

## Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard)

### zu B. Die Rollen des Völkerrechtsdenkers

1. Als Forscher sollten die Völkerrechtsdenker nach allgemeinen, intersubjektiv nachvollziehbaren Erkenntnissen streben. In der Rechtswissenschaft bestehen die Erkenntnisse vor allem in Komplexitätsreduktion, der Strukturierung der Materie, der Herstellung von neuen Zusammenhängen und erklärungskräftigen Begriffsprägungen.
2. Sämtliche historischen Paradigmenwechsel (vom theologisch fundierten hin zum säkularisierten Naturrecht, zum Rechtspositivismus, zum Rechtsrealismus, zur *New Haven School*, bis hin zu *law and economics*) stellen Versuche der Verwissenschaftlichung der Reflexion über das Völkerrecht dar.
3. Für die von mir Befragten scheint nicht der Erkenntnisgewinn, sondern die Lehre im Vordergrund zu stehen.

### zu C. Die Rollen des Völkerrechtspraktikers

4. Die Praktikerrollen sind (mit Einschränkungen) anhand der Funktionen Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung systematisierbar, wobei Praktiker unmittelbar oder mittelbar rechtsgestaltend tätig sein können.
5. Die Rolle der Regierungsberater ist ambivalent, da sie sowohl Aufklärung als auch Advokatur verlangt. Vermieden werden muss sowohl die Technizität als auch die Verbrämung von völkerrechtlichem Unrecht.

### zu D. Gemeinsame Züge (und gemeinsame Probleme) beider Rollen

6. In beiden Rollen ist das Völkerrecht sowohl Beruf als auch Berufung.
7. Gestaltungswillen und Reputation bilden eine Triebkraft in beiden Rollen. Zwar sollte die intrinsische Motivation der Denker im Idealfall der Wissensgewinn sein. Damit ist aber das extrinsische Interesse verknüpft, als Urheber dieses Wissensgewinns anerkannt zu werden.
8. Der gemeinsame Impetus des Einsatzes für Gemeinwohl und Gerechtigkeit wird sowohl von den *critical legal studies* als auch von der *Law and economics*-Schule als sentimental oder zynisch kritisiert, ist jedoch – nach den Interviewergebnissen – eine empirische Tatsache. Im Ergebnis scheint die Rolle des Völkerrechtlers (insbesondere des Praktikers, aber auch des Denkers) von einer Dialektik zwischen Engagement und Nüchternheit geprägt zu sein.
9. Eine praktisch und theoretisch heikle Rolle der Richter (also einer spezifischen Praktikergruppe) und der Rechtsdenker ist die Rechtsentwicklung oder -fortbildung.
  - a) Die im kreativen Charakter jeder Interpretation begründete Unabgrenzbarkeit ist letztlich normativer Grund für die Zulässigkeit richterlicher Völkerrechtsentwicklung in Form der maßvollen Fortbildung von Vertragsrecht.
  - b) Mit zunehmender Kodifikation und Konkretisierung der Völkerrechtsordnung muss die standardsetzende Rolle der Denker zurücktreten, wegen der besonderen Schwie-

rigkeiten der bloßen Ermittlung völkerrechtlicher Normen bleibt aber die *klärende* Rolle der Völkerrechtsdenker zentral. Diese ist nur insofern rechtsentwickelnd, als schon in der Feststellung von Normen eine Systematisierungsleistung liegt.

10. Viele der befragten Völkerrechtspraktiker empfinden als größte Herausforderung die politischen Implikationen des sich ihnen stellenden Rechtsproblems.

11. Die Rolle des Völkerrechtsdenkers ist ebenfalls eine politische, weil der Denker über politisches Recht reflektiert, weil eine vollständige Wertfreiheit der Völkerrechtswissenschaft unmöglich ist und weil die meisten Wertungen des Denkers politische Implikationen haben.

12. Das „Politischere“ der Tätigkeit des Praktikers hängt nicht notwendig an der von ihm bearbeiteten Thematik, sondern – im Falle identischer Themen – an den Textarten, die der Praktiker produziert und den Rechtswirkungen, die diesen beigemessen werden.

13. „Speaking law to power“ ist die Aufgabe aller Völkerrechtler, insbesondere der *legal adviser*. Ihre Erfüllung verlangt ihnen Fingerspitzengefühl und Mut ab. Manchmal muss Rat gegeben werden, auch wenn dieser nicht offiziell erbeten wird.

14. Die Antwort auf die Frage, wann ein Widerstand gegen eine Deformation des Völkerrechts und gegen die völkerrechtswidrige Praxis eines Staates von Seiten der Juristen, insbesondere der Völkerrechtsberater dieses Staates, moralisch geboten ist, hängt unter anderem davon ab, welche Risiken die Kritiker eingehen.

#### **zu E. Die Unterschiede zwischen den Rollen**

15. Die Befragten gaben an, dass sie in ihrer Rolle als Rechtspraktiker konservativer, ergebnisorientierter, taktischer und pragmatischer vorgehen als in der Rolle des Rechtsdenkers.

16. Der Erfolg des Rechtspraktikers ist klarer definiert und leichter messbar als der des Rechtsdenkers.

17. Das Ziel mancher Rechtsdenker ist es, allgemeine Erkenntnisse zu gewinnen, das Ziel anderer ist es, einen Entscheidungsentwurf oder eine Vertragsvorlage zu liefern. Es ist fraglich, ob die Zielerreichung mit der Zählung von Zitierungen gemessen werden kann.

18. Obwohl Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut „richterliche Entscheidungen“ und die „Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“ „als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“ nennt, fehlt insbesondere den „Lehrmeinungen“ die institutionelle Autorität zur Rechtssetzung. Diese muss abgeleitet werden aus der sozialen Notwendigkeit globaler Regulierung und aus dem demokratischen Gebot der Mitwirkung Betroffener an der Erzeugung von Normen, die sie betreffen. Wissenschaftlichen „Kodifikationen“ fehlen, außer der Expertise ihrer Autoren, weitere legitimierende Faktoren wie Repräsentation, Beteiligung, Adressatenorientierung und Öffentlichkeit. Deshalb ist die Zuschreibung einer Rechtsnormqualität an sie nicht gerechtfertigt. Diese zusätzlichen Legitimationsbedingungen werden normalerweise durch staatliche oder zwischenstaatliche Gestattung oder Übernahme der Privattexte erfüllt, was jene zu *geltenden* und „harten“ Rechtsnormen macht.

19. Der doppelte Mangel, der in der fehlenden Rechtserzeugungsmacht und der damit einhergehenden fehlenden *accountability* des Denkers liegt, ist eine Funktionsbedingung seiner akademischen Freiheit.

20. Eine Konsequenz der Unverantwortlichkeit des Denkers ist seine Freiheit zur Meinungsänderung. Demgegenüber unterliegt der Praktiker einem Bearbeitungszwang und einer starken Konsistenzanforderung.

#### **zu F. Beziehungen zwischen den Systemen „Praxis“ und „Reflexion“**

21. Die Völkerrechtspraxis dient der Reflexion, indem sie Themen liefert, die Möglichkeit zum Testen von Theorien bietet, in einem Rückkoppelungsprozess zu ihrer Anpassung führt und dem Rechtsdenker eine Vorstellung davon verschafft, wo das Völkerrecht empirisch wirklich steht („reality-check“).

22. Die Völkerrechtsreflexion erhält durch ihren praktischen Nutzen ihre spezifische Daseinsberechtigung, und sie muss sich in der Praxis bewähren.

23. Dennoch soll sich die völkerrechtsbezogene Reflexion in dreifacher Hinsicht relativ von der Praxis emanzipieren, weil dies langfristig wiederum der Praxis zugute kommt.

a) Sie soll nicht nur als angewandte, sondern auch als Grundlagenforschung betrieben werden, um sie von den jeweils neuesten „technischen“ Veränderungen des positiven Rechts unabhängig zu machen.

b) Die Dogmatik, eine Praxisanleitung, kann wegen der Eigenarten des Völkerrechts (die „Dünne“ des Rechtsstoffes, das vielfach unkodifizierte und wegen seiner politischen Kompromisshaftigkeit unsystematische und unklare Recht) nur mit eingeschränktem Ertrag betrieben werden. Deshalb muss es zumindest einige in der großen Gruppe der Denker geben, die neben der reinen Dogmatik weitere, praxisfernere Reflexionstypen einbeziehen, wenn die Völkerrechtsdenker als Gruppe ihre Rolle der Reflexion umfassend ausfüllen wollen.

c) Wegen der wesensmäßigen Gradualität des Völkerrechtsentstehungsprozesses und wegen der Unterdeterminiertheit des Vertragsrechts und der daraus resultierenden bloßen Scheinsicherheit der rein positiven Analyse (Ermittlung und Beschreibung des geltenden Rechts sowie der praktizierten Rechtsauslegung und -anwendung) ist auch die normative Analyse (Rechtfertigung, Kritik von und Vorschläge für Normen; Rechtfertigung und Kritik der Anwendung des Rechts, d.h. der Praxis) geboten, nicht zuletzt um Völkerrechtsbrüchen vorzubeugen. Hierbei muss aber die methodisch fehlerhafte verschleierte „Rechtserzeugung“ durch Rechtsdenker in Form der voreiligen Kennzeichnung von erst in der Entstehung begriffenen Normen als bereits geltendes Völkerrecht vermieden werden.

#### **zu G. Doppelrollenträger**

24. Praktiker können durch eine parallele Tätigkeit als Wissenschaftler zu besseren Praktikern werden.

25. Umgekehrt können Völkerrechtsdenker bessere Wissenschaftler werden, wenn sie auch Praktiker sind.

26. Die Denkerrolle kann aber durch die praktische Tätigkeit gestört werden, weil die Ergebnisorientierung unvereinbar mit der wissenschaftlichen Ergebnisoffenheit ist und weil der Distanzverlust die Unvoreingenommenheit gefährdet sowie die Kritikfähigkeit und damit die Kontrollfunktion der Denker als EpCom beeinträchtigt.

27. Die Angst vor dem Selbstwiderspruch und vor Befangenheitsanträgen führt insbesondere Parteienvertreter und (Schieds-)richter zu einer Hemmung der wissenschaftlichen Publikationstätigkeit und zur Selbstzensur.

28. In umgekehrter Richtung kann die Praxis eines Doppelrollenträgers durch seinen *bias* gegenüber den eigenen wissenschaftlichen Auffassungen gestört werden.

29. Besonders sensibel für Rollenkonflikte aufgrund akademischer und praktischer Nebenrollen ist die Rolle des internationalen Richters. Leitlinie der Beurteilung von Disqualifikationsbegehren sollte die Erwägung sein, dass ein internationaler Richter nicht allein wegen Qualitäten, die eine Voraussetzung seiner Ernennung bilden (also hohe, durch Publikationen erwiesene Sachkunde und Berufserfahrung) disqualifiziert werden darf. Es müssen eindeutige Anzeichen von Parteilichkeit oder Voreingenommenheit hinzukommen, weil sonst die paradoxe Situation einträte, dass gerade seine Qualifikation zur Disqualifizierung führte.

30. Jeder Vorschlag zur Normierung von Standesregeln muss zwischen den Vorteilen der Sachkunde und Nachteilen von Rollenkonflikten abwägen. Unvereinbarkeitsvorschriften sind (außer in Bezug auf die Richterrolle) nicht geboten, weil die Vorteile der Mehrfachrollen und auch des Rollentausches deren Gefahren deutlich überwiegen. Transparenz stellt eine ausreichende Abhilfe dar.

#### **zu H. Fazit und Ausblick**

31. Die schillerndsten praktischen Rollen sind die des Regierungsberaters und des Richters. Ihre Arbeit umfasst ein breites Spektrum, an deren äußerstem Ende jeweils massive Legitimationsprobleme drohen.

32. Rechtsdenker sind in einer Spannungslage zwischen wissenschaftlicher Orientierung und praktischer Relevanz gefangen, die sie ausbalancieren müssen. Die Völkerrechtswissenschaft sollte sich von der Praxis zu einem gewissen Grad emanzipieren ohne sich völlig von ihr zu lösen, weil letzteres dem innewohnenden Praxisbezug des Völkerrechts nicht gerecht würde.

33. Die Rechtsdenker und die meisten der Praktikertypen spielen die gemeinsame Rolle des Experten. Die Expertise kann jedoch die politische Legitimation nicht ersetzen. Epistemische Autorität allein reicht nicht aus, um die Ausübung von Hoheitsgewalt, welche beispielsweise in der Rechtssetzung liegt, zu rechtfertigen.

34. Für die Doppelrollenträger gilt, dass alle genannten Aspekte der gegenseitigen Bereicherung in Nachteile umschlagen können, wenn sie übertrieben werden.

35. Doppelrollen wie auch die Rollentausche sind letztlich deshalb unproblematisch, weil es insgesamt viele Teilnehmer an allen Arten des juristischen Diskurses gibt. Eventuelle Qualitätseinbussen der juristischen Arbeit einiger werden mittel- und langfristig durch die Arbeit anderer Individuen, die in verschiedenen Rollen und aus verschiedenen Blickwinkeln hundertfach ein und dasselbe Völkerrechtsproblem erörtern, ausgeglichen.

36. Dennoch sollte jeder einzelne Diskursteilnehmer dadurch zur Sicherung der Qualität der Völkerrechtspraxis und -reflexion beitragen, dass er sich und seinem Publikum regelmäßig bewusst macht, wo er sich gerade aufhält: im „invisible college“ oder im „invisible bar“.