



Berichte  
der Deutschen Gesellschaft  
für Völkerrecht

Band 45

32. Tagung in Köln  
30. März bis 2. April 2011

# Paradigmen im internationalen Recht

## Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht

Referate und Thesen von

Bardo Fassbender, Christiane Wendehorst,  
Erika de Wet, Anne Peters, Ralf Michaels,  
Christian Tietje, Hanno Merkt, Friedl Weiss, Jan von Hein

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.

Bei der Herstellung des Werkes haben wir uns zukunftsbewusst für umweltverträgliche und wiederverwertbare Materialien entschieden. Der Inhalt ist auf elementar chlorfreies Papier gedruckt.

ISBN 978-3-8114-5404-0

E-Mail: [kundenbetreuung@hjr-verlag.de](mailto:kundenbetreuung@hjr-verlag.de)

Telefon: +49 89/2183-7928

Telefax: +49 89/2183-7620

© 2012 C.F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg

[www.hjr-verlag.de](http://www.hjr-verlag.de)

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

# Vorwort

Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht führte vom 30. März bis 2. April 2011 ihre 32. Zweijahrestagung durch. Sie war zu Gast an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

Die Tagungsthemen lauteten „Paradigmen im internationalen Recht“ und „Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht“. Die gute Wahl der Themen und der Vortragenden bestätigte die erfreuliche Teilnehmerzahl in Köln.

Es referierten am ersten Tag Bardo Fassbender (München) über „Denkschulen im Völkerrecht“, Christiane Wendehorst (Wien) über „Denkschulen im Internationalen Privatrecht“, Erika de Wet (Pretoria) über „Paradigmen in der internationalen Praxis“, Anne Peters (Basel) über „Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht“ und Ralf Michaels (Duke) über „Rollenverständnis von Rechtsdenkern und Praktikern – aus privatrechtlicher Sicht“. Der zweite Tag war den Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht gewidmet. Es referierten Christian Tietje (Halle-Wittenberg) über „Architektur der Weltfinanzordnung“, Hanno Merkt (Freiburg) über „Wirtschaftsrechtliche Kontrollmechanismen“, Friedl Weiss (Wien) über „Finanzkrise und Internationales Privatrecht“ und schliesslich Jan von Hein (Trier) über „Finanzkrise und internationales Privatrecht“.

Zum großen Erfolg der Kölner Tagung trug auch das sehr attraktive Rahmenprogramm bei. Dem Empfang des Rektors der Universität zu Köln mit anschliessendem Abendessen im barocken Gebäude der „Wolkenburg“ folgte am Freitag der Empfang auf Einladung des Oberbürgermeisters der Stadt Köln im Historischen Rathaus. Der Ausflug nach Brühl mit der Führung im Schloss Augustusburg und dem Besuch des Max Ernst Museums beschloss auf angenehme Weise die Kölner Tagung.

Die Organisation der Tagung lag in den guten Händen von Stephan Hobe, der auch von seinen Kölner Kollegen Ulrich Ehrlicke, Kirk Junker, Bernhard Kempen, Claus Kress, Frank Neubacher, Heinz-Peter Mansel und Burkhard Schöbener unterstützt wurde. Ihnen und ihren tüchtigen Mitarbeitern danken wir herzlich für ihren Einsatz.

Zürich, im Dezember 2011

*Daniel Thürer*



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	
<i>von Daniel Thürer</i> .....	V
<i>Bardo Fassbender</i>	
Denkschulen im Völkerrecht .....	1
Thesen .....	26
Summary .....	29
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Denkschulen im Internationalen Privatrecht .....	33
Thesen .....	58
Summary .....	60
<i>Diskussion zu den Referaten Fassbender und Wendehorst</i> .....	63
<i>Erika de Wet</i>	
Paradigmen in der internationalen Praxis: Normenhierarchie versus systemische Integration .....	81
Thesen .....	100
Summary .....	102
<i>Anne Peters</i>	
Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht .....	105
Thesen .....	168
Summary .....	172
<i>Ralf Michaels</i>	
Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht .....	175
Thesen .....	224
Summary .....	226
<i>Diskussion zu den Referaten de Wet, Peters und Michaels</i> .....	229
<i>Christian Tietje</i>	
Architektur der Weltfinanzordnung .....	243
Thesen .....	276
Summary .....	279
<i>Hanno Merkt</i>	
Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht: Unternehmens- und kapitalmarktrechtliche Kontrollmechanismen .....	283
Thesen .....	309
Summary .....	312

Diskussion zu den Referaten Tietje und Merkt .....	315
<i>Friedl Weiss</i>	
Finanzkrise und internationales öffentliches Recht .....	335
Thesen .....	364
Summary .....	366
<i>Jan von Hein</i>	
Finanzkrise und Internationales Privatrecht .....	369
Thesen .....	424
Summary .....	426
Diskussion zu den Referaten Weiss und von Hein .....	429
<i>Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht</i> .....	451



# Denkschulen im Völkerrecht

Von Prof. Dr. Bardo Fassbender, LL.M. (Yale), München

- I. Begriff und Phänomen der „Denkschule“
  - II. Typen und Formen völkerrechtlicher Denkschulen
    - 1. Naturrecht versus Positivismus
    - 2. Der ganzheitliche Ansatz der älteren Denkschulen – das Beispiel Kelsens
    - 3. Optimismus und Pessimismus im Völkerrechtsdenken
    - 4. Denkschulen der „progressiven“ Richtung
      - a) Die Lehre von der internationalen Gemeinschaft
      - b) Der völkerrechtliche Konstitutionalismus
      - c) Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens
    - 5. Machtpolitisch orientierte Gegenrichtungen
    - 6. Völkerrechtsoptimismus und -skepsis in der Geschichte des Völkerrechtsdenkens
  - III. Die Bedeutung der Denkschulen für die Völkerrechtswissenschaft – Beobachtungen und Thesen
- Thesen  
Summary

## I. Begriff und Phänomen der „Denkschule“

Was ist eine „Denkschule“? Was ist sie im allgemeinen und im besonderen in unserem Fach, dem Völkerrecht? Das Wort hat erst in der jüngeren Zeit Eingang in die deutsche Sprache gefunden. Das Grimmsche Wörterbuch – der zweite Band von 1860 mit dem noch von Wilhelm Grimm selbst bearbeiteten Buchstaben D – kannte es noch nicht.<sup>1</sup> Offensichtlich handelt es sich um eine Übersetzung des englischen Begriffs *school of thought*, den das Oxford English Dictionary zuerst für das Jahr 1873 nachweist, als eine Londoner Zeitung von den „schools of thought into which the Church of England is divided“ sprach.<sup>2</sup> Die Definition des Oxford English Dictionary lautet wie folgt: “The body of persons that are or have been taught by a particular master (in philosophy, science, art, etc.); hence, in wider sense, a body or succession of persons who in some department of speculation or practice are disciples of the same master, or who are united by a general similarity of principles and methods.”<sup>3</sup> Der ältere Begriff hierfür ist einfach *school*; so sprach schon Bacon 1612 von der „schoole of Leusippus, and Democritus, and Epicurus“.<sup>4</sup> Hier treffen sich der englische und der deutsche Sprachgebrauch.<sup>5</sup>

1 Deutsches Wörterbuch von *Jacob und Wilhelm Grimm*, 2. Bd., Leipzig 1860. Siehe dort Sp. 943.

2 The Oxford English Dictionary, 2<sup>nd</sup> ed., prepared by *J.A. Simpson* and *E.S.C. Weiner*, vol. XIV, Oxford 1989, p. 633: „school“, 5.c. Vgl. für eine frühe Anwendung des Begriffs auf das Völkerrecht *Hersch Lauterpacht*, *The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, BYIL 12 (1931), S. 31-62 (mit dem Ergebnis, der Glaube an die Existenz dieser beiden Schulen sei unbegründet).

3 The Oxford English Dictionary, ebd., 5.a.

4 Ebd.

5 Vgl. Deutsches Wörterbuch (Fn. 1), 9. Bd., bearb. v. *Moriz Heyne* u.a., Leipzig 1899, Sp. 1934: „Schule“, 2.b): „schulmässige, methodische unterweisung, lehrart, forschungsart“.

Die archetypische Denkschule setzt sich aus einem bestimmten Lehrer und seinen Schülern zusammen: die Schule des Sokrates, die Schule des Aristoteles. Erst sekundär ist die unpersönliche Verwendung des Begriffs für eine bestimmte Lehre, die von einer Gruppe von Denkern vertreten wird: die Sophistik, die Scholastik. Beide Verwendungen treffen oft zusammen, wenn ein Ort – in der Regel der einer Akademie oder Universität – zur Bezeichnung einer Schule gewählt wird: die Schule von Paris, die Schule von Oxford in der Hochscholastik. Im Völkerrecht wären Beispiele für die ursprüngliche Begriffsverwendung die „Kelsen-Schule“, für die abgeleitete unpersönliche Verwendung der „Positivismus“, für die Wahl eines Ortsnamens die „Columbia School“ (Friedmann, Henkin, Schachter) oder die „New Haven School“ (McDougal, Lasswell, Reisman).

Welche Anforderungen will man erfüllt sehen, um von einer „Denkschule“ zu sprechen? Unter welchen Umständen kann eine Lehre „Schule machen“? Reicht ein bestimmter *approach* aus und, wenn ja, was charakterisiert diesen? Das Oxford English Dictionary erwartet eine „general similarity of principles and methods“. Ähnlich hat der Vorstand der Gesellschaft in seinem Konzept dieser Tagung die „Denkschule“ mit dem Begriff des Paradigmas verknüpft: „Paradigmen sind Denkmuster und Denkweisen. Sie sind abstrakter als rechtsdogmatische Kategorien. Sie sind aber insofern konkreter als ‚Theorien‘, als sie diese in einen Kontext stellen.“<sup>6</sup> Eine Denkschule ist mit anderen Worten nicht vorstellbar ohne ein theoretisches Fundament; umgekehrt macht aber eine einzelne Theorie oder dogmatische Konstruktion noch keine Schule.<sup>7</sup> Vielmehr erwartet man von einer Denkschule des Völkerrechts idealtypisch das, was Wilhelm Grewe in seiner Beschreibung der neuzeitlichen Völkerrechtslehre zunächst den spanischen Spätscholastikern attestiert hat – eine Auseinandersetzung mit den „Grundproblemen des Völkerrechts, seinem Wesen, seinen Quellen, seiner Verbindlichkeit“ sowie einen konstruktiven Beitrag zu ihrer Lösung.<sup>8</sup> Leistet eine Denkschule dies und bringt sie, mit einem Ausdruck Häberles, „Klassikertexte“ hervor, kann sie hoffen, wenn nicht überzeitliche Geltung, so doch überzeitliche Bedeutung zu erlangen, indem sie späteren Generationen als Signum ihrer Zeit erscheint oder Gedanken entwickelt hat, mit denen sich zu beschäftigen auch noch lohnt, nachdem die Protagonisten der Schule längst das Zeitliche gesegnet haben.

Oft lässt sich eine Denkschule am besten aus der Ferne ausmachen. Je näher man kommt, desto stärker tritt die Individualität der einzelnen Gelehrten hervor. Es verhält sich ähnlich wie mit Bildern, die in einer Gemäldegalerie ihrer entstehungszeitlichen und stilistischen Gemeinsamkeit wegen in einem Raum aufgehängt worden sind. So wie dem genauen Betrachter die Zuordnung problematisch erscheint, wären auch ein-

---

6 Vorstand der DGVR, Kölner Tagung der DGVR, Erstes Thema („Skizze“).

7 Vgl. zum Verhältnis zwischen der Völkerrechtstheorie und Völkerrechtsmethodik *Adolf Schüle*, Methoden der Völkerrechtswissenschaft, BDGVR 3 (1959), S. 1-24 (6 ff.) („Abhängigkeit der juristischen Methodik von der theoretischen Konzeption des Völkerrechts“). Koskenniemi spricht in *einem* Ausdruck von den „many schools of thought and orientations of method“ im modernen Völkerrecht; vgl. *Martti Koskenniemi*, Methodology of International Law, D. (am Ende), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011 (Hervorhebung hinzugefügt).

8 *Wilhelm G. Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1984, S. 222. Vgl. auch *Martti Koskenniemi*, International Legal Theory and Doctrine, A., in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011: „The theory of international law asks general questions about the nature and role of law in the international world.“

zelne Maler selbst mit dieser nicht einverstanden gewesen. Je weiter der zeitliche Abstand, desto großzügiger die Zuordnung – „die Positivisten“, „die Realisten“ usw.

Von einer Denkschule lässt sich schwerlich sprechen, wenn ihre Mitglieder nicht autonom, sondern staatlich oder parteilich angeleitet denken. Die „sozialistische Völkerrechtslehre“ war in diesem Sinne keine Denkschule, sondern ein von den kommunistischen Partei- und Staatsapparaten gesteuerter Versuch, die Prinzipien der Staatsideologie des Marxismus-Leninismus auf das Völkerrecht anzuwenden, wobei die jeweilige Moskauer Linie maßgeblich war.<sup>9</sup> Sie war ein Instrument der Außenpolitik.<sup>10</sup> Bezeichnenderweise traten die Verfasser der einzelnen Kapitel der in Moskau oder Ost-Berlin verlegten Völkerrechtslehrbücher hinter das jeweilige „Autorenkollektiv“ des Buches zurück. Damit ist nicht gesagt, dass einzelne Wissenschaftler, wie Korovin und Tunkin, nicht innerhalb des jeweils ideologisch und außenpolitisch vorgegebenen Rahmens Einfluss auf das kommunistische Völkerrechtsverständnis hätten ausüben können.

Von Denkschulen anderer juristischer Fächer unterscheidet die des Völkerrechts ihr räumlich und geistig ausgreifender Charakter. Andererseits verbindet sie dieser Charakter mit der Philosophie, sodass es nicht verwundert, dass in der Vergangenheit alle großen philosophischen Strömungen auf das völkerrechtliche Denken eingewirkt haben. Um überzeugend zu sein, muss eine Schule des Völkerrechts einen Erklärungswert für das universelle Völkerrecht besitzen und die unterschiedlichen Lebensbedingungen der Völker der Erde und ihre geschichtlichen, kulturellen und religiösen Voraussetzungen berücksichtigen. Das gelingt nicht ohne einen festen Standpunkt, man könnte auch sagen: ein Weltbild, eine Vorstellung von der Welt und ihrer Zukunft, das heißt letztlich eine Vorstellung vom Menschen. Völkerrecht in diesem Sinne „zu denken“ ist also ein sehr anspruchsvolles Unterfangen.

Ausgreifend muss eine Schule des Völkerrechts auch in zeitlicher Hinsicht sein. Eine erfolgreiche Schule muss Antworten auf die Fragen ihrer Zeit geben, aber auch prospektiv denken, ihrer eigenen Zeit ein Stück weit voraus sein, um auch für die Zukunft Erklärung und Klärung zu bieten und sich in einem größeren Zeitraum entfalten zu können.

Einer Denkschule ist außerdem neben großer Beharrlichkeit ein starkes Selbstbewusstsein eigen, ein Wahrheitsanspruch, mit dem die völkerrechtliche Welt gegen andere Deutungen neu erklärt wird. Das geht nicht ohne eine gewisse Übertreibung, ein eigenwilliges Auf-die-Spitze-treiben bestimmter Ideen. Eine Denkschule benötigt auch Enthusiasmus und Kampfeslust, mit denen sie sich gegen mindestens einen Gegner richtet, sowie die Erwartung, gehört zu werden. Wer sich zu ihrem Protagonisten macht, muss mit offener Ablehnung und Niederlage rechnen, im Erfolgsfall mit Missgunst und Neid. Über Erfolg oder Misserfolg entscheiden viele Umstände, nicht zuletzt politische; zur wissenschaftlichen Originalität und Brillanz muss *bonne fortune* hinzutreten.

---

<sup>9</sup> Vgl. aber *Theodor Schweisfurth*, Die Völkerrechtswissenschaft in der Sowjetunion, *ZaöRV* 34 (1974), S. 1-51 (4 ff.): die sowjetische Völkerrechtswissenschaft als eine anti-positivistische „Variante primär soziologisch-historischer Betrachtungsweise des Völkerrechts“. Ebenso für die DDR-Völkerrechtswissenschaft: *T. Schweisfurth*, The Science of Public International Law in the German Democratic Republic, *GYIL* 50 (2007), S. 149-200 (154).

<sup>10</sup> Vgl. *Theodor Schweisfurth*, Völkerrecht als Instrument der Außenpolitik, in: Hans-Adolf Jacobsen u.a. (Hrsg.), *Drei Jahrzehnte Außenpolitik der DDR*, München/Wien 1979, S. 275-292.

Gesteigertes Selbstbewusstsein, Übertreibung und Konfliktbereitschaft sind nicht jedermanns Sache. Über Ulrich Scheuner zum Beispiel schrieb Rüfner: „Eine Schule hat er nicht begründet und nicht begründen wollen. Seine Kenntnis der Geschichte bewahrte ihn vor Einseitigkeit (...). Überspitzten Thesen und juristischem Glasperlen-spiel abgeneigt, versuchte er stets, praktikable und politisch durchsetzbare Lösungen zu erarbeiten“.<sup>11</sup> Andere Gelehrte haben trotz entsprechender Bemühungen keine Schule bilden können. Das Denken eines einzelnen kann selbstverständlich bedeutender, wirkungsvoller und zukunftsweisender sein als das einer ganzen Schule. Die Formulierung des Art. 38 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs und des IGH, wonach als ein Hilfsmittel für die Bestimmung anwendbarer Rechtsnormen „la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations“ („the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations“) herangezogen werden können,<sup>12</sup> geht ebenfalls von dem individualistischen Bild des Rechtsgelehrten aus.

## II. Typen und Formen völkerrechtlicher Denkschulen

Ein anderer Zugang zum Thema als die abstrakte Frage nach dem, was eine Denkschule des Völkerrechts ausmacht, kann eine konkrete Betrachtung sein. Denn im großen und ganzen besteht in der Völkerrechtswissenschaft doch Einigkeit darüber, welche Richtungen oder Ansätze (*approaches*) der Vergangenheit und Gegenwart als Denkschulen ernstzunehmen sind.<sup>13</sup> Ich konzentriere meine Überlegungen dabei auf die Gegenwart und, ihr vorausgehend, jene Zeitspanne der Entwicklung des Völkerrechts, die noch spürbar auf sie einwirkt, nämlich das 19. und 20. Jahrhundert. Auch für diesen Zeitraum kann ich, was die einzelnen Schulen betrifft, nur exemplarisch und in subjektiver Auswahl vorgehen. Meine Perspektive ist dabei unverkennbar die eines deutschen und (kontinental-)europäischen Juristen.<sup>14</sup> Unweigerlich wird so die eine ZuhörerIn dieses, der andere Zuhörer jenes vermissen. Für Ergänzungen in unserer Diskussion bin ich dankbar.

---

11 Wolfgang Rüfner, Dem Andenken Ulrich Scheuners, DÖV 2003, S. 987 f. (988).

12 Vgl. Sir Michael Wood, Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011.

13 Vgl. z.B. Steven R. Ratner/Anne-Marie Slaughter, Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers, AJIL 93 (1999), S. 291-302 (293 f.); Anne Peters, There is Nothing more Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law, GYIL 44 (2001), S. 25-37; Jean-Pierre Cot, Tableau de la pensée juridique américaine, Revue générale de droit international public 2006, S. 537-596; Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. [des von Otto Kömmlich begründeten Lehrbuchs] Tübingen/Basel 2008, S. 9 ff.

14 Eine US-amerikanische Perspektive nimmt ein David Kennedy, The Disciplines of International Law and Policy, Leiden Journal of International Law 12 (1999), S. 9-133 (S. 17-37: “The Tradition of Public International Law in the United States”). Vgl. auch Guglielmo Verdirame, „The Divided West“: International Lawyers in Europe and America, EJIL 18 (2007), S. 553-580, und Martti Koskenniemi, History of International Law, since World War II, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011 (Beobachtungen zur Entwicklung der Völkerrechtslehre in vier Phasen seit 1945).

## 1. Naturrecht versus Positivismus

a) *Ein* Streit der Schulen der Vergangenheit ist an grundsätzlicher Bedeutung wohl bis heute nicht übertroffen worden. Ich meine den Streit zwischen einer naturrechtlichen und einer positivistischen Deutung und Konstruktion des Völkerrechts. Der Sieger dieses Streits ist bekannt. Mit den Worten Grewes: „Die von den großen Naturrechtssystemen des Rationalismus durchgeführte Grundlegung des Rechts brach in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zusammen.“<sup>15</sup> Nachdem das Naturrecht die wissenschaftlichen Systeme des Völkerrechts seit dem 16. Jahrhundert beherrscht hatte – zunächst in spätscholastischer und grotianischer, sodann im 18. Jahrhundert in vernunftrechtlicher Ausprägung –, setzte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein Positivismus durch, der in empirischer Anschauung „alles Völkerrecht auf den Konsens der Staaten zu gründen suchte und infolgedessen nur Vertrag und Gewohnheit als Quellen des Völkerrechts anerkannte“<sup>16</sup>, also jede metaphysische Begründung des Rechts sowie die Geltung vom Staatswillen unabhängiger oberster Rechtsgrundsätze ablehnte<sup>17</sup>. Als eine streng juristische Disziplin emanzipierte sich die Völkerrechtswissenschaft damit auch von der Theologie und Philosophie sowie der Diplomatie als einer Kunst und Technik.<sup>18</sup> In solcher Klarheit beschränkte sich der Triumph des Positivismus zunächst auf das kontinentale Europa, während die angelsächsische Völkerrechtstheorie noch lange an naturrechtlichen Bekenntnissen festhielt, wenn auch mehr und mehr ohne praktische Folgen.<sup>19</sup>

Letztlich hat die Staatenpraxis der positivistischen Richtung zum Sieg verholfen. Das stetige Anwachsen der Zahl der völkerrechtlichen Verträge, die sachliche Differenzierung der Vertragstypen, die Zunahme der von Heinrich Triepel so genannten „rechtsetzenden Staatenvereinbarungen“,<sup>20</sup> die Kodifikation wichtiger Teilgebiete des Völkerrechts, die mit dem Wiener Kongress eingesetzt hatte<sup>21</sup> – diese Praxis der Rechtsbildung, die in den Händen der Regierungen lag, machte ein Zurückgehen auf die allgemeinen Prinzipien eines Naturrechts einerseits unnötig, andererseits immer schwieriger. Sie hat sich in der späteren Zeit überhaupt „denkschulenfeindlich“ ausgewirkt. Die Sammlung, Systematisierung und Auslegung des positiven Rechtsstoffes sowie die kritische Auseinandersetzung mit den regierungsamtlichen Erklärungen, den Schiedssprüchen und der Rechtsprechung hat zunehmend alle Kräfte der Rechtsgelehrten gebunden. Vor allem aber hat der Positivismus die Spannweite möglicher neuer theoretischer Erklärungen des geltenden Rechts auf das mit dem positiven Recht Vereinbare ver-

---

15 Grewes, *Epochen* (Fn. 8), S. 591. Untersuchung des Wandels der deutschen Völkerrechtswissenschaft von einer naturrechtlich geprägten zu einer positivrechtlichen Wissenschaft: *Heinhard Steiger*, *Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson*, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach/Taunus 1997, S. 45-74; Nachdruck in: *Heinhard Steiger*, *Von der Staatengesellschaft zur Weltrepublik?*, Baden-Baden 2009, S. 143-165.

16 Grewes, *Epochen* (Fn. 8), S. 592.

17 Vgl. *Ulrich Scheuner*, *Naturrechtliche Strömungen im heutigen Völkerrecht*, *ZaöRV* 13 (1950/51), S. 556-614 (569, 607); Nachdruck in: *ders.*, *Schriften zum Völkerrecht* (hrsg. von Christian Tomuschat), Berlin 1984, S. 99-158 (112, 151).

18 *Arthur Nussbaum*, *Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung*, München/Berlin 1960, S. 258.

19 Vgl. Grewes, *Epochen* (Fn. 8), S. 594-601. Zu den Nachwirkungen des Naturrechts im positivistischen Zeitalter auch *Scheuner*, *Naturrechtliche Strömungen* (Fn. 17), S. 574-576 (in der *ZaöRV*) bzw. S. 116-119 (in den „Schriften“).

20 Vgl. *Heinrich Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899 (reprograph. Nachdr. 1958), S. 90 ff.

21 Vgl. Grewes, *Epochen* (Fn. 8), S. 602-605.

engt. Es musste fortan aus dem gegebenen Rechtsstoff heraus argumentiert werden. Freiheit besteht nur noch im Bereich der Rechtspolitik, in Vorschlägen für die künftige Gestaltung des Völkerrechts. Doch konkurrieren die Völkerrechtler hier mit vielen anderen: Philosophen, Ökonomen und Politikwissenschaftlern, vor allem aber mit der praktischen Politik selbst.

b) Heute kann man den Rechtspositivismus nicht mehr als eine „Denkschule“ des Völkerrechts bezeichnen. Was zu einer so gut wie allgemein anerkannten – wenn auch überwiegend unreflektierten – Grundlage einer Rechtsordnung geworden ist, hört auf, eine Schule zu sein. Allerdings ist der heutige völkerrechtliche („aufgeklärte“) Positivismus<sup>22</sup> nicht der des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, in dem sich die Methode mit bestimmten Inhalten und Zielen verband – der unbeschränkten staatlichen Souveränität, der ausschließlichen Qualität der Staaten als Völkerrechtssubjekte mit der Konsequenz einer klaren Trennung des Völkerrechts vom innerstaatlichen Recht, der Institution des Krieges als erlaubtes Mittel der Streitentscheidung<sup>23</sup>. In allen dreien dieser zentralen Inhalte hat sich das Völkerrecht gewandelt, wobei die Erfahrung der beiden Weltkriege katalysatorisch wirkte.<sup>24</sup> Das Völkerrecht hat ursprünglich natur- und vernunftrechtliche Auffassungen integriert, d.h. positiviert. Als besonders folgenreich hat sich die Aufnahme der Menschenrechte in das positive Völkerrecht erwiesen.<sup>25</sup> „Alle Menschen sind frei geboren und gleich an Würde und Rechten“<sup>26</sup> – ein solcher Satz konnte nicht Teil des positiven Rechts werden, ohne dass mit ihm seine naturrechtlichen Grundlagen in die Rechtsordnung integriert worden wären.

Wer in der Gegenwart dem „aufgeklärten“ Positivismus anhängt, ist gewissermaßen schulenlos.<sup>27</sup> Das trifft jedenfalls in Europa und in Deutschland auf die übergroße Mehrzahl der Völkerrechtslehrer zu.<sup>28</sup> Man kann diese Schullosigkeit eines „objektiven“, „unpolitischen“, „normtreuen“, „pragmatischen“ Positivismus, der zu einer Auseinandersetzung mit (neuen) Theorien keinen Anlass sieht, auch zum Programm erheben.<sup>29</sup>

---

22 Vgl. *Bruno Simma/Andreas L. Paulus*, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View, *AJIL* 93 (1999), S. 302-316 (307); *Steven R. Ratner*, From Enlightened Positivism to Cosmopolitan Justice: Obstacles and Opportunities, in: *FS Bruno Simma*, Oxford 2011, S. 155-171.

23 Vgl. *Scheuner*, Naturrechtliche Strömungen (Fn. 17), S. 556 bzw. 99.

24 Vgl. *Bardo Fassbender*, Die Gegenwartskrise des völkerrechtlichen Gewaltverbotes vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung, *EuGRZ* 2004, S. 241-256 (242).

25 Treffend beschreibt das Ergebnis dieser Entwicklung der Titel eines Bandes gesammelter Aufsätze von *Antonio Cassese*: *The Human Dimension of International Law* (hrsg. von Paola Gaeta und Salvatore Zappalà), Oxford 2008. Vgl. *Bardo Fassbender*, Idee und Anspruch der universalen Menschenrechte im Völkerrecht der Gegenwart, in: *Josef Isensee* (Hrsg.), *Menschenrechte als Weltmission*, Berlin 2009, S. 11-41.

26 Art. 1 S. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Deutsche Übersetzung von *Dirk van Gunsteren/Bardo Fassbender*, in: *Fassbender*, *Menschenrechteerklärung*, München 2009, S. 71.

27 Nur mit Einschränkung können positivistische Einzelrichtungen, die miteinander über bestimmte Aspekte einer positiv aufgefaßten Völkerrechtsordnung im Streit liegen, als Denkschulen angesehen werden, so zum Beispiel der Monismus und der Dualismus.

28 Zutreffend ist daher die Beobachtung von *David Kennedy*, *The Disciplines* (Fn. 14), S. 26 Anm. 21: „My sense (...) is that European international lawyers may see themselves less as exponents of particular ‚schools of thought‘, and more as objective instruments of normative elaboration, influenced perhaps by one or another mentor figure of their youth.“

29 In diesem Sinne hat das Heidelberger Max-Planck-Institut die deutsche Völkerrechtswissenschaft fünf Jahrzehnte lang geprägt. Vgl. *Georg Nolte*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007), S. 657-674 (670, 674): „Es ist meines Erachtens ein Verdienst der Direktoren [des

c) Die naturrechtliche Richtung lebt als heterogene Schule fort,<sup>30</sup> wobei die katholische Naturrechtslehre<sup>31</sup> wohl die Einzelschule darstellt, die die vergleichsweise größte kontinuierliche Pflege erfahren hat. Eine systematische Darstellung des Völkerrechts hat sie allerdings seit James Lorimers *Institutes of the Law of Nations* von 1883 nicht mehr hervorgebracht.<sup>32</sup> Die „Renaissance des Naturrechts“<sup>33</sup>, die in Deutschland unmittelbar nach dem Ende des Nationalsozialismus als Reaktion auf dessen Verbrechen zu beobachten war,<sup>34</sup> hat die Völkerrechtslehre nicht nachhaltig ergriffen. Das naturrechtliche Erbe stellt aber einen Fundus von Gerechtigkeitsargumenten bereit, dessen sich auch Positivisten immer wieder bedienen – in nach ihren eigenen theoretischen Prämissen unangreifbarer Form, wenn es sich um rechtspolitische Vorschläge und normative Forderungen handelt, unter Verletzung dieser Prämissen dagegen im Zuge einer vorgeblichen Auslegung des geltenden Rechts, wenn dieses nicht die gewünschten und für richtig gehaltenen Antworten bietet. Die Kontroversen um die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts und die Zulässigkeit der „humanitären Intervention“ bieten hier viel Anschauungsmaterial. Natur- und vernunftrechtliche Erwägungen dienen auch im Völkerrecht im Sinne Radbruchs als Korrektiv des positiven Rechts.

d) Ein für den Positivismus wohl nicht vorausgesehenes Problem ist die Veraltung positiven Völkerrechts. Die Rechtspositivisten des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts erwarteten, dass das Völkerrecht durch fortschreitende Kodifizierung und Fortbildung im Wege großer Kollektivverträge mit der Entwicklung sozialer, wirtschaftlicher und militärischer Bedingungen Schritt halten würde. Stattdessen ist die Bereitschaft der Staaten, in umstrittenen Fragen Recht zu setzen, gering. Man denke an das Kriegs- und Besatzungsrecht, wo man den Studenten nur mit Mühe die heutige Bedeutung der Haager Landkriegsordnung von 1907 erklären kann, aber auch an die UN-Charta von 1945 als Grundordnung der Völkerrechtsordnung der Gegenwart, deren Reform nicht gelingt. Werden die größer werdenden Lücken des positiven Rechts schließlich natur- und vernunftrechtlichen Konstruktionen neuen Raum geben?

