudiums aus meiner Sicht doch ein positives Ergebnis. Vielen Dank!

Herr Basedow: Vielen Dank. Sieben auf einen Streich – das war schon im Märchen der große Traum aller – und zwei auf einen Streich ist immerhin ein erster Anfang. Auch ich beobachte, dass die *Double-Degree*-Programme bei den jungen Leuten wunderbar ankommen. Frau Kieninger, bitte.

Frau Kieninger: Ich kann zu Ihnen sprechen als Dekanin einer bayerischen „Provinzkleinfakultät“ mit nur 24 Professuren und Lehrstühlen. Einleitend möchte ich sagen, dass im Vergleich zu der Zeit, als die meisten von uns ihr Jurastudium absolviert haben, der Weg zum Staatsexamen in Deutschland heute mit Klausuren geradezu gepflastert ist: Wir haben Zulassungsklausuren zur Zwischenprüfung und Zwischenprüfungsklausuren in allen drei Hauptfächern, wir haben Zulassungsklausuren zu den großen Scheinen, wir haben große Scheine; daneben Fachsprachenscheine, Rechtsgeschichtescheine, Klausuren zu anderen Grundlagenveranstaltungen, das juristische Universitätsexamen mit Leistungskontrollklausuren, studienabschließenden Klausuren, Seminararbeiten, und schließlich ist auch der staatliche Teil des Examens nicht zu vergessen. Das führt zu folgendem Studierverhalten, das man den Studierenden auch nicht vorwerfen kann: Man hangelt sich von einer Prüfung zur nächsten und ist froh, wenn man eine Prüfung nach der anderen irgendwie besteht. Vor diesem Hintergrund müssen wir uns ganz klar darüber sein, was wir fordern, wenn wir die Einführung eines Pflichtfachs „Grundlagen des internationalen Rechts“ im Grundstudium, d.h. in den ersten vier Semestern, einschließlich der Zwischenprüfung fordern. Das heißt nämlich, dass wir nur dann die Studierenden auch in diese Veranstaltung bringen werden und sicherstellen, dass sie dort etwas vor- oder nachbereiten, wenn wir die Vorlesung mit einer weiteren Pflichtklausur versehen. Wenn wir jetzt unsere doppelten Abiturjahrgänge dazu nehmen und Studierendenzahlen, die zum Beispiel an unserer „Kleinfakultät“ in den vergangenen Jahren um die 800 betragen, und weiterhin bedenken, dass der ganze Lehrbetrieb seitens der Studierenden, aber natürlich auch seitens der Lehrenden, jetzt schon unter dieser Klausurenlast, die ich eben beschrieben habe, ächzt, dann müssen wir uns darüber im Klaren sein, was wir damit fordern. Natürlich fände ich eine Pflichtveranstaltung als

Internationalrechtlerin auch großartig, aber wir müssen der damit verbundenen zusätzlichen Belastung ins Auge schauen.

In Bayern wird gerade über eine Reform der JAPO diskutiert, durch die bei den Wahlfächern für das Zweite Staatsexamen das Kollisionsrecht im Berufsfeld „Justiz“ entfallen wird. Bei einem Treffen aller bayerischen Dekane mit dem Landesjustizprüfungsamt habe ich meinem Bedauern hierüber Ausdruck verliehen. Die Tendenz geht, das zeigt das Beispiel, eher in Richtung Entschlackung – auch des Pflichtfachstoffs – im Staatsteil, sowohl im Ersten als auch im Zweiten Examen.

Man kann jetzt natürlich sagen, dass dieser Klausurenwahnsinn insgesamt abgeschafft gehört, und dass wir zurückkehren müssten zu kleinen und großen Scheinen. Dem würde ich auch zustimmen, aber in dieser idealen Welt leben wir heute nicht, sondern wir leben in dieser Welt des Klausurenwahnsinns. Dem eine weitere Klausur hinzuzufügen, halte ich nicht für sinnvoll. Deshalb würde ich doch eher dafür plädieren, mit all den Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten, die das mit sich bringt, in den Pflichtveranstaltungen, die wir haben, ob das im Familien- und Erbrecht oder im Kaufrecht ist, immer wieder die internationalen Dimensionen dieser Rechtsgebiete anzusprechen, weil das doch die Realität ist. Wir bilden ja auch im Übrigen Beispielsfälle, die die Realität abbilden sollen. Da liegt es doch nicht fern, beispielsweise im Erbrecht Fälle zu bilden, bei denen der Erblasser einen ausländischen Wohnsitz oder einen ausländischen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und so immer wieder, wenn auch punktuell und vielleicht ohne großen Grundlagenbezug, auf die internationalen Dimensionen unserer Realität hinzuweisen und dann einen Eindruck davon zu geben, wie solche Fälle unter Heranziehung der einschlägigen Quellen zu lösen wären. Auf diese Art und Weise würde man immer wieder einen Appetizer ausstreuen, um den Studierenden Appetit zu machen, sich mit diesen internationalen Dimensionen vernünftig, grundlegend und ausführlich in einem Schwerpunktstudium, einem Auslandsstudium oder einem Masterstudium zu befassen. Das scheint mir unter den gegenwärtigen Gegebenheiten der bessere Weg zu sein.

Damit komme ich zum zweiten Punkt, dem internationalen Recht im Spezialstudium. Man könnte versucht sein vorzuschreiben – und das ginge dann auch wieder nur in den jeweiligen JAPOs der Länder – dass alle Fakultäten mindestens einen internationalrechtlichen Schwerpunkt anzubieten hätten, dass das sozusagen ein Pflichtschwerpunkt sein müsse. In der bayerischen JAPO gibt es so etwas bisher nicht. Sie beschränkt sich darauf zu sagen, welche Leistungen erbracht werden müssen und dass nur 50% der angebotenen Lehrveranstaltungen pflichtfachvertiefend sein dürfen, und die anderen zusätzlichen Stoff bieten müssen. Wenn wir jetzt eine solche Forderung erheben würden, dann wäre es doch absehbar, dass auch die Vertreter anderer Fachrichtungen ihre Spezialgebiete zum Pflichtschwerpunkt erklärt haben wollen, weil sie doch nicht unwichtiger sein können als das internationale Recht. Wir hätten dann eine weitere Bürokratisierung und Reglementierung. Ich würde es also lieber in der Verantwortung jeder einzelnen Fakultät belassen, mit welcher inhaltlichen Ausrichtung sie ihr Schwerpunktprogramm gestaltet. Es ist in der Praxis übrigens auch so, jedenfalls in Bayern, dass es modularisierte Schwerpunkte gibt, dass also die Studierenden die Möglichkeit haben, IPR zu wählen, aber eben nicht nur in Kombination mit dem Völkerrecht, sondern auch zum Beispiel mit europäischem Wirtschaftsrecht oder mit Erb- und Familienrecht. Ich kann jetzt nicht alle Variablen aufzählen, aber ich glaube, es wäre gut, wenn die internationalrechtlichen Veranstaltungen oder Blöcke in den Schwerpunktberei-

chen so gestaltet wären, dass sie von den Studierenden verschiedener Ausrichtungen angesteuert werden können, sodass man zum Beispiel IPR/IZVR auch mit Gesellschaftsrecht verknüpfen kann. Auf diese Weise könnten wir es fertig bringen, möglichst viele Studierende im Schwerpunktstudium mit international-rechtlichen Inhalten vertraut zu machen.

Das Auslandsstudium ist selbstverständlich sehr wichtig. Aber: Allen Studierenden, auch denjenigen, denen schon vollkommen klar ist, dass sie anschließend die Baurechtskanzlei des Vaters in Kitzingen – das ist in der Nähe von Würzburg – übernehmen werden, verpflichtend vorzuschreiben, ein Semester im Ausland zu studieren, halte ich nicht für sinnvoll. Wir sollten natürlich viel mehr Studierende ermutigen, ins Ausland zu gehen – Stipendien sind dabei ein Faktor, aber auch eine erleichterte, unbürokratische und schnelle Anerkennung von im Ausland erbrachten Studienleistungen, beispielsweise im Schwerpunktstudium. Das wäre ein ganz wichtiger Faktor, um das Auslandsstudium attraktiver zu machen. Gegen einen Dekan für internationale Angelegenheiten habe ich selbstverständlich ebenfalls nichts.

Herr Basedow: Vielen Dank. Da ist also ein Plädoyer gegen verpflichtende Auflagen à la Bucerius Law School, wo immerhin vier Monate im Ausland für jeden Studenten obligatorisch sind – aber vielleicht gibt es dort auch eine eigene Studentenspopulation, deren Ausbildung nicht ganz auf den Baurat in Kitzingen zugeschnitten ist. Herr Reinisch, wie steht es bei Ihnen mit Kitzingen?

Herr Reinisch: Auch die Purkersdorfer schicken gerne ins Ausland – Purkersdorf ist in der Nähe von Wien.

Ich sehe meine Aufgabe darin, ein wenig zu erklären, warum wir doch nicht ganz die Insel der Seligen sind, als die wir ja in manchem Kontext oft porträtiert werden. Ganz kurz nur eine Unterscheidung zwischen Grundstudium und Spezialstudium. Wir haben uns nicht dem Bologna-Modell – und das hängt jetzt davon ab, wie man es sieht – unterworfen beziehungsweise angenähert. Wir haben weiterhin ein vierjähriges Studium der Rechtswissenschaften, das an allen fünf Fakultäten in Österreich mit einem Magisterium abschließt, und dann wäre da das Spezialstudium und das Doktoratsstudium, das jetzt aber auch in einigen der Fakultäten – also jedenfalls auch in Wien – grundsätzlich reformiert wurde und einem dreijährigen Ph.D. entspricht. Das ist dann also eine wirklich wissenschaftliche Vorbereitung.

Wir haben vor allem in vielen Fakultäten mit einer unglaublichen Belastung zu kämpfen und das erinnert mich auch an vieles, was bereits gesagt wurde. Wir haben im Jahr ungefähr 2000-3000 Studienanfänger in Wien. Das hängt natürlich auch damit zusammen, dass es weder einen Numerus clausus noch Studiengebühren, die irgendwie relevant wären, gibt. Was bedeutet das in der Praxis? Das bedeutet in der Praxis, dass wir eine sogenannte Studieneingangs- und Orientierungsphase haben, die nach den Initialen STEOP genannt wird. Meistens wird von den Studenten das „E“ dann irgendwie verschwiegen und das Ganze als Stop-Phase bezeichnet. Das soll es natürlich nicht sein, ist es aber de facto teilweise. Nach zwei Semestern – eigentlich nach einem Semester idealerweise – reduzieren sich die 2000-3000 Studenten auf verkraftbare 500-800 Studenten, die dann wirklich weiter machen.

Zur internationalen Dimension: Die Insel der Seligen – zumindest für Wien kann ich das fast behaupten. Wir haben bereits in diesem ersten Studienabschnitt, der die beiden

ersten Semester umfasst, eine sogenannte fächerübergreifende Modulprüfung – implizit wird damit natürlich der verpflichtende Leistungsnachweis bejaht – denn nur freiwillig würden sich, glaube ich, nicht mehr als 2-3% der Studierenden in solchen Veranstaltungen finden. Die fächerübergreifende Modulprüfung bedeutet in Wien – in den anderen Fakultäten wird das vielleicht ähnlich, aber nicht genauso sein –, dass hier Grundzüge sowohl des Europa- als auch des Völkerrechts bereits im zweiten Semester von Spezialisten vermittelt werden. Dies geschieht nicht nur durch die jeweiligen Fachkollegen, die die internationalen Bezüge miterklären, sondern im Bereich des Völkerrechts handhaben wir das so, dass wir eine – dem Showcharakter unserer heutigen Veranstaltung ähnliche – Ringveranstaltung anbieten. Sämtliche Dozenten des Völkerrechts treten dann zwei- bis dreimal auf, sodass die Studierenden gleich wissen, wie das dann aussieht, wenn sie im dritten Studienabschnitt zum eigentlichen verpflichtenden Völkerrechtsexamen kommen. Das ist ganz wichtig. Auch hier sicherlich ein gewisser Vorteil aller fünf Fakultäten in Österreich: Völkerrecht ist eine verpflichtende – in den meisten der Fakultäten mündliche – Prüfung. So viel zum Klausurenwahn, den wir natürlich auch haben, aber versuchen ein wenig abzuschwächen, indem teilweise schriftliche und mündliche, teilweise nur schriftliche und teilweise nur mündliche Prüfungen verlangt werden. Völkerrecht ist ein mündliches Examen, was auch bei der Anzahl der Studierenden oft nicht ganz einfach ist.

Wie sieht es aus mit dem Unterricht in englischer Sprache oder in sonstigen Fremdsprachen? Natürlich ist die Lingua franca weitgehend das Englische im Völkerrecht. Wir haben uns dennoch dazu entschlossen, einen Fremdsprachennachweis verpflichtend zu machen, der nicht notwendigerweise Englisch ist. Der Großteil der in einer Fremdsprache angebotenen Lehrveranstaltungen – und das sind doch jedes Semester ungefähr 40-50 – wird auf Englisch, teilweise auch in anderen Fremdsprachen angeboten. Im Laufe des Gesamtstudiums müssen vier Semesterwochenstunden in einer Fremdsprache absolviert werden.

Beim Thema Spezialstudium kommen wir zu einem interessanten Bereich, weil auch Stephan Hobe vorhin erwähnt hat, wie es mit Doktorarbeiten aussieht und wie in diesem Zusammenhang der Internationalisierungsgrad ist. Hier haben wir ein interessantes Phänomen, denn da ist nicht nur das Europarecht, sondern auch gerade das Völkerrecht sehr populär geworden, was uns einerseits sehr freut, gleichzeitig Betreuungsprobleme aufwirft. Diese sind in den letzten Jahren so massiv geworden, dass wir im Wege der „kollektiven Selbstverteidigung“ ein Präsentationsseminar eingeführt haben. Das heißt, jene Studierende, die vor haben auf einem international-rechtlichen, insbesondere völkerrechtlichen, Gebiet zu dissertieren, müssen das Thema vor sämtlichen potentiellen Betreuern präsentieren, müssen sich einer relativ eingehenden Überprüfung ihrer Forschungsvorhaben aussetzen und ein paar davon werden dann zur Betreuung ausgewählt. Das ist eine, glaube ich, sehr sinnvolle Sache, auch vor dem Hintergrund, dass wir mittlerweile ein dreijähriges Doktoratsstudium eingerichtet haben und wir vor allem signalisieren wollen, dass es nicht mehr so ist – Sie wissen, wir kommen aus Österreich, Titel sind dort etwas sehr Wichtiges – dass ein Jurist ein Herr oder eine Frau Doktor sein muss. Wir haben signalisiert, dass dies nicht Voraussetzung für die klassischen juristischen Berufe – Notar, Anwalt, Richter – ist. Hierfür reicht die Absolvierung des Grundstudiums mit Magistergrad. Das Doktorat ist mittlerweile ein wissenschaftliches Nachwuchsprogramm, das im nächsten Schritt auf die Habilitation vorbereitet.

Wir haben aber auch – und das führt jetzt gleich in eine andere Schiene der Internationalisierung – verstärkt postgraduale Masterprogramme in unser Angebot aufgenommen, die teilweise oder zum Großteil auf Deutsch, von denen aber auch einige auf Englisch unterrichtet werden. Wir haben ein klassisches, einjähriges Völkerrechts-LL.M.-Programm in *International Legal Studies*, das von meinem Institut betreut wird. Wir haben teilweise mit anderen Fakultäten übergreifende Masterprogramme, wie etwa in *Human Rights*, wo also auch andere Fakultäten involviert sind und die ebenso international ausgerichtet sind, sowohl was die Vortragenden als auch die Inhalte betrifft. Ein für mich sehr interessanter Aspekt waren die, schon mehrfach angesprochenen, *Double- oder Joint-Degrees*. Da haben wir bisher eine relativ reservierte Haltung hinsichtlich des zusätzlichen Aufwandes, aber ich verstehe natürlich, dass das bei den Studierenden sehr gut ankommt und das ist etwas, was wir uns für die Zukunft überlegen.

Das Stichwort „*Moot Courts*“ ist auch schon mehrfach gefallen. Das ist eine großartige Möglichkeit der Internationalisierung. Es ist aber auch gerade vor dem Hintergrund einer Massenuniversität, wie es die Universität Wien ist, natürlich eine Luxusveranstaltung. Vier, manchmal fünf oder sechs Studierende über ein Semester, manchmal noch länger, zu betreuen, das bedarf entsprechender Ressourcen. Wir bieten relativ viele *Moot Court*-Möglichkeiten an, die ich noch versucht habe auszuweiten, was nicht ganz einfach ist. Das ist also nicht ein Nachfrageproblem, sondern das ist ein Problem für uns als Fakultät hier eine ausreichende, sinnvolle Betreuung gewährleisten zu können.

Hinsichtlich der institutionellen Verankerung durch einen Dekan/Prodekan/Vizedekan für internationale Angelegenheiten kann ich nur sagen, dass wir so etwas leider haben – das bin ich. Das Problem ist, dass diese Aufgabe dann meistens die Völkerrechtler trifft, weil die Kollegen alle sagen, dass die Völkerrechtler „eh“ so gerne herumfahren.“ Das führt dazu, dass wir noch mehr herumfahren müssen als sowieso. Es ist natürlich sinnvoll, eine gewisse Koordination zu haben, gerade wenn es sehr viele *Erasmus*-Programme gibt. Unsere Fakultät hat, glaube ich, insgesamt um die 90 *Erasmus*-Partnerschaften und darüber hinaus auch andere Austauschprogramme. Diese quasi-verpflichtend vorzuschreiben, wäre völlig illusorisch, weil das von der Kapazität her nicht geht. Wir können aber immerhin feststellen, dass circa die Hälfte unserer Absolventen des Grundstudiums, sprich der vierjährigen Magisterausbildung, in der Regel ein Semester im Ausland verbringt. Das ist doch etwas, das uns vielleicht weniger, weil wir als juristische Fakultät wissen, dass wir relativ international sind, aber vor allem unlängst unseren Vizerektor für die internationalen Beziehungen der Universität Wien erstaunt hat. Als das Rektorat eine Evaluierung der internationalen Aktivitäten der Fakultäten vorgenommen hat, war das überraschende Ergebnis, dass die juristische Fakultät die internationalste ist. Darauf sind wir auch stolz.

Herr Basedow: Dass die juristische Fakultät in Wien so ganz besonders gut dasteht, hängt ja sicherlich mit dem zuständigen Vizedekan zusammen. Meine Damen und Herren, wir haben jetzt eine ganze Fülle von Anregungen bekommen, unterschiedliche Ausgestaltungen von Grundstudium, Spezialstudium, Promotionszeit, *Moot Courts*, englischsprachige oder sonstige fremdsprachige Veranstaltungen. Sie stammen aus drei Staaten, der Schweiz, Österreich und Bayern. Vielleicht ist der eine oder andere jetzt hier noch im Raum, der aus anderen Bereichen des deutschen Sprachraums etwas beisteuern möchte.

Herr Khan: Ich komme zwar nicht aus einem anderen Sprachraum – aber vielleicht doch. Ich bin nämlich auch aus Bayern, aber ich komme aus einem anderen System, nämlich von der Universität der Bundeswehr in München. Da hat man natürlich auf die Juristenausbildung etwas eine Außenperspektive. Wir gelten in Bayern übrigens im Sinne des bayrischen Hochschulrechts als private Hochschule. Wir sind also tatsächlich Exoten.

Wir sind aber insofern keine Exoten, auch im Vergleich, dass wir – ich sage jetzt einfach mal selbstverständlich – das Bachelor- und Mastersystem eingeführt haben. Ob man das jetzt Magister nennt oder Bachelor/Master wie auch in Zürich, unmöglich ist es offensichtlich nicht, denn ob die Züricher Juristen jetzt schlechter ausgebildet werden als in Deutschland, das weiß man auch nicht – ich bezweifle es. Aber was man natürlich hier auch nicht verschweigen darf und was, glaube ich, ganz zentral ist: Solange das deutsche Staatsexamen so konstruiert ist, wie es ist, stößt selbstverständlich die verstärkte Berücksichtigung von internationalem Recht an ihre natürlichen Grenzen, wie Sie richtig angedeutet haben. Da muss man Verständnis haben. Die Studierenden studieren das, was im Staatsexamen abgeprüft wird – Punkt. So ist es. Also ich meine, wir haben in München – ich weiß jetzt nicht, ob das an der juristischen Fakultät immer noch so ist – ein Pflichtfach Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie. Es wird aber nicht abgeprüft, deswegen geht da keiner hin. Die Postulierung, wir machen das zum Pflichtfach, wird die Situation nicht verbessern.

In Österreich ist es so, dass es nach wie vor Magister heißt, aber es ist eine Pflichtveranstaltung mit Universitätsprüfung, die alle absolvieren müssen. Selbstverständlich haben wir an der Universität der Bundeswehr auch ein Modul „Einführung in die internationale Rechtsordnung“ und da müssen alle durch, kriegen ihre 9 ECTS und dann machen es auch alle. Das ist also ein strukturelles Problem der Juristenausbildung in München, das wir, glaube ich, hier nicht als so niedrig erachten sollten. Ansonsten müsste man die große Lösung machen und auf eine grundsätzliche Änderung der Juristenausbildung plädieren. Da würden dann auch mehr Freiräume für die Universitäten entstehen, das wirklich zu lehren, was auch abgeprüft wird, was ja im Moment doch eher in beschränktem Maße möglich ist. Danke!

Herr Basedow: Man kann da vielleicht hinzufügen, dass die Fakultäten es selbst in der Hand haben, den Zugang zu den großen Scheinen zu bestimmen. Ich kann mich aus meiner Zeit an der Universität Augsburg erinnern, dass wir die kleinen Scheine abgeschafft haben und stattdessen festgelegt haben, dass derjenige, der zum großen Schein zugelassen werden will, ob Bürgerliches Recht, Öffentliches Recht oder Strafrecht, bestimmte Semesterabschlussklausuren geschrieben haben muss, sodass hier ein gewisser Hebel besteht, auch für das internationale Recht. Jetzt hat es aber weitere Wortmeldungen gegeben. Herr Rauschnig glaube ich?

Herr Rauschnig: Herr Reinisch hat den Punkt schon gebracht, der in dem Bericht nicht vorgekommen ist, nämlich die *Erasmus*-Studenten. Wenn es auch bei uns so ist, jedenfalls in Göttingen ist es tatsächlich so, dass ein Drittel unserer Jurastudenten ein Semester im Ausland studiert haben, dann haben sie, jeder individuell, eine Reihe von rechtsvergleichenden Vorlesungen gehabt, die wir ihnen im Laufe des Studiums gar nicht bieten können. Das sollten wir vielleicht auch in die Erwägungen oder auch in den Bericht miteinbeziehen.

Der nächste Punkt betrifft etwas, das wir sicherlich schon in meiner frühen aktiven Zeit gesagt haben, nämlich dass jeder Jurist in Deutschland mindestens einmal die Woche einen Völkerrechtsfall hat – er merkt es nur nicht. Wir können auch nicht verlangen, dass er ihn lösen kann. Aber er soll wenigstens merken, dass es ein Fall mit internationalem Bezug ist. Dann muss er sich eben entweder eine gewisse Zeit lang einarbeiten oder er muss jemanden fragen, der es weiß. Aber dass wir in allen Fächern wirklich über das Grundwissen verfügen, dass wir damit umgehen können – das ist eine Forderung, die wir wahrscheinlich heute gar nicht durchhalten können. Ich meine, ich habe auch immer vertreten: Ein Jurist kann alles. Wir sind ausgebildet worden, eigentlich jeden Fall zu lösen, und ich darf sagen, morgens richten wir über ein Atomkraftwerk, ob das noch laufen kann oder nicht, und nachmittags und abends mögen wir über eine Ehescheidung nachdenken. Im Grunde genommen gibt es noch den deutschen Einheitsjuristen und wir sind nicht darauf spezialisiert. Ich darf Ihnen sagen, dass es im Bundesverfassungsgericht auch ein Referat gibt, was sich insbesondere mit Urheberrecht beschäftigt. Das ist ein Völkerrechtler, der das macht, einfach weil die Verteilung der Referate nicht nach dem bisherigen Lebenslauf abläuft, sondern danach, wo gerade nach der Wahl ein Referat frei ist.

Und ich darf Ihnen sagen, dass dieses Prinzip, ein Jurist kann alles, uns gerade stärkt. Unser Institut war über Jahre lang das führende Institut im Atomenergieright. Als ich studiert habe, gab es das gar nicht, da durfte man darüber nicht nachdenken. Dann wurde ich irgendwann für sieben Jahre als Richter nach Sarajevo geschickt. Ich habe nichts von dem, was ich da tun musste, vorher gelernt. Es geht darum, in der allgemeinen Ausbildung den Juristen darauf auszubilden, dass er sich mit juristischer Methodik in alle Fragen einarbeiten kann. Ich meine, dass wir diese Sensibilität in einer Grundvorlesung wie Staatsrecht III oder Staatsrecht mit Bezügen zum Völkerrecht – wobei dann das Europarecht, welches man nicht mehr ausschließen kann und welches fast jeden Fall praktisch betrifft, natürlich eingeschlossen ist – erreichen und es im Übrigen der Neigung und dem Interesse der Studenten überlassen sollten. Wie bereits gesagt: Ein Drittel der Studenten geht ins Ausland für mindestens ein Semester und wird dort oder eben doch immerhin in *Moot Courts* sensibilisiert. Die *Moot Court Competition* für Philip Jessup in Russland ist gerade mit immerhin 50 Teams zu Ende gegangen. In jedem Team sind ungefähr 10 Leute beschäftigt. Dass sich 500 Leute auch jetzt in Russland mit Völkerrecht intensiv beschäftigen, ist doch ein toller Erfolg. Ich weiß nicht, ob wir sonst etwas wesentlich ändern können.

Herr Benedek: Ich möchte mich zuerst für den schönen Bericht von Herrn Hobe und Herrn Marauhn bedanken. Ich denke, dass da sehr viele Anregungen drinnen sind, die jetzt schon sehr relevant sind und umgesetzt werden können. Ich möchte auch anschließen an das, was Herr Basedow gesagt hat im Hinblick auf Alternativentwürfe und damit die Frage nach Recht und Gesellschaft oder auch internationalem Recht und internationalen Beziehungen. Wie der Zufall so will, habe ich auf dem Weg hierher heute Morgen einen Artikel gelesen in der Tageszeitung „Die Presse“. Der Artikel war von einem Absolventen der Universität Gießen, der hier Rechts- und Politikwissenschaften studiert hat. Er betonte, wie wichtig es ist, die internationalen Organisationen zu stärken, neue Normen und internationale Mechanismen zu entwickeln, die zentralen Herausforderungen in der internationalen Ordnung anzugehen und eine kluge Stärkung des Völkerrechts zu betreiben. Der Artikel hatte den Titel „Die DNA der deutschen Außenpolitik“ und Sie erraten wahrscheinlich schon, wer der Autor ist,

nämlich Frank-Walter Steinmeier. Was ich damit zeigen will, ist die Praxisrelevanz. Hier sollte man nach Verbündeten Ausschau halten und die findet man offensichtlich im Außenministerium, aber auch in anderen Ministerien, die ein Interesse daran haben müssen, dass in unserer Ausbildung eine solche Praxisrelevanz vermittelt wird. An unserer Fakultät sind wir jetzt gerade einen neuen Weg gegangen, insofern als wir Praxisprofessoren vom Außenministerium und von anderen Stellen berufen haben, die also jetzt etwa im Völkerrecht, im Europarecht, in der Schiedsgerichtsbarkeit und so weiter Teilzeitprofessuren innehaben und damit unsere Praxisrelevanz stärken sollen.

Ein zweiter Aspekt, den ich kurz ansprechen möchte, ist die Internationalität. Wir haben das schon gehört. Jeder Dekan oder jede Dekanin, jede Fakultät, aber auch das Rektorat ist heute wahnsinnig interessiert daran zu zeigen, dass ihre Einrichtung sehr international ist. Unter anderem zeigt sich das darin, wie viele *Erasmus*-Studenten und wie viele ausländische Doktoranden wir haben. Da ist wieder das internationale Recht der Ort, wo diese am ehesten anlanden. In unserem Institut bieten wir etwa zwei Drittel der Lehrveranstaltungen auf Englisch an. Folglich kommen sie dann dorthin und der Dekan ist glücklich, dass das Völkerrecht hier ein solches Angebot hat, mit dem die Internationalität unserer Fakultät gegenüber dem Rektorat wieder unterstrichen werden kann. Das, denke ich, betrifft eben auch die Doktoranden, wo etwa Zweidrittel aus dem Ausland kommt. Diese Internationalität sollte eigentlich ein Argument sein, das, wie ich hoffe, auch für Deutschland von Relevanz ist, denn hier kann man zeigen, dass das internationale Recht einen ganz wesentlichen Beitrag leisten kann. Danke schön!

Herr Tietje: Vielen Dank für den Bericht und die Diskussion. Ich möchte an das anknüpfen, was Daniel-Erasmus Khan gesagt hat. Wir werden das Staatsexamen nicht abschaffen können, selbst wenn wir wollten. Ich denke aber, dass wir erkennen müssen, dass wir hier die zentrale Herausforderung haben. Deswegen möchte ich dringend vor dem Hintergrund der Ergebnisse, die uns präsentiert wurden, appellieren, über den Deutschen Juristen-Fakultätentag das, was sich hier als Meinungsbild und Ergebnis herauskristallisiert, jedenfalls für Deutschland in die Diskussion einzubringen. Wir haben keine andere Möglichkeit, als über den Deutschen Juristen-Fakultätentag. Wir können als Fachgesellschaft noch so viele Resolutionen verabschieden, wir werden damit nichts ändern, da wir den Gesprächspartner, nämlich die Landesjustizprüfungsämter, institutionalisiert nicht in unserem Kreis haben. Das geht nur über den Fakultätentag. Der Fakultätentag hat es immerhin erreicht – und das fehlt in dem Bericht, wenn ich das anmerken darf – dass vor, ich meine, zwei Jahren eine Resolution dahingehend verabschiedet wurde, dass in jedem schriftlichen Block der Staatsprüfung mindestens eine Klausur europarechtliche Bezüge aufweisen soll. Das kann zivilrechtlich sein, da würde es normalerweise dann um eine richtlinienkonforme Auslegung gehen, oder im Öffentlichen Recht eine klassische europarechtliche Kompetenzfrage. Das ist ein deutlicher Fortschritt, allerdings erst im Jahre 2012, aber immerhin. Inwieweit das implementiert wird, ist eine Frage, die sich letztlich an uns selbst richtet. Sofern wir Klausuren für das Staatsexamen stellen, sollten wir diese Möglichkeit, die uns die Beschlussfassung des Fakultätentages eröffnet, nutzen.

Zweitens, darüber hinausgehend, auf das Völkerrecht, das IPR, die Rechtsvergleichung und insgesamt alles Internationale bezogen, muss das Gespräch gesucht werden. Ich denke mit Herrn Müller-Graff haben wir einen Gesprächspartner – jedenfalls für das Zivilrecht, für das Öffentliche Recht wird das aber auch gehen – der dort offen diesem

Anliegen ist und es wäre ein konkreter Vorschlag an den Vorstand beziehungsweise die Arbeitsgruppe zusammen mit dem Vorstand diesen Weg dringend zu suchen, damit wir hier einen Einfluss mit unserem Anliegen erreichen können. Danke!

Herr Basedow: Ich habe jetzt keine weiteren Wortmeldungen. Vielleicht gibt es auch Fragen an unsere Referenten?

Herr Weber: Ich wollte eigentlich an die Schweizer Referentin noch eine Frage stellen, weil sich das vielleicht kontrastiert zu dem Bild, was die Würzburger Dekanin hier vorgetragen hat, was wir alle ja kennen. Dieser ungeheure Prüfungsdruck, dem die Studenten ausgesetzt sind, ist das eigentlich auf Schweizer Seite vergleichbar? Oder können Sie das ohne weiteres verkraften, diese eine Klausur mehr, die ja wirklich wichtig wäre, denn ohne diese werden die Studenten das nicht lernen?

Frau Domej: Der Prüfungsdruck ist natürlich bei uns auch ganz erheblich. Wir haben jedes Jahr eine mindestens sehr deutlich vierstellige Zahl von Klausuren, die wir korrigieren, über alle Fächer hinweggenommen. Selbstverständlich ist es ein Prüfungsaufwand, dann auch dieses Fach abzuprüfen. Aber in dem Bologna-System ist es ja so, dass, wenn wir 12 Kreditpunkte für das internationale Recht reservieren, das dann 12 Kreditpunkte weniger sind, die auf andere Fächer verteilt werden, weil die Gesamtzahl der Kreditpunkte pro Vollstudium ja fix ist. Das heißt, das ist nicht etwas zusätzliches, sondern wir entscheiden uns, dass wir den Schwerpunkt so setzen und dafür gibt es vielleicht ein paar Kreditpunkte und Vorlesungsstunden weniger für andere Fächer. Ich weiß aber nicht, ob das ein Konzept ist, das man auf Deutschland so übertragen kann.

Zumindest in Zürich ist mein Eindruck von Beginn an gewesen, dass internationalrechtliche Fächer einfach einen sehr hohen Stellenwert haben. Als wir das Lizenziatensystem noch hatten, war ich persönlich an der Konzeption verschiedener Prüfungen im Zivilprozessrecht beteiligt und üblicherweise war jedenfalls ein Drittel dieser Prüfung internationalprozessrechtlich. Möglicherweise mag das in anderen Fächern weniger stark so gewesen sein, aber wir haben das eigentlich immer einbezogen, auch als es dieses Spezialfach so noch nicht gegeben hat. Auch als ich meine Privatrechtsprüfung in Wien abgelegt habe, war ungefähr ein Drittel dieser Prüfung IPR. Wenn das jetzt nicht Pflichtfachstoff im Staatsexamen ist, dann kann man das natürlich schlecht machen. Das heißt, letzten Endes muss man wohl die Landesjustizprüfungsämter auch in dieser Sache adressieren und sagen, dass das Pflichtfachstoff sein muss. Denn wenn das nicht so ist, dann kann man das auch nicht in eine Klausur einbauen. Sobald es aber Pflichtfachstoff ist, steht es ja jedem Klausurersteller frei, auch diese Elemente einzubringen. Vielleicht gibt das dem Ganzen mehr Gewicht als zu sagen, ich mache eine Anfängerklausur im ersten Semester daraus, wenn sowieso noch keiner wirklich die Konzepte versteht, die dahinter stehen.

Herr Nolte: Ich habe eine Frage an Frau Kieninger. Wenn ich es richtig sehe, ist die Juristenausbildung heute viel internationalisierter als sie zu unserer Zeit war. Die Internationalisierung ist hauptsächlich dadurch erfolgt, dass diejenigen Fächer, die zu unserer Zeit noch nicht international waren, internationale Elemente aufgenommen haben und für selbstverständlich halten – und diese dann jeweils mit behandeln. Insofern könnte ich mir vorstellen, dass KollegInnen fragen, was die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht eigentlich will, wenn sie eine Verstärkung der Internationali-

sierung der Juristenausbildung fordert. Ihre Fächer werden gelehrt und sogar mehr als früher gelehrt – auch von uns selbst. Ich finde es deshalb nicht einfach zu fordern, den Pflichtfachstoff auszubauen – etwa eine zusätzliche Klausur einzuführen. Wo unsere Forderung sinnvollerweise hingehen sollte, wenn ich Stephan Hobe und auch unsere Resolution richtig verstanden habe, ist, dass die Sensibilisierung für die internationale Dimension des Rechts so frühzeitig erfolgen sollte, dass sie dann überall schon mitgedacht wird. Die Vorstellung, die sich da entwickelt hat, besteht darin, dass die internationalen Fächer oder das Internationale im Recht als Grundlage begriffen wird, so wie im ersten, zweiten Semester die Rechtsphilosophie, die Rechtssoziologie oder die Rechtsgeschichte Grundlagenfächer sind. „Internationale Aspekte des Rechts“ sollte also eine von mehreren Grundlagenfächern im Curriculum sein und von den Studierenden gewählt werden können, ohne als ein zusätzliches Fach daherzukommen.

Nun mag es manche Fakultäten geben, wo das fakultativ angeboten wird und wo dann nur die Interessierten hingehen. Die würden dann vermutlich später sowieso ins Völker- und Europarecht und in das IPR gehen. In anderen Fakultäten gibt eine schon bestehende Pflichtveranstaltungen, in der man einen Grundlagenschein erwerben kann. Sollten wir nicht versuchen, in dieser Kategorie ein alternatives Angebot entwickeln? Das würde für die Studierenden insgesamt einen Vorteil bringen – nicht nur für die Interessierten, sondern gerade für diejenigen, die wie Frau Domej gesagt hat, im Grunde ein Gespür entwickeln müssen, wann sie auf die internationale Ebene schalten müssen. Ich sehe schon, dass Sie mich etwas mitleidig-ironisch anlächeln, Frau Kieninger. Dann widerlegen Sie diese Überlegung doch bitte. Danke schön!

Frau Kieninger: Ich sage natürlich gerne etwas dazu. Für mich wäre diese Lösung, die internationalen Grundlagen in einer eigenen Veranstaltung zu präsentieren, die dann eben auch mit einer Klausur abschließt, natürlich auch das Wünschenswerteste. Ich habe nur Zweifel, ob es realisierbar ist. Sie haben am Anfang völlig zu Recht gesagt, dass das Studium der einzelnen Rechtsbereiche heute jedenfalls sehr viel europäisierter ist als zu der Zeit, als wir studiert haben, und auch internationalisierter. Beispielsweise kann man gar kein Gesellschaftsrecht mehr lehren und lernen, ohne nicht europäisches Gesellschaftsrecht zu berücksichtigen. Wenn ich die Grundzüge des Handels- und Gesellschaftsrechts lese, fange ich praktisch mit dem Einfluss des Europarechts auf das Gesellschaftsrecht in der allerersten Stunde an, weil man sonst vieles gar nicht verstehen kann, etwa die Reform des GmbH-Rechts. Das ist jetzt nur ein willkürliches Beispiel, aber ich denke, jedem von uns fallen solche Beispiele für die einzelnen Fächer ein. Ich kann kein Kaufrecht mehr lehren ohne *Weber und Putz* und *Quelle* und weitere EuGH-Urteile. Die Europäisierung der Inhalte ist also schon sehr weit vorangeschritten. Was weniger weit vorangeschritten ist – das ist ja auch in der Resolution und in Ihrer Arbeit sehr deutlich geworden – ist die Präsenz des Internationalen Rechts. Aber auch da ließen sich – ich kann das jetzt nur für das Privatrecht sagen, weil ich mich nur da kompetent fühle – etwa in die Kaufrechtsvorlesung zwei Doppelstunden Exkurs zum CISG einbauen. Natürlich müsste man dann auch in der Zulassungsklausur, die für den Schein im Kaufrecht geschrieben wird, eine Frage zum CISG stellen.

Ich will einfach nur zur Diskussion stellen, ob das nicht ein Alternativmodell sein kann zu einer zweistündigen „Grundlagen des internationalen Rechts“-Vorlesung im ersten oder zweiten Semester. Was das voraussetzt, ist eine Berufungspolitik an den einzelnen

Fakultäten, die darauf schaut, welche Qualifikation im Europäischen Recht und im internationalen Recht die frisch zu berufenden Kolleginnen und Kollegen haben.

Nachdem hier viele Redner für ihre Fakultäten Werbung gemacht haben, möchte ich Sie natürlich nicht im Glauben lassen, dass Würzburg in der Nähe von Kitzingen liegt und dass man hier hauptsächlich Baurecht macht. Dass wir in Würzburg sehr gut aufgestellt sind, zeigt sich ja alleine daran, dass zwei der Rednerinnen und Redner der nächsten zwei Tage aus Würzburg kommen, nämlich Herr Remien und Frau Schmahl. Wir haben – das hätte ich zum Stichwort „Spezialstudium“ auch an den Anfang stellen können – in Würzburg das Begleitstudium im Europäischen Recht, zu dem das IPR und das IZVR selbstverständlich dazugehört. Die Studierenden können bei uns ein Zusatzzertifikat als Europajuristen erwerben, das mit dem Ersten Examen zusammen verliehen wird. Wir sind also schon sehr weit fortgeschritten auf diesem Weg, und ich halte von diesen Spezialstudien und von der Einbeziehung in die „normale Lehre“ mehr als davon, den Studierenden noch mehr Klausuren abzuverlangen.

Herr Basedow: Ich bin fest davon überzeugt, dass Sie selbst das Zeug dazu haben, die Dinge so einzustreuen, und in Würzburg kenne ich einige, die sicher auch alle das Zeug dazu haben. Aber ich bin ebenso fest davon überzeugt, dass es an deutschen Fakultäten viele Juraprofessoren gibt, die nie einen Schritt in eine ausländische Universität getan haben und die es als Dilettantismus bezeichnen, wenn sie irgendetwas über ausländisches Recht sagen. Das muss man auch als einen Teil der Realität sehen. Ich möchte noch einen Satz dazu sagen, wie es in Hamburg läuft. In Hamburg muss jeder Student einen Grundlagenschein erwerben und er hat dabei die Wahl zwischen einer historischen, einer rechtsökonomischen, einer rechtstheoretischen Vorlesung oder der Einführung ins internationale Recht. Letztere Einführung unterrichte ich selbst seit zehn Jahren. Das ist natürlich optional, aber es läuft ganz gut und man erreicht doch einige Studierende in einer sehr frühen Phase des Studiums. Jetzt bitte Herr Trunk!

Herr Trunk: Wir haben ja mehrere Beiträge in den Wortmeldungen gehört von Hochschulen, bei denen man wirklich als Außenstehender beeindruckt ist, wie stark die Internationalität in der einen oder anderen Form realisiert ist. Sie haben ja auch gesagt, dass es ein bisschen von der Größe der Universität und der Fakultät zusammen abhängt, wie viel man sich als Spezialveranstaltung leisten kann. Natürlich hängt es aber auch ein bisschen von der Struktur des Studiums ab. Ich möchte nur sagen, dass es nicht bei allen Fakultäten so ist. Es ist ein Glück, wenn man in Wien, in Zürich, in Würzburg und in Hamburg das so sehen kann, aber es gibt auch die Erfahrung – und ich glaube Herr Basedow hat das auch angesprochen – dass man in Fakultäten eine Wand von Widerstand gegen das Internationale spürt, das als irgendwie oberflächlich und nicht ganz juristisch gesehen wird. Das möge sich im Völkerrecht in dem Bereich IPR ausleben, aber es hilft nicht unbedingt die anderen in ihrer Bewegungen dahin zu steuern.

Da ist es auch ein bisschen eine Frage, wie man von Seiten einer Organisation wie dieser oder auch der Justizprüfungsämter vielleicht ein bisschen Hilfe gibt, dass sich das Bild etwas ändert. Denn ich habe von Doppel-Diplom-Programmen und von einem Drittel von Studierenden, die ins Ausland gehen, gehört. Es gibt aber auch Hochschulen, wo es vielleicht 2-5% sind, die ins Ausland gehen, wo es keine Doppelabschluss-Programme gibt, wo alles, was als LL.M.-Programm gedacht ist, nicht gewünscht wird, wo man das Wort „Masterprogramm“ schon als solches ablehnt. Das gibt es leider auch

und es gibt durchaus Möglichkeiten innerhalb der Fakultäten, das zu ändern, wenn man das denn will. Die Frage ist immer die nach dem Arbeitsaufwand. Wenn man also sagt, ich will kein neues Programm, weil es mehr Prüfungsbelastungen bringt, dann ist das natürlich ein Argument, dass in den Fakultäten solche Dinge abblocken kann und das ist vielleicht aus der Außensicht nicht immer so wünschenswert.

Zu dem Punkt, Frau Kieninger, mit dem Staatsexamen. Ich denke schon, dass es auch Spielräume gibt, ohne dass man zusätzliche Bürden auferlegt. Es kam, glaube ich, vorhin auch von Herrn Kahn die Aussage, wenn etwas nicht am Ende abgeprüft wird, gehen die Leute nicht hin. Das ist natürlich so. Wenn jetzt aber zum Beispiel vorgeschlagen wird die eine Vorlesung, die im Pflichtprogramm steht, für das IPR einzuführen, und es heißt, wenn das bewilligt würde, dann hätten ja andere auch das Recht, so etwas zu machen, dann hat das die Konsequenz, dass man es eben nicht prüft. Die Konsequenz ist, dass man eben nicht hingehet als Studierender. Eine zusätzliche Prüfung, die den Leuten sozusagen nur eine weitere Wahlmöglichkeit auferlegt, würde nicht unbedingt mit mehr an Prüfungsbelastung für die einzelnen Studierenden einhergehen, weil ja eben eine gewisse Anzahl von Prüfungen abgelegt werden müssen. Ob das nun zusätzlich IPR und Völkerrecht ist oder nicht, das ist dann eigentlich für die Studierenden nur eine zusätzliche Wahl und vielleicht für den Dozenten eine kleine Zusatzbelastung. Dafür hat er oder sie dann natürlich das Ergebnis, dass dann Leute in die Vorlesung reingehen, die sie sonst gar nicht sehen.

Es gibt also schon Spielräume. Genauso auch die Frage mit CISG. Ich hatte neulich eine Klausur zu stellen und eine Hausarbeit in einer Übung. Das war ein Kaufrechtsfall mit einem Auslandsbezug. Ich habe das CISG rausdefiniert. Man muss dann auch wissen, ob man das prüfen darf oder ob das dann auf Widerstand von Studierenden trifft. Ob diese internationale Dimension nun das Einheitsrecht oder UN- oder UNIDROIT-Konventionen sind, wenn man sie prüfen will, dann muss man sie natürlich auch irgendwie anbieten. Das geht auch im Rahmen der üblichen Lehrpläne. Im Augenblick aber sind wir jedenfalls bei vielen Hochschulen oder Fakultäten sehr vorsichtig, diesen Schritt überhaupt zu gehen, weil man vielleicht auch nicht weiß, ob das gewünscht wird.

Der dritte Punkt – und den meine ich unabhängig davon, wie man zum Staatsexamen steht. Ich persönlich finde es einen sehr sinnvollen Abschluss, auch in der Art, wie er vielleicht strukturiert ist. Ich finde aber auch, dass das nicht unbedingt das Einzige sein muss. Es kam immer wieder die Rede auf die LL.M.- oder Masterprogramme. In Würzburg haben Sie ja auch einiges in diesem Bereich. Sie haben auch mit ausländischen Hochschulen Doppel-Master. Die bisherigen internationalen Schwerpunkte sind zum Teil sehr parzelliert. Man kann aber mit einem speziellen Masterprogramm, welches auch für bestimmte andere Berufstätigkeiten berufsqualifizierend sein könnte, sehr gut Kombinationen herstellen, etwa zwischen Völkerrecht und IPR und auch Rechtsvergleichung. Diese kann man im Rahmen des sehr stark parzellierten Schwerpunktbereichswesens des Staatsexamens nicht herstellen.

Herr Basedow: Vielen Dank, Herr Trunk. Jetzt möchte ich der Runde hier auf dem Podium eine Gelegenheit zu einem Schlusswort geben.

Frau Domej: Ich denke, ich nutze die Zeit, um das zu unterstreichen, was Frau Kieninger gesagt hat. Ich glaube, da war sehr viel Unterstützenswertes in ihren Worten. Man kann wirklich die Situation an den verschiedenen Fakultäten so nicht vergleichen

und ich denke, dass man den Fakultäten auch ein Stück weit einen Gestaltungsspielraum geben muss, wo sie für sich die Schwerpunkte setzen wollen. Da kann man nicht alle Situationen über einen Kamm scheren.

Herr Reinisch: Ich möchte gerne an die letzte Wortmeldung anknüpfen. Das Phänomen – nicht nur an der Fakultät, auch an der Universität – dass das Internationale ein bisschen beargwöhnt wird, das haben wir natürlich auch. Umso mehr glaube ich, dass wir – im Sinne von Wolfgang Benedek – strategisch die richtigen Verbündeten suchen müssen. Das sind natürlich naheliegender Weise die Außenministerien, aber das sind auch andere Institutionen, die wahrscheinlich in der Praxis für Juristen immer mehr erkennen – so wie Herr Rauschnig ja vorhin gesagt hat – dass sie zumindest einmal in der Woche als Richter einen völkerrechtlichen oder IPR-rechtlichen Bezug haben. Hier, glaube ich, wird es dann vielleicht funktionieren, diese Brücken zu schlagen und ein verstärktes Verständnis zu bekommen. Ich weiß nicht, was der Deutsche Juristen-Fakultätentag kann, aber ich sehe hier Ansätze zu verschiedenen strategischen Schienen, wie man vernünftig zu einer Verankerung des Internationalen kommt, obwohl es wahrscheinlich nicht möglich sein wird, es in die Staatsprüfung zu bringen. Aber in irgendeiner Art und Weise wird man es integrieren müssen. Vielleicht noch ganz kurz zum Schluss: Ohne irgendeinen Leistungsnachweis wird es nicht gehen.

Frau Kieninger: Es gibt sehr viel berechtigte Kritik am Staatsexamen als Institution, und natürlich ist das auch ein Knebel. Herr Basedow hat ja aber auch schon darauf hingewiesen, dass es unterhalb des Niveaus des Staatsexamens sehr viele Möglichkeiten gibt, internationale Elemente, sei es als Grundlagenvorlesungen, sei es, wie ich es befürworten würde, als Teil von anderen Pflichtveranstaltungen einzustreuen. Ich muss ganz ehrlich sagen, dass ich, wenn ich den Wahnsinn sehe, der im Moment im Zuge der Systemakkreditierung über die Universitäten hereinbricht, nach jeder Sitzung der erweiterten Universitätsleitung meinem Schöpfer auf Knien danke, dass wir noch ein Staatsexamen haben.

Herr Hobe: Mein Schlusswort knüpft an das an, was unter anderem Georg Nolte und Wolfgang Benedek gesagt haben. Meines Erachtens ist über das hinausgehend, was ich für unsere Arbeitsgruppe vorgetragen habe, in der Tat eine grundlegende Bewusstseinsänderung erforderlich, dergestalt, dass Globalisierung ganz andere Herausforderungen an Deutschland, Österreich und die Schweiz und damit auch die dort tätigen Juristinnen und Juristen stellt. Das bedeutet eben, dass es im Moment kein Wunder ist, dass in den derzeitigen Prüfungsordnungen immer wieder der Blick auf das nationale Baurecht oder das nationale Grundstücksrecht fällt als eben auf die internationalen Fächer. Wenn wir uns aber damit begnügen, glaube ich, dass wir unserer Aufgabe als Internationalrechtler nicht genügend gerecht werden. Ich möchte deshalb deutlich dafür plädieren, dass wir zu dieser Bewusstseinsänderung beitragen.

Wie das passieren kann, ist zum einen, dass in den Fakultäten in der Tat über eine entsprechende Veranstaltung nachgedacht werden kann, jedenfalls aber die Bezüge des Privatrechts zum Kollisionsrecht, des Staatsrechts zum Völker- und Europarecht deutlicher gemacht werden sollten. Zudem ist es sicherlich richtig und gut – und der Hinweis von Christian Tietje wird dankbar noch einmal aufgenommen – dass der Juristen-Fakultätentag für uns in der Tat in Deutschland ein richtiger Ansprechpartner für den Transport entsprechender, hoffentlich hier mehrheitsfähiger Ideen ist. *Mooting* und

Erasmus-Programme, herzlichen Dank Herr Rauschnig für diesen Hinweis, sind natürlich wichtige Wegbegleiter dieser Bewusstseinsveränderung, die meines Erachtens erforderlich ist. Ich glaube, es ist August Reinisch – ich schätze ihn außerordentlich – nicht ganz gelungen, uns zu zeigen, dass Wien nicht auch schon im grundständigen Studium ganz exzellent aufgestellt ist, was die internationalen Fächer angeht. Zu meiner Überraschung, weil der entsprechende empirische Rücklauf nicht so war, gilt das auch für Zürich. Das zeigt tatsächlich, wie man es machen kann.

Im Ergebnis habe ich keinen Zweifel, dass derjenige, der sich im internationalen Recht weiterbilden möchte, das auch kann, sowohl in Deutschland, als auch in der Schweiz, als auch in Österreich. Aber darauf kommt es nicht so zentral an. Wir haben eine Verantwortung dafür, alle junge Juristinnen und Juristen mit dem Bewusstsein aufwachsen zu lassen, dass die Begrenzung auf das nationale Recht heutzutage nicht mehr ausreicht. Das wäre mein ganz zentrales Anliegen. Und das sollte letztlich vielleicht auch die Botschaft sein, die über den Tag hinaus von dieser Tagung in Gießen ausgehen sollte. Ich bedanke mich!

Herr Basedow: Für mich ist es besonders wichtig, dass zu Anfang des Studiums die Sensibilität der Studenten für die Probleme der Internationalität des Rechts geweckt wird und dass auch die Fähigkeit erhalten bleibt, sich in fremden Sprachen auszudrücken. Die Studierenden kommen ja häufig vom Abitur her mit dieser Fähigkeit, aber verlernen das im Nu, weil alle Materien nur in deutscher Sprache unterrichtet werden. Das ist also für das Grundstudium etwas Essentielles. Darauf Appetit zu machen, wie immer das organisiert wird, das ist wichtig.

Im Spezialstudium geht es dann eher darum, das internationale Recht, sei es Kollisionsrecht, sei es Völkerrecht, stärker auszubauen. Wie geht man vor? Das Problem einer Veranstaltung wie dieser ist natürlich, dass – ich habe das im Rat einmal gesagt – alle schon katholisch sind. Weswegen brauchen wir dann noch eine Missionsveranstaltung wie die heutige? Aber wir gehen jetzt zurück in unsere Fakultäten. Dort müssen wir missionieren. Es geht darum, dass in den Fakultäten die Diskussion in Gang gesetzt wird, darüber ob eigentlich der internationale Content des Jurastudiums noch den Bedürfnissen einer globalisierten Gesellschaft entspricht. Dann kommt als nächstes der Fakultätentag als eine Strategie, die vielleicht Erfolg verspricht.

Zu guter Letzt noch ein Wort zu Herrn Rauschnig – Sie haben ja ganz richtig einen alten Spruch zitiert: Ein guter Jurist kann alles. Das habe ich tausendmal gehört in meinem Leben. Aber folgende Geschichte aus dem Sommer 1989 passt dazu nicht ganz. Die DDR gab es noch. Ich hatte in Augsburg den Direktor des Institutes für Rechtsvergleichung an der Akademie für Staat und Recht in Potsdam-Babelsberg, Herrn Enderlein, eingeladen. Herr Enderlein hielt einen Vortrag und anschließend haben wir über Gott und die Welt gesprochen, unter anderem auch über die Freiheit der Studierenden, das eigene Studium selbst zu gestalten. Er sagte, dass es das natürlich in der DDR nicht gab. Wozu sollte das auch gut sein, nachher sitze die Gesellschaft nur mit den arbeitslosen Juristen ‘rum, das sehe man doch in Westdeutschland. Dann kam aber im Laufe des Gesprächs heraus, dass 1973 nach dem Grundlagenvertrag zwischen der DDR und der BRD die DDR plötzlich von 40-50 Staaten in aller Welt anerkannt wurde und keine hinreichend ausgebildeten Diplomaten hatte. Plötzlich brauchte man Völkerrechtler für die vielen Botschaften, doch es gab keine. Obwohl die Juristenausbildung noch – wie soll ich sagen – deutsche Wertarbeit war, die Juristen also noch auf

der Grundlage des BGB gelernt hatten, hat es dann Jahre gedauert, ehe die DDR den hinreichenden Sachverstand rekrutiert hatte. Es ist also schon ganz gut, wenn wir ein bisschen in die Breite gehen, um auch für die unerwarteten Wendungen in der Zukunft gerüstet zu sein. Insofern gehen Sie in alle Welt und missionieren Sie.

Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V.

Vorstand

Professor Dr. Georg Nolte
Humboldt-Universität zu Berlin
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Tel.: +49/(0)30 2093 3512; Fax: +49/(0)30 2093 3384
e-Mail: intlaw@rewi.hu-berlin.de

Professorin Dr. Nina Dethloff
e-Mail: dethloff@uni-bonn.de

Professor MMag. Dr. August Reinisch, LL.M. (NYU)
e-Mail: august.reinisch@univie.ac.at

Rat

Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard)
Professor Dr. Wolfgang Benedek
Professor Dr. Armin von Bogdandy
Professorin Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan)
Professorin Dr. Astrid Epiney
Professor Dr. Ulrich Fastenrath
Professor Dr. Burkhard Hess
Professor Dr. Meinhard Hilf
Professor Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)
Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann
Professor Dr. Gerhard Hohloch
Professorin Dr. Eva-Maria Kieninger
Professor Dr. Heinz-Peter Mansel
Professor Dr. phil. Thilo Marauhn
Professor Dr. Stefan Oeter
Professorin Dr. Anne Peters
Professorin Dr. Kirsten Schmalenbach
Professorin Dr. Ingeborg Schwenzer
Professor Dr. Kurt Siehr
Professor Dr. Dr. h.c. Bruno Simma
Professor Dr. Dr. h.c. Daniel Thürer, LL.M. (Cambridge)
Professor Dr. Christian Walter
Professor Dr. Friedl Weiss, LL.M. (Cambridge)
Professor Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

– Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht im Internet: <http://dgfir.de> –

Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht

Bd. 47: Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt - Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht

Von Prof. Dr. Andreas von Arnould, Prof. Dr. Bettina Heiderhoff, Prof. Dr. Josef Drexl, Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Prof. Dr. Matthias Ruffert, Prof. Dr. Oliver Remien, Prof. Dr. Ursula Kriebaum, Prof. Dr. Christian J. Tams.

2016. VIII, 413 Seiten. Kartoniert. € 129,99

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 90,99.

ISBN 978-3-8114-4254-2

Bd. 46: Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität

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

2014. VIII, 419 Seiten. Kartoniert. € 129,99

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 90,99.

ISBN 978-3-8114-3937-5

Bd. 45: Paradigmen im internationalen Recht Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht

Von Prof. Dr. Bardo Fassbender, Prof. Dr. Christiane Wendehorst, Prof. Dr. Erika de Wet, Prof. Dr. Anne Peters, Prof. Dr. Christian Tietje, Prof. Dr. Hanno Merk, Prof. Dr. Friedl Weiss, Prof. Dr. Jan von Hein.

2012. VIII, 451 Seiten. Kartoniert. € 139,95.

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 99,95.

ISBN 978-3-8114-5404-0

Bd. 44: Moderne Konfliktformen Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen

Von Prof. Dr. Andreas Zimmermann, Prof. Dr. Stephan Hobe, Prof. Dr. Kerstin Odendahl, Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Prof. Dr. Doris König, Prof. Dr. Thilo Marauhn, Prof. Dr. Karsten Thorn, Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach.

2010. VIII, 422 Seiten. Kartoniert. € 109,95.

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 76,95.

ISBN 978-3-8114-7725-4

Bd. 43: Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht

Von Prof. Dr. Georg Nolte, Prof. Dr. Helen Keller, Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel, Prof. Dr. Andrea Büchler, Prof. Dr. Christian Walter.

2008. VIII, 365 Seiten. Kartoniert. € 96,-.

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 67,20.

ISBN 978-3-8114-7719-3

Bd. 41: Das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis

Von Prof. Dr. Werner Meng, Prof. Dr. Ulrich Magnus, Prof. Dr. Sabine Schlemmer-Schulte, Prof. Dr. Thomas Cottier, Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll, Prof. Dr. Astrid Epiney.

2005. VII, 436 Seiten. Kartoniert. € 98,-.

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 68,60.

ISBN 978-3-8114-5351-7

Bd. 40: Entschädigung nach bewaffneten Konflikten Die Konstitutionalisierung der Welthandels- ordnung

Von Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Prof. Dr. Stefan Kadelbach, Prof. Dr. Burkhard Heß, Prof. Dr. Meinhard Hilf, Prof. Dr. Wolfgang Benedek, Prof. Dr. Wulff-Henning Roth.

2003. VIII, 441 Seiten. Kartoniert. € 98,-.

Vorzugspreis f. Mitglieder: € 68,60.

ISBN 978-3-8114-5119-3