---

Max-Planck-Instituts] der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts, dieser Versuchung [einer Schulbildung] widerstanden und eben keine spezifische Heidelberger Schule des Völkerrechts begründet zu haben – außer in dem Sinn, dass es ihnen um die möglichst differenzierte und ‚objektive‘ Erfassung des Materials ging, um ein rechtsdogmatisch tragfähiges und auch praxistaugliches Urteil zu entwickeln. (...) Die besondere Stärke der in Deutschland geprägten Völkerrechtswissenschaftler (...) scheint mir seit langem in der relativ unparteiischen, gleichzeitig systematischen und pragmatischen rechtsdogmatischen Analyse zu liegen.“ – Zum Beitrag Moslers und Froweins zur Lehre von der internationalen Gemeinschaft unten Teil 4a.

30 Vgl. Scheuner, Naturrechtliche Strömungen (Fn. 17); Josef L. Kunz, Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law, AJIL 55 (1961), S. 951-958; Stephen Hall, The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism, EJIL 12 (2001), S. 269-307; Alexander Orakhelashvili, Natural Law and Justice, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com), Stand vom Juni 2011.

31 Vgl. etwa Joseph Kardinal Höffner, Christliche Gesellschaftslehre (Studienausgabe), 4. Aufl. 1983, S. 56 ff. Dort S. 293 ff. zur „Völkergemeinschaft“. Zur neu-thomistischen Naturrechtslehre Scheuner, Naturrechtliche Strömungen (Fn. 17), S. 592 f. bzw. 136.

32 Über Lorimer Nussbaum, Geschichte des Völkerrechts (Fn. 18), S. 264 f. Vgl. aber die Skizze eines katholischen Völkerrechts bei Joseph Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht, Freiburg i.Br. 1918, S. 94-136.

33 Zu diesem Begriff Peter Schneider, Die Grenzen des Naturrechts, in: FS Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 435-459 (435).

34 Vgl. Gebhard Müller, Naturrecht und Grundgesetz. Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, Würzburg 1967.

e) Der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts wollte die Jurisprudenz als eine strikt juristische Disziplin etablieren. Recht sollte verstanden und ausgelegt werden ohne Rückgriff auf Erwägungen der Theologie und Philosophie und ihrer Morallehren, die Rechtswissenschaft sich emanzipieren von der Ökonomie und Politik, mit der sie in der älteren Staatswissenschaft verbunden gewesen war. So wurde die Dogmatik zur höchsten Kunst des Juristen erhoben, von den positiven Normen abstrahierende Denkbäude dagegen als private Konstruktion, Spekulation oder Utopie diskreditiert.<sup>35</sup>

Demgegenüber steht das heutige Paradigma einer sozialwissenschaftlichen Auffassung des Rechts, die die Bezüge zur Politik, Wirtschaft, Kultur und Religion angemessen berücksichtigt, und einer entsprechenden Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft.<sup>36</sup> Diese Entwicklung hat das Gesichtsfeld der positivistischen Rechtslehre und damit auch den Raum, in dem sich völkerrechtliche Denkschulen entfalten können, wieder erweitert. Speziell im Völkerrecht beigetragen hat zu ihr eine soziologische Betrachtung des Völkerrechts, welche die französische (Georges Scelle) und schweizerische Völkerrechtslehre der Zwischenkriegszeit (Max Huber, Dietrich Schindler sen., Paul Guggenheim) prägte.<sup>37</sup> Sie hat zu der allgemein geteilten – wenn auch nur selten konsequent umgesetzten – Einsicht geführt, dass es nicht ausreicht, Normen zu identifizieren, zu interpretieren und anzuwenden, sondern dass das Völkerrecht „nur in der Wechselwirkung mit soziologisch analysierbaren Gegebenheiten begriffen werden kann“.<sup>38</sup>

Mit einer ähnlichen Intention einer Erweiterung des Sehfeldes der Völkerrechtslehre plädiert heute eine von US-amerikanischen Völkerrechtlern angeführte Richtung für eine Integration der Erkenntnisse der politikwissenschaftlichen *International Relations Theory* in die völkerrechtliche Analyse.<sup>39</sup> Dabei liegen innerhalb der (überwiegend amerikanischen) *IR Theory* vier Hauptschulen miteinander im Streit – die Realisten, die Institutionalisten (zu denen die Vertreter der *Regime Theory* gehören), die *liberals* und die Konstruktivisten.<sup>40</sup> Soweit zwischen diesen Schulen und Denkschulen des Völker-

35 Vgl. zur „juristischen Methode“ in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006, § 1, S. 1-61 (4 ff.), und zur Trennung von „Theorie“ und „Dogmatik“ in der deutschen Rechtswissenschaft *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 1-49 (3-25).

36 Jüngeres „Plädoyer für die sozialwissenschaftliche ‚Aufklärung‘ des Rechtspositivismus“ im Völkerrecht: *Stefan Oeter*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007), S. 675-693 (684 ff.).

37 Vergleichende Analysen: *Oliver Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie. Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich, Zürich 2000; *Martti Koskeniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, Oxford 2001, Kap. 4 (S. 266-352): International law as sociology; *Anthony Carty*, Sociological Theories of International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011.

38 So *Otto Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, Pullach bei München 1975, S. 30 f. Zu den Aufgaben der Völkerrechtssoziologie auch *Wilhelm Wengler*, Völkerrecht, Bd. I, Berlin u.a. 1964, S. 100 ff.

39 Vgl. International Law and International Relations Theory: Building Bridges [Tagungsbericht von *B. Fassbender*], in: ASIL Proceedings 1992, S. 167-187; *Anne-Marie Slaughter Burley*, International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda, *AJIL* 87 (1993), S. 205-239; *Anne-Marie Slaughter/Andrew S. Tulumello/Stepan Wood*, International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship, *AJIL* 92 (1998), S. 367-397; *Anne-Marie Slaughter*, International Law and International Relations, *Recueil des Cours* 285 (2000), S. 9-249.

40 Prägnanter Überblick: *Kenneth W. Abbott*, International Relations Theory, International Law, and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts, *AJIL* 93 (1999), S. 361-379 (364-368). Vgl. auch *Richard H. Steinberg/Jonathan M. Zasloff*, Power and International Law, *AJIL* 100 (2006), S. 64-87



rechts bestimmte Affinitäten bestehen (wie zum Beispiel zwischen den Realisten und den staatszentrierten Völkerrechtsskeptikern<sup>41</sup>), kann die Anwendung von *IR*-Methoden und Erkenntnissen zu einer Verstärkung des entsprechenden völkerrechtlichen Ansatzes führen. Ein anderes Beispiel für eine Schule, die das Wissen einer anderen Disziplin (nämlich der Wirtschaftswissenschaft) für das Recht – auch das Völkerrecht – fruchtbar machen will, ist die ökonomische Analyse.<sup>42</sup>

## 2. Der ganzheitliche Ansatz der älteren Denkschulen – das Beispiel Kelsens

a) Die älteren Denkschulen, ob natur- und vernunftrechtlich oder positivistisch bestimmt, waren von einer Unsicherheit über die Geltung des Völkerrechts überhaupt geprägt. Dieses sogenannte Geltungsproblem des Völkerrechts beschäftigte sie hauptsächlich. Fast alle suchten sie – unter den prekären Bedingungen fehlender oder unklarer Normen, fehlender oder nur schwach ausgebildeter Rechtsprechungsgorgane und der dauernden Bedrohung mit der Macht des Stärkeren – das Völkerrecht als Rechtsordnung zu verteidigen und zu diesem Zwecke immer wieder neu zu begründen. Da sie die große Frage der Geltung des Völkerrechts beantworten wollten, waren die älteren Lehren notwendigerweise „holistisch“. Sie konnten sich nicht auf das Völkerrecht beschränken, sondern sahen sich gezwungen, seinen Platz im Recht überhaupt zu bestimmen, ja darüber hinaus das „Wesen“ des Rechts zu ergründen und es von anderen Ordnungssystemen abzugrenzen.

Der letzte große Vertreter einer solchen ganzheitlichen Denkschule war Hans Kelsen. Es genügt ein Blick auf die Überschriften der neun Kapitel seiner *Reinen Rechtslehre* von 1934: Recht und Natur; Recht und Moral; der Begriff des Rechts und die Lehre vom Rechtssatz; der Dualismus der Rechtslehre und seine Überwindung; die Rechtsordnung und ihr Stufenbau; die Interpretation; die Methoden der Rechtserzeugung; Recht und Staat; Staat und Völkerrecht.<sup>43</sup> Auch Georges Scelle entwickelte mit seiner

---

(S. 71 ff.: „Three faces of realism“, S. 76 ff.: „International law matters: Sociological, rationalist-institutionalist, and liberal responses“), und *Anu Bradford*, Regime Theory, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011. Anwendung der Erkenntnisse der verschiedenen Schulen (Realismus, Liberalismus, Konstruktivismus, Poststrukturalismus, Feminismus) auf das politikwissenschaftliche Feld der *Security Studies* mit vielen Berührungspunkten zum Völkerrecht in: Myriam Dunn Cavelty/Victor Mauer (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Security Studies*, London/New York 2010.

41 Vgl. unten Teil 5.

42 Vgl. *Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman*, Economic Analysis of International Law, *Yale Journal of International Law* 24 (1999), S. 1-59; *Alan O. Sykes*, International Law, in: A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Bd. 1, Amsterdam u.a. 2007, S. 757-822; *Joel P. Trachtman*, *The Economic Structure of International Law*, Cambridge, Mass. 2008; *Anne van Aaken/Christoph Engel/Tom Ginsburg*, Public International Law and Economics: Symposium Introduction, *University of Illinois Law Review* 2008, S. 1-4; *Anne van Aaken*, Opportunities for and Limits to an Economic Analysis of International Economic Law (University of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2010-09). Kritische Diskussion: *Andreas L. Paulus*, Potential and Limits of the Economic Analysis of International Law: A View from Public International Law, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 165 (2009), S. 170-184.

43 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/Wien 1934, S. XVII ff. In der 2. Aufl. von 1960 lauteten die Überschriften: Recht und Natur; Recht und Moral; Recht und Wissenschaft; Rechtsstatik; Rechtsdynamik; Recht und Staat; Staat und Völkerrecht; die Interpretation. Vgl. zur Völkerrechtstheorie Kelsens *Jochen von Bernstorff*, *Der Glaube an das universale Recht*, Baden-Baden 2001 (dazu meine Besprechung in: *Die Friedens-Warte* 78 (2003), S. 297-302).

Lehre eines „objektiven Rechts“, das sich aus den Erfordernissen der sozialen Wirklichkeit ergibt, eine allgemeine Rechtstheorie.<sup>44</sup>

Mit der Festigung des Völkerrechts als einer positiven Rechtsordnung schwand die Notwendigkeit einer solchen Generalbegründung. Die neueren Denkschulen setzen die Geltung des Völkerrechts voraus. „Letzte“ Fragen, wie die Kelsen nach der positiv nicht weiter ableitbaren „Grundnorm“, überlassen sie der Rechtstheorie und -philosophie. Auf dieser Grundlage geht es ihnen teilweise um eine Neujustierung des Verhältnisses zwischen der Autonomie der Staaten und ihrer Bindung an das Völkerrecht. Ein Beispiel hierfür ist die Lehre von der internationalen Gemeinschaft (in einer englischsprachigen Veröffentlichung habe ich sie im Jahr 1998 die *international community school* genannt<sup>45</sup>), auf die ich zurückkommen werde.<sup>46</sup> Andere Schulen der Gegenwart verfolgen in vergleichsweise engerer Weise bestimmte, teilweise sehr konkrete rechtspolitische Ziele, so zum Beispiel der völkerrechtliche Feminismus<sup>47</sup> die Verbesserung der Stellung der Frau im nationalen und internationalen Recht oder die *Third World Approaches*<sup>48</sup> die Aufhebung der Benachteiligung der Völker und Staaten der südlichen Hemisphäre in den internationalen Beziehungen. Dabei können die Begründungen dieser konkreten Ziele wieder ausgreifend sein und etwa, wie der Rechtsfeminismus, auf die Grundsatzfrage eines unterschiedlichen Verhältnisses der Geschlechter zu Macht, Staat und Gewalt rekurrieren.

b) Kelsen zählt auch zu den letzten Begründern einer Schule der älteren, personengebundenen Form.<sup>49</sup> Diese benötigt idealerweise eine charismatische Leitfigur, die jüngere Wissenschaftler in ihren Bann zu ziehen und ihnen feste Orientierung, zugleich aber eigene Entfaltungsmöglichkeiten zu bieten vermag. Solche Figuren erscheinen selten, unter Juristen vielleicht noch seltener als in anderen Fächern, was an der strikten Sachlichkeit, aber auch Staats- und Wirtschaftsbezogenheit der Rechtswissenschaft liegen mag. Myres McDougal und Georg Schwarzenberger<sup>50</sup> sind weitere Repräsentanten dieses Typus. „McDougal’s style was that of the medieval master“, schrieb Michael

---

44 Vgl. *Anja Wüst*, Das völkerrechtliche Werk von Georges Scelle im Frankreich der Zwischenkriegszeit, Baden-Baden 2007, S. 209 ff. Knappe Darstellung von Leben und Werk Scelles: *Oliver Diggelmann*, Georges Scelle (1878-1961), in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012 (im Erscheinen).

45 *Bardo Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective, Den Haag u.a. 1998, S. 50 ff.

46 Vgl. unten Teil 4a.

47 Vgl. *Hilary Charlesworth/Christine Chinkin/Shelley Wright*, Feminist Approaches to International Law, *AJIL* 85 (1991), S. 613-645; *Karen Knop*, Re/statements: Feminism and State Sovereignty in International Law, *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), S. 293-344; *Hilary Charlesworth*, Feminist Methods in International Law, *AJIL* 93 (1999), S. 379-394; *Christine Chinkin/Shelley Wright/Hilary Charlesworth*, *Feminist Approaches to International Law: Reflections from Another Century*, in: Doris Buss/Ambreena Manji (Hrsg.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford/Portland, Oregon 2005, S. 17-45; *Christine Chinkin*, Feminism, Approach to International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011. Kritische Analysen: *Aaron Xavier Fellmeth*, *Feminism and International Law: Theory, Methodology, and Substantive Reform*, *Human Rights Quarterly* 22 (2000), S. 658-733; *Andreas von Arnould*, *Feministische Theorien und Völkerrecht*, in: Beate Rudolf (Hrsg.), *Frauen und Völkerrecht*, Baden-Baden 2006, S. 13-45.

48 Vgl. unten bei Fn. 100.

49 Vgl. zum Beginn der Kelsen-Schule in Kelsens Privatseminar während des Ersten Weltkriegs *Rudolf A. Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 29.

50 Vgl. *Stephanie Steinle*, *Völkerrecht und Machtpolitik*. Georg Schwarzenberger, 1908–1991, Baden-Baden 2002 (dazu meine Besprechung in: *AJIL* 97 (2003), S. 1019-1022).

Reisman über seinen Lehrer.<sup>51</sup> Heute macht es die fortgeschrittene Spezialisierung des Völkerrechts einem einzelnen Gelehrten fast unmöglich, das ganze Rechtsgebiet zu überschauen und auf dem breiten Fundament dieses Wissens eine neue Lehre zu entwickeln. Zudem hat im Zeichen der Idee autonomer Individualität die Bereitschaft nachgelassen, sich als Schüler dem Denksystem eines Lehrers, „Meisters“ anzuschließen und unterzuordnen. Die neueren Schulen erscheinen jedenfalls eher als Arbeitsgemeinschaften einzelner Wissenschaftler, die sich in bestimmten Grundanschauungen oder Zielen verbunden fühlen. Das schließt nicht aus, dass innerhalb einer solchen Gemeinschaft ein Gelehrter wegen seiner Originalität oder Überzeugungskraft eine herausragende, ja sogar führende Rolle spielen kann.

c) Stärker als die älteren, auf eine Person und ihre Wirkungsstätte ausgerichteten Schulen sind die neueren Kooperationen auf Organisation angewiesen. Die einzeln und verstreut Arbeitenden müssen zusammengebracht werden, durch Tagungen und Workshops, Sammelbände und Zeitschriften. In einer lauten und schnelllebigen Wissenschaftswelt muss auch Aufmerksamkeit organisiert werden. Für beides, die Kommunikation der Mitglieder einer Schule untereinander sowie die Wirkung der Schule nach außen, wird heute als Medium das Internet immer wichtiger.

### **3. Optimismus und Pessimismus im Völkerrechtsdenken**

Ulrich Scheuner schrieb 1962, die Unwirksamkeit des Systems der kollektiven Sicherheit der UN habe nach dem Zweiten Weltkrieg zu einer gewissen Wiederbelebung älterer völkerrechtlicher Formelemente, wie der Neutralität, der Allianzen und des Gleichgewichtsprinzips, geführt. Der zwiespältigen internationalen Lage entsprächen in der völkerrechtlichen Lehre zwei Richtungen: „Die eine sucht die Rechtsordnung im Sinne der neueren Konzeption des Zurücktretens nationaler Unabhängigkeit und des Vordringens individueller rechtlicher Teilhabe zu interpretieren und fortzubilden. Die andere behält stärker die fortbestehenden Momente der älteren Machtpolitik im Auge und sieht zunächst noch in der nationalen Solidarität den Schutz der Einzelperson.“<sup>52</sup> An anderer Stelle nannte Scheuner die erste Richtung „progressiv“ und umriss ihr Programm so: „Stärkung der internationalen Gemeinschaft“, „Bindung der Staaten an ihrem Willen entzogene feste Normen der internationalen Ordnung“, „Schutz fundamentaler menschlicher (individueller) Rechte im zwischenstaatlichen Bereich“.<sup>53</sup>

Auch fünfzig Jahre später trifft diese Analyse grosso modo zu. Die eine, von Scheuner nicht in politischer Hinsicht, sondern mit Blick auf die normative Entwicklung des Völkerrechts „progressiv“ genannte Richtung setzt sich für eine Verbreiterung und Vertiefung des völkerrechtlichen Normenbestandes, einen Ausbau und eine Stärkung internationaler Institutionen einschließlich der Gerichtsbarkeit sowie einen wirksamen überstaatlichen Schutz der Menschenrechte ein. Die andere Richtung beurteilt die Leistungsfähigkeit des Völkerrechts deutlich skeptischer. Sie misstraut dem quantitativen Wachstum der völkerrechtlichen Vertragsnormen und betont die Schwächen des völkerrechtlichen Systems, besonders hinsichtlich der verbindlichen Feststellung und Durchsetzung von Rechtspositionen sowie der Sanktionierung von Rechtsverstößen,

51 *W. Michael Reisman*, Myres Smith McDougal Remembered, Yale Law Report, Summer 1998, S. 14.

52 *Ulrich Scheuner*, Völkerrechtsgeschichte, IV. Neueste Entwicklung (seit 1914), in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, Berlin 1962, S. 744-761 (746).

53 *Scheuner*, Naturrechtliche Strömungen (Fn. 17), S. 582 bzw. 125. Vgl. auch ebd. S. 610 f. bzw. 154 f.

Schwächen aber auch der internationalen Organisationen, allen voran der Vereinten Nationen. Viele der universellen Menschenrechtsverträge sieht sie als wohlfeile, den Geboten der heutigen internationalen *political correctness* entsprechende Regierungsrhetorik. In einer neueren Prägung nimmt die Richtung das Völkerrecht trotz dieser vielen Defizite als Gefahr für die demokratische Selbstbestimmung eines staatlich verfassten Volkes wahr. Ihre Vorstellung von der Bedeutung und Rolle des Staates, der Möglichkeit der autonomen Gestaltung seiner Verhältnisse ist eine viel positivere als die der ersten Richtung; den in der Auffassung der ersten Richtung überwiegend diskreditierten Begriff der staatlichen Souveränität benutzt und verteidigt sie ohne Scheu.

Man könnte die erste Richtung optimistisch, die zweite pessimistisch oder jedenfalls skeptisch nennen. Negative Ereignisse und Entwicklungen – Gewaltanwendung unter Verletzung des Gewaltverbots, Menschenrechtsverletzungen – sieht die erste Richtung als bedauerliche Rückschläge auf einem alternativlosen Weg der Intensivierung und Effektivierung des Völkerrechts, während sie die zweite zum Anlass nimmt, die Richtigkeit dieses Weges überhaupt in Frage zu stellen. Verborgen steht hinter diesen Grundhaltungen oft ein bestimmtes Menschenbild. Bei Vertretern der optimistischen Richtung klingt bis heute ein Fortschritts- und Vernunftdenken der europäischen Aufklärung nach, das sich durch die postmoderne Kritik nicht hat erschüttern lassen. Was es im Völkerrecht nie gegeben hat, ist eine Historische Schule, wie wir sie mit dem Namen Savignys verbinden. Weder die progressive Richtung noch die skeptische haben jemals an ein organisch gewachsenes „gutes altes Recht“ geglaubt, das man erhalten sollte oder wiederherstellen könnte.

#### 4. Denkschulen der „progressiven“ Richtung

##### a) Die Lehre von der internationalen Gemeinschaft

Lassen sich den beiden Richtungen auch bestimmte Denkschulen zuordnen? Zu der „progressiven“ oder „optimistischen“ Richtung zu zählen sind die Schulen, die sich vom Völkerrecht die Verwirklichung bestimmter Ziele erhoffen, das heißt diese Ziele mit Mitteln des Völkerrechts erreichen zu können glauben – so der Rechtsfeminismus und die *Third World Approaches*. Vor allem aber steht für die erste Richtung in der Gegenwart die schon erwähnte Lehre von der internationalen Gemeinschaft.<sup>54</sup> Als ihr Gründungstext kann Moslers Haager Vorlesung von 1974 über *The International Society as a Legal Community*<sup>55</sup> angesehen werden; systematisch ausgebaut wurde sie

54 Ausführliche Analysen: *Andreas L. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, München 2001; *Santiago Villalpando*, L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats, Paris 2005, S. 7-123. Vgl. auch *Pierre-Marie Dupuy*, L'unité de l'ordre juridique international: Cour général de droit international public, Recueil des Cours 297 (2002), S. 245-268, sowie *Isabel Feichtner*, Community Interest, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011.

55 *Hermann Mosler*, in: Recueil des Cours 140 (1974 IV). Erweiterte Fassung unter dem Titel: *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn/Germantown, Maryland, 1980. Vgl. auch *H. Mosler*, Völkerrecht als Rechtsordnung, *ZaöRV* 36 (1976), S. 6-49 (26 ff.: „Die Internationale Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft“), sowie *dens.*, *International Legal Community*, in: *EPIL* II (1995), S. 1251 ff. Über Moslers Vorlesung von 1974 *Robert Kolb*, Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye, Brüssel 2003, S. 541-559 (559): «Il est deux manières fondamentales d'aborder le droit international: celle du haut vers le bas, centrée sur la Communauté, celle du bas vers le haut, centrée sur les Etats *uti singuli*. Le cours de Mosler est un bon exemple de la première démarche, d'autant plus qu'il se garde avec soin de tout excès.»

besonders von Tomuschat in seinen Haager Vorlesungen von 1993 und 1999<sup>56</sup>. Als eine wichtige Grundlage ist Wolfgang Friedmanns Analyse der Ablösung eines Völkerrechts der Koexistenz der Staaten durch ein Völkerrecht der Kooperation anzusehen.<sup>57</sup> Ungefähr zeitgleich mit Mosler legte René-Jean Dupuy wichtige Arbeiten zum Begriff und zur Rolle der internationalen Gemeinschaft im Völkerrecht vor, die im Vergleich stärker an Grundwerten der Menschheit (Friede, Gerechtigkeit, Gemeinwohl, Menschenrechte) ausgerichtet waren.<sup>58</sup> Einflußreich waren auch Abi-Saab<sup>59</sup>, Antonio Cassese<sup>60</sup>, Delbrück<sup>61</sup>, Frowein<sup>62</sup>, Lachs<sup>63</sup>, Simma<sup>64</sup> und Thürer<sup>65</sup>. Cassese etwa entfaltet in seinem Lehrbuch das Völkerrecht unter dem Leitbegriff der *international community*.<sup>66</sup> Mit den Worten Tomuschats geht die Schule davon aus, dass die Staaten dieser Erde und

- 
- 56 *Christian Tomuschat*, Obligations Arising for States Without or Against Their Will, *Recueil des Cours* 241 (1993 IV), S. 195-374; *ders.*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *Recueil des Cours* 281 (1999). Vgl. *Kolb*, *Les cours généraux* (Fn. 55), S. 1057-1096, und *Armin von Bogdandy*, The Telos of International Law: Christian Tomuschat's General Course and the Evolution of the Universalist Tradition, in: FS Christian Tomuschat, Kehl a.Rh. 2006, S. 703-721; zu den Haager Vorlesungen Moslers, Tomuschats und Simmas *Robert Kolb*, German Legal Scholarship as Reflected in Hague Academy Courses on Public International Law, *GYIL* 50 (2007), S. 201-241 (230 ff.).
- 57 *Wolfgang Friedmann*, The Changing Structure of International Law, London 1964, insbes. S. 60 ff.; *ders.*, General Course in Public International Law, *Recueil des Cours* 127 (1969 II), S. 39-246 (insbes. S. 47 ff., 91 ff.). Vgl. *Kolb*, *Les cours généraux* (Fn. 55), S. 480-494; dort S. 480-482 eine besonders treffende Würdigung Friedmanns mit der Synthese: „Il (Friedmann) refuse avec fermeté tout nationalisme et tout étatismes freinant l'évolution d'un droit international plus apte à répondre aux problèmes urgents de la société internationale, dont dépend la survie de l'humanité toute entière“ (S. 481).
- 58 Siehe insbesondere seine Haager Vorlesung von 1979: *René-Jean Dupuy*, Communauté internationale et disparités de développement, *Recueil des Cours* 165 (1979 IV), S. 9-232. Überarbeitete Fassung unter dem Titel: La communauté internationale entre le mythe et l'histoire, Paris 1986. Über die Vorlesung *Kolb*, *Les cours généraux* (Fn. 55), S. 611-624. Vgl. auch *Pierre-Marie Dupuy*, A Transatlantic Friendship: René-Jean Dupuy and Wolfgang Friedmann, *EJIL* 22 (2011), S. 401-406, und *Evelyne Lagrange*, The Thoughts of René-Jean Dupuy: Methodology or Poetry of International Law?, *EJIL* 22 (2011), S. 425-440.
- 59 Siehe insbesondere *Georges Abi-Saab*, Cours général de droit international public, *Recueil des Cours* 207 (1987 VII), S. 15-463, ferner *dens.*, Whither the International Community?, *EJIL* 9 (1998), S. 248-265. Vgl. *Kolb*, *Les cours généraux* (Fn. 55), S. 764-794.
- 60 *Antonio Cassese*, International Law in a Divided World, Oxford 1986.
- 61 Auswahl seiner Aufsätze: *Jost Delbrück*, Die Konstitution des Friedens als Rechtsordnung, Berlin 1996 (dazu meine Besprechung in: Die Friedens-Warte 72 (1997), S. 191-195). Vgl. auch exemplarisch für die von Delbrück veranstalteten Kieler Tagungen: *Jost Delbrück* (Hrsg.), New Trends in International Law-making: International „Legislation“ in the Public Interest, Berlin 1997; *ders.* (Hrsg.), International Law of Cooperation and State Sovereignty, Berlin 2002.
- 62 *Jochen A. Frowein*, Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung, in: FS Karl Doehring, Berlin u.a. 1989, S. 219 ff.; *ders.*, Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law, *Recueil des Cours* 248 (1994 IV), S. 345 ff.; *ders.*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, *BDGV* 39 (1999), S. 427 ff.
- 63 *Manfred Lachs*, The Development and General Trends of International Law in Our Time, *Recueil des Cours* 169 (1980 IV), S. 9-377 (insbes. S. 239 ff.); *ders.*, Quelques réflexions sur la communauté internationale, in: *Mélanges Michel Virally*, Paris 1991, S. 349 ff.; *ders.*, Legal Framework of an International Community, *Emory International Law Review* 6 (1992), S. 329-337. Vgl. *Kolb*, *Les cours généraux* (Fn. 55), S. 625-637.
- 64 *Bruno Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours* 250 (1994-VI), S. 217-384.
- 65 *Daniel Thürer*, Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?, *ZaöRV* 60 (2000), S. 557-604; *ders.*, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: *ders./Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller* (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 37-60.
- 66 *Antonio Cassese*, International Law, 2. Aufl. Oxford 2005, Teile I („Origins and Foundations of the International Community“) und II („Subjects of the International Community“).

die von ihnen gebildeten internationalen Organisationen zu einem rechtlichen Gebilde zusammengeschlossen sind, das in seiner Gesamtheit die Verantwortung für die Sicherung der Existenzgrundlagen der Menschheit trägt.<sup>67</sup> „Mit dieser Betonung der Gemeinschaftsbindung erklärt das moderne Völkerrecht eine dezidierte Absage an klassische Strömungen des 19. Jahrhunderts, denen zufolge der souveräne Staat das Maß aller Dinge war und das Völkerrecht in allen seinen Manifestationen vom Konsens der betroffenen Pflichtadressaten abhängig sein sollte. (...) Die Einbindung aller Staaten in die internationale Gemeinschaft wird als ein unerschütterliches Grundaxiom der internationalen Ordnung der Gegenwart angesehen.“<sup>68</sup>

#### b) *Der völkerrechtliche Konstitutionalismus*

Der „progressiven“ Richtung zuzuordnen ist auch der völkerrechtliche Konstitutionalismus, der die Gegenwartsentwicklung des Völkerrechts als einen Prozeß einer Konstitutionalisierung deutet und zu dessen Beschreibung auf westliche verfassungsstaatliche Werte, Vorstellungen und Prinzipien zurückgreift. Der konstitutionelle Ansatz baut nicht ausschließlich, aber wesentlich auf der Lehre von der internationalen Gemeinschaft auf, deren Vertreter bereits das konstitutionelle Vokabular in ihre Argumentation eingeführt hatten. Die konstitutionelle Richtung ist heterogener als die Lehre von der internationalen Gemeinschaft, was unter anderem darin liegt, dass ihre Vertreter sich nicht nur zu einem allgemeinen Leitbild des Verständnisses der Völkerrechtsordnung bekennen, sondern zu konkreten Konsequenzen in der Auslegung und Anwendung des Rechts gelangen wollen, so zum Beispiel im Menschenrechtsschutz und im Recht der internationalen Organisationen. Dies gilt besonders für die jüngere Generation, während die Konstitutionalisten „der ersten Stunde“ vorsichtiger und im Grunde bei den Vorstellungen der internationalen Gemeinschaftslehre verblieben sind. Nur mit einem Vorbehalt läßt sich daher von einer konstitutionellen Denkschule sprechen, auch wenn sie von außen so wahrgenommen wird.

Schon die ältere Völkerrechtsliteratur kannte konstitutionelle Begriffe und Argumente. Um einen systematischen Gebrauch bemühten sich insbesondere Alfred Verdross und seine Schüler, die New Haven School sowie die Vertreter der Lehre von der internationalen Gemeinschaft.<sup>69</sup> Doch erst in den letzten zehn Jahren hat die konstitutionelle Idee in der Literatur starke Verbreitung gefunden, und zwar anders als die Lehre von der internationalen Gemeinschaft auch über die deutschsprachigen Länder und Frankreich hinaus.<sup>70</sup> Andererseits haben die Regierungen, deren Bekenntnisse zur

---

67 *Christian Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), S. 1-20 (6).

68 *Tomuschat*, ebd. S. 6 f.

69 Vgl. *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), S. 529-619 (538-551).

70 Vergleichende Analysen: *Douglas M. Johnston*, World Constitutionalism in the Theory of International Law, in: Ronald St. John Macdonald/Douglas M. Johnston (Hrsg.), Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community, Leiden/Boston 2005, S. 3-29; *Bardo Fassbender*, Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht, in: FS Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 73-91 (83 ff.); *Stefan Kadelbach/Thomas Kleinlein*, International Law – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles, GYIL 50 (2007), S. 304-347; *Oliver Diggelmann/Tilmann Altwicker*, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, ZaöRV 68 (2008), S. 623-650; *Ignacio de la Rasilla del Moral*, The Unsolved Riddle of International Constitutionalism, International Community Law Review 12 (2010), S. 81-110.

internationalen Gemeinschaft in Abschlusskommuniqués internationaler Konferenzen mittlerweile ebenso inflationär wie praktisch folgenlos sind, den völkerrechtlichen Konstitutionalismus noch kaum in ihr Vokabular aufgenommen.

Die konstitutionelle Idee verspricht eine kohärente Erklärung verschiedener Aspekte des Wandels des Völkerrechts in den letzten Jahrzehnten – der gewachsenen Rolle des Individuums und nichtstaatlicher Verbände, der Bedeutungszunahme internationaler zwischenstaatlicher Organisationen, der Hierarchisierung des Völkerrechts, der gesunkenen Schranken für Interventionen der internationalen Gemeinschaft in vor- dem innerstaatliche Angelegenheiten. Der völkerrechtliche Konstitutionalismus stützt sich auf Werte, die in Folge der Verbreitung des Typus des westlichen Verfassungsstaates fast universelle Anerkennung gefunden haben. Doch liegt die Popularität auch an den changierenden Inhalten, mit denen ihn verschiedene Autoren gefüllt haben. Der konstitutionelle Ansatz läuft Gefahr, sich selbst zu neutralisieren, wenn die Beteiligten nur sagen oder fordern, was sie auch zuvor gesagt oder gefordert haben („die Menschenrechte sind wichtig“, „die Vereinten Nationen sind wichtig“, „Rechtsschutz des Individuums ist wichtig“, „nationales Verfassungsrecht verliert an Bedeutung“), nur angereichert durch Argumente aus dem verfassungsrechtlichen Repertoire.

So wird der Begriff der Konstitutionalisierung zum Teil auf ein Rechtsgebiet (wie das Weltwirtschafts- und Welthandelsrecht<sup>71</sup>), zum Teil auf eine internationale Organisation (wie die UN oder die WTO<sup>72</sup>) bezogen.

Andere Autoren versuchen – auf der Grundlage der Bejahung der Möglichkeit von Verfassungen bzw. verfassten Institutionen „jenseits des Staates“ – eine schlüssige Erklärung dieser neuen „Verfassungsp pluralität“. So spricht Christian Walter von „Teilverfassungen“ internationaler öffentlicher und privater Regime, die wie die nationalen Staatsverfassungen Teil eines internationalen Netzwerks seien.<sup>73</sup> Anne Peters betont die „kompensatorische“ Funktion einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, mit der eine „Dekonstitutionalisierung“ der Staaten ausgeglichen werden solle, das heißt eine Beschränkung der Wirkung nationalen Verfassungsrechts durch die Privatisierung von Staatsaufgaben und Deregulierung einerseits und die Übertragung von Aufgaben auf supra- und internationale Institutionen andererseits.<sup>74</sup> Ingolf Pernice hat vorge-

---

71 Vgl. insbes. *Ernst-Ulrich Petersmann*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1991. Vgl. auch *Meinhard Hilf*, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung*, BDGVR 40 (2003), S. 257-282.

72 Vgl. etwa *Ernst-Ulrich Petersmann*, *The WTO Constitution und Human Rights*, *Journal of International Economic Law* 3 (2000), S. 19-25; *ders.*, *Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism*, in: *Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann* (Hrsg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford 2006, S. 5-57. – Darstellung und Kritik: *Deborah Z. Cass*, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford 2005, S. 97 ff., 177 ff.

73 *Christian Walter*, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, *GYIL* 44 (2001), S. 170-201.

74 *Anne Peters*, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610; *dies.*, *Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse*, *ZÖR* 65 (2010), S. 3-63. Vgl. auch *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009. Ähnlich *Erika de Wet*, *The International Constitutional Order*, *ICLQ* 55 (2006), S. 51-76, und *dies.*, *Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland*, *ZaöRV* 67 (2007), S. 777-798 (mit Betonung der Entwicklung eines sich besonders in den Menschenrechten und in jus cogens-Normen manifestierenden „internationalen Wertesystems“).

schlagen, die europäische „Mehrebenenverfassung“ als ein Modell für eine künftige globale Verfassungsordnung zu betrachten. Auch wenn sich die europäische Entwicklung nicht einfach auf die Welt als ganze übertragen lasse, könne man einige „Prinzipien eines globalen Konstitutionalismus“ formulieren: Subsidiarität, geteilte Souveränität, schrittweise Konstitutionalisierung, Zuordnung von Kompetenzen nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Beteiligungsrechte des „Weltbürgers“ sowie dessen effektiver Rechtsschutz.<sup>75</sup> In meinen eigenen Arbeiten habe ich den Versuch unternommen, die Charta der Vereinten Nationen als Verfassung der internationalen Gemeinschaft zu beschreiben.<sup>76</sup>

c) *Der Einfluß des deutschen Verfassungsdenkens*

Sowohl die Lehre von der internationalen Gemeinschaft als auch der Konstitutionalismus sind, wie schon von anderer Seite bemerkt worden ist,<sup>77</sup> wesentlich von deutschen Autoren begründet und entwickelt worden. Das ist kein Zufall. Beide Schulen haben im deutschen Verfassungsdenken der Epoche nach dem Zweiten Weltkrieg ihren Ursprung.<sup>78</sup> Sie sind insofern Erscheinungen oder Ausdrucksformen des „Zeitgeistes“, ein Beispiel für die „Interdependenzen von Rechtsordnung und geistiger Situation der Zeit“ (Thomas Würtenberger).<sup>79</sup> Die Idee der internationalen Gemeinschaft – keine Erfindung der deutschen Lehre<sup>80</sup> – passte vorzüglich zu der von Klaus Vogel beschriebenen „Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit“<sup>81</sup>, die von Tomuschat etwa zu der Zeit, als Mosler in Den Haag sprach, vor

---

75 *Ingolf Pernice*, The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism, in: FS Christian Tomuschat, Kehl a. Rh. 2006, S. 973-1005 (993 ff.).

76 *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter (Fn. 69); *ders.*, UN Security Council Reform (Fn. 45); *ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, Leiden/Boston 2009. Zu den Pionieren eines konstitutionellen Verständnisses der UN-Charta im anglo-amerikanischen Raum gehörte der kanadische Völkerrechtsgelehrte Macdonald; vgl. *Ronald St. John Macdonald*, The International Community as a Legal Community, in: *ders./Johnston* (Hrsg.), Towards World Constitutionalism (Fn. 70), S. 853-909 (mit Nachweisen seiner früheren Arbeiten).

77 *Armin von Bogdandy*, Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, Harvard International Law Journal 47 (2006), S. 223-242; *Kolb*, German Legal Scholarship (Fn. 56), S. 241; *Kadelbach/Kleinlein*, International Law (Fn. 70), S. 310 ff.; *Pierre-Marie Dupuy*, Taking International Law Seriously: On the German Approach to International Law, GYIL 50 (2007), S. 375-392 (386 ff.).

78 Zu diesem Verfassungsdenken, ohne das sich die Entwicklung der deutschen Völkerrechtslehre nach dem Zweiten Weltkrieg nicht verstehen läßt, etwa: *Michael Stolleis*, Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt/M. 1994, S. 227-258; *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006, S. 16 ff., 31 ff.; *Walter Pauly*, Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, München 2007, S. 883-933.

79 Vgl. *Thomas Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. Tübingen 1991, S. 15. Die Untersuchung Würtenbergers wird „von der Hypothese getragen, dass die dominanten geistigen Strömungen einer Epoche individuelles wie kollektives Bewußtsein prägen, dass ein Wandel in den dominanten geistigen Strömungen zugleich auch Wandel von individuellem und kollektivem Bewußtsein bedeutet und dass sich mit änderndem Bewußtsein auch die Rechtsordnung ändert“ (S. 11). Man könnte hinzufügen, dass vor der Änderung der Rechtsordnung die Änderung des Rechtsdenkens steht.

80 Vgl. unten Teil 6.

81 *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit. Ein Diskussionsbeitrag zu einer Frage der Staatstheorie sowie des geltenden deutschen Staatsrechts, Tübingen 1964.



der Staatsrechtslehrervereinigung in ihrer ganzen Konsequenz entfaltet wurde<sup>82</sup> – in den 1970er Jahren, nachdem mit den Ostverträgen die Stellung der Bundesrepublik in der bipolaren Welt auch nach Osten hin konsolidiert worden war. Das konstitutionelle Völkerrechtsdenken wiederum fand in der Bundesrepublik, in der die Verfassung wie in kaum einem anderen Land das politische und rechtliche Leben beherrscht, einen besonders fruchtbaren Boden. Ohne den Erfolg des Grundgesetzes hätte eine Übertragung verfassungsrechtlicher Vorstellungen auf die Weltebene (übrigens auch auf die europäische Ebene) eher ferngelegen. Zur Deutung der Völkerrechtsordnung mit Hilfe verfassungsrechtlicher Begriffe und Kategorien beigetragen hat auch die Schulung der deutschen Völkerrechtler im Staats- und Verfassungsrecht. Auch die Blüte des Konstitutionalismus fällt in eine bestimmte Zeit, nämlich die Jahre nach dem Untergang der Sowjetunion und dem Ende des Ost-West-Konflikts mit ihrer zuversichtlichen Erwartung, nun könne endlich eine gerechtere und effizientere internationale Ordnung geschaffen werden.

Wenn im Ausland der „deutsche“ völkerrechtliche Konstitutionalismus gelegentlich als eine Übertreibung oder gar eine *obsession allemande* kritisiert oder belächelt wird, bleibt unbeachtet, dass sich die gemeinschaftsfreundliche Haltung der deutschen Lehre, aus der er hervorgegangen ist, nicht von selbst verstand. Denn die internationale Gemeinschaft, wie sie sich in Form der Vereinten Nationen am Ende des Zweiten Weltkriegs formierte, war doch wesentlich ein Resultat des alliierten Kampfes gegen Deutschland. Als „Feindstaat“ stand Deutschland ausdrücklich außerhalb des Schutzes der UN-Charta (Art. 53 und 107); erst 1973 konnten die Bundesrepublik Deutschland und die DDR Mitglieder der UN werden.

## 5. Machtpolitisch orientierte Gegenrichtungen

a) Die Lehre von der internationalen Gemeinschaft und – mit einem Vorbehalt auch – den Konstitutionalismus habe ich als Beispiele für Denkschulen der Gegenwart angeführt, die im Sinne Scheuners einer progressiven Richtung zugerechnet werden können. Gibt es heute auch eine Schule, die die staatsorientierte Gegenrichtung repräsentiert? In den USA hat sich in den letzten knapp zehn Jahren eine neue „machtpolitische Schule“ Gehör verschafft, die, mit dem Titel des Buches von Jack Goldsmith und Eric Posner von 2005, die Grenzen des Völkerrechts, *The Limits of International Law*, aufzeigen will.<sup>83</sup> Neu an dem Buch ist die Verwendung der ökonomischen *rational choice*

82 Christian Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7-63.

83 Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford/New York 2005. Vgl. für das Folgende insbes. S. 3, 6 f., 13 ff., 225 f. Vgl. auch Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, Chicago 2009, sowie Michael J. Glennon, *The New Interventionism*, *Foreign Affairs* 78 (1999), S. 2-7; ders., *Why the Security Council Failed*, *Foreign Affairs* 82 (2003), S. 16-35; John R. Bolton, *Is There Really „Law“ in International Affairs?*, *Journal of Transnational Law & Contemporary Problems* 10 (2000), S. 1-48. Kritische Auseinandersetzung: Detlev F. Vagts, *International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence*, *EJIL* 15 (2004), S. 1031-1040; Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium*, *AJIL* 100 (2006), S. 88 ff. (89 ff.); Anne van Aaken, *To Do Away with International Law? Some Limits to „The Limits of International Law“*, *EJIL* 17 (2006), S. 289-308; Hans-Joachim Cremer, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, *ZaöRV* 67 (2007), S. 267-296; Andreas L. Paulus, *Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland*, *ZaöRV* 67 (2007), S. 695-719 (702 f.); Sergio Dellavalle, *The Necessity of International Law Against the A-normativity of Neo-Conservative Thought*, in: Russell A. Miller/Rebecca M. Bratspies (Hrsg.), *Progress in International Law*, Leiden/Boston 2008, S. 95-117 (100 ff.).

*theory* für die Erklärung des internationalen Verhaltens von Staaten. Im übrigen stehen die Verfasser ganz in der Tradition des älteren amerikanischen (politikwissenschaftlichen) Realismus, insbesondere der Arbeiten Hans Morgenthau, wenn sie der Völkerrechtswissenschaft vorwerfen, seit Jahrzehnten von einer „eigentümlichen Verbindung von Doktrinalismus und Idealismus“ dominiert zu werden und Macht und Interessen der Staaten (*state power and state interest*) als die eigentlichen Antriebskräfte des Völkerrechts zu vernachlässigen. Staaten benutzen, so die zentrale These von Goldsmith und Posner, das Völkerrecht als Mittel zum Zweck der Vergrößerung ihrer Macht und der Förderung ihrer Interessen, nicht dagegen aus moralischen Gründen oder weil sie den Normen zugestimmt haben oder weil diese Normen Ergebnis eines legitimen Prozesses sind. Völkerrecht sei größtenteils Rhetorik, *international law talk*, der Regierungen, eine Maske, die sie sich aufsetzten, um die Interessen ihrer Staaten zu verfolgen.

Wieder zeigt sich hier die Zeit- und Ortsgebundenheit einer Schule – hier eines US-amerikanischen Machtbewusstseins in der Zeit der George W. Bush-Administration, dem die vom hergebrachten Völkerrecht gesetzten Schranken, besonders für die Anwendung militärischer Gewalt, lästig erschienen. Anders als die internationale Gemeinschaftslehre und der Konstitutionalismus in Europa hat die neue machtpolitische Schule in den USA keine Mehrheit der Völkerrechtslehrer hinter sich. Sie ist aber wichtig als eine exponierte, neu gewandete Erscheinungsform des *Legal Realism*, dessen antiformalistisches, normskeptisches, prozessuales und kontextuelles Verständnis des Rechts das amerikanische Denken in allen Rechtsgebieten geprägt hat.<sup>84</sup>

b) Die wichtigste „Übersetzung“ der von den Realisten für Einzelgebiete des US-amerikanischen Rechts entwickelten Grundsätze in das Völkerrecht ist von Myres McDougal und Harold Lasswell mit dem von ihnen so genannten *policy-oriented approach* geleistet worden.<sup>85</sup> Bald setzte sich nach ihrer Wirkungsstätte der Name *New Haven School* durch. Für die Schule ist Recht im allgemeinen und Völkerrecht im besonderen das Ergebnis eines Prozesses „autoritativer Entscheidungen“ (*a process of authoritative decision*), die sich aus konkurrierenden Ansprüchen von Akteuren ergeben, die jeweils ihre eigenen Ziele (*policy goals*) verfolgen.<sup>86</sup> Im Mittelpunkt des Interesses steht also der Entscheidungsprozess, in dem das, was von den Beteiligten als „Recht“ anerkannt wird, erzeugt wird. Es wird versucht, alle für diesen Prozess relevanten Faktoren zu identifizieren und zu berücksichtigen – die Beteiligten, ihre Interessen und Absichten,

---

84 Vgl. die Überblicke von *Steven R. Ratner*, *Legal Realism School*, und *Mary Ellen O’Connell*, *Legal Process School*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011. Vgl. auch *Stephen D. Krasner*, *Realist Views of International Law*, in: ASIL Proceedings 2002, S. 265-268.

85 Vgl. die Selbstdarstellungen der Schule: *Myres S. McDougal/W. Michael Reisman*, *International Law in Policy-Oriented Perspective*, in: R.St.J. Macdonald/Douglas M. Johnston (Hrsg.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Dordrecht 1986, S. 103 ff.; *W. Michael Reisman*, *The View from the New Haven School of International Law*, ASIL Proceedings 1992, S. 118-125, Nachdruck in: W. Michael Reisman u.a. (Hrsg.), *International Law in Contemporary Perspective*, New York 2004, S. 1 ff.; *Siegfried Wiessner/Andrew R. Willard*, *Policy-Oriented Jurisprudence*, GYIL 44 (2001), S. 96-112. Prägnante Zusammenfassung der Grundannahmen und Methoden: *Ratner*, *Legal Realism School* (Fn. 84), B.1; kritische Analyse: *Sandra Voos*, *Die Schule von New Haven. Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin 2000.

86 Vgl. insbes. *Myres S. McDougal/Harold D. Lasswell/W. Michael Reisman*, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in: *Myres S. McDougal/W. Michael Reisman*, *International Law Essays*, Mineola, New York, 1981, S. 191-286.

die Umstände, in denen sie handeln, die Ressourcen, die ihnen zur Verfügung stehen, letztlich die ganze einschlägige politische, wirtschaftliche, gesellschaftliche und militärische Situation. Bezeichnenderweise hieß McDougals Seminar, das er dreißig Jahre lang an der Yale Law School veranstaltete, „Law, Science & Policy“.<sup>87</sup> Kaum eine völkerrechtliche Denkschule unserer Zeit hat ihre Positionen so verfeinert und systematisiert, für diese sogar eine eigene Terminologie entwickelt, wie die New Haven School. Obwohl die die Schule begründenden Arbeiten McDougals und Lasswells in den späten 1940er und den 1950er Jahren erschienen, hat sie ihre Wirkung bewahrt.<sup>88</sup> Das verdankt sie wesentlich dem seltenen Umstand, dass sie mit Michael Reisman eine charismatische Leitfigur auch in der zweiten Generation fand.

## 6. Völkerrechtsoptimismus und -skepsis in der Geschichte des Völkerrechtsdenkens

Beide Richtungen – die, wenn man so will, „völkerrechtsfreundliche“ einerseits und die „völkerrechtsskeptische“ andererseits – und die Denkschulen, die ich beispielhaft als ihre Repräsentanten in der Gegenwart genannt habe, lassen sich in der Geschichte des Völkerrechtsdenkens zurückverfolgen.<sup>89</sup> Auf beiden Seiten ist die Zahl der wirklich originellen Argumente eher gering. Es gibt vielmehr Überlagerungen, Übernahmen und Modifizierungen, die neue Konstellationen berücksichtigen. Je nach der Perspektive lässt sich eher das Gemeinsame oder das Trennende hervorheben.

Geht man weit zurück, zu den Anfängen des modernen Völkerrechts, könnte man mit einer gewissen Übertreibung sagen, die heutige Lehre von der internationalen Gemeinschaft sei eine säkularisierte und positivistische Erneuerung der Spätscholastik, in der Franciscus de Vitoria die einzelnen Staaten eingebettet sah in eine die ganze Menschheit umspannende Rechtsgemeinschaft, die auf das Ziel eines höheren Gemeinwohls, des *bonum commune totius orbis*, ausgerichtet ist<sup>90</sup>: „Res publica est pars totius orbis. Totus orbis habet potestatem legis ferendi.“<sup>91</sup> Leichter fällt es, in der heutigen Schule die Spuren der Völkerbundsbewegung (man denke an die Arbeiten von Schücking<sup>92</sup> und Wehberg<sup>93</sup>) und der Friedensbewegung vor und nach dem Ersten Weltkrieg mit dem Kristallisationspunkt der beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 zu finden. Auch Georges Scelles Idee eines föderalen Weltrechtssystems<sup>94</sup> mit dem Individuum im Mittelpunkt klingen nach.

87 Vgl. *Reisman*, Myres Smith McDougal Remembered (Fn. 51), S. 14 f.

88 Erwägung der Gründe, warum sich die New Haven School in den USA nicht durchsetzen konnte, bei *Kennedy*, *The Disciplines* (Fn. 14), S. 28.

89 Vgl. die Beobachtung von *Kolb*, *German Legal Scholarship* (Fn. 56), S. 205 f., die deutschen und österreichischen Völkerrechtslehrer, die in der Zwischenkriegszeit in der Haager Akademie vorgetragen haben, ließen sich zwei Hauptgruppen zuordnen: den „Internationalisten“ (Verdross, Kelsen, Schücking, Wehberg) und einer von Hegels Philosophie beeinflussten Gegengruppe (Kaufmann, Schönborn, Wolgast, Walz, Bilfinger).

90 Formulierung von *Grewe*, *Epochen* (Fn. 8), S. 173 und 225.

91 Zit. nach *Grewe*, *Epochen* (Fn. 8), S. 173 f.

92 Vgl. *Frank Bodendiek*, *Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung*, Berlin 2001 (mit einem Verzeichnis der Schriften Schückings S. 314-333) (dazu meine Rezension in: *Die Friedens-Warte* 77 (2002), S. 458-463). Vgl. auch *Bardo Fassbender*, *Walther Schücking – Champion of the League of Nations Idea in Pre-World War I-Germany*, *ASIL Proceedings* 1999, S. 329 f.

93 Vgl. *Claudia Denfeld*, *Hans Wehberg (1885-1962)*, Baden-Baden 2008 (mit einem Verzeichnis der Schriften Wehbergs S. 217-276).

94 Formulierung von *Wüst* (Fn. 44), S. 247.

Auch die völkerrechtsskeptische, Staatsmacht und Staatsinteressen betonende Richtung hat ihre Vorgeschichte. Besonders in der englischsprachigen Literatur bleiben die Gedanken Morgenthau präsent.<sup>95</sup> Geistiger Ahnherr der Richtung ist Thomas Hobbes, für den außerhalb der staatlich organisierten Gesellschaft der Naturzustand, also der Krieg aller gegen alle, fort dauerte und das auf die Beziehungen zwischen den Souveränen anwendbare Naturrecht „nicht mehr ist als eine leere Phrase“ (Nussbaum).<sup>96</sup> In Deutschland war die Richtung in der zweiten Hälfte des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts herrschend; insofern musste sie sich auch nicht als Schule formieren. Lassen wir dahingestellt sein, in welchem Maße Hegels Lehre vom Völkerrecht als „äußeres Staatsrecht“<sup>97</sup> dafür maßgeblich war. Wichtiger wohl noch waren die politischen Umstände der Zeit, der Wille, den mühsam errungenen deutschen Nationalstaat zu stärken und gegen „fremde“ Einflussnahme abzuschirmen. Die Skeptiker stützten sich bis heute auf Argumente, die bei strikter Durchführung zu einer Verneinung der Rechtsnatur des Völkerrechts führen müssten – und andere auch geführt haben. So schrieb Max von Seydel im Jahr 1873: „Zwischen den Staaten ist aber eine Rechtsordnung nicht möglich; denn diese setzt einen höchsten Herrscherwillen als Rechtsquelle voraus. (...) Zwischen den Staaten kann mithin kein Recht sein, zwischen ihnen gilt nur Gewalt. (...) Wohl mögen die Herrscher es bei ihrem Verkehre als in ihrem Vortheile gelegen finden, gewisse Grundsätze gegenseitig zu beobachten; allein keiner ist an dieselben länger gebunden, als er will.“<sup>98</sup> Eigentümlicherweise hat diese Überzeugung von Seydel nicht davon abgehalten, wenige Jahre später das Deutsche Reich als allein auf das Völkerrecht gegründeten Staatenbund zu deuten.<sup>99</sup>

Zwischen traditionellem Fortschrittsdenken einer- und Skeptizismus andererseits standen, was das Völkerrecht betrifft, die amerikanischen *Critical Legal Studies*, die in den 1970er Jahren aus dem *Legal Realism* hervorgegangen waren und als organisierte Bewegung schon gut zehn Jahre später endeten.<sup>100</sup> Mit den Optimisten verband sie der Wunsch nach einem wirkungsvolleren und gerechteren, insbesondere die Benachteiligung von Minderheiten und nichtindustrialisierten Ländern ausgleichenden Völkerrecht, mit den traditionellen Skeptikern dagegen ihr dekonstruktivistischer Zweifel daran, dass ein solches Recht möglich sei. Den verschiedenen CLS-Strömungen, ihren Wirkungen und ihrem Fortleben, besonders in Gestalt postmoderner Ansätze – im

---

95 Vgl. *Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer* (Fn. 37), S. 436 ff. (über Morgenthau), S. 474 ff. (über „The heritage of realism in American international law“).

96 Vgl. *Nussbaum*, *Geschichte des Völkerrechts* (Fn. 18), S. 161 ff., ferner *Grewe*, *Epochen* (Fn. 8), S. 408 ff., und *Gustav A. Walz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, Stuttgart 1930, S. 7 ff. Zum Einfluss der Verneinung des Rechtscharakters des Völkerrechts durch John Austin: *Friedrich Berber*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. München 1975, S. 10 ff.

97 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Ausg. Frankfurt/M. 1970 (= *G.W.F. Hegel*, *Werke*, Bd. 7), § 330 ff.

98 *Max von Seydel*, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg 1873, S. 31 f. Zit. nach: *Walz*, *Wesen des Völkerrechts* (Fn. 96), S. 38 Anm. 1.

99 Vgl. etwa *Max von Seydel*, *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich*, 2. Aufl. Freiburg i.Br./Leipzig 1897, S. 5 f.

100 So die Darstellung eines der CLS-Gründer; vgl. *David M. Trubek*, *Looking Back and to the Left: From the Bremen Conference to the Present*, *German Law Journal* 12 (2011), S. 28-33 (31 f.). Vgl. *Mark Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass./London 1987; Peter Fitzpatrick/Alan Hunt (Hrsg.), *Critical Legal Studies*, Oxford/Cambridge, Mass. 1987; Allan C. Hutchinson (Hrsg.), *Critical Legal Studies*, Totowa, New Jersey 1989 (darin S. 323-343: *Roberto M. Unger*, *The Critical Legal Studies Movement*); *Duncan Kennedy*, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora, Colorado 2008.

Völkerrecht in den *New Approaches to International Law (NAIL)* und *Third World Approaches to International Law (TWAIL)* –, kann ich hier nicht nachgehen.<sup>101</sup> Neben einer auf Veränderung gerichteten politischen Agenda einte die *legal left* ursprünglich – mit einer Formulierung von Andreas Paulus – „die Kritik an der Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung, an Formalismus und Objektivismus in der herrschenden sogenannten ‚liberalen‘ Rechtslehre“<sup>102</sup>, die unter Heranziehung von seinerzeit neuen Erkenntnissen der Sprachtheorie geäußert wurde. Der völkerrechtliche Impetus der Bewegung richtete sich gegen das, was sie als Imperialismus oder Neoimperialismus, Eurozentrismus, Rassismus und Sexismus ansah.<sup>103</sup> Der so angegriffene völkerrechtswissenschaftliche *mainstream* ließ sich kaum irritieren, schon gar nicht im deutschsprachigen Raum. Zu den wichtigsten völkerrechtlichen Autoren im *CLS*-Kontext gehören David Kennedy<sup>104</sup>, der frühe Martti Koskenniemi (*From Apology to Utopia*, 1989)<sup>105</sup> und Tony Carty<sup>106</sup>.

Wie ist es möglich, die Entwicklung der völkerrechtlichen Denkschulen über einen so langen Zeitraum hinweg als Entwicklung zwischen den Polen von Skeptizismus und Fortschrittsglauben zu beschreiben, in der dieselben Argumentationsfiguren in immer neuem Gewand erschienen sind? Dass es bisher möglich gewesen ist, deutet darauf hin, dass sich die strukturellen Bedingungen des Staatensystems, auf welche die verschiedenen Schulen reagierten, bis in die Gegenwart weniger stark geändert haben, als dies meist angenommen wird. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass wir in dieser Beziehung heute an einem Wendepunkt stehen. Denn die Veränderungen des internationalen Systems beschleunigen sich und verstärken sich wechselseitig in einer Weise, dass sie manche alte Form sprengen könnten.

---

101 Knapper Überblick: *Pierre Schlag*, *Critical Legal Studies*, in: Stanley N. Katz (Hrsg.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford 2009, S. 295-299; *Günter Frankenberg*, *Critical Theory*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), Stand vom Juni 2011. Vgl. speziell für das Völkerrecht Frederick E. Snyder/Surakiart Sathirathai (Hrsg.), *Third World Attitudes Toward International Law: An Introduction*, Dordrecht 1987; *Anthony Carty*, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, EJIL 2 (1991), S. 1-27; *Nigel Purvis*, *Critical Legal Studies in Public International Law*, *Harvard International Law Journal* 32 (1991), S. 81-127; *Hilary Charlesworth*, *Subversive Trends in the Jurisprudence of International Law*, *ASIL Proceedings* 1992, S. 125-127; *David Kennedy/Chris Tennant*, *New Approaches to International Law: A Bibliography*, *Harvard International Law Journal* 35 (1994), S. 417-460; *Deborah Cass*, *Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law*, *Nordic Journal of International Law* 65 (1996), S. 341-383; *Kennedy*, *The Disciplines* (Fn. 14), S. 34-37; *Makau Mutua*, *What Is TWAIL?*, *ASIL Proceedings* 2000, S. 31-38; *Antony Anghie/B.S. Chimni*, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, *Chinese Journal of International Law* 2003, S. 77-103 (mit einer Unterscheidung von zwei Phasen von *TWAIL scholarship*, „*TWAIL I*“ und „*TWAIL II*“).

102 *Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft* (Fn. 54), S. 40.

103 Vgl. zum (völkerrechtlichen) Rechtsfeminismus oben Fn. 47.

104 *David Kennedy*, *Theses about International Law Discourse*, *GYIL* 23 (1980), S. 353-391; *ders.*, *International Legal Structures*, Baden-Baden 1987. Vgl. auch *ders.*, *A Rotation in Contemporary Legal Scholarship*, in: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, S. 353-396, Nachdruck in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 338-375.

105 *Martti Koskenniemi*, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989 (Neuausgabe mit einem Epilog des Verf. Cambridge 2005); *ders.*, *The Politics of International Law*, *EJIL* 1 (1990), S. 4-32. Vgl. *ders.*, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, *EJIL* 20 (2009), S. 7-19.

106 *Anthony Carty*, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, *EJIL* 2 (1991), S. 1-27.

### **III. Die Bedeutung der Denkschulen für die Völkerrechtswissenschaft – Beobachtungen und Thesen**

In einem letzten Teil meines Vortrags möchte ich thesenartig auf einiges schon Ausgeführte zurückkommen, besonders aber in der gebotenen Kürze zusätzlich einige Gedanken oder Beobachtungen formulieren.

Die natur- und vernunftrechtlichen Schulen des Völkerrechts erfüllten wesentlich die Funktion, Normen systematisch zu konstruieren. Sie schufen selbst Regelwerke, an denen sich die Staatenpraxis ausrichtete, die auf diese Weise schließlich hinreichend präzises „positives“ Recht erzeugte. Unter der Herrschaft der heute allgemein anerkannten Rechtsquellenlehre und den Bedingungen immer intensiverer positiver Rechtsetzung können heutige Schulen diese Funktion der Rechtsschöpfung nur noch in der Form der Lückenfüllung und Ergänzung erfüllen.

Wichtiger ist heute die Aufgabe der Sinnstiftung und Anregung, der Ordnung und Entwicklung eines umfangreichen und disparaten Rechtsstoffs unter bestimmten Leitideen, des gedanklichen Zusammenführens und Zusammenhaltens des Völkerrechts. Denkschulen stellen sich einem gedankenlosen Pragmatismus entgegen, schürfen tiefer, decken Widersprüche auf und bemühen sich um die Entwicklung konsistenter Methoden. Sie suchen Antworten auf die großen Fragen des Woher, Warum und Wohin des Völkerrechts und damit der internationalen Ordnung in einem weiteren Sinn, die das positive Recht nicht oder nur unzureichend zu geben vermag. Sie entwickeln ein Bild der Zukunft, ein Telos des Völkerrechts. Es kann von ihnen eine produktive Unruhe ausgehen. In allen diesen Aspekten sind sie wichtig für die Anziehungskraft, die das Fach auf die Studenten und die nächste Generation von Wissenschaftlern ausübt.

In einer Zeit, in der so gut wie niemand mehr an die Möglichkeit einer isolierten Behandlung des Rechtsstoffes im Sinne der strengjuristischen Methode des 19. Jahrhunderts glaubt, bilden die Denkschulen Brücken zwischen der Völkerrechtswissenschaft und anderen Fächern – der Philosophie, der Wirtschaftswissenschaft, der Soziologie, der Politik- und Geschichtswissenschaft, in der Zukunft vermutlich auch der Naturwissenschaften, wenn wir daran denken, wie schon heute zum Beispiel Erkenntnisse der Neurowissenschaften und der Verhaltensforschung auf andere juristische Disziplinen einwirken.

Denkschulen halten die Völkerrechtswissenschaft auch in einer lebendigen Verbindung mit Strömungen der Zeit in einem allgemeineren Sinne. Sie reflektieren Anliegen, Sorgen und Aspirationen einer bestimmten Zeit und bestimmte Konfigurationen des internationalen politischen Systems. Sie sind damit ein dynamischer Faktor des Völkerrechts.

Denkschulen des Völkerrechts sind schließlich eine Brücke zur Vergangenheit des eigenen Fachs. Erik Jayme hat einmal in einer schönen Formulierung bemerkt (und wohl auch beklagt), das Vergessen breite sich wie ein Schleier über die Wissenschaft.<sup>107</sup> Zwar trifft das Vergessen nicht allein die Wissenschaft. Nur wird es hier besonders spürbar, wenn einmal schon Erkanntes und Begriffenes wieder unverstanden und unbegriffen wird. Indem die Denkschulen, wie ich versucht habe zu zeigen, in Bestätigung oder

---

<sup>107</sup> Erik Jayme, Vorwort: Berlin im Sommer 1999, in: *ders.*, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, Heidelberg 2003, S. V.

auch Widerspruch epochenübergreifend aufeinander aufbauen und Bezug nehmen, halten sie einen Teil des früheren Denkens in Erinnerung und ermahnen die Gegenwart zu einer gewissen Bescheidenheit, was die Originalität und oft auch die gedankliche Tiefe ihrer Überlegungen betrifft.

Am erfolgreichsten sind im 20. Jahrhundert diejenigen Schulen des Völkerrechts gewesen, deren Ideen aus dem Fach selbst hervorgegangen sind, wie die des Ausbaus der internationalen Institutionen, die der internationalen Gemeinschaft oder die einer Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Auch die Vorstellungen des Rechtsrealismus, die zwar nicht von Völkerrechtlern entwickelt, von ihnen aber aufgegriffen wurden, haben größeren Einfluß gewonnen, besonders in den Vereinigten Staaten.<sup>108</sup> Dagegen haben Schulen, die Erkenntnisse anderer, nichtjuristischer Fächer auf das Völkerrecht übertragen wollten (wie der französischen Sprachtheorie, der Diskurstheorie Habermas', der Systemtheorie Luhmanns, aber auch der ökonomischen Analyse), eher wenig Anklang gefunden. Dies gilt auch für Richtungen mit einer dezidiert politischen Stoßrichtung (wie den Feminismus und die *Third World Approaches*). Insofern hat das Völkerrecht seine Eigenständigkeit als Rechtswissenschaft verteidigt, die es im 19. Jahrhundert mühevoll erkämpft hatte, die aber auch heute noch nicht unangefochten ist. Es verteidigt damit auch, mit einem Ausdruck Luhmanns, die „Reduktion von Komplexität“<sup>109</sup> als eine Leistung der „juristischen Methode“.<sup>110</sup>

Nicht leicht zu veranschlagen ist der Beitrag, den einzelne Denkschulen zu einer Änderung des positiven Völkerrechts geleistet haben.<sup>111</sup> Es kann eine solche Wirkung (in direkter oder indirekter Form) geben, selbst wenn die Schule die Völkerrechtswissenschaft wenig beeinflusst hat. Kaum je wird der Beitrag aber ursächlich oder ausschlaggebend sein – zu sehr liegt der Prozess der Völkerrechtsbildung in den Händen der Regierungen und damit der Politik. Eine Schule kann freilich „zeitgeistverstärkend“ wirken und auch mit rechtstechnischer Expertise zu einer Umsetzung bestimmter (rechts-)politischer Ziele in das positive Völkerrecht beitragen. So hat zum Beispiel der Rechtsfeminismus auf die Gestaltung von Menschenrechtsverträgen Einfluss genommen.

So wie das starke Wachstum des positiven Rechts und der völkerrechtlichen Rechtsprechung Denkschulen nötig macht, weil sie einen gedanklichen Rahmen für die Erfassung dieses Rechts bieten, macht dasselbe Wachstum die Gründung neuer Schulen, aber auch die Entwicklung der bestehenden, schwieriger. Spezialisierung und rasche

---

108 Von einem „clash of normative and sociological doctrines“ in der heutigen Völkerrechtstheorie – die ersten Lehren hauptsächlich in Europa, die zweiten in den USA und der „Dritten Welt“ vertreten – würde ich nicht sprechen. So aber *Koskenniemi*, *International Legal Theory and Doctrine* (Fn. 8), E.

109 Vgl. *Niklas Luhmann*, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR 94 (1969), S. 1-31 (11 f.).

110 Vgl. zum Problem „Komplexitätsöffnung und Komplexitätsreduktion“ im Zusammenhang des deutschen Öffentlichen Rechts *Andreas Voßkuhle*, *Wie betreibt man offen(e) Rechtswissenschaft?*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen*, Tübingen 2010, S. 153-173 (169 f.).

111 Von dieser Frage wiederum zu unterscheiden ist der Einfluß von Denkschulen auf die Rechtsprechung internationaler Gerichte, insbes. des IGH. Vgl. zur Bedeutung der „Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“ (Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut) in der Rechtsprechung des IGH *Alain Pellet*, Art. 38 Rdnr. 320 ff., in: *Andreas Zimmermann u.a. (Hrsg.)*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford 2006.

Veränderung des positiven Rechts erschweren einen auf langfristige Gültigkeit und Wirkung angelegten Systembau. Sie erfordern auch die Kooperation einer größeren Zahl von Wissenschaftlern mit verschiedenen Spezialkenntnissen (z.B. im Wirtschaftsrecht, im Umweltrecht, im Recht der Menschenrechte, im institutionellen Recht der internationalen Organisationen), die nicht leicht zu organisieren ist.

Ein wichtiger Faktor ist auch die zunehmende Verschränkung von nationalen, regionalen und internationalen Rechtsordnungen, und zwar sowohl im Bereich des öffentlichen wie des Privatrechts. Im Zeichen dieser „Mehrebenensysteme“ ist kein überzeugender Systembau für das Völkerrecht alleine mehr möglich. Erforderlich ist vielmehr im Stile Kelsens eine Theorie des Rechts als ganzes oder ein neues *transnational law* in einer Fortentwicklung der Gedanken Philip Jessups.<sup>112</sup> Daß dies eine wahre Herkulesaufgabe darstellt, bedarf keiner Erläuterung.

In der Gegenwartslage des Völkerrechts liegt es nahe zu versuchen, Denkschulen unterschiedlicher Kulturen zusammenzuführen und ihre Gemeinsamkeiten zu identifizieren. Das gehört etwa zu den Anliegen unseres japanischen Kollegen Onuma, der mit seinem *trans-civilizational approach to international law* die gewohnte Sicht auf das Völkerrecht als „West-centric and state-centric“ kritisiert und dazu aufruft, die internationale Ordnung aus der Perspektive der verschiedenen Zivilisationen und Kulturen wahrzunehmen und zu gestalten.<sup>113</sup> Doch sind alle gegenwärtig auf das globale Völkerrecht einwirkenden Schulen westlichen, das heißt europäischen und/oder nordamerikanischen Ursprungs. Auch die *Third World Approaches to International Law* sind überwiegend von westlichen Autoren entwickelt worden.<sup>114</sup> Voraussetzung eines echten interkulturellen Dialogs wäre es daher, das weitgehend verschüttete rechtskulturelle Erbe der außerwestlichen Regionen der Erde freizulegen. Selbst wenn dies gelänge, wäre fraglich, was man mit dem Erbe anfangen könnte, zu dem es keine lebendige Verbindung der Gegenwart mehr gibt.

Die bisherigen Denkschulen des Völkerrechts sind überwiegend an bestimmte („westliche“) Orte (Wien, Paris, New Haven) beziehungsweise Kulturen gebunden.<sup>115</sup> Man kann auch, mit dem Ausdruck Schindlers, von einer bestimmten, politische oder religiöse Verhältnisse einbeziehenden *ambiance* sprechen, in der sich eine Schule entfaltet hat. Aus dieser kulturellen Prägung und Bindung haben die Schulen gerade ihre be-

---

112 Vgl. Henry J. Steiner, Constructing and developing transnational law: The contribution of Detlev Vagts, in: Pieter H.F. Bekker u.a. (Hrsg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge 2010, S. 10-16.

113 Vgl. Yasuaki Onuma, A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-first Century: A Way to Overcome West-centric and Judiciary-centric Deficits in International Legal Thoughts, in: Macdonald/Johnston (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism* (Fn. 70), S. 151-189; ders., A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century, *Recueil des Cours* 342 (2009), S. 77-418 (als eigenständige Buchveröffentlichung unter dem Titel: *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Leiden/Boston 2010).

114 Vgl. B.S. Chimni, Asian Civilizations and International Law: Some Reflections, *Asian Journal of International Law* 1 (2011), S. 39-42 (40): „[T]here is no easy way of stepping outside Western thought, especially after the colonial era. (...) [O]ften the very act of retrieval of pre-colonial non-Western ideas is 'tainted' with Western ideas.“

115 Vgl. zur Bedeutung von Rechtskulturen im Völkerrecht meine Kommentierung des Art. 9 IGH-Statut (in: *The Statute of the International Court of Justice* [Fn. 111], S. 261 ff. [Rdnr. 28 ff.]), in dem es heißt, bei der Wahl der Richter solle sichergestellt werden, dass im IGH „les grandes formes de civilisation“ und „les principaux systèmes juridiques du monde“ vertreten sind.



sondere Kraft gewonnen. Im Zeitalter der Globalisierung ist eine solche Verankerung eines theoretischen Ansatzes in einer bestimmten, insbesondere nationalen Kultur aber fragwürdig geworden. Das Problem der kulturellen Relativität stellt sich auch hier.<sup>116</sup> Muss eine Denkschule, die heute global attraktiv sein will, nicht von kulturellen Prägungen und Grenzen frei sein? Muß es sich nicht, in Abwandlung des Ausdrucks Onumas, um einen „*supra-civilizational approach to international law*“ handeln? Aber wären im Falle einer solchen kulturellen Neutralität einer Schule ihre geistigen Fundamente stark genug?

\* \* \*

In „Wilhelm Meisters Wanderjahren“ lässt Goethe Wilhelm einem Bildhauer begegnen, dessen Äußerung über Aufgaben und Grenzen von Schulen auch auf unser Thema passt. Mit diesem Wort möchte ich schließen:

„Es muss eine Schule geben, und diese wird sich vorzüglich mit Überlieferung beschäftigen; was bisher geschehen ist, soll auch künftig geschehen, das ist gut und mag und soll so sein. Wo aber die Schule stockt, das muss man bemerken und wissen; das Lebendige muss man ergreifen und üben“.<sup>117</sup>

---

116 Vgl. nur *Georg Nolte*, Kulturelle Vielfalt als Herausforderung für das Völkerrecht, *BDGVR* 43 (2008), S. 1-37.

117 *Johann Wolfgang von Goethe*, *Wilhelm Meisters Wanderjahre*, 3. Buch, 3. Kapitel; zit. nach der von Erich Trunz hrsg. Hamburger Ausgabe (*Johann Wolfgang von Goethe*, *Werke*), Bd. 8, 10. Aufl. München 1981, S. 328. Allerdings lautet der letzte Halbsatz vollständig: „das Lebendige muss man ergreifen und üben, aber im stillen, sonst wird man gehindert und hindert andere“.

# Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Bardo Fassbender, LL.M. (Yale), München

1. Die archetypische Denkschule – auch des Völkerrechts – setzt sich aus einem bestimmten, oft charismatischen Lehrer und seinen Schülern zusammen (z.B. die „Kelsen-Schule“). Erst sekundär ist die unpersönliche Verwendung des Begriffs für eine bestimmte Lehre, die von einer Gruppe von Denkern vertreten wird (z.B. „der Positivismus“). Heute überwiegen Schulen im zweiten Sinne; sie sind stärker als die personengebundenen Schulen auf Organisation angewiesen.
2. Eine Denkschule ist nicht vorstellbar ohne ein theoretisches Fundament; umgekehrt macht aber eine einzelne Theorie oder dogmatische Konstruktion noch keine Schule. Vielmehr erwartet man von einer Denkschule des Völkerrechts idealtypisch eine Auseinandersetzung mit den „Grundproblemen des Völkerrechts, seinem Wesen, seinen Quellen, seiner Verbindlichkeit“ (Grewe) sowie einen konstruktiven Beitrag zu ihrer Lösung.
3. Von Denkschulen anderer juristischer Fächer unterscheidet die des Völkerrechts ihr räumlich und geistig ausgreifender Charakter. Um überzeugend zu sein, muss eine völkerrechtliche Schule einen Erklärungswert für das universelle Völkerrecht besitzen und die unterschiedlichen Lebensbedingungen der Völker der Erde und ihre geschichtlichen, kulturellen und religiösen Voraussetzungen berücksichtigen.
4. Einer erfolgreichen Denkschule ist neben großer Beharrlichkeit ein starkes Selbstbewusstsein eigen, ein Wahrheitsanspruch, mit dem die völkerrechtliche Welt gegen andere Deutungen neu erklärt wird. Das geht nicht ohne eine gewisse Übertreibung, ein eigenwilliges Auf-die-Spitze-Treiben bestimmter Ideen.
5. *Ein* Streit der Schulen der Vergangenheit ist an grundsätzlicher Bedeutung wohl bis heute nicht übertroffen worden: der Streit zwischen einer naturrechtlichen und einer positivistischen Deutung und Konstruktion des Völkerrechts. Nachdem das Natur- und Vernunftrecht die wissenschaftlichen Systeme des Völkerrechts seit dem 16. Jahrhundert beherrscht hatte, setzte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Positivismus durch. Als eine streng juristische Disziplin emanzipierte sich die Völkerrechtswissenschaft damit auch von der Theologie und Philosophie sowie der Diplomatie. Der Positivismus verengte die Spannbreite möglicher neuer theoretischer Erklärungen des Rechts auf das mit dem positiven Recht Vereinbare. Demgegenüber hat das heutige Paradigma einer sozialwissenschaftlichen Auffassung des Rechts und einer entsprechenden Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft den Raum, in dem sich völkerrechtliche Denkschulen entfalten können, wieder erweitert.
6. Anders als der Rechtspositivismus, der zu einer so gut wie allgemein anerkannten Grundlage des Völkerrechts geworden ist, lebt die naturrechtliche Richtung als heterogene Schule fort. Das naturrechtliche Erbe stellt zudem einen Fundus von Gerechtigkeitsargumenten bereit, dessen sich auch Positivisten immer wieder bedienen.
7. Die älteren Denkschulen, ob natur- und vernunftrechtlich oder positivistisch bestimmt, waren von einer Unsicherheit über die Geltung des Völkerrechts überhaupt geprägt. Die neueren Denkschulen setzen dagegen diese Geltung voraus. Auf dieser Grundlage geht es ihnen teilweise um eine Neujustierung des Verhältnisses zwischen

der Autonomie der Staaten und ihrer Bindung an das Völkerrecht. Andere Schulen der Gegenwart verfolgen in vergleichsweise engerer Weise bestimmte, teilweise konkrete rechtspolitische Ziele (so z.B. der Feminismus oder die *Third World Approaches*).

8. Auch in der Gegenwart lassen sich (in Anlehnung an Scheuner) zwei Hauptrichtungen in der völkerrechtlichen Lehre unterscheiden: eine „völkerrechtsfreundliche“, „progressive“ Richtung (zu deren Programm die Verbreiterung und Vertiefung des völkerrechtlichen Normenbestandes, der Ausbau internationaler Institutionen sowie ein wirksamer überstaatlicher Schutz der Menschenrechte gehört) und eine „völkerrechtsskeptische“ Richtung (die die Schwächen des völkerrechtlichen Systems betont, Bedeutung und Rolle des Staates dagegen positiv bewertet). Beide Richtungen kann man in der Geschichte des Völkerrechtsdenkens zurückverfolgen.

9. Diesen zwei Richtungen lassen sich auch Denkschulen zuordnen. Für die erste Richtung stehen in der Gegenwart insbesondere die „Lehre von der internationalen Gemeinschaft“ (Mosler, Tomuschat u.a.) und die verschiedenen, überwiegend auf ihr aufbauenden konstitutionellen Ansätze („völkerrechtlicher Konstitutionalismus“). Beide Schulen haben im deutschen Verfassungsdenken der Epoche nach dem Zweiten Weltkrieg ihren Ursprung. Als Beispiel für eine Schule der „staatsorientierten“ Gegenrichtung kann eine neuere „machtpolitische Schule“ (Goldsmith/Posner, *The Limits of International Law*) angesehen werden, die in der Tradition des älteren amerikanischen (politikwissenschaftlichen) Realismus, insbesondere Morgenthau, steht. Zwischen traditionellem Fortschrittsdenken einer- und Skeptizismus andererseits stehen die amerikanischen *Critical Legal Studies* und ihre Fortführung in Gestalt „postmoderner“ Ansätze (*New Approaches to International Law*).

10. Die wichtigste „Übersetzung“ der vom amerikanischen Rechtsrealismus für Einzelgebiete des US-amerikanischen Rechts entwickelten Grundsätze in das Völkerrecht ist von Myres S. McDougal und Harold D. Lasswell mit dem von ihnen so genannten *policy-oriented approach* geleistet worden (*New Haven School*).

11. Denkschulen kommt heute im Völkerrecht die Aufgabe der Sinnstiftung und Anregung zu, der Ordnung und Entwicklung eines umfangreichen und disparaten Rechtsstoffs unter bestimmten Leitideen, des gedanklichen Zusammenführens und Zusammenhaltens des Völkerrechts. Denkschulen suchen Antworten auf die großen Fragen des Woher, Warum und Wohin des Völkerrechts und damit der internationalen Ordnung in einem weiteren Sinn, die das positive Recht nicht oder nur unzureichend zu geben vermag. Sie entwickeln ein Bild der Zukunft, ein Telos des Völkerrechts. Es kann von ihnen eine produktive Unruhe ausgehen. In allen diesen Aspekten sind sie wichtig für die Anziehungskraft, die das Fach auf die Studenten und die nächste Generation von Wissenschaftlern ausübt.

12. Denkschulen bilden Brücken zwischen der Völkerrechtswissenschaft und anderen Fächern – der Philosophie, der Wirtschaftswissenschaft, der Soziologie, der Politik- und Geschichtswissenschaft, in der Zukunft vermutlich auch den Naturwissenschaften. Sie halten die Völkerrechtswissenschaft auch in einer lebendigen Verbindung mit Strömungen der Zeit in einem allgemeineren Sinne. Sie sind schließlich eine Brücke zur Vergangenheit des eigenen Fachs.

13. Am erfolgreichsten sind im 20. Jahrhundert diejenigen Schulen des Völkerrechts gewesen, deren Ideen aus dem Fach selbst hervorgegangen sind. Dagegen haben Schulen, die Erkenntnisse anderer, nichtjuristischer Fächer auf das Völkerrecht übertragen

wollten, wenig Anklang gefunden. Dies gilt auch für Richtungen mit einer dezidiert politischen Stoßrichtung. Insofern hat das Völkerrecht seine Eigenständigkeit als Rechtswissenschaft verteidigt – und damit auch die „Reduktion von Komplexität“ (Luhmann) als eine Leistung der „juristischen Methode“.

14. So wie das starke Wachstum des positiven Rechts und der völkerrechtlichen Rechtsprechung Denkschulen nötig macht, weil sie einen gedanklichen Rahmen für die Erfassung dieses Rechts bieten, macht dasselbe Wachstum die Gründung neuer Schulen, aber auch die Entwicklung der bestehenden, schwieriger. Spezialisierung und rasche Veränderung des positiven Rechts erschweren einen auf langfristige Gültigkeit und Wirkung angelegten Systembau. Ein wichtiger Faktor ist auch die zunehmende Verschränkung von nationalen, regionalen und internationalen Rechtsordnungen.

15. Die bisherigen Denkschulen des Völkerrechts sind überwiegend an bestimmte („westliche“) Orte bzw. Kulturen gebunden gewesen. Aus dieser kulturellen Prägung und Bindung haben die Schulen gerade ihre Kraft gewonnen. Im Zeitalter der Globalisierung ist eine solche Verankerung eines theoretischen Ansatzes in einer bestimmten, insbesondere nationalen Kultur aber fragwürdig geworden. Doch wären die geistigen Fundamente einer kulturell „neutralen“ Schule stark genug?

# Summary

## *Schools of thought in international law*

by Prof. Bardo Fassbender, LL.M. (Yale), Munich

1. Similar to other sciences, the archetypical “school of thought” in international law is composed of a particular, often charismatic teacher and his disciples (for instance, the “Kelsen School”). In an impersonal way, the notion is used to describe a particular set of theories or doctrines taught by a group of scholars (for instance, “positivism”). Today, schools of thought in the second sense are predominant. More so than in the case of schools led by a particular person, their functioning requires a degree of systematic organization.
2. A school of thought needs a theoretical foundation. On the other hand, a single theory or doctrine is usually not enough to speak of such a school. Ideally, a school of thought in international law endeavors to analyze “the fundamental problems of international law, its character, its sources, and its binding nature” (Wilhelm Grewe), as well as to make a constructive contribution to a solution of those problems.
3. To be persuasive, a school of thought in international law must produce ideas and answers of a universal character. Further, such ideas and answers should correspond with the pluralistic life of the peoples inhabiting the earth in terms of history, culture and religion.
4. A successful school of thought is usually characterized by a strong self-confidence and persistence. Often, it will claim for itself to know “the truth” and, on that basis, to be able to explain international law anew. Inevitably, such a claim involves a certain exaggeration; ideas or propositions are sometimes taken to extremes.
5. A fundamental and long-standing controversy between schools of thought of the past related to the question of how to understand and construct international law – according to principles of “natural law” or “positive law”, respectively. The concept of natural law had dominated the science of international law since the sixteenth century. However, in the second half of the nineteenth century legal positivism met with general acceptance. As a “strict” legal science, international law emancipated itself from theology, philosophy, and the practice of diplomacy. Positivism narrowed the range of possible new explanations of international law to what was compatible with the “positive” law made by states in the form of treaties and custom. In comparison, today’s paradigm of law as a social science has again widened the mental space in which schools of thought in international law can operate.
6. Unlike legal positivism, which has become a generally accepted concept of international law, natural law jurisprudence continues to exist as a (heterogeneous) school of thought. The heritage of natural law provides positivism with a wealth of thoughts about justice and morals which can be used to criticize or to correct a rule of positive law.
7. The older schools of thought in international law, whether following the idea of natural law or positivism, sought to refute opinions questioning the “validity” and binding force of international law. In contrast, more recent schools simply assume these quali-

ties. In contemporary schools, a recurrent theme is the relation between the autonomy of states and their legal obligations to the international community. Some schools (like legal feminism, or the “Third World Approaches to International Law”) pursue certain more or less concrete political, social and economic aims.

8. Today, just as in the past, we can distinguish two main approaches in international legal theory – a “progressive” and “community-friendly” approach on the one hand, and a “skeptical” approach, questioning the usefulness or advantages of international law and defending national sovereignty, on the other hand. The first approach favours a more intense and more effective legal regulation of international affairs, a correction of inequalities, a strengthening of international institutions, and a better international protection of human rights. By contrast, the second, “skeptical” approach emphasizes the weaknesses and shortcomings of international law, and places more confidence in the authority and regulatory capacity of the individual state.

9. The two main approaches mentioned in the previous paragraph can be identified with particular schools of thought in present-day international law. A chief representative of the first approach is the (predominantly European) “international community school” (Hermann Mosler, Christian Tomuschat *et al.*). The various constitutional theories of international law, which are partly based on the work of that school, also belong to the “progressive” approach. Both the theme of an international community and constitutionalism in international law have been strongly advanced by German scholars; in that respect they reflect post-World War II constitutional thought in Germany. On the other hand, a more recent “power-oriented” school of thought (Jack Goldsmith, Eric Posner *et al.*) can be regarded as a new representative of the “skeptical” approach which, in the United States, continues to be influenced by the ideas of Hans Morgenthau and classical realism.

10. The “policy-oriented approach” developed at Yale University by Myres S. McDougal and Harold D. Lasswell (the “New Haven School”) is the most important “translation” of the ideas of American legal realism into public international law.

11. Today, schools of thought in international law perform a number of important functions. They methodically unfold and arrange a vast and disparate array of legal norms according to certain central ideas and notions; they bring together and keep together international law as a body or system of law; they “make sense” of international law and stimulate interest and further research. Schools of thought seek answers to the “big questions” of the whys and wherefores, the origins and the destination of international law – answers which positive international law cannot provide. They draw a picture of the future of international law as they see it or wish it to come. They cast productive doubt on notions and views which are taken for granted. In all these aspects schools of thought significantly contribute to the intellectual attraction the science of international law holds for students and young scholars.

12. Schools of thought build bridges between international law and other disciplines, such as philosophy, economics, sociology, political science, history, and increasingly also natural sciences. Further, they connect the science of international law with currents and trends of a particular time and period. They link the science of today to its own past.

13. The most successful schools of thought in international law of the twentieth century have been those which were developed from within the field. In comparison, schools which wanted to carry over to international law insights gained in other, non-juridical

disciplines were less favourably received by the “mainstream”. The same is true for schools with a decidedly political objective. In that respect, international law defended its autonomy as a legal science.

14. The rapid growth of the body of positive international law, and of the case-law created by international courts and tribunals, increases the need for schools of thought which provide a theoretical framework and methodological tools enabling us to understand the law in a systematic way. On the other hand, the same growth makes it more difficult to set up new schools possessing a general explanatory capacity, or even to adapt the thoughts of existing schools to the new circumstances. Ever more special law, specialized law practice and a fast transformation of positive law complicate the task of developing a systematic understanding of international law that is persuasive in the long term. Another important complicating factor is the increasing interweave of domestic, regional, and international law.

15. The important or influential schools of thought in international law of the nineteenth and twentieth century mainly originated in the Western culture, and were cultivated at Western places such as Vienna, Paris, New York or New Haven. The respective cultural background and environment gave a particular school its strength and left their mark on it. However, in the age of globalization such a close connection between a theory of international law (with a claim to universal recognition) and a particular (national) culture has become questionable. But can we imagine a culturally “neutral” school which still would be viable?





# Denkschulen im Internationalen Privatrecht

*Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cambridge), Wien*

- I. Einführung
- II. Denkschulen des IPR: eine Auswahl
  - A. Historische Paradigmenwechsel
    - 1. Vom Personalitätsprinzip zum Territorialitätsprinzip
    - 2. Von der Statuentheorie zum Sitz des Rechtsverhältnisses
    - 3. Vom Universalismus zum Autonomismus
  - B. Kontemporäre Gegensätze
    - 1. Unilateralistische und multilateralistische Systeme
    - 2. Legitimation durch Staatsinteressen und privatrechtliche Interessen
    - 3. Subjektivrechtliche und objektivrechtliche Systeme
    - 4. Verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Systeme
    - 5. Engste Verbindung und better law approach
- III. Verweisungs-, Geltungs- und Anerkennungsparadigma
  - A. Drei Grundmodelle des IPR
    - 1. Verweisungsparadigma
    - 2. Geltungsparadigma
    - 3. Anerkennungsparadigma
  - B. Wiederkehr der Grundmodelle im geltenden IPR
    - 1. Klassische Kollisionsnormen
    - 2. Einschränkungen der Rechtswahl
    - 3. Eingriffsnormen und ähnliche Normen
    - 4. Anwendungsnormen
    - 5. Anerkennung nach Statutenwechsel
    - 6. Anerkennung aufgrund internationaler Zuständigkeit
    - 7. Primärrechtlich gebotene „Anerkennung“?
- IV. Ergebnisse und Ausblick
- Thesen
- Summary

## **I. Einführung**

Das Internationale Privatrecht unter dem Blickwinkel unterschiedlicher Denkschulen zu betrachten, ist ein eher ungewöhnlicher Zugang, aber im Interesse der Selbstvergewisserung des Faches umso reizvoller. Dabei ist der Begriff der „Denkschule“ ein durchaus schillernder. Man zieht ihn gemeinhin nur dann heran, wenn eine bestimmte Denkrichtung über eine längere Zeitspanne hinweg eine größere Anzahl von Akteuren in ihrer Einschätzung geprägt und daher im wahrsten Sinne des Wortes „Schule gemacht“ hat. Regelmäßig ist er mit der Vorstellung eines oder weniger „Lehrer“ und einer größeren Anzahl von „Schülern“ verbunden, wobei erstere eine Denkweise entwickeln, letztere sie dagegen bereitwillig aufnehmen und üblicherweise auch modifizieren bzw. weiter ausdifferenzieren. Vielfach lassen sich konkrete Begründer einer Denkrichtung rückblickend gar nicht mehr ausmachen, sondern eher einige führende Vertreter, welche zur Verbreitung der Denkrichtung maßgeblich beigetragen haben.

Von den Denkschulen im Völkerrecht unterscheiden sich Denkschulen im Internationalen Privatrecht unter anderem dadurch, dass sie vorwiegend innerhalb national definierter Rechtsgemeinschaften auftreten, weil „Internationales“ Privatrecht im Zuge der Verstaatung von Privatrecht primär nationales Recht geworden ist: Es besteht aus nationalen Kollisionsnormen, und wo es sich heute aus Staatsverträgen oder aus Rechtsakten der Europäischen Union ergibt, ist dies nur möglich aufgrund eines vorangegangenen Willensakts bzw. Souveränitätsverzichts des nationalen Gesetzgebers. Dass unter diesem Blickwinkel schon die Bezeichnung als „Internationales Privatrecht“ unglücklich ist, entspricht verbreiteter Überzeugung,<sup>1</sup> und auch der ursprüngliche Zusammenhang mit dem Völkerrecht gelangt in fremdsprachigen Bezeichnungen wie *private international law* oder *droit international privé* weit deutlicher zum Ausdruck.<sup>2</sup>

Dass sich Denkschulen innerhalb national definierter Rechtsgemeinschaften entwickeln, kann sie vergleichsweise unspektakulär machen, weil die Unterschiede vielfach sehr subtil sind. Dies gilt umso mehr, als das Internationale Privatrecht meist nur eine relativ kleine *scientific community* bewegt, innerhalb derer für eine größere Schulenburgbildung nicht durchgehend Raum ist. Eine markante Ausnahme der jüngeren Vergangenheit bilden aufgrund ihrer Größe die U.S.A., wo sich ab etwa 1930 eine Vielfalt von Denkschulen herausbilden konnte, die gelegentlich als „*American conflicts revolution*“ bezeichnet wird.<sup>3</sup> Im Übrigen gilt aber tendenziell, dass sich die wirklich interessanten Gegensätze eher historisch in der Entwicklung des Internationalen Privatrechts und grenzüberschreitend zwischen den unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Konzeptionen ausmachen lassen; diese Gegensätze werden aber gemeinhin nicht als unterschiedliche „Denkschulen“, sondern als Gegenstände der Rechtsgeschichte oder Rechtsvergleichung behandelt.

Auch der Begriff des Internationalen Privatrechts selbst bedarf der Konkretisierung. Der Sache nach können wir heute vor allem einen weiten Begriff des Internationalen Privatrechts ausmachen, der jedenfalls auch das internationale Verfahrensrecht mit seinen Unterkapiteln der internationalen Zuständigkeit einerseits und der Anerkennung

- 
- 1 So ist etwa für *Paul Heinrich Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, 4 ff., „Internationales Privatrecht“ die „hundertjährige, hundertmal bekämpfte [...] mißglückte Übersetzung“ der englischen und französischen Begriffsgebung. S. dort auch eingehend und m.w.N. zu den – berechtigten – Kritikpunkten an der Terminologie. *Ernst Rabel*, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, *RabelsZ* 1 (1927), 41, spricht mit einem klassischen lateinischen Beispiel der Antiphrasis von einem „*lucus a non lucendo*“. Eine eingehende und kritische Exegese findet sich auch bei *Christi-an von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2003, 2 ff. m.w.N.
  - 2 Der englische Begriff dürfte zurückgehen auf *Joseph Story*, Commentaries on the Conflict of Laws, 1834, § 9: „This branch of public law may [...] be fitly denominated private international law“. In Frankreich dürfte der Ursprung in dem Aufsatz von *Johann Jakob Foelix*, Du conflit des lois de différentes nations ou du droit international privé, *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, 1840, liegen.
  - 3 *Edgar Bodenheimer*, Norm und Ermessen in der Entwicklung des amerikanischen internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 51 (1987), 1; *Patrick J. Borchers*, The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study, *Wash & Lee L. Rev.* 49 (1992), 357; *Lea Brilmayer*, Post-modernism in American Choice of Law, in: *Liber Memorialis Laurent* (1989), 695; *Michael S. Green*, Legal Realism, Lex Fori, and the Choice-of-Law Revolution, *YaleLJ* 104 (1994/95), 967; *Willis L. Reese*, American Choice of Law, *AmJCompL* 30 (1982), 135; *Symeon C. Symeonides*, American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century, *Will. L. Rev.* 37 (2001), 1.

und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen andererseits umfasst,<sup>4</sup> teilweise sogar das Recht der Staatsangehörigkeit und das Fremdenrecht.<sup>5</sup> Dem steht ein enger Begriff des Internationalen Privatrechts gegenüber, der sich allein auf die Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts bezieht.<sup>6</sup> Im angloamerikanischen,<sup>7</sup> aber auch im romanischen<sup>8</sup> Rechtsraum ist der weite Begriff herrschend, während sich etwa in Deutschland und Österreich der enge Begriff durchgesetzt hat. Um seinen Umfang zu begrenzen, wird sich dieser Beitrag auf den engeren Begriff des Internationalen Privatrechts beschränken. Weiterhin ist eine Beschränkung auf solche Denkschulen angezeigt, welche sich spezifisch auf das Wesen, die Aufgabe oder die grundsätzliche Funktionsweise des IPR beziehen.

## II. Denkschulen des IPR: eine Auswahl

### A. Historische Paradigmenwechsel

#### 1. Vom Personalitätsprinzip zum Territorialitätsprinzip

Geht man historisch vor, so bietet es sich an, die Betrachtung mit dem Paradigmenwechsel vom Personalitätsprinzip zum Territorialitätsprinzip zu beginnen, wie er sich seit Beginn der Völkerwanderung bis hin ins 11. und 12. Jahrhundert vollzogen hat.<sup>9</sup> War das Recht der wandernden germanischen Stämme durch einen personalen Geltungsbereich gekennzeichnet, d.h. wurde grundsätzlich jeder nach seinem eigenen Stammesrecht beurteilt,<sup>10</sup> setzte sich im Frühmittelalter schrittweise das Territorialitätsprinzip durch, wonach Rechtsnormen primär einen territorialen Geltungsbereich aufweisen: Sie gelten für Untertanen, deren Eigenschaft als solche vor allem durch ihr Verweilen im Territorium definiert ist.<sup>11</sup> Aus Stammesrecht wird Landesrecht. Zugleich entwickeln sich gegen Ende dieser Zeit die ersten allseitigen Kollisionsnormen moderner Prägung: So wurden etwa Rechtsgeschäfte nach dem Recht des Ortes beurteilt, an dem sie getätigt wurden („*locus regit actum*“).<sup>12</sup> Auch Urformen der Regeln von *lex loci delicti* und *lex rei sitae* stammen aus dieser Epoche.<sup>13</sup>

---

4 So etwa Arthur Nussbaum, Grundzüge des internationalen Privatrechts, 1952, 3; Petros Vallindas, Droit international privé „lato sensu“ ou „stricto sensu“, in: Mélanges Maury I, 1960, 509 ff.

5 Vgl. hierzu etwa Alexander Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl. 1962, 103 ff.

6 Von dieser Terminologie ausgehend etwa Neuhaus (o. Fn. 1), 2. Statt vieler ferner Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2001, 2; Staudinger-Fritz Sturm/Gudrun Sturm, Einleitung zum IPR Rn. 9 ff.; MünchKomm-BGB/Hans-Jürgen Sonnenberger, Einleitung IPR Rn. 3 ff., alle m.w.N.

7 Vgl. etwa David McClean/Kisch Beevers, Morris – The Conflict of Laws, 6. Aufl. 2005, Rn. 1-008; Symeon C. Symeonides, Private International Law, 2008, 16.

8 Vgl. etwa Pierre Mayer/Vincent Heuzé, Droit international privé, 9. Aufl. 2001, 11 f.

9 Im Überblick hierzu v. Bar (o. Fn. 1), Rn. 416 ff.; Max Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, 1977, 7 ff., jeweils mit umfangreichen w.N.

10 Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 3. Aufl. 1961, 382 m.w.N.

11 Gutzwiller (o. Fn. 9), 9 ff. m.w.N., insbesondere auch zum Ursprung dieser Entwicklung in den besonderen Gegebenheiten der italienischen Stadtstaaten.

12 Hierzu mit detaillierter Quellenwiedergabe Karl Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Zweites Stück: Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, 1916, 120 ff.

13 Neumeyer (o. Fn. 12), 124 f. m.w.N.

## 2. Von der Statutentheorie zum Sitz des Rechtsverhältnisses

Mit der Verknüpfung von Normgeltung und Territorialität war indessen auch der Gedanke des territorialen Geltungsanspruchs einer Norm geboren. Dieser Gedanke war leitend für die sogenannte Statutentheorie,<sup>14</sup> die das Internationale Privatrecht etwa vom 13. bis zum frühen 19. Jahrhundert beherrschte.<sup>15</sup> Trotz aller Unterschiede, die etwa zwischen der Arbeit der Glossatoren,<sup>16</sup> derjenigen der Kommentatoren<sup>17</sup> und weiter den Bemühungen der französischen (Charles Dumoulin, Bertrand d'Argentré u.a.), niederländischen (Paul und Johannes Voet, Ulrich Huber u.a.) und deutschen (Heinrich von Cocceji, Johann Nikolaus Hert u.a.) Juristen seit dem 16. Jahrhundert<sup>18</sup> bestanden, und trotz aller Streitigkeiten im Detail, insbesondere über das relative Gewicht von Personalitäts- und Territorialitätsprinzip,<sup>19</sup> ging man doch relativ einhellig von den Sachnormen, also den „Statuten“, aus und suchte aus ihrem Inhalt auf ihren Anwendungsbereich zu schließen. Berühmt geworden ist die Dreiteilung in *statuta personalia*, *statuta realia* und *statuta mixta*, letztere sich etwa auf Verträge oder unerlaubte Handlungen beziehend.<sup>20</sup> Die sogenannte Überwindung der Statutentheorie wird gemeinhin Wächter, aber vor allem Savigny zugeschrieben,<sup>21</sup> der jedenfalls den Weg bereitet hat für ein Internationales Privatrecht moderner Prägung. Die „kopernikanische Wende“,<sup>22</sup> die Savigny zumindest eingeläutet hat, ist diejenige von der Sachnorm zum Rechtsverhältnis.<sup>23</sup> Es wird nicht mehr primär nach dem personalen oder territorialen Anwendungsbereich einer Sachnorm gefragt, sondern danach, welcher Rechtsordnung ein bestimmtes Rechtsverhältnis sachgerechter Weise unterliegen sollte.

14 Zu den Ursprüngen der Statutentheorie in der Dogmengeschichte ab 1250 *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 18 f. m.w.N. und zentralen Quellentexten. Für einen knizisen Überblick über die Statutentheorie Reiner Schulze, Statutentheorie, in: *Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller* (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 1990, Sp. 1922-1926.

15 Als erste Zentralfiguren der Statutentheorie werden gemeinhin Bartolus de Saxoferrato (1314) und Baldus de Ubaldis (1319-1400) angesehen. Meilensteine in der Ablösung der Statutentheorie waren die Aufsatzreihe von *Carl Georg Wächter*, Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP 24 (1841) 230; 25 (1842) 1, 161, 361, sowie vor allem die Arbeit von *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 8: Über die örtliche und zeitliche Geltung der Gesetze, 1849.

16 Am eingehendsten zum Denken der Glossatoren (etwa *Irnerius*, *Aldricus* oder *Hugolinus*) wohl *Friedrich Carl von Savigny*, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Band V: Das dreizehnte Jahrhundert, 1850, 228 ff. S. ferner *Hermann Lange*, Römisches Recht im Mittelalter I: Die Glossatoren, München 1997.

17 Zu dieser Gruppe von Autoren, die Namen wie *Jacques de Révigny*, *Johannes Faber* oder *Albertus Gandinus*, umfasst, *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 22 ff. m.w.N.

18 Zusammenfassende Darstellung etwa bei *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 69 ff., 81 ff., 117 ff., 177 ff., jeweils mit den dortigen w.N.

19 S. hierzu im Einzelnen die Nachweise bei Fn. 14, 16.

20 Diese Unterscheidung geht im Kern bereits auf *Bartolus* selbst zurück, s. hierzu *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 31 ff.

21 S. zu ihren jeweiligen Zentralschriften in diesem Zusammenhang o. Fn. 16. Zu ihrer Bedeutung bei der Ablösung der Statutentheorie etwa v. *Bar* (o. Fn. 1), Rn. 49 ff., 53 ff. m.w.N. Kritisch zum letztlich fortbestehenden Verhaftetsein Wächters in der Statutentheorie aber etwa *Kurt Lipstein*, Principles of the Conflict of Laws. National and International, 1981, 21.

22 Dieses *dictum* geht zurück auf *Paul Heinrich Neuhaus*, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, RabelsZ 15 (1949/50), 364, 366.

23 Nach einer berühmten Passage in v. *Savigny* (o. Fn. 16), 3, gilt es „daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat).“ Zum Fortwirken der Orientierung am Lebenssachverhalt im heutigen IPR (aber auch zum Fortwirken „statutistischer“ Ansätze) etwa MünchKomm-BGB/Sonnenberger, Einleitung IPR Rn. 19 ff. mit umfangreichen w.N.

### 3. Vom Universalismus zum Autonomismus

Die Überwindung der Statuentheorie bedeutete indessen nicht bloß einen Wechsel des gedanklichen Ansatzpunktes, sondern war eng verknüpft mit dem nach Savigny in einer Zeit sich formender Nationalstaaten und der Verstaatung bzw. Positivierung von Privatrecht aufflammenden Konflikt zwischen Universalisten einerseits und Nationalisten bzw. Autonomisten andererseits.<sup>24</sup> Versuchten erstere, das IPR aus universell geltenden, letztlich völkerrechtlichen Prinzipien abzuleiten,<sup>25</sup> bestanden letztere auf der Freiheit jedes nationalen Gesetzgebers, das internationale Privatrecht für die Gerichte seines räumlichen Herrschaftsbereichs autonom zu ordnen.<sup>26</sup>

Die autonomistische Sichtweise sollte sich spätestens bis zur ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts durchgesetzt haben.<sup>27</sup> Damit galt es nicht mehr bloß, eine einzig richtige, überall identische Kollisionsrechtsordnung zu erkennen, sondern es galt, für den eigenen Rechtsbereich sinnvolles Kollisionsrecht zu schaffen, wenngleich die Kollisionsrechtsvereinheitlichung doch als rechtspolitisches Ideal nie aufgegeben wurde und in zahlreichen internationalen Übereinkommen kollisionsrechtlichen Inhalts sowie in jüngerer Zeit in Rechtsakten der EU ihren Niederschlag gefunden hat.

### B. Kontemporäre Gegensätze

Kann man historisch gesehen eine klare Entwicklung hin zu Kollisionsnormen feststellen, die – vorbehaltlich staatsvertraglicher oder europarechtlicher Regelungen – autonom von jedem souveränen Staat selbst festgelegt werden, und ein Rechtsverhältnis einer für dieses Rechtsverhältnis passenden, ihrerseits territorial definierten Rechtsordnung zuweisen, bleiben doch im Einzelnen noch eine Reihe von Unterschieden in der Herangehensweise, die man im weitesten Sinne als unterschiedliche „Denkschulen“ deklarieren kann. Dabei soll sich die folgende Darstellung auf Strömungen beschränken, die sich spezifisch auf die Begründung oder die Funktionsweise des IPR beziehen. Nicht einzugehen ist daher etwa – trotz ihrer großen Bedeutung – auf die Kollisionsrechtsvergleiche oder auf die ökonomische Analyse des IPR.<sup>28</sup>

---

24 Im Überblick zum Gegensatz dieser beiden Schulen etwa *Harald Baum*, Alternativanknüpfungen: Begriff, Funktion, Kritik, Diss. 1985, 214 ff.; *Gabriele Scherer*, Das internationale Privatrecht als globales System, Diss. 2005, 199 ff.

25 So etwa *Ernst Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Band 1, 1897, 71 ff.; *Ernst Frankenstein*, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Band 1, 1926, 28 ff.

26 Frühe Opponenten gegen die universalistische Sichtweise und damit Wegbereiter des Autonomismus waren etwa *Walther Burckhardt*, Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, 1919; *Arthur Nussbaum*, Deutsches internationales Privatrecht, 1932; *Theodor Niemeyer*, Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1915, wo sich (S. 40) auch die für den ganzen Autonomismus geradezu programmatische Aussage findet: „Die Gesetzgebung hat bei der Würdigung der internationalen Gesichtspunkte freie Hand; ihr Ermessen ist durch keine völkerrechtliche Norm gebunden“.

27 *Erik Jayme*, Internationales Privatrecht Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht, 2008, 166 f.; *Baum* (o. Fn. 24) 117 f.

28 Zur Kollisionsrechtsvergleiche etwa *Günther Beitzke*, Bemerkungen zur Kollisionsrechtsvergleiche in der Praxis, *RabelsZ* 48 (1984), 623; *Bernhard Grossfeld*, Rechtsvergleichung, 2001, 45 ff. Zur ökonomischen Analyse des IPR etwa *Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono*, An Economic Analysis of Private International Law, 2006.

## 1. Unilateralistische und multilateralistische Systeme

Die Freiheit nationaler Gesetzgeber, das IPR für die Gerichte ihres territorialen Herrschaftsbereichs autonom zu ordnen, fußt letztlich im Gedanken nationalstaatlicher Souveränität. Aus dem Souveränitätsgedanken kann es auch abgeleitet werden, IPR ganz oder teilweise als ein System einseitiger Kollisionsnormen zu begreifen, die vor allem den Geltungsbereich des eigenen Rechts festlegen.<sup>29</sup> Dies geschieht aufgrund einer generellen nationalen Fokussierung des rechtlichen Denkens, die sich vor allem um die Anwendung des eigenen Rechts kümmert und der Anwendung fremden Rechts eher gleichgültig gegenübersteht,<sup>30</sup> aufgrund von Bedenken, die sich gegen die Handhabbarkeit hoch komplexer allseitiger Kollisionsregeln richten,<sup>31</sup> darüber hinaus aber aus einer gewissen Scheu heraus, den Anwendungsbereich ausländischer Normen festzulegen und damit möglicherweise in die souveräne Entscheidung anderer Staaten einzugreifen.<sup>32</sup> Ähnliche Souveränitätsüberlegungen haben unter anderem zur Entwicklung der *local law theory*<sup>33</sup> oder ganz generell zu der Annahme geführt, dass ausländisches Recht im Prozess nicht als Recht, sondern als Tatsache zu behandeln sei.<sup>34</sup>

Letztlich durchzusetzen vermochten sich derartige unilateralistische Systeme freilich nicht,<sup>35</sup> wengleich einseitige Kollisionsnormen bis heute in nationalen Kodifikationen des Internationalen Privatrechts zu finden sind<sup>36</sup> und sich der Gedanke der Nichteinmischung auch in der Begründung jüngerer IPR-Gesetzgebung durchaus wiederfindet.<sup>37</sup> Im Allgemeinen aber entstehen durch Häufung oder Mangel „anwendungswilliger“

29 Propagiert wurden einseitige Kollisionsregeln am Ende des 19. Jahrhunderts hauptsächlich von den frühen Vertretern der so genannten politischen Schule des IPR. Als einen frühen Markstein dieser Schule kann man das Werk von *Josephus Jitta*, *La méthode du droit international privé*, 1980, ansehen, das sich sehr kritisch mit dem „internationalistischen“ Ansatz von Denkern wie *v. Savigny* und *Mancini* auseinandersetzt. Bedeutende frühe Vertreter waren neben *Jitta* etwa *Etienne Bartin*, *Clunet* 1897, 225, und *Franz Kahn*, *JhJb* 30 (1891) 1; 40 (1899) 1. Für einen Überblick über die „politische Schule“ s. *Manfred Rehbinder*, *JZ* 1973, 151 mit umfangreichen w.N.

30 Bezeichnend hierfür etwa *Kahn* (o. Fn. 29).

31 Zu diesen Bedenken etwa *Jitta* (o. Fn. 29), 33.

32 So formuliert etwa *Julius Schnell*, *Über die Zuständigkeit zum Erlaß von Gesetzen und über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, *ZIR* 5 (1985), 337, dass das Deutsche Reich schon völkerrechtlich nicht befugt sei, „Frankreich und Spanien vorzuschreiben, wie sie auf den der deutschen Herrschaft nicht unterworfenen Gebieten des Privatrechts die Grenzen ihrer gesetzgebenden Gewalt festzusetzen haben“.

33 Zentrale Bausteine dieser Theorie werden formuliert in *Walter Wheeler Cook*, *The Logical and Legal Basis of the Conflicts of Law*, *Yale LJ* 33 (1924), 457 ff.; ferner in den Ausführungen von *Judge Learned Hand*, in *Guinness v. Miller*, 291 Fed. 769, 770 (S.D.N.Y., 1923).

34 S. zur so genannten *local data theory* insbesondere *Albert Ehrenzweig*, *Private International Law*, Band I, 1967, 77 ff.; *Eric Jayme*, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, in: *Gedächtnisschrift Ehrenzweig*, 1967, 35 ff.

35 So waren beispielsweise die überwiegend einseitigen Kollisionsnormen des deutschen EGBGB von 1896 bereits weitgehend zu allseitigen Kollisionsnormen erweitert worden, bevor die Neufassung des EGBGB im Jahre 1986 die Kollisionsregeln dann auch ihrem Wortlaut nach als allgemeine fasste. S. hierzu *Kropholler* (o. Fn. 6), 106; ferner eingehend *Michael Behn*, *Die Entstehungsgeschichte der einseitigen Kollisionsnormen des EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Haltung des badischen Redaktors Albert Gebhard und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht*, 1980.

36 Als Beispiel aus dem deutschen IPR sei Art. 17a EGBGB genannt.

37 So etwa in der Regierungsbegründung zur Neufassung des deutschen internationalen Privatrechts im Jahre 1986 in Bezug auf das Staatsangehörigkeitsprinzip, s. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, 31; vgl. auch die Regierungsbegründung zu Art. 43 Abs. 3 EGBGB, BT-Drucks. 13/343, 16.

Rechtsordnungen so viele Probleme und ausfüllungsbedürftige Lücken,<sup>38</sup> dass es den Anforderungen, die an moderne Kollisionsrechte gestellt werden, regelmäßig nicht mehr genügt.

## 2. *Legitimation durch Staatsinteressen und privatrechtliche Interessen*

Bis heute kaum entschieden ist das Spannungsverhältnis zwischen Sichtweisen, welche das IPR im Wesentlichen als Angelegenheit zwischen souveränen Staaten betrachten, und solchen, welche im IPR nur die kollisionsrechtliche Verlängerung genuinen Privatrechts erblicken. Zu den erstgenannten Sichtweisen gehört sicherlich der *comitas*-Gedanke, wonach es aus Gründen der Souveränität keine Rechtspflicht zur Anwendung fremden Rechts geben könne, seine Beachtung aber gleichwohl ein Gebot freundlichen Entgegenkommens zwischen den Staaten sei.<sup>39</sup> Er war im 17. Jahrhundert in den Niederlanden entwickelt worden.<sup>40</sup> Namentlich Ulrich Huber hatte in diesem Zusammenhang großen Einfluss.<sup>41</sup> Dieser Einfluss lebt vor allem deswegen bis heute fort, weil die Länder des Common Law, lange Zeit dem Gedanken der Anwendung der *lex fori* verhaftet, ihn bereitwillig aufnahmen und zum zentralen Geltungsgrund ihres Internationalen Privatrechts erhoben.<sup>42</sup>

Bereits die konkrete Ausgestaltung des IPR betrifft die maßgeblich von Brainerd Currie entwickelte *governmental interests analysis*,<sup>43</sup> die sowohl in den U.S.A. als auch in Europa eine Reihe von Autoren maßgeblich beeinflusst hat.<sup>44</sup> Danach ist die Auswahl des anwendbaren Rechts in erster Linie danach vorzunehmen, welcher Staat das stärkste legitime Interesse an einer Durchsetzung der in den eigenen Rechtsnormen verwirklichten politischen Zielsetzungen hat.

---

38 *Martin Wolff*, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 58, beschrieb wohl als erster solche Situationen als Normenhäufung und Normenmangel. Zur Gefahr, dass einseitige Kollisionsnormen solche Situationen schaffen, etwa *v. Bar/Mankowski* (o. Fn. 1), 524.

39 Paradigmatisch für diesen Ansatz formuliert *Paul Voet*, De statutis eorumque concursu, 1715, Sect. IV Cap. II Nr. 17: „Wenn ein benachbartes Volk die Sitten des Nachbarn aus Zuvorkommenheit befolgen will und damit nicht viel Wohlbestelltes gestört werde, pflegen in diesem sittlichen Hinblick die Statuten das Territorium des Gesetzgebers nach erfolgter Einsicht in die Wirkung zu überschreiten“ (Übersetzung nach *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 312).

40 Maßgebliche Autoren waren – neben *Ulricus Huber* (zu ihm sogleich) – *Paul Voet* (1619–1667) und sein Sohn *Johannes Voet* (1647–1714). S. zu einem Überblick über die niederländische *comitas*-Schule *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 117 ff.

41 *Ulricus Huber* (1636-1694) entwickelte aus dem *comitas*-Gedanken und einem verstärkten Rückgriff auf das römische Recht den Ansatz der „wohlerworbenen Rechte“, die unter der Rechtsordnung eines Staates erlangt werden und dann von den Rechtsordnungen anderer Staaten im Prinzip zu respektieren sind; vgl. *Ulricus Huber*, De conflictu legum, in: Praelectiones juris romani et hodierni, 1749, pars II, liber I, tit. III. Hiermit legte er nicht nur einen Grundstein für die Überwindung der Statutentheorie (hierzu schon o. Fn. 22) sondern auch für die Entwicklung der anglo-amerikanischen IPR-Denkschulen in den nachfolgenden Jahrhunderten. S. zu Denken und Bedeutung *Hubers* etwa *Gutzwiller* (o. Fn. 9), 155 ff.; *Ernest Lorenzen*, Selected Articles on the Conflict of Laws, 1947, 136 ff.

42 Zum Einfluss der niederländischen Schule auf das anglo-amerikanische IPR etwa *v. Bar/Mankowski* (o. Fn. 1), 501 ff. m.w.N.

43 Eingehend zu Werk und Person *Jack Sammons*, *Brainerd Currie: I Am the Very Model of a Modern Intellectual*, Mercer L. Rev. 48 (1997) 623 ff.

44 S. (kritisch) zu zeitgenössischen Vertretern und Ansätzen dieser Denkschule *Lea Brilmayer*, *Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations*, 46 Ohio St. L.J. (1985) 459, insbes. 462 ff. mit umfangreichen w.N. Zur Ausstrahlung der *governmental interest analysis* nach Europa auch *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2000, 180 f.

Dem gegenüber steht der in Kontinentaleuropa mittlerweile vorherrschende Gedanke, dass es im IPR maßgeblich um privatrechtliche Interessen geht.<sup>45</sup> Insbesondere Kegel ist es zu verdanken, diese Interessen klar herausgearbeitet zu haben: Er unterscheidet internationalprivatrechtliche Interessen, die er weiter in Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen unterteilt,<sup>46</sup> und materiellprivatrechtliche Interessen;<sup>47</sup> öffentlichrechtlichen Interessen bzw Staatsinteressen kommt daneben ein gewisser, aber deutlich untergeordneter Platz zu.<sup>48</sup>

### 3. Subjektivrechtliche und objektivrechtliche Systeme

Privatrechtliche Interessen haben eine subjektivrechtliche und eine objektivrechtliche Dimension. Die meisten Systeme des IPR legen ihren Fokus auf das anwendbare objektive Recht und suchen dieses zu bestimmen, während sich subjektive Rechte erst aus dem anwendbaren objektiven Recht ergeben können. Dagegen bauen andere Theorien des IPR ganz auf subjektiven Rechten auf. Dazu gehört etwa die *vested rights theory* bzw *théorie des droits acquis*, die für England von Albert Venn Dicey,<sup>49</sup> für die U.S.A. von Joseph Beale<sup>50</sup> und für Frankreich von Antoine Pillet<sup>51</sup> entwickelt worden ist. Danach muss ein subjektives Recht, das in einem anderen Staat legitim erworben worden ist, auch im Inland anerkannt werden, was indirekt zur Anwendung ausländischen objektiven Rechts führt. Im Ergebnis haben die subjektivrechtlichen Ansätze sich international nicht durchsetzen können, und auch John Morris hat sich bei seiner Fortführung des von Dicey begründeten Standardwerks von der *vested rights theory* distanziert.<sup>52</sup>

### 4. Verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Systeme

Der berühmte, aber meist überbetonte Graben zwischen Civil Law und Common Law zeigt sich im Internationalen Privatrecht noch in einer anderen Beziehung. Typisch für Common Law Rechtsordnungen ist – zumindest in einigen Bereichen, wie dem Familienrecht, und zumindest außerhalb der Geltung von EU-Kollisionsrecht – dass sie primär nur die Frage nach der internationalen Zuständigkeit stellen,<sup>53</sup> welche ihrerseits auch aufgrund wertender Kriterien im Einzelfall nach der Lehre vom *forum conveniens* bzw. *forum non conveniens* bestimmt werden kann.<sup>54</sup> Ist nach diesen Grund-

45 S. hierzu *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 114 ff.; v. *Bar/Mankowski* (o. Fn. 1), 9.

46 *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 117 ff.

47 *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 127 ff.

48 *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 130 ff.

49 *Albert Venn Dicey*, *Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, 3. Aufl. 1922, insbes. 10 f.

50 *Joseph Beale* verfasste das erste „Restatement of the Law of Conflict of Laws“, in dem er seine Position zugrundelegte, s. etwa *American Law Institute*, *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, 1934, Erläuterungen zu § 6; ferner *ders.*, *A Treatise on the Conflicts of Law*, Band III, 1935, insbes. 1968 f.

51 *Antoine Pillet*, *Principes de droit international privé*, 1903, insbes. 27 ff., 520 ff.

52 Vgl. etwa *Albert Venn Dicey*, *Conflict of Laws*, 5. Auflage 1932, 17: „... any right which has been fully acquired under the law of any civilised country is recognised, and, in general, enforced by English law.“ einerseits und andererseits die von *John Humphrey Carlile Morris* grundlegend neu bearbeitete 6. Auflage 1949, 11: „Any right which has been acquired under the law of any civilised country which is applicable according to the English rules of the conflict of laws is recognised ...“.

53 Vgl. *Lawrence Collins* u.a., *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, 14. Aufl. 2006, para. 1-004; *Symeonides* (o. Fn. 7), 18; *Cheshire & North's*, *Private International Law*, 13. Aufl. 1999, 16 f. m.w.N.

54 Eingehend zur Rechtsfigur des *forum non conveniens* *Collins* (o. Fn. 54), para. 12-001 ff.



sätzen internationale Zuständigkeit gegeben, wendet das berufene Gericht automatisch sein eigenes Recht an; die gleiche Praxis wird auch von anderen Staaten erwartet und toleriert, so dass Entscheidungen ausländischer Stellen gegebenenfalls anerkannt werden.<sup>55</sup> Dieser Ansatz steht in diametralem Gegensatz zum verweisungsrechtlichen Ansatz, der die Frage des anwendbaren Rechts von derjenigen nach der internationalen Zuständigkeit ganz abstrahiert. International gesehen ist er – nicht zuletzt wegen der fortschreitenden EU-Gesetzgebung im Bereich des internationalen Familien- und Erbrechts<sup>56</sup> – auf dem Rückzug.

Das Gleiche gilt übrigens für eine weitere – auch unter dem Begriff „fakultatives Kollisionsrecht“ bekannte – Spielart verfahrensrechtlicher Sichtweise, nämlich der Annahme, dass sich eine Partei im Prozess auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts berufen müsse, anderenfalls das Gericht sein eigenes Recht anwende.<sup>57</sup> Diese Theorie dürfte sich indes international nicht durchsetzen können.<sup>58</sup>

### 5. Engste Verbindung und better law approach

Innerhalb vieler der bislang genannten Denkschulen ist es zu beobachten, dass die Gewichtung zwischen internationalprivatrechtlichen und materiellprivatrechtlichen Aspekten unterschiedlich vorgenommen wird. Die Meinungen reichen von einer materiellrechtlich weitgehend neutralen, eher technisch ausgestalteten und rein an abstrakten Merkmalen, insbesondere dem Prinzip der engsten Verbindung<sup>59</sup> orientierten Kollisionsrechtsordnung,<sup>60</sup> über verschiedene Modelle einer Kombination von Sachrechtsnormen unterschiedlichen Ursprungs und damit der Schaffung eines „künstlichen“ Mischrechts<sup>61</sup> bis hin zu einem *better law approach*,<sup>62</sup> der offen die Anwendung des inhaltlich überzeugenderen Rechts propagiert.

55 S. zu diesem Prinzip der „territoriality“ etwa *Symeonides* (o. Fn. 7), 65 f.

56 Vgl. zu europäischen Vereinheitlichungstendenzen im Familienrecht *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, 14 f. Zu den Arbeiten an einer Erbrechtsverordnung der Europäischen Union *Kropholler* (o. Fn. 6), 434.

57 Hierfür insbesondere *Axel Flessner*, Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 34 (1970), 547; *Daniel Reichert-Facilides*, Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht, 1995; *Thomas de Boer*, Facultative Choice of Law, *Rec. des Cours* 257 (1996), 223.

58 Gegen ein „fakultatives Kollisionsrecht“ etwa *Dörthe Koerner*, Fakultatives Kollisionsrecht in Deutschland und Frankreich, 1995; *Alfred von Overbeck*, La théorie des „règles de conflit facultatives“ et l'autonomie de la volonté, in: *Festschrift für Frank Vischer*, 1983, 257; *Kropholler* (o. Fn. 6), 45 f.

59 Eingehend zur Suche nach der „engsten Verbindung“ als *der Leitmaxime des (kontinentaleuropäischen) IPR* etwa *Paul Lagarde*, Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé, *Rec. Des Cours* 196 (1986 – I), 9 ff. S. dort (33 ff.) auch zur Herkunft und Durchsetzungsgeschichte des Prinzips, sowie (25 f.) zur geradezu klassischen Definition: „Ce principe exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits“.

60 Zusammenfassend zur Orientierung heutiger (jedenfalls europäischer) Kollisionsrechtsordnungen am Prinzip der engsten Verbindung und zur Fundamentierung dieses Ansatzes in der herrschenden Lehre etwa *Kropholler* (o. Fn. 6), 25 ff.; *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 257 ff., insbesondere auch mit Kritik an einem untätigen Rückzug des Gesetzgebers auf dieses Prinzip; *Lagarde* (o. Fn. 59), 66 ff., alle m.w.N.

61 In diese Richtung denken (mit Unterschieden im Detail) etwa *Donald Trautmann*, The Relation between American Choice of Law and Federal Common Law, *Law & Cont. Prob.* 41 (1977), 105 ff.; *Arthur von Mehren*, Choice of Law and the Problem of Justice, *Law & Cont. Prob.* 41 (1977), 27 ff. *Ernst Steindorff*, Sachnormen im internationalen Privatrecht, 1958.

62 Für diesen Ansatz etwa *Robert Lefflar*, *American Conflicts Law*, 3. Aufl. 1977, 193 ff.; *Friedrich Juenger*, *Zum Wandel des IPR*, 1974, 21 ff.

Die meisten Kollisionsrechtsordnungen verbinden heute den internationalprivatrechtlichen Ansatz mit moderaten Formen materiellrechtlicher Orientierung, wie sie etwa in alternativen Anknüpfungen (*favor testamenti*, *favor legitimationis*, usw.)<sup>63</sup> oder in Günstigkeitsvergleichen, zuweilen gar in der Form einer „Rosinenlösung“ (z.B. bei Verbraucherverträgen),<sup>64</sup> zum Ausdruck gelangt. Daneben kommen materiellrechtliche Elemente selbstredend bei der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts zum Zuge.<sup>65</sup>

### III. Verweisungs-, Geltungs- und Anerkennungsparadigma

Die Vielfalt dessen, was sich als „Denkschule“ im weiteren Sinne innerhalb des internationalen Privatrechts identifizieren lässt, ist enorm. Die Systematisierung fällt umso schwerer als die unterschiedlichen Richtungen auf ganz unterschiedlichen Abstraktionsebenen ansetzen und ganz unterschiedliche Aspekte betreffen: Geht es den einen um Geltungsgrund und prinzipielle Wirkungsweise des IPR, setzen andere an der konkreten Ausgestaltung eines bestimmten Modells oder an seiner praktischen Handhabung an.

#### A. Drei Grundmodelle des IPR

Analysiert man die bislang genannten Denkschulen unter dem Blickwinkel ihrer grundsätzlichen Herangehensweise an das IPR, werden drei paradigmatische Denkweisen deutlich. Diese können – sprachlich nur mehr oder weniger treffend – als Verweisungs-, Geltungs- und Anerkennungsparadigma bezeichnet werden.

##### 1. Verweisungsparadigma

Das Verweisungsparadigma liegt dem größten Teil des modernen IPR zugrunde, welches unter Bedingungen territorial geltenden Rechts ein Rechtsverhältnis der für dieses Rechtsverhältnis „passendsten“ Rechtsordnung zuweist. Geht es etwa um die Rechte und Pflichten von Ehegatten untereinander, stehen nach dem Verweisungsparadigma

63 Vgl. eingehend zu Alternativanknüpfungen und anderen Ausgestaltungsformen für ein kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip *Christian Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 1996, insbes. 28 ff.

64 Zentrales Beispiel ist Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-Verordnung), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008, 6. Diese Bestimmung bewirkt besonderen Verbraucherschutz vor allem durch zwei Maßnahmen: Erstens bleiben die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des (hypothetischen) objektiven Vertragsstatutes auch dann anwendbar, wenn die Parteien eine Rechtswahl zu einem anderen Vertragsstatut getroffen haben (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO). Und zweitens führt eine besondere, von der allgemeinen Anknüpfungsregel für Verträge aus Art. 4 Rom I-VO abweichende, objektive Anknüpfungsregel zur Geltung des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, s. aber auch die Ausnahmen von dieser Anknüpfungsregel nach Art. 6 Abs. 3 und 4 Rom I-VO). S. zu dieser Ausgestaltung der Kollisionsregel für Verbraucherverträge bzw. zu ihrer gleichlautenden Vorgängerregel in Art. 5 EVÜ (für das deutsche Recht umgesetzt durch Art. 29 EGBGB) *Abbo Junker*, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPrax 1993, 4 ff., insbes. 7 ff.; *Rauscher-Bettina Heiderhoff*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Bearbeitung 2011. Rom I-VO, Rom II-VO, Art. 6 Rn. 1 ff. mit umfangreichen w.N.

65 S. eingehend hierzu *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 450 ff., auch zur Frage, ob bei der *ordre public*-Bestimmung neben materiellrechtlichen auch kollisionsrechtliche Interessen zu berücksichtigen sind.

im Mittelpunkt die Rechtsfrage nach dem Bestehen der Ehe und die Rechtsfrage nach ihren Wirkungen und muss nunmehr entschieden werden, welche Rechtsordnung am sachgerechtesten über diese Rechtsfragen zu entscheiden hat. Aufgabe des IPR ist es, diese Zuweisung vorzunehmen. Es erfüllt diese Aufgabe regelmäßig durch Qualifikation der Rechtsfragen<sup>66</sup> und durch ihre Anknüpfung<sup>67</sup> an ein bestimmtes Element des Lebenssachverhalts; der Erstverweisung kann dann, wenn das IPR einen *renvoi* zulässt, eine Rück- oder Weiterverweisung folgen.

Irrelevant ist es dabei, ob sich die betreffende Verweisungsnorm aus nationalem, supranationalem oder internationalem Recht ergibt, und ob ausländisches Recht als ausländisches Recht, als gleichlautende inländische Norm oder als Faktum berücksichtigt wird, sofern nur das Ergebnis einer Anwendung des ausländischen Rechts gleichkommt. Besonders gut passt das Verweisungsparadigma allerdings zu einer Auffassung, welche ausländisches Recht auch tatsächlich als solches anwendet. Prinzipiell ebenso irrelevant ist es, nach welchen Kriterien ermittelt wird, welche Rechtsordnung die passendste ist. Das Verweisungsparadigma verträgt sich jedoch am besten mit einer privatrechtlichen Deutung, welche wesentlich auf die Interessen der Parteien, aber auch des Rechtsverkehrs und der gesamten Privatrechtsordnung abstellt. Die Kriterien, die am Ende den Ausschlag geben, können abstrakt kollisionsrechtliche Erwägungen und damit inhaltsneutrale Erwägungen sein, insbesondere das Prinzip der engsten Verbindung,<sup>68</sup> oder auch eine ergebnisorientierte Sichtweise, welche die potenziell erzielbaren Ergebnisse der Rechtsanwendung beschreibt und bewertet. Wieder ist es jedoch die inhaltsneutrale Lösung, welche sich bruchloser in die innere Logik des Verweisungsparadigmas einpasst.

Das Verweisungsparadigma entspricht dem, was die meisten als eigentliches IPR bezeichnen würden, wie es von Friedrich Carl von Savigny vorbereitet<sup>69</sup> und von Persönlichkeiten wie Ernst Rabel<sup>70</sup> oder Gerhard Kegel<sup>71</sup> nachhaltig geprägt worden ist.

---

66 Der Begriff „Qualifikation“ für die Subsumtion eines Rechtsverhältnisses unter den Tatbestand einer Kollisionsnorm geht auf *Bartin* (o. Fn. 29) zurück. Als Begründer der Qualifikations-Dogmatik kann ferner *Kahn* (o. Fn. 29) angesehen werden. S. eingehend zur Rechtsfigur der Qualifikation etwa *Christophe Bernasconi*, *Der Qualifikationsprozess im IPR*, 1997.

67 S. zur Operation der Anknüpfung, also der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung anhand eines Merkmals („Anknüpfungsmoment“), den der zu beurteilende Sachverhalt aufweist, etwa *Kropholler* (o. Fn. 6), 134 ff.

68 S. hierzu bereits o. Fn. 59.

69 S. zu v. *Savignys* „kopernikanischer Wende“, welche zum Blick auf das Rechtsverhältnis führt und aus dessen charakteristischen Merkmalen auf das anzuwendende Recht schließt, bereits o. Fn. 16, 21.

70 Ein zentraler Beitrag *Rabels* liegt in der Verselbständigung der Systembegriffe des internationalen Privatrechts gegenüber denjenigen einer bestimmten Sachrechtsordnung. Gemeinsam mit seinem Konzept der rechtsvergleichend arbeitenden Qualifikation ermöglichte dieser Schritt den Ausbau der Kollisionsnormen zu Instrumenten, welche dem Verweisungsparadigma effektiv Geltung verleihen konnten. Vgl. als zentrale Arbeiten hierbei *Ernst Rabel*, *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* 5 (1931), 241; *ders.*, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Band I-IV, 1945/1958.

71 *Gerhard Kegel*, ein Schüler *Rabels*, war für das (insbesondere deutsche) internationale Privatrecht der Nachkriegszeit von kaum zu überschätzender, systembildender Bedeutung, hat er doch mit der ersten eingehenden Kommentierung des deutschen internationalen Privatrechts eine von der Beachtung der relevanten Interessen (dazu bereits o. Fn. 44) geleitete, methodologisch am Verweisungsparadigma orientierte Handhabung des deutschen Kollisionsrechts geprägt. Aus seinem äußerst umfangreichen Werk seien nur hervorgehoben *Kegel*, *Internationales Privatrecht*, 1. Aufl. 1960; *Soergel/Kegel*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 4 (Art. 1-31 EGBGB), 8. Aufl. 1955.

## 2. Geltungsparadigma

Das Geltungsparadigma geht davon aus, dass Sachnormen einen bestimmten personalen und/oder territorialen Geltungsanspruch in sich tragen, der vom Gesetzgeber entweder explizit oder implizit geregelt wurde, entweder speziell für die Sachnorm selbst oder aber in genereller Weise, etwa durch Auslagerung in ein von den Sachnormen getrenntes IPR.

Auch wenn Ansatzpunkt der Geltungsanspruch von Normen ist, geht es doch der Sache nach um den Regelungsanspruch dahinter stehender Staaten. Regelmäßig geht das Geltungsparadigma implizit davon aus, dass Staaten im Zweifel für ihr Recht einen maximalen Geltungsbereich anstreben. Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung treffen Sachnormen und dahinter stehende Gesetzgeber unterschiedlichen Geltungsanspruchs aufeinander. Aufgabe des IPR ist es daher, diese unterschiedlichen Geltungsansprüche zu ordnen. Bezogen auf das genannte Beispiel der Eheschließung würde also gefragt, die Sachnormen welchen Staates den begründetsten Anspruch erheben, die Frage nach der Wirksamkeit der Eheschließung und der späteren Wirkungen der Ehe zu entscheiden. Den unmittelbaren Befehl zur Anwendung oder sonstigen Berücksichtigung ausländischen, internationalen oder supranationalen Rechts gibt dabei eben das IPR, und nicht die betreffende Sachnorm selbst.

Das Geltungsparadigma betont den staatlichen und möglicherweise den politischen Charakter des Internationalen Privatrechts. Es verträgt sich am besten mit einer universalistischen Auffassung, welche die Abgrenzung der unterschiedlichen Geltungsansprüche einheitlich durch Grundsätze völkerrechtlichen oder quasi-völkerrechtlichen Inhalts vornehmen möchte, ist aber auch von einem autonomistischen Ausgangspunkt aus denkbar. Die Begründung für die Anwendung ausländischen Rechts wird primär in der Achtung fremder Staatsinteressen gesehen, wie sie etwa im *comitas*-Gedanken zum Ausdruck gelangt.

Das Geltungsparadigma lag offenkundig der Statuentheorie zugrunde. Besonders deutlich formuliert wurde es später beispielsweise in Frankreich in den Arbeiten von Antoine Pillet,<sup>72</sup> Jean-Paul Niboyet<sup>73</sup> und Henri Battifol,<sup>74</sup> in den U.S.A. von Brainerd Currie<sup>75</sup> als Begründer der *governmental interests theory* und der von ihm beeinflussten Autoren, namentlich William Baxter,<sup>76</sup> Arthur von Mehren<sup>77</sup> oder Donald Trautman,<sup>78</sup> in einer viel stärker zur *lex fori* strebenden Variante auch von Walter Wheeler Cook<sup>79</sup> und Albert Ehrenzweig.<sup>80</sup>

72 Zu ihm bereits o. Fn. 51.

73 S. insbesondere Jean-Pierre Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 2. Aufl. 1928; *ders.*, *Traité de droit international privé français*, 2. Aufl. 1947 (Band I)/1951 (Band II); *ders.*, *Territoriality and universal recognition of rules of conflict of laws*, *Harvard L. Rev.* 65 (1952/53), 582.

74 S. insbesondere Henri Battifol/Paul Lagarde, *Droit international privé*, 8. Aufl. 1993 (Band I)/7. Aufl. 1983 (Band II); Henri Battifol, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, *Choix d'articles*, 1976, 199; *ders.*, *Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit*, *Rev. int. dr. comp.* 1970, 661.

75 Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, 178 ff.; *ders.*, *Comment on Babcock v. Jackson*, 63 *Columbia L. Rev.* (1963), 1233.

76 William Baxter, *Choice of Law and the Federal System*, 16 *Stanford L. Rev.* (1963), 1.

77 v. Mehren (o. Fn. 61), 27.

78 Donald Trautmann (o. Fn. 61), 105.

79 S. hierzu bereits o. Fn. 33.

80 S. hierzu bereits o. Fn. 34.

### 3. Anerkennungsparadigma

Das Anerkennungsparadigma geht davon aus, dass zwischen einer bestimmten Rechtslage einerseits und einer bestimmten Rechtsordnung andererseits ein spezifischer Zusammenhang bestehen kann, der dazu führt, dass die Rechtslage „unter“ der betreffenden Rechtsordnung entstanden ist. Regelmäßig, aber nicht notwendigerweise, liegt dem ein extrem territoriales Verständnis von Recht zugrunde, wonach jedes Gericht und jeder Rechtsanwender im Grundsatz das eigene Recht anwendet.<sup>81</sup> Die Anwendung der *lex fori* wird daher indirekt durch die Normen gesteuert, welche die internationale Zuständigkeit des betreffenden Gerichts oder der betreffenden anderen, tatsächlich oder auch nur hypothetisch Recht anwendenden Stelle begründen. Zu einer Berücksichtigung ausländischen Rechts kommt diese Denkweise, indem sie anerkennt, dass der zu beurteilende Sachverhalt bereits durch ausländisches Recht geprägt worden ist, etwa eine Ehe unter ausländischem Recht geschlossen oder ein Name unter ausländischem Recht erworben wurde.

Die Prägung durch ausländisches Recht muss regelmäßig im Wege bestimmter Kommunikationsakte zwischen den betroffenen Rechtssubjekten und der fremden Rechtsordnung entstanden sein. Als solche Kommunikationsakte kommen natürlich primär Gerichtsentscheidungen infrage. Da diese aber selten vorliegen werden, ist auch an Registereintragungen oder an das Ausstellen von Personenstands- und anderen Urkunden zu denken. Ja, möglicherweise genügt sogar die Duldung eines bestimmten Zustands, der stillschweigend im Hinblick darauf erfolgt, dass ein bestimmtes Verhalten von Rechtssubjekten sich im Einklang mit dem Landesrecht befindet.

Nach dem Anerkennungsparadigma kann also eine bestimmte Rechtslage „unter“ einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung entstanden sein und kann es geboten sein, sie als solche anzuerkennen. Die Begründung dafür kann sowohl im *comitas*-Gedanken liegen als auch in den Interessen der Parteien, namentlich dem Vertrauensschutzinteresse. Aufgabe des IPR ist es, die Bedingungen für eine Anerkennung zu formulieren und deren Wirkungen zu definieren. Von Anerkennung im engeren Sinne sollte dabei nur gesprochen werden, wo hinsichtlich der Bedingungen auf eine volle *révision au fond*, also auf minutiöse, erneute Anwendung ausländischen Rechts verzichtet und wenigstens schwerpunktmäßig ein Ergebnis fremder Rechtsanwendung übernommen wird. Anerkennung im bloß weiteren Sinne liegt dann vor, wenn lediglich die Auswahl der Rechtsordnung dadurch determiniert ist, „unter“ welcher Rechtsordnung ein Vorgang stattgefunden hat.

Hinsichtlich der Wirkungen kann sich die Anerkennung auf die Übernahme schlichter Ja/Nein-Entscheidungen – wie etwa das Bestehen einer Ehe – beschränken, im Übrigen aber eine Transposition in ein Institut der *lex fori* oder einer anderen zuständigen Rechtsordnung vornehmen. Alternativ kann die Anerkennung sämtliche Bestimmungen der ausländischen Rechtsordnung umfassen – also beispielsweise auch für künftige Wirkungen der Ehe das betreffende Eherecht, unter dem die Ehe geschlossen wurde, berücksichtigen.

Dem Anerkennungsparadigma – zumindest im weiteren Sinne – folgt etwa offenkundig das vor-unionsrechtliche IPR der meisten Common Law-Staaten im Bereich des Perso-

---

<sup>81</sup> Anschaulich hierzu – i.R.d. Erörterung einseitiger Kollisionsnormen – v. *Bar/Mankowski* (o. Fn. 1), 524. S. ferner bereits o. Fn. 29.

nen-, Familien- und Erbrechts.<sup>82</sup> Theoretisch zu einem vollen System des IPR ausgebaut wird es durch die *vested rights theory* bzw *théorie des droits acquis*.<sup>83</sup>

## B. Wiederkehr der Grundmodelle im geltenden IPR

Die drei genannten Grundmodelle begegnen uns in unterschiedlichen Erscheinungsformen wieder im geltenden IPR. Das betrifft das autonome IPR, wie es für Deutschland vor allem im EGBGB,<sup>84</sup> für Österreich im Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (öIPRG)<sup>85</sup> und für die Schweiz im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (chIPRG)<sup>86</sup> sowie in vereinzelt Sonderbestimmungen enthalten ist. Das betrifft aber auch gleichermaßen das staatsvertragliche IPR und das europäische IPR, wie es sich durch die Rom I-Verordnung,<sup>87</sup> die Rom II-Verordnung,<sup>88</sup> die EU-Unterhaltsverordnung<sup>89</sup> in Verbindung mit dem Beschluss des Rates vom 30. November 2009 über den Abschluss des Haager Protokolls vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht<sup>90</sup> und die EU-Ehe-Verordnung<sup>91</sup> sowie durch weitere Verordnungsentwürfe<sup>92</sup> darstellt. Was

82 S. hierzu bereits o. Fn. 53 ff. Für eine Darstellung des englischen, vorunionsrechtlichen Kollisionsrechts in den genannten Bereichen etwa *Peter North, Cheshire's Private International Law*, 9. Aufl. 1974, 299 ff., 590 ff.

83 S. hierzu o. II. B. 3. sowie Fn. 49, 50 und 51.

84 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994, BGBl. 1994 I, 2494; zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2011 zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge vom 27.07.2011, BGBl. 2011 I, 1600.

85 Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl. Nr. 304/1978; zuletzt geändert durch Bundesgesetz vom 28. April 2011, mit dem ein Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union erlassen, sowie die Zivilprozessordnung, das IPR-Gesetz und das Suchtmittelgesetz geändert werden, BGBl. Nr. 21/2011.

86 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), AS 1988, 1776; zuletzt geändert durch Bundesbeschluss vom 11. Dezember 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), AS 2010, 5601.

87 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008, 6.

88 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. Nr. L 199 vom 31.7.2007, 40.

89 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. Nr. L 7 vom 10.1.2009, 1.

90 ABl. Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 17.

91 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Brüssel II-VO), ABl. Nr. L 338/1 vom 23.12.2003, 1.

92 Vgl. beispielsweise: Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts KOM (2011) 126 endg.; Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften, KOM (2011) 127 endg.; Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten vom 15. Dezember 2005, KOM (2005) 649 endg.

die Intensität anbelangt, mit welcher die Grundmodelle bzw. Paradigmen im geltenden IPR zum Ausdruck gelangt sind, ergibt sich ein durchaus unterschiedliches Bild.

## 1. Klassische Kollisionsnormen

### a) Dominanz des Verweisungsparadigmas

Zunächst kann kein Zweifel daran bestehen, dass das geltende IPR im deutschsprachigen Rechtsraum einschließlich des staatsvertraglichen und europäischen IPR ganz überwiegend dem Verweisungsparadigma verpflichtet ist. Die einschlägigen Regelwerke folgen grundsätzlich dem Prinzip der allseitigen Verweisungsnormen, d.h. eine bestimmte Rechtsfrage wird allgemein aufgrund der Anknüpfung an ein bestimmtes Anknüpfungsmerkmal, wie beispielsweise den gewöhnlichen Aufenthalt einer Partei oder den Ort einer Handlung, einer bestimmten Rechtsordnung unterstellt. Das gilt auch insoweit als das geltende IPR die Wahl des anwendbaren Rechts den Parteien überlässt, weil die Wahl der Parteien problemlos als ein spezielles Anknüpfungsmerkmal gedeutet werden kann.

Das Verweisungsparadigma wird auch nicht dort verlassen, wo – wie beispielsweise im Ehe-,<sup>93</sup> Kindschafts-<sup>94</sup> oder Unterhaltsrecht<sup>95</sup> – zur Begünstigung oder Erreichung eines bestimmten materiellen Ergebnisses subsidiär eine andere Anknüpfung oder die *lex fori* zum Zuge kommt: Dabei wird nur der materiellrechtlich neutrale und allein auf kollisionsrechtliche Interessen abstellende Ansatz zugunsten einer eher ergebnisorientierten Sichtweise (siehe oben II. B. 5.) verlassen. Nach wie vor wird jedoch einer Rechtsfrage eine bestimmte Rechtsordnung bzw. ein im Wege sekundärer Qualifikation<sup>96</sup> zu ermittelnder Ausschnitt derselben (sog. kanalisierte Verweisung)<sup>97</sup> zugewiesen.

---

93 Vgl. als Beispiel Art. 13 Abs. 2 EGBGB, wonach die Voraussetzungen für eine Eheschließung auch nach deutschem Recht beurteilt werden können, wenn sie nach dem eigentlich anwendbaren Recht der Staatsangehörigkeit bei einem Ehegatten fehlen, ein bestimmter Bezug zu Deutschland gegeben ist und eine Versagung der Eheschließung mit der Eheschließungsfreiheit unvereinbar wäre.

94 Als Beleg kann hier etwa auf Art. 19 EGBGB verwiesen werden, der für die Bestimmung der Abstammung eines Kindes nicht nur auf das Recht des gewöhnlichen Kindesaufenthaltes verweist, sondern darüber hinaus auch das Staatsangehörigkeitsrecht des jeweils zu ermittelnden Elternteiles sowie über die Verweisung auf Art. 14 EGBGB (bei verheirateter Mutter) die verschiedenen Anknüpfungsmöglichkeiten für die allgemeinen Ehwirkungen bereit stellt.

95 Die Regelung des Kollisionsrechts für Unterhaltssachen hat in der Europäischen Union gegenwärtig eine durchaus komplexe Struktur: Die Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009 Nr. L 7, 1, hat – bezogen auf Deutschland – zur Aufhebung des Art. 18 EGBGB geführt. Art. 15 der Verordnung gibt vor, dass sich das auf Unterhaltssachen anwendbare Recht für die Mitgliedstaaten, die durch das Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht gebunden sind (also gegenwärtig für alle Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und Dänemark), nach jenem Protokoll bestimmt. Insbesondere Art. 3 und 4 dieses Haager Protokolls stellen nun insbesondere für die Unterhaltsansprüche des Kindes gegenüber seinen Eltern eine Vielzahl objektiver Anknüpfungen bereit, namentlich neben dem Recht des gewöhnlichen Kindesaufenthaltes auch das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsschuldners sowie die *lex fori*. S. näher zum neuen Rechtsstand im Unterhaltsrecht etwa die Kommentierung der Verordnung von *Katharina Hilbig/Peter Picht/Philipp Reuß*, in: *Reinhold Geimer/Rolf Schütze*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (Loseblatt), 42. Ergänzungslieferung 2011.

96 S. zu diesem Begriff und Gedanken etwa *Leo Scheucher*, Einige Bemerkungen zum Qualifikationsproblem, ZfRV 2 (1961), 228; *Fritz Freiherr von Schwind*, Internationales Privatrecht, 1990, Rn. 60 ff.

97 Hierzu *Michael Schwimann*, Die Schwierigkeiten der Qualifikation im IPR, ÖJZ 35 (1980), 7.

## b) *Alternative Anknüpfungen: Nähe zum Anerkennungsparadigma*

Ein wenig anders ist dies möglicherweise dort zu bewerten, wo der Gesetzgeber zur Förderung eines bestimmten Anwendungsergebnisses keine subsidiäre bzw. bedingte, sondern eine alternative Anknüpfung<sup>98</sup> vorsieht. Eine solche begegnet uns beispielsweise im Kindschaftsrecht (*favor filiationis* bzw. *legitimationis*),<sup>99</sup> im Erbrecht hinsichtlich der Form letztwilliger Verfügungen (*favor testamenti*)<sup>100</sup> oder im Vertragsrecht hinsichtlich der Form anderer Rechtsgeschäfte (*favor negotii*).<sup>101</sup> Auch dies geschieht zwar rein formal ganz in den Bahnen des Verweisungsparadigmas. Die Rechtsfrage wird jedoch im Ergebnis nicht einer einzigen, sondern alternativ mehreren Rechtsordnungen unterstellt, auch wenn sich teilweise die Auswahl aufgrund der hypothetisch erzielten Ergebnisse oder prozessualen Parteiverhaltens später reduziert. Dabei ist es angesichts der Auswahl der Rechtsordnungen – etwa des Ortes, an dem eine Handlung vorgenommen wurde, oder das auf die übergreifende Rechtsfolge anwendbare Recht – unverkennbar, dass solche alternativen Anknüpfungen in die Nähe des Anerkennungsparadigmas rücken: Vielfach geht es doch gerade darum, den Vertrag, das Testament usw. aufrecht zu erhalten, wenn die Erfordernisse einer der Rechtsordnungen eingehalten wurden, welcher die Parteien sich in irgendeiner Form „unterstellt“ haben bzw. vor deren Hintergrund die Parteien agiert haben könnten.

## 2. *Einschränkungen der Rechtswahl*

### a) *Kollisionsrechtliche Umgehungsverbote*

In die Nähe des Geltungsparadigmas gerät man mit Normen, welche die Rechtswahlmöglichkeit der Parteien einschränken, indem sie einfach zwingendes Recht derjenigen Rechtsordnung, die ohne die Rechtswahl berufen wäre, für weiterhin anwendbar erklären.<sup>102</sup> Solche Normen finden sich in der Rom I- und Rom II-Verordnung ganz generell für den Fall, dass ein Sachverhalt nur Berührungspunkte zu einer einzigen Rechtsordnung aufweist.<sup>103</sup> Es handelt sich um einen besonderen, kollisionsrechtlichen Umgehungsschutz, der den Ausgleich dafür bieten soll, dass auf der ersten Stufe keine Einschränkung hinsichtlich der wählbaren Rechtsordnung getroffen wurde, wie sie andere Instrumente durchaus vorsehen.<sup>104</sup> Ähnliches gilt für die in Umsetzung diverser Verbraucher schützender Richtlinien ergangenen nationalen Kollisionsnormen,

---

98 Eingehend zu Begriff und Funktion von Alternativanknüpfungen *Baum* (o. Fn. 24), insbes. 3 ff., 89 ff. mit umfangreichen w.N.

99 Vgl. Art. 19 EGBGB sowie zu diesem schon o. Fn. 94. S. zu einer kritischen Betrachtung dieser Regelung etwa *Dirk Looschelders*. Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1999, 420.

100 Vgl. Art. 26 EGBGB, der Art. 1 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht, BGBl. 1965 II, 1145, nachformt und damit eine über den deutschen Rechtsraum hinausreichenden Regelungskonzeption verkörpert.

101 Vgl. Art. 11 EGBGB.

102 Zu diesem Effekt *Jan Kropholler*, Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ 42 (1978), 634, 648 ff. m.w.N.

103 Vgl. Art. 3 Abs. 3, 4 Rom I-VO; Art. 14 Abs. 2, 3 Rom II-VO.

104 Eingehend zur *ratio* derartiger Bestimmungen *Kropholler* (o. Fn. 6); *Max Keller*, Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, in: Festschrift für Frank Vischer, 1983, 175; *Peter von Wilmowsky*, Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt, ZEuP 3 (1995), 735.



etwa Art. 46b EGBGB oder § 13a KSchG,<sup>105</sup> welche die Umgehung unionsrechtlicher Schutzstandards durch Wahl eines Drittstaatenrechts unterbinden sollen. In diesem Zusammenhang ist gleichfalls die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Ingmar GB“ zu nennen,<sup>106</sup> die teilweise in Art. 3 Abs. 4 Rom I-Verordnung und Art. 14 Abs. 3 Rom II-Verordnung ihren Niederschlag gefunden hat.<sup>107</sup>

### b) *Günstigkeitsvergleich im Verbrauchervertragsrecht*

Im Bereich des Verbrauchervertragsrechts enthält Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung den zentralen Grundsatz, wonach eine Rechtswahl zwar möglich ist, der Verbraucher dadurch aber in den meisten, durch Art. 6 Abs. 1 näher definierten Fällen nicht den Schutz der zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts verlieren darf.<sup>108</sup> Es kommt damit zu einem Günstigkeitsvergleich zugunsten des Verbrauchers,<sup>109</sup> der weit über ein Umgehungsverbot hinausgeht. Zwar lässt sich dies als schlichter Kompromiss zwischen objektiver und subjektiver Anknüpfung im Rahmen des Verweisungsparadigmas deuten, das bestimmte binnenmarktbezogene Ziele verfolgt, doch kann kein Zweifel daran bestehen, dass letztlich ein bestimmter Geltungsanspruch nationaler Sachnormen über ihre Anwendbarkeit im internationalen Sachverhalt entscheidet: Schließlich ist es die Tatsache, dass eine bestimmte Verbraucherschutznorm national nicht abbedungen werden könnte, welche ihr auch im grenzüberschreitenden Verbrauchervertrag zur Durchsetzung verhilft. Das weist ganz deutlich in die Richtung des Geltungsparadigmas.

### 3. *Eingriffsnormen und ähnliche Normen*

Ganz eindeutig eine Verwirklichung des Geltungsparadigmas ist die sogenannte „Sonderanknüpfung“ von Eingriffsnormen.<sup>110</sup> nach Art. 9 der Rom I-Verordnung, Art. 16 der Rom II-Verordnung oder den geschriebenen (z.B. Art. 18, 19 chIPRG) oder ungeschriebenen Normen der nationalen Kollisionsrechte. Die Rom I-Verordnung definiert Eingriffsnormen als zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe des Verweisungsrechts anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Hier wird eindeutig abge-

105 (Österreichisches) Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG), BGBl 140/1979 idF BGBl I 100/2011.

106 In EuGH Rs 381/98 *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc*, EuGHE 2000 I 9305, hatte das Gericht befunden, dass Normen der Handelsvertreterrichtlinie Anwendung finden, wenn zwar der Handelsvertretervertrag dem Recht eines Drittstaates untersteht und der Unternehmer in diesem auch seinen Sitz hat, der Handelsvertreter aber im Gebiet der Gemeinschaft tätig ist und der Sachverhalt daher einen starken Gemeinschaftsbezug aufweist.

107 S. zur Bedeutung von Art. 14 Abs. 3 Rom II-VO als Norm, die – jedenfalls nach Intention des Verordnungsgebers – die *Ingmar*-Rechtsprechung umsetzen soll Rauscher-*Jakob/Picht* (o. Fn. 64), Art. 14 Rom II-VO Rn. 51 m.w.N. auch zu Diskussionsbeiträgen bzgl. der *Ingmar*-Entscheidung.

108 Eingehend zu dieser Vorschrift Rauscher-*Heiderhoff* (o. Fn. 64), Art. 6 Rom I-VO Rn. 1 ff., insbes. auch Rn. 7 ff. zur Vorgängerregelung des Art. 5 EVÜ.

109 Rauscher-*Heiderhoff* (o. Fn. 64), Art. 6 Rom I-VO Rn. 51 m.w.N.

110 Eingehend zu dieser Begrifflichkeit und der damit zusammenhängenden Kontroverse um die dogmatische Behandlung von Eingriffsnormen etwa *Johannes Fetsch*, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, 2002, insbes. 21 ff. mit umfangreichen w.N.; ferner *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 132 ff.

stellt auf den internationalen Geltungsanspruch, wie er in der betreffenden Sachnorm zum Ausdruck gelangt und wie er letztlich von dem dahinter stehenden staatlichen Gesetzgeber erhoben wird.

Indem diese Eingriffsnormen das kraft Verweisung anwendbare Recht überlagern und verdrängen, stellt ihre sogenannte Sonderanknüpfung eine bedeutende Einschränkung des Verweisungsparadigmas dar. Hier scheinen also – wie es etwa von Schurig längst herausgearbeitet wurde<sup>111</sup> – zwei gänzlich unterschiedliche Systeme des Internationalen Privatrechts aufeinanderzuprallen, die sich letztlich unversöhnlich gegenüber stehen. Daran ändert es auch nichts, wenn man zutreffenderweise den Grund für die Anwendung der Norm nicht in deren eigenem Geltungsanspruch, sondern in dem Anwendungsbefehl des nationalen oder europäischen Kollisionsrechts sieht:<sup>112</sup> Dies bleibt dennoch eine ganz andere kollisionsrechtliche Technik als die klassische Verweisung, die von der Rechtsfrage auf die Rechtsordnung schließt.

Ganz Ähnliches gilt übrigens für die Berücksichtigung „besonderer Vorschriften“ des Lageorts, wie sie beispielsweise von Art. 3a Abs. 2 des deutschen EGBGB angeordnet wird. Auch diese besonderen Vorschriften verdrängen dank der nationalen Kollisionsrechts und kraft ihres speziellen Geltungsanspruchs das im Übrigen kraft Verweisung berufene Recht.

#### 4. Anwendungsnormen

Viel unspektakulärer, praktisch aber teilweise wichtiger ist die Funktion von Anwendungsnormen, also von Sachnormen, die einfach ihren internationalen Anwendungsbereich mit bestimmen. Regelungstechnisch geschieht das meist dadurch, dass für einen ganzen Komplex von Sachnormen einheitliche Anwendungsnormen existieren, die dann gleichsam „vor die Klammer gezogen“ sind. Solche Anwendungsnormen finden sich vereinzelt im nationalen Kollisionsrecht, so beispielsweise hinsichtlich des Schutzes gutgläubiger Dritter in Art. 16 oder 17b Abs. 2 EGBGB, aber auch im Sachrecht, so etwa in § 130 Abs. 2 GWB.<sup>113</sup> Ganz regelmäßig ist diese Technik bei internationalem Einheitsrecht anzutreffen, wie etwa bei Art. 1 ff. des Wiener UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG).<sup>114</sup> Auch bei europäischem Sachrecht in EU-Verordnungen wird Anwendungsnormen eine zentrale Bedeutung zukommen. Solches Einheitsrecht bzw. supranationales Sachrecht muss seinen Anwendungsbereich fast zwangsläufig selbst regeln, und zwar auch in internationaler Hinsicht.

---

111 S. insbesondere *Klaus Schurig*, Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, *RabelsZ* 54 (1990), 217; *ders.*, *Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts*, in: *Wolfgang Holl/Ulrich Klinke* (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht* (Symposium der A. von Humboldt-Stiftung 1983), 1985, 55.

112 Eingehend zu dieser Kontroverse und zur richtigerweise durchgesetzten Position, dass auch Eingriffsnormen eines kollisionsrechtlichen Geltungsbefehls bedürfen, *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 317 ff.

113 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF Bek. v. 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 62 Gesetz v. 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

114 Wiener UN-Übereinkommen vom 11. April 1980 über internationale Warenkaufverträge (CISG), BGBl. 1989 II, 588. Art. 1 CISG gibt im Wesentlichen den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich vor; Art. 2 und 3 CISG nehmen bestimmte Arten von Waren und Geschäften vom Anwendungsbereich aus bzw. beziehen sie ausdrücklich ein; Art. 4 und 5 CISG umreißen, welche rechtlichen Aspekte der prinzipiell erfassten Warenkaufverträge vom CISG adressiert werden; und Art. 6 CISG gewährt den Parteien schließlich eine Möglichkeit zur Abweichung durch Rechtswahl.

Freilich geht es hier nicht mehr um Geltungsansprüche einzelner staatlicher Gesetzgeber, sondern um den gemeinsam vereinbarten bzw. vom europäischen Gesetzgeber einheitlich formulierten Geltungsanspruch einer internationalen oder supranationalen Norm.

Gelegentlich kommt es auch vor, dass eine einzelne Sachnorm Aussagen über ihren eigenen internationalen Anwendungsbereich trifft. Man spricht dann von „selbstbegrenzten Sachnormen“,<sup>115</sup> für die gerne § 244 BGB als Schulbeispiel angeführt wird.<sup>116</sup> Letztlich enthalten solche Vorschriften immer gleich zwei Normen, und zwar eine Sachnorm und eine diese betreffende Anwendungsnorm.<sup>117</sup>

### 5. Anerkennung nach Statutenwechsel

Unwandelbare Anknüpfungen sind im Kollisionsrecht die Ausnahme. Ist eine Anknüpfung aber wandelbar, kann es zu einem Statutenwechsel kommen.<sup>118</sup> Dabei stellt sich stets die Frage, welche Auswirkungen ein solcher Statutenwechsel auf Rechtsfolgen hat, die unter einem anderen Statut eingetreten sind. In diesem Zusammenhang statuieren etwa Art. 7 Abs. 2 EGBGB oder Art. 35 Satz 2 chIPRG, dass eine einmal erworbene Handlungsfähigkeit auch durch Statutenwechsel nicht mehr verloren geht. Auch im internationalen Sachenrecht ist es zumindest hinsichtlich abgeschlossener Tatbestände anerkannt, dass das neue Statut die Sache grundsätzlich mit der „sachenrechtlichen Prägung“ übernimmt, die es unter einem anderen Statut erhalten hat.<sup>119</sup> Allerdings schränkt etwa Art. 43 Abs. 2 EGBGB die Übernahme fremder dinglicher Rechte dahingehend ein, dass ein mit dem neuen Sachstatut unvereinbares dingliches Recht bzw. eine unvereinbare Wirkung desselben nicht geltend gemacht werden könne.<sup>120</sup>

Es handelt sich bei diesen und ähnlichen Regelungen auf den ersten Blick um eine Ausprägung des Anerkennungsparadigmas. Allerdings wird auf den zweiten Blick doch deutlich, dass es sich um eine dem Verweisungsparadigma sehr nahe Erscheinung handelt. Anerkannt wird ja nur ein solcher Rechtserwerb, der unter der Rechtsordnung stattgefunden hat, welche von den Verweisungsnormen der *lex fori* für den Zeitpunkt des möglichen Rechtserwerbs zur Anwendung berufen war. Es geht der Sache nach

---

115 Konstitutiv für diese Begrifflichkeit *Andreas Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969, 43; zusammenfassend *Thomas Rauscher*, Internationales Privatrecht: Mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2009, 42 f.

116 § 244 Abs. 1 BGB besagt: „Ist eine in einer anderen Währung als Euro ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen, so kann die Zahlung in Euro erfolgen, es sei denn, dass Zahlung in der anderen Währung ausdrücklich vereinbart ist.“ Da diese Anordnung ganz unabhängig davon gilt, welches Schuldstatut für die zu erfüllende Forderung eigentlich maßgeblich ist, liegt in der Vorschrift jedenfalls ein kollisionsrechtlicher Sonderfall; s. aber auch die kritische Haltung von *Rauscher* (o. Fn. 115), 43.

117 So auch die zutreffende Deutung von *Kegel/Schurig* (o. Fn. 44), 56 f.; eingehend zur Dogmatik auch *Gerhard Kegel*, Die selbstgerechte Sachnorm, Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig, 1976, 51.

118 Eingehend zu Begriff und Arten des Statutenwechsels etwa *Kropholler* (o. Fn. 6), § 27 mit umfangreichen w.N., Bezogen auf den Statutenwechsel im Sachenrecht MünchKomm-BGB/*Wendehorst*, Art. 43 EGBGB Rn. 119 ff.

119 S. eingehend hierzu MünchKomm-BGB/*Wendehorst*, (o. Fn. 118), Rn. 139 ff. m.w.N.

120 Zu den Einzelheiten dieser Wirkung MünchKomm-BGB/*Wendehorst*, (o. Fn. 118), Rn. 142 ff. m.w.N.

also eher um eine temporal gespaltene Verweisung als um echte Anerkennung des Ergebnisses fremder Rechtsanwendung.<sup>121</sup>

## 6. Anerkennung aufgrund internationaler Zuständigkeit

Die Anerkennung von Rechtslagen an die internationale Zuständigkeit zu knüpfen ist dem deutschen Rechtskreis eher fremd. Ganz im Gegenteil wurde nach dem früher im deutschen internationalen Erbrecht vertretenen Gleichlaufgrundsatz<sup>122</sup> eher umgekehrt die internationale Zuständigkeit an das anwendbare materielle Recht geknüpft. Auch international gesehen ist diese Regelungstechnik auf dem Rückzug. Im Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961,<sup>123</sup> dem sog MSA, war sie noch deutlich verwirklicht:<sup>124</sup> So führten Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 MSA dazu, dass das anwendbare Recht an die internationale Zuständigkeit der Behörden gekoppelt war, und war ein nach dem Heimatrecht des Minderjährigen ex lege bestehendes Gewaltverhältnis in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Im Nachfolgeinstrument von 1996, dem KSÜ,<sup>125</sup> war das Prinzip dagegen schon kaum noch erkennbar: Zwar wendet auch nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ jede zuständige Behörde ihr eigenes Recht an. Die Art. 16 ff. KSÜ sind dann aber als klassische Verweisungsnormen formuliert.

## 7. Primärrechtlich gebotene „Anerkennung“?

In den letzten Jahren ist verstärkt die Frage diskutiert worden, ob unter dem Eindruck des EU-Rechts, namentlich der Grundfreiheiten des AEUV, nicht über temporal gespaltene Verweisungen hinaus eine Anerkennung von Rechtslagen geboten sein kann.<sup>126</sup> Es handelt sich dabei um eine eigenständige Diskussion, die nicht ohne

121 Zur Kontroverse um die Deutung der Verweisung auf das Belegenheitsrecht als einheitliches oder gespaltenes Sachstatut und zur Vorzugswürdigkeit der Annahme eines gespaltenen Sachstatuts MünchKomm-BGB/Wendehorst (o. Fn. 118), Rn. 121 ff. m.w.N. Ebenso etwa Dirk Looschelders, Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB, 2004, Art. 43 Rn. 48. A.A. etwa Ulrich Ernst, Mobiliarsicherheiten in Deutschland und Polen, 2005, 281 f.

122 Zusammenfassend zu diesem Grundsatz MünchKomm-BGB/Rolf Birk, Art. 25 Rn. 316 f. S. ferner Heldrich (o. Fn. 115), 199 ff., 211 ff.

123 Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA), BGBl. 1971 II, 219, 1150.

124 So etwa auch Kropholler (o. Fn. 6), 386 f.; eingehend Isabella Maria Niklas, Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren, Diss. 2003, 149 ff.

125 Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, BGBl. 2010 II, 1527.

126 Grundlegend dazu Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2001, IPRax 2001, 501 ff.; s. außerdem zu dieser Methodendiskussion Dieter Henrich, Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage, IPRax 2005, 422 ff.; Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterungen und methodische Rückgriffe, IPRax 2004, 481, 482 ff., Dagmar Coester-Waltjen, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, FS Jayme, 121 ff., dies., Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392 ff.; Katja Funken, Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen, Diss. 2009, 164 f. m.w.N.; Heinz-Peter Mansel, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, RabelsZ 70 (2006), 651, 660 ff., Reinhard Hepting in Staudinger, BGB – Neubearbeitung 2007, EGBGB Art. 10 Rn. 217 ff.; ebenfalls m.w.N. MünchKomm-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 9 mit der Beschreibung zweier anerkennungsrechtlich konzipierter IPR von Romano und Pamboukis; vgl. auch Abbo Junker, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht im Zugriff der Europäischen Union, FS Sonnenberger, 2004, S. 417 ff., der die Entwicklung hin zur Anerkennung anhand der VO zur gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen beschreibt;

Weiteres mit der weitgehend dem Verweisungsparadigma verhafteten Diskussion um ein Herkunftslandprinzip<sup>127</sup> im IPR gleichgesetzt werden kann.

#### a) *Ausgewählte Problemstellungen*

Besondere Aufmerksamkeit hat dabei zunächst die Debatte um das Internationale Gesellschaftsrecht erfahren. Nach der beispielsweise im deutschen Recht angenommenen und im öIPRG ausdrücklich normierten Sitztheorie ist Gesellschaftsstatut das Recht am effektiven Sitz der Hauptverwaltung, d.h. wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung in Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, während die Gründungstheorie auf das Recht abstellt, unter dem die Gesellschaft gegründet wurde.<sup>128</sup> Nach der Sitztheorie tritt bei einer Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes ein Statutenwechsel ein, was schon an sich eine gewisse Behinderung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Diese ist umso gravierender, wenn der Zuzugsstaat die Gesellschaft mit dem Argument, dass sie nicht seinen Gründungsvorschriften für eine Kapitalgesellschaft genüge, als Personengesellschaft mit voller persönlicher Haftung der Gesellschafter behandelt<sup>129</sup> oder gar als nicht rechtsfähig betrachtet und eine Auflösung und Neugründung verlangt.<sup>130</sup> Der EuGH hat vor allem in fünf bedeutenden Urteilen zu dem Problem Stellung bezogen.<sup>131</sup> In den Urteilen „Daily Mail“ und „Cartesio“ hatte das Gericht über sog Wegzugsfälle zu entscheiden, d.h. es ging um Maßnahmen des Herkunftsstaats, die eine Sitzverlegung ins Ausland erschwerten. Der EuGH verneinte in beiden Fällen eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Dagegen hielt das Gericht in „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ Erschwerungen der Sitzverlegung ins Inland durch den Zuzugsstaat für mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar. Letzteres hat das internationale Gesellschaftsrecht in den Staaten, die von der Sitztheorie ausgingen, geradezu auf den Kopf gestellt.

Ganz ähnliche Probleme wie im Internationalen Gesellschaftsrecht könnten auch im Internationalen Sachenrecht entstehen. Denn die Kombination aus Situsregel und *numerus clausus* dinglicher Rechte bzw. sachenrechtlichen Grundprinzipien führt dazu,

---

zu den Vor- und Nachteilen der Anerkennungsmethode ausführlich *Paul Lagarde*, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ* 68 (2004), 225 ff., 229 ff.; s auch *MünchKomm-BGB/Sonnenberger*, Einl. IPR Rn. 3 für Beispiele sachrechtlicher Regelungen im deutschen IPR neben den klassischen Verweisungen.

127 S. zusammenfassend zu dieser Diskussion, *MünchKomm-BGB/Dieter Martiny*, Art. 9 Anh. III Rn. 19 ff. mit umfangreichen w.N. Eingehend ferner *Wulf-Henning Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623 ff.; *Jürgen Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 13; *Stefan Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1. Teil, 1999, Grundlagen Rn. 45; *Thomas C.W. Beyer*, *Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt*, Diss. 1996; *Wolfgang Drasch*, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut*, Diss. 1997.

128 Zur Gründungs- und Sitztheorie im internationalen Gesellschaftsrecht etwa *MünchKomm-BGB/Peter Kindler*, *IntGesR* Rn. 359 ff., 420 ff. mit umfangreichen w.N. Ferner *Tim Lanzius*, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie*, Diss. 2005.

129 S. für diese Möglichkeit etwa BGHZ 151, 204. Hierzu *Peter Kindler*, „Anerkennung“ der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit, *IPRax* 2003, 41.

130 So etwa OLG Zweibrücken, *NJW* 1990, 3092; hierzu auch *Staudinger/Bernhard Großfeld*, *Bearbeitung* 1998, *IntGesR* Rn. 608 ff.

131 EuGH v. 27.9.1988, Rs. C-81/87, *The Queen/Daily Mail*, Slg. 1988, 5483; v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, *Centros/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Slg. 1999 I, 1459; v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Slg. 2002 I, 9919; v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art*, *NJW* 2003, 3331; v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, *Cartesio*, *NJW* 2009, 569.

dass die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam entstandenen dinglichen Rechte dann, wenn die Sache in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats gelangt, jedenfalls nicht mehr ohne weiteres in ihrer ursprünglichen Form weiter bestehen können. So wird etwa bekanntlich der deutschen publizitätslosen Sicherungsübereignung in Österreich die Anerkennung versagt.<sup>132</sup> Insbesondere bei dinglichen Kreditsicherungsrechten, die für grenzüberschreitende Transaktionen im Binnenmarkt eine wichtige Rolle spielen, ist die These, wonach das Internationale Sachenrecht in seiner derzeit geltenden Form mit Grundfreiheiten des AEUV nur unter bestimmten Bedingungen<sup>133</sup> oder gar nicht<sup>134</sup> vereinbar sei, nicht von der Hand zu weisen.

Im internationalen Namensrecht sind in den letzten Jahren mehrere relevante Fallgestaltungen in das Blickfeld des EuGH gerückt.<sup>135</sup> So hatte das Gericht in „Garcia Avello“<sup>136</sup> über einen Fall zu entscheiden, in dem belgische Behörden es einem Doppelstaater verwehrt hatten, seinen Namen so zu ändern, dass er Recht und Tradition des zweiten Heimatstaates entspricht. Der EuGH sah hierin eine Verletzung von Art. 18 und 20 AEUV. In der Entscheidung „Grunkin-Paul“<sup>137</sup> sah das Gericht einen Verstoß gegen Art. 21 AEUV, wenn ein Unionsbürger, dessen Name in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß eingetragen wurde, diesen Namen aufgrund des in Art. 10 EGBGB zugrunde gelegten Staatsangehörigkeitsprinzips in einem anderen Mitgliedsstaat nicht eintragen lassen kann. In der Entscheidung „Sayn-Wittgenstein“<sup>138</sup> hat der EuGH dagegen das österreichische Adelsaufhebungsgesetz als Ausprägung des Gleichheitssatzes gedeutet und eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten der Namensträgerin, die ihren Adelstitel im Wege der Adoption in Deutschland erworben hatte, für gerechtfertigt erklärt.

#### b) Lösung im Rahmen des Verweisungsparadigmas

Es ist theoretisch durchaus möglich, das Problem allein durch eine entsprechende Ausgestaltung von Verweisungsnormen zu lösen. So ist etwa im internationalen Gesellschaftsrecht zumindest ganz überwiegend und zumindest für EU-Sachverhalte ein Wechsel zur Gründungstheorie vollzogen worden.<sup>139</sup> Die weit reichenden Wahlmöglichkeiten im deutschen internationalen Namensrecht dürften Probleme in der in „Garcia Avello“ betroffenen Konstellation vermutlich weitgehend vermeiden.<sup>140</sup> Die

132 Hierzu *Peter Rummel/Bea Verschraegen*, ABGB-Kommentar, 3. Aufl. 2004, § 31 IPRG Rn. 27 ff.

133 So wird etwa teilweise die Schaffung einer Rechtswahlmöglichkeit befürwortet, vgl. *Peter von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, 149 ff. Dagegen etwa *Eva-Maria Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, 211.

134 In diese Richtung etwa *Andreas Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, 2002, 308; *Franc Zimmermann*, Mobiliar- und Unternehmenshypotheken in Europa, Diss. 2005, 214 f., 227 f.

135 S. zusammenfassend zum Einfluss des Europarechts auf das deutsche Namens-Kollisionsrecht MünchKomm-BGB/*Birk*, Art. 10 EGBGB Rn. 140 ff.

136 EuGH v. 02.10.2003, Rs. C-148/02, *Carlos Garcia Avello/État belge*, Slg. 2003 I, 11613.

137 EuGH v. 14.10.2008, Rs. C-353/06, *Stefan Grunkin und Dorothee Regina Paul*, NJW 2009, 135.

138 EuGH v. 22.12.2010, Rs. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, EuZW 2011, 888.

139 Zum Meinungsstand mit eigener kritischer Position MünchKomm-BGB/*Kindler*, IntGesR Rn. 363 ff.

140 Zu den Konsequenzen der Entscheidung für das deutsche internationale Privatrecht und die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten s. auch *Rainer Frank*, Die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello und ihre Auswirkungen auf das internationale Namensrecht, StAZ 2005, 161, 164; vgl. auch *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax 2004, 315, 323 sowie *Reinhard Hepting* in Staudinger, BGB - Neubearbeitung 2007 EGBG Art. 10 Rn. 208 ff.,

Problematik in „Grunkin-Paul“ könnte dadurch entschärft werden, dass eine weitere, den gewöhnlichen Aufenthalt stärker betonende Wahlmöglichkeit eröffnet wird.<sup>141</sup>

Offen ist allerdings, ob durch entsprechende Ausgestaltung der Verweisungsnormen jedwedes potentiell europarechtswidrige Ergebnis zu vermeiden ist: Möglicherweise müsste man ja etwa – bezogen auf die Konstellation in „Grunkin-Paul“ – in Art. 10 EGBGB nicht nur den gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Geburt zur Wahl stellen, sondern jeden vergangenen oder gegenwärtigen Aufenthaltsort, an dem bei realistischer Betrachtung eigene, namensrechtlich relevante Entscheidungen getroffen werden können.<sup>142</sup> Vor allem aber stellt sich die Frage, ob man wegen einer sehr geringen Anzahl von Einzelfällen, in denen es zu Problemen kommen könnte, ein aus guten Gründen gewähltes Verweisungssystem ganz auf den Kopf stellen bzw. enorm aufweichen sollte. Daher könnte die Lösung dieser Fälle auch eher im Bereich einzelfallbezogener, echter Anerkennung gesucht werden, also durch Akzeptanz einer im Ausland durch privaten oder behördlichen Akt geschaffenen Rechtslage unabhängig von der Anwendung der eigenen Kollisionsnormen.<sup>143</sup>

Neuen Auftrieb hat die Diskussion über die Anerkennung von Rechtslagen im Bereich des Personenstands durch das Grünbuch „Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern“ der EU-Kommission vom 14. Dezember 2010<sup>144</sup> erhalten. Die darin angesprochene Anerkennung von Rechtslagen, die durch in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellte Personenstandsurkunden dokumentiert werden, hat sowohl vehemente Ablehnung<sup>145</sup> als auch deutlichen Zuspruch<sup>146</sup> erfahren.

---

der die rein ergebnisorientierte Judikatur des EuGH in Frage stellt, s. auch MünchKomm-BGB/*Birk*, EGBGB Art. 10 Rn. 147 ff.

141 Hierfür etwa *Katja Funken* (o. Fn. 126), 164 f. m.w.N.

142 Hierfür etwa *Heinz-Peter Mansel* (o. Fn. 126), 651, 704.

143 Zu diesem Ansatz etwa *Wulf-Henning Roth*, Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im europäischen Kollisionsrecht, IPRax 2006, 338.

144 *Europäische Kommission*, KOM (2010) 747 endgültig. Das Grünbuch ist abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com\\_2010\\_747\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_747_de.pdf) (zuletzt 2.2.2012).

145 Sehr kritisch etwa *Markus Buschbaum*, Anerkennung von Rechtslagen aufgrund von Personenstandsurkunden?, StAZ 2011, 106; *Heinz-Peter Mansel/Dagmar Coester-Waltjen/Dieter Henrich/Christian Kohler*, Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern – KOM (2010) 747 endg., IPRax 2011, 335; *Marius Kohler/Markus Buschbaum*, Die „Anerkennung“ öffentlicher Urkunden?, IPRax 2010, 313; *Heinz-Peter Mansel*, Kritisches zur „Urkundensinhaltsanerkennung“, IPRax 2011, 341 m.w.N.; *Deutscher Notarverein*, Stellungnahme vom 29. April 2011, abrufbar unter [http://www.dnotv.de/\\_files/Dokumente/Stellungnahmen/StellungnahmeDNotVGrnbuchPersonenstandsurkunden.pdf](http://www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/StellungnahmeDNotVGrnbuchPersonenstandsurkunden.pdf) (zuletzt 4.2.2012); *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?, IPRax 2011, 1, 3 f.

146 Positiv etwa *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Grünbuch der Europäischen Kommission, Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern, abrufbar unter <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2011/april/stellungnahme-der-brak-2011-27.pdf> (zuletzt 4.2.2012).

### c) Lösung durch echte Anerkennung

Darüber, wie eine solche Anerkennung von Rechtslagen erfolgen kann, besteht allerdings noch gewisse Unklarheit. Ohne völligen Bruch mit dem Verweisungsparadigma käme ein „meta-kollisionsrechtlicher“ Ansatz aus: Danach wäre eine Rechtsfolge anzuerkennen, wenn sie nach dem Recht eingetreten ist, das aus der Sicht des „Erststaats“ anwendbar wäre;<sup>147</sup> zur Ermittlung dieses „Erststaats“ müsste auf ein zurzeit ungeschriebenes, europaweit einheitliches Meta-Kollisionsrecht zurückgegriffen werden, das beispielsweise auf den Staat verweist, mit dem der Sachverhalt eine besonders enge Verbindung aufweist,<sup>148</sup> insbesondere in dem ein irgendwie gearteter behördlicher Akt bzw. behördlich registrierter Akt erfolgt ist als „Kristallisationspunkt“<sup>149</sup> und vertrauensbegründender Tatbestand. Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, dass punktuell das eigene Kollisionsrecht durch das Kollisionsrecht eben dieses Erststaats ersetzt wird.<sup>150</sup>

Denkbar wäre aber ebenso ein verfahrensorientierter Ansatz, der unter bestimmten Voraussetzungen behördliche Entscheidungen anerkennt, die in einem anderen Mitgliedstaat von einer dafür sachlich zuständigen Stelle konkret getroffen worden sind.<sup>151</sup> Dem Prinzip nach wäre diese Form der Anerkennung der Urteilsanerkennung ähnlich, doch muss die betreffende Entscheidung in keiner Weise in Rechts- oder Bestandskraft erwachsen oder konstitutive Wirkung haben. Vielmehr wäre auch die Anerkennung von Registereintragungen, Urkundenausstellungen usw. denkbar. Im Unterschied zum meta-kollisionsrechtlichen Ansatz erfolgt hier keine neue Ermittlung und Anwendung des vom Erststaat berufenen Sachrechts, d.h. keine *révision au fond*.

## IV. Ergebnisse und Ausblick

Eine Analyse der unterschiedlichen Denkschulen im weiteren Sinne, von denen das Internationale Privatrecht im Laufe seiner wechselvollen Entstehungsgeschichte geprägt war, hat unter anderem zu drei grundlegend verschiedenen Denkmodellen geführt. Diese wurden hier als Verweisungsparadigma, Geltungsparadigma und Anerkennungsparadigma bezeichnet.

Nach dem Verweisungsparadigma hat IPR die Aufgabe, jedem Problem der Lebenswelt und jeder dadurch aufgeworfenen Rechtsfrage eine Rechtsordnung bzw. Sachnormen zuzuweisen, nach welchen die Rechtsfrage zu lösen ist. Das Geltungsparadigma setzt dagegen voraus, dass Sachnormen einen bestimmten personalen bzw. territorialen Geltungsanspruch in sich tragen, der entweder explizit oder implizit, entweder speziell

147 Hierzu *Mansel* (o. Fn. 126), 715 ff.; *Dagmar Coester-Waltjen* (o. Fn. 126), 121, 126 ff.

148 Zur Folge der Etablierung eines „zweiten Kollisionsrechts“ etwa *Stefan Perner*, *Alle Wege führen nach Rom? Verbleibender Spielraum des nationalen IPR-Gesetzgebers*, in: *Christoph Busch/Christina Kopp/Mary-Rose McGuire/Martin Zimmermann* (Hrsg.), *Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 379, 390 ff. m.w.N.

149 Zu dieser Begrifflichkeit *Perner* (o. Fn. 147), 390; *Mansel* (o. Fn. 126), 715 f., jeweils m.w.N. Zur Umgrenzung tauglicher „Kristallisationspunkte“ insbes. auch *Coester-Waltjen* (o. Fn. 126), 128 f.

150 Eingehend zu dieser und anderen Wirkungen sowie noch ungeklärten Fragen eines „Meta-Kollisionsrechts“ zur Anerkennung von Rechtslagen *Mansel* (o. Fn. 126), 719 ff. m.w.N.; s. auch *Perner* (o. Fn. 147), 391.

151 Zu einer solchen „verfahrensrechtlichen Anerkennung“ etwa *Roth* (o. Fn. 143), 343. Kritisch *Mansel* (o. Fn. 126), 700 ff.



für die Sachnorm selbst oder aber in genereller Weise geregelt wurde – Aufgabe des IPR ist es, Geltungsansprüche von Sachnormen unterschiedlicher Rechtsordnungen zum Ausgleich zu bringen. Das Anerkennungsparadigma schließlich geht davon aus, dass zwischen einer Rechtsordnung einerseits und Privatrechtssubjekten andererseits durch behördliche oder private Akte eine Verbindung entstanden, insbesondere eine Rechtslage geschaffen worden sein kann, die von Gerichten eines anderen Staates anzuerkennen ist. Aufgabe des IPR ist es danach, die Bedingungen für eine Anerkennung zu formulieren.

Die historisch oder rechtsvergleichend zu beobachtenden Denkschulen ließen sich in der Regel ganz oder vorwiegend, unmittelbar oder zumindest der Tendenz nach, einem der drei Paradigmen zuordnen. Diese Paradigmen traten daher bislang als konkurrierende, miteinander schwer vereinbare Grundansätze in Erscheinung. Im derzeit geltenden IPR sind zwar alle drei Paradigmen prinzipiell wiederzufinden, doch dominiert das Verweisungsparadigma in einem Maße, dass die anderen Paradigmen daneben kaum ins Auge fallen. Mit dem Geltungsparadigma lassen sich immerhin Anwendungsnormen, Eingriffsnormen oder auch manche Einschränkungen der Rechtswahl in Verbindung bringen. Das Anerkennungsparadigma ist dagegen kaum verwirklicht – was als „Anerkennung“ in Erscheinung tritt ist meistens nur eine der Parteiautonomie besonders entgegenkommende Wahl des Anknüpfungspunkts oder eine temporal gespaltene Verweisung, und inwiefern die Grundfreiheiten eine echte Anerkennung von Rechtslagen gebieten können, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt.

Die Zukunft des IPR in Europa dürfte allerdings viel stärker in einem Nebeneinander der drei Paradigmen liegen als dies in den vergangenen Jahrhunderten der Fall war. Zur Untermauerung dieser These sei als Beispiel nur der am 11. Oktober 2011 vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM(2011) 635 endg.) angeführt. Diese Verordnung soll ein optionales, also von den Parteien freiwillig anstelle eines nationalen Vertragsrechts wählbares Kaufrecht enthalten. Die Wahl bzw. Option durch die Parteien wird im Rahmen des Vertragsstatuts ausgeübt, also desjenigen nationalen Rechts, das nach Maßgabe der Rom I-Verordnung zur Anwendung berufen ist. Der erste Schritt ist somit eine internationalprivatrechtliche Vorprüfung, die praktisch ausschließlich dem Verweisungsparadigma verhaftet ist. Damit die Parteien ihre Option vollwirksam ausüben können und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht anstelle des nationalen Kaufrechts gilt, müssen allerdings auch die persönlichen, sachlichen und territorialen Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit gegeben sein, welche in Anwendungsnormen, also dem Geltungsparadigma verhafteten Vorschriften, in Art 4 bis 9 des Verordnungsentwurfs niedergelegt sind. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wird allerdings nur einige Kernfragen des Vertragsrechts regeln und eine Vielzahl vertragsrechtlicher Probleme, aber etwa auch Fragen des Sachenrechts, dem nach Maßgabe der einschlägigen Kollisionsnormen anwendbaren Recht überlassen. Das führt nicht nur zu weiteren Verweisungen, sondern auch zu schwierigen Anerkennungsproblemen, etwa wenn die Parteien unter Geltung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts einen Eigentumsvorbehalt vereinbaren und dessen sachenrechtlich wirksame Begründung in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt geprüft werden muss.

Verweisungsparadigma, Geltungsparadigma und Anerkennungsparadigma dürften daher bald nicht mehr für grundsätzlich verschiedene Herangehensweisen an das IPR stehen, sondern für einander wechselseitig ergänzende Elemente desselben.

## Thesen

*zum Referat von Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cambridge), Wien*

1. Das internationale Privatrecht unter dem Blickwinkel unterschiedlicher „Denkschulen“ zu betrachten ist ein nicht alltäglicher Zugang. Das liegt vor allem daran, dass internationales Privatrecht – entgegen seiner Bezeichnung – im Laufe der vergangenen Jahrhunderte zu einer überwiegend nationalen Angelegenheit geworden ist, so dass wichtige Unterschiede in der Herangehensweise eher als Gegenstände der Rechtsvergleichung oder Rechtsgeschichte begriffen werden. Es bietet sich daher an, eher nach paradigmatischen Denkweisen zu fragen, welche das internationale Privatrecht zu unterschiedlichen Zeiten und an unterschiedlichen Orten immer wieder geprägt haben.
2. Als große historische Paradigmenwechsel können etwa die Entwicklungen vom Personalitäts- zum Territorialitätsprinzip, von der Statuentheorie zur Lehre vom Sitz des Rechtsverhältnisses oder vom Universalismus zum Autonomismus genannt werden. Weiterhin lassen sich unilateralistische und multilateralistische, subjektivrechtliche und objektivrechtliche, oder verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Systeme unterscheiden. Ähnlich lassen sich Weichenstellungen im IPR mit Staatsinteressen und privatrechtlichen Interessen, und innerhalb letzterer mit internationalprivatrechtlichen oder materiellprivatrechtlichen Interessen begründen.
3. Analysiert man die unterschiedlichen Denkschulen, wird deutlich, dass sie sich vielfach einer von drei paradigmatischen Denkweisen zuordnen lassen. Diese können als Verweisungsparadigma, Geltungsparadigma und Anerkennungsparadigma bezeichnet werden. Nach dem Verweisungsparadigma hat IPR die Aufgabe, jedem Problem der Lebenswelt und jeder dadurch aufgeworfenen Rechtsfrage eine Rechtsordnung bzw. Sachnormen zuzuweisen, nach welchen die Rechtsfrage zu lösen ist. Das Geltungsparadigma setzt dagegen voraus, dass Sachnormen einen bestimmten personalen bzw. territorialen Geltungsanspruch in sich tragen, der entweder explizit oder implizit, entweder speziell für die Sachnorm selbst oder aber in genereller Weise geregelt wurde; Aufgabe des IPR ist es, Geltungsansprüche von Sachnormen unterschiedlicher Rechtsordnungen miteinander zum Ausgleich zu bringen. Das Anerkennungsparadigma schließlich geht davon aus, dass zwischen einer Rechtsordnung einerseits und Privatrechtssubjekten andererseits durch behördliche oder private Akte eine Verbindung entstanden, insbesondere eine Rechtslage geschaffen worden sein kann, die von Gerichten eines anderen Staates anzuerkennen ist; Aufgabe des IPR ist es, die Bedingungen für eine Anerkennung zu formulieren.
4. Im modernen, derzeit geltenden IPR kommt im Wesentlichen das Verweisungsparadigma zum Ausdruck. Mit dem Geltungsparadigma lassen sich allerdings die insbesondere bei internationalem und europäischem Einheitsrecht anzutreffenden Anwendungsnormen, die sogenannte „Sonderanknüpfung“ von Eingriffsnormen und ähnlichen Normen oder auch manche Einschränkungen der Rechtswahl in Verbindung bringen. Das Anerkennungsparadigma ist im derzeit geltenden IPR kaum verwirklicht – was als „Anerkennung“ in Erscheinung tritt ist regelmäßig nur eine der Parteiautonomie besonders entgegenkommende Wahl des Anknüpfungspunkts oder eine temporal gespaltene Verweisung. Ob die Grundfreiheiten des AEUV es gebieten, in weiterem Umfang eine echte Anerkennung von Rechtslagen im Sinne des Anerkennungspara-

digmas vorzunehmen, ist fraglich. Ihre Handhabung ist jedenfalls äußerst problematisch, und ihr Zusammenspiel mit einem auf dem Verweisungsparadigma beruhenden Kollisionsrecht unklar.

5. Die Zukunft des IPR in Europa dürfte viel stärker in einem Nebeneinander der drei Paradigmen liegen als dies in den vergangenen hundert Jahren der Fall war. Der am 11. Oktober 2011 vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM(2011) 635 endg.) etwa stellt durch seine relativ komplizierte Kombination von verweisungsrechtlicher Vorprüfung nach der Rom I-Verordnung, in Art 4 bis 9 niedergelegten Anwendungsnormen des Gemeinsamen Kaufrechts, weiteren Verweisungsnormen für nicht im Gemeinsamen Kaufrecht geregelten Rechtsfragen und Anerkennungsproblemen im Zusammenhang mit einem Eigentumsvorbehalt des Verkäufers an der Kaufsache das internationale Privatrecht vor ganz neue Herausforderungen. Verweisungsparadigma, Geltungsparadigma und Anerkennungsparadigma dürften daher bald nicht mehr für grundsätzlich unterschiedliche Herangehensweisen an das IPR stehen, sondern für verschiedene, einander wechselseitig ergänzende Elemente desselben.

## Summary

### *Schools of thought in private international law*

*by Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cambridge), Wien*

1. Identifying ‘schools of thought’ in Private International Law is not an easy task. One of the reasons for this is that Private International Law has, over recent centuries, become much more of a national matter, so that the most striking differences are usually viewed through the lens of comparative law or legal history, and not so much perceived as trends within one and the same scientific community. It might, therefore, be more promising to search for overarching paradigmatic perspectives that up to now have come in and out of play at various times and places.
2. Famous paradigm shifts in the history of Private International Law would be the shift from the principle of personality to that of territoriality, from the statute theory to the doctrine of the natural seat of a legal relation, or from universalism to autonomism. Furthermore, we can distinguish unilateral versus multilateral systems, rights-based versus law-based approaches, and views that see conflict of laws embedded in a procedural setting versus views that regard conflict of laws as a separate issue. Similarly, conflict of laws can be seen as being essentially about the interests of states or about the interests of private individuals, and if the latter, some put the focus on interests reflected specifically by conflict of laws, while others concentrate on interests protected by substantive law.
3. What might be perceived as different ‘schools of thought’ within conflict of laws can usually be traced back to one out of three paradigmatic perspectives. These perspectives might be termed the choice-of-law paradigm, the scope-of-application paradigm, and the paradigm of recognition. According to the choice-of-law paradigm, Private International Law is about allocating to each legal issue a particular legal system or particular rules by which the issue is governed. The scope-of-application paradigm, however, is built on the assumption that substantive rules carry within them a particular personal and/or territorial scope which is either explicit or implied, either for a particular rule or in general terms. The function of Private International Law is to balance the claims of different substantive rules to be applied in a particular case. And the paradigm of recognition takes as its starting point the idea that, by way of private or public acts, links are created between a legal system on the one hand and the legal relations between individuals on the other, which means that a certain legal relation came about ‘under’ a particular law and must, as such, be recognised by foreign courts. Private International Law, from this point of view, is about the conditions required for recognition.
4. Modern Private International Law is clearly dominated by the choice-of-law paradigm. However, the scope-of-application paradigm is still required to explain the rules on the scope of application of international or European uniform law, the enforcement of ‘overriding mandatory rules’ within the meaning of Article 9 Rome I and similar rules, and some restrictions on the choice of the applicable law by the parties. Finally, the paradigm of recognition is scarcely present at all: certain features that imply elements of ‘recognition’ can usually be analysed as being really about the connecting fac-

tor or about a split reference, by virtue of which the creation of a right is governed by a different legal system than its enforcement. It is still unclear whether, and if so to what extent, the fundamental freedoms enshrined in the TFEU may require real recognition of legal relations within the meaning of the paradigm of recognition. In any case, such recognition is very problematic and difficult to integrate into a system of Private International Law which is, in general, based upon the choice-of-law paradigm.

5. In future, Private International Law in Europe is likely to emerge as much more a matter of coexistence of the three paradigms than has for centuries been the case. This is illustrated by the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law (COM(2011) 635 final) submitted in October 2011. In a manner that presents something of a challenge, the Proposal combines the application of traditional choice-of-law rules according to the Rome I regulation, the rules on the scope of application of the Common Sales Law to be found in its Articles 4 to 9, further choice-of-law rules for matters not addressed in the Common Sales Law, and issues of recognition in the context of retention-of-title. It is to be expected that the choice-of-law paradigm, the scope-of-application paradigm, and the paradigm of recognition will, in future, no longer stand for fundamentally different approaches to Private International Law, but rather for elements of it applied complementarily.



# Diskussion

*zu den Referaten Fassbender und Wendehorst*

**Herr Eckart Klein:** Meine sehr verehrten Damen und Herren, wir haben zwei hoch spannende und instruktive Referate gehört, für die ich mich ausdrücklich bedanken möchte. Ich werde mich naturgemäß jetzt stärker dem Referat von Herrn Kollegen Fassbender zuwenden.

Ich weiß nicht, Herr Fassbender, ob Sie mir zustimmen würden, wenn ich sage, die vorwiegende Denkrichtung von uns Heutigen ist im Völkerrecht ein wertgebundener Positivismus. Mir ist klar, dass dabei die Tyrannei der Werte um die Ecke lugt, aber auch das Problem der Kollision von Werten, mit denen wir es in der Völkerrechtsordnung bei einem solchen Denken zu tun haben. Meines Erachtens ist diese wertgebundene Ordnung, als die das Völkerrecht beschrieben werden kann, ein wesentliches Ergebnis der Entstehung und vor allem auch der Aktivitäten der internationalen Gemeinschaft. Die internationale Gemeinschaft ist da. Sie kann ja nicht gelehrt werden. Aber die wesentliche Frage ist doch, was aus dieser Bezeichnung oder aus dieser Feststellung einer internationalen Gemeinschaft folgt.

Unser Wiener Kollege Zemanek hat einmal gesagt, dass das, was als internationale Gemeinschaft und ihre Konstitutionalisierung bezeichnet wird, nichts weiter sei als eine Luftblase. Ich möchte sicher soweit nicht gehen. Aber ich möchte doch darauf aufmerksam machen, dass hinter dieser Charakterisierung ein Ausrufungszeichen steht. Auch ein Fragezeichen natürlich, aber vor allem auch ein Ausrufungszeichen in Richtung einer gewissen Vorsicht, die man anwenden soll, wenn man Konsequenzen aus einer solchen Begrifflichkeit zieht.

Die Satzung der Vereinten Nationen, also, wenn Sie wollen, die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, ist ja selber ambivalent. Sie beruht auf der souveränen Gleichheit der Staaten und gleichzeitig soll der Frieden auch gegen die Staaten geschützt werden und vor allem haben wir die Menschenrechte, die die Souveränität einschränken. Diese Ambivalenz muss irgendwie aufgelöst werden, und meines Erachtens kann das nur dadurch geschehen, dass man wie beim nationalen Recht fragt: Wem und wozu soll eigentlich dieses Recht dienen? Wenn wir davon ausgehen und wir sollten davon ausgehen, dass der Staat und sein Recht den Menschen dienen, dann kann eigentlich auch das Völkerrecht nur dem Menschen dienen. Der letzte Zweck allen Rechts, eben auch des Völkerrechts, ist der Mensch. Daraus nun auch wieder die Folgerungen zu ziehen, würde natürlich jetzt meinen Redebeitrag überschreiten. Ich möchte das nur an zwei Punkten noch ganz kurz illustrieren.

Der erste ist, dass wir selbst dem Staat Unersetzlichkeit, jedenfalls einstweilen, zubilligen müssen, mit allem was dazu gehört. Der Staat ist für den Schutz der Menschen derzeit unersetzbar und das bedeutet natürlich auch, dass der Staat in seinen Möglichkeiten zum Schutz selber geschützt werden muss vom Völkerrecht. Und der zweite und damit schon letzte Punkt ist ein Wort zur „Responsibility to Protect“, über die wir heute schon etwas von Frau Wasum-Rainer gehört haben. So wichtig diese, ich weiß gar nicht, ob wirklich neue Rechtsfigur ist: Auch hier ist vor Übertreibung zu warnen. Aus

der „Responsibility to Protect“ eine Pflicht zum Eingreifen zu machen, was nur wenige bisher tun, aber was eigentlich in der Konsequenz der Entwicklung liegen könnte, würde meines Erachtens das gegenwärtige Völkerrecht nicht nur revolutionieren, sondern es wohl auch von seinem ursprünglichen, seinem eigentlichen Kern, nämlich dem Schutz der Menschen, ablenken. Etwa nach der Devise: „Jede Übertreibung führt zum Tod der Idee, der sie eigentlich nutzen soll.“ Danke schön.

**Herr Hobe:** Zunächst einmal möchte ich den beiden Referenten für die in meinen Augen sehr gelungenen Referate danken. Meine Frage richtet sich sodann an Bardo Fassbender. Sie haben uns, wie ich finde, eindrücklich verschiedene Denkschulen vorgeführt. Dabei haben Sie als eine für den Kalten Krieg typische Denkschule den „New Haven Approach“ beschrieben und zudem die „Lehre von der internationalen Gemeinschaft“ als eine Denkschule der Zeit nach 1990 bezeichnet. Zugleich haben Sie vor allem die „Lehre von der internationalen Gemeinschaft“ als ein wesentlich deutscher Denktradition entsprechendes Produkt vorgeführt. Dazu würde mich interessieren, ob nach Ihrer Kenntnis es in anderen Ländern ähnliche Theorieansätze wie die der „Lehre von der Internationalen Gemeinschaft“ gibt und ob es zudem Rezeptionen der deutschen „Lehre von der internationalen Gemeinschaft“ gibt.

Zudem erscheint mir auch die Frage wesentlich, ob die Rechtsprechung etwa des Internationalen Gerichtshofs oder anderer hoher Spruchkörper in ihren Urteilen Anklänge an Denkschulen erkennen lässt, denn das wäre ja auch ein wichtiger Beleg für deren Rezeption und bei der Relevanz der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs eben von nicht geringer Bedeutung. Oder werden solche Denkprägungen nicht expliziert und kann damit die Rechtsprechung im Wesentlichen nur implizit durch die Prägung der verschiedenen Richterpersönlichkeiten gekennzeichnet sein? Danke schön.

**Herr Paulus:** Vielen Dank Herr Vorsitzender, vielen Dank an beide Referenten. Sie haben uns eindrücklich eine Schneise in die gar nicht so neue Unübersichtlichkeit der beiden Disziplinen geschlagen, zumal ja immer ein Gebiet dabei ist, das man nicht ganz so gut kennt. Ich habe zuerst eine Frage an Bardo Fassbender und komme dann zum Schluss noch kurz auf das IPR zu sprechen.

Herr Fassbender, Sie haben gesagt: „Die Ansätze, die erfolgversprechend sind im Völkerrecht, kommen aus dem Völkerrecht selbst.“ Ich bin mir nicht ganz so sicher, ob das stimmt. Ich habe eher den Eindruck, die Ansätze kommen von woanders her. Sie kommen nur immer ungefähr 30 Jahre später. Das beginnt bei der Scholastik, die nur als Spätscholastik bei den Vätern des Völkerrechts angekommen ist, und das geht weiter mit der Renaissance und der Aufklärung, mit Kant insbesondere, und wenn man sich unsere Tage anschaut, dann kann man denken an die Dekonstruktion, die als „Critical Legal Studies“ wieder auftaucht. Man kann denken an die Diskurstheorie, die als Interpretationslehre auftaucht, oder die Hermeneutik, die für das Völkerrecht ja von besonderer Bedeutung ist, weil wir bei der Interpretation des Rechts eben nicht immer von einer gemeinsamen sozialen Grundlage ausgehen können. Und das gilt am Ende auch für die Postmoderne oder die Regimetheorie z.B. Ich würde vorsichtig sein zu sagen, dass die Völkerrechtler aus sich selbst heraus diese Dinge entwickeln. Sie müssen allerdings in der Tat, wie das die Systemtheorie sehr eindrucksvoll beschrieben hat, diese Ideen einpassen, so dass sie im Völkerrecht gedanklich aufgenommen werden können, und das braucht offenbar eine gewisse Zeit.



Meine letzte Bemerkung ist, dass der eine Ansatz, der natürlich erwähnt wurde, aber der mir in diesem Jahrhundert die größte Herausforderung des Völkerrechts zu sein scheint, hier nur kurz aufgetreten ist, und das ist die Systemtheorie, die eben auch ihre Jahre brauchte, bis sie im Völkerrecht angekommen ist. Und das ist ein Ansatz, der eigentlich radikal neu konstruiert, eben nicht vom Staat aus eine internationale Rechtsordnung denkt, sondern viele Teilrechtsordnungen im Wege der autopoiesis entstehen lässt, die dann in irgendeiner Weise in Beziehung gebracht werden müssen. Das ist ein sehr radikaler neuer Ansatz, weil er eben den Staat in einer Weise relativiert, wie sich das die Völkerrechtler nie getraut haben, und zwar deswegen nicht getraut haben, weil das gesamte Völkerrecht auf staatlicher, wenn auch zwischenstaatlicher Setzung beruht. Da sie sich an vorhandenen Rechtssätzen orientieren müssen, können die Völkerrechtler eigentlich gar nicht so radikal denken. Aber vielleicht müssen sie das. Das geht bis hinein in die Gerichtspraxis. Ich hätte nie gedacht, bevor ich Verfassungsrichter wurde, dass dieses Dreieck, Karlsruhe, Straßburg, Luxemburg eine so existentielle, so zentrale Bedeutung in der Rechtspraxis und auch im Selbstverständnis eines Verfassungsgerichts haben kann. Und deswegen, und jetzt komme ich zurück zum IPR: Kann da nicht vielleicht das Völkerrecht vom internationalen Privatrecht lernen? Vielen Dank.

**Herr Oppermann:** Zunächst Gratulation dem Vorstand, dass er ein so grundsätzliches Thema hier und auch in den folgenden Referaten aufgegriffen hat. Ich habe vorhin ein gewisses Gemurre im Publikum gehört, dass wir mit Theorien und Ähnlichem anfangen. In Wirklichkeit handelt es sich um Grundsätze, die mit Personen verbunden sind. Das ist hochinteressant. Also bitte auf diesem Wege weiter! Suchen Sie auch künftig so ausgezeichnete Referenten bzw. Referentinnen aus wie heute Vormittag.

Meine Bemerkung zur Sache, an Sie, Herr Fassbender. Durch Ihr Referat wird man zu Überlegungen über den eigenen Standpunkt angeregt. Ich bin etwas mehr Europarechtler als Völkerrechtler. So sehe ich die Europarechtler als „Extremisten“ der völkerrechtsfreundlichen Methode. Dagegen könnte man natürlich einwenden, das Europarecht sei gar nicht mehr Völkerrecht. Darüber kann man ewig streiten. Meines Erachtens liegt das Europarecht irgendwo „zwischen“ Völkerrecht und nationalem Recht. Dabei hat es sich inzwischen etwas mehr dem Staatsrecht angenähert. Unser verewigter Kollege Seidl-Hohenveldern, der vor 31 Jahren eine ebenso schöne Tagung unserer Gesellschaft in Köln ausgerichtet hat, behandelte freilich in seinem Lehrbuch das Europarecht zum Missfallen der meisten Europarechtler immer noch als eine Art Nebengebiet des Völkerrechts. Dieser Tage ist interessant zu vermerken, dass die lange vorherrschende völkerrechtsfreundliche Sicht des Europarechts durch den Zusammenprall mit dem Bundesverfassungsgericht und seinen beiden großen Richterpersönlichkeiten Paul Kirchhof und Udo Di Fabio zur neuerlichen Konfrontation geführt hat. Herr Paulus hat eben bereits darauf hingewiesen. Wenn man als Verfassungsrechtler zum Europarecht kommt, neigt man unwillkürlich einer völkerrechts- oder europarechtsskeptischen Sicht zu, weil man von der bleibenden Souveränität der Mitgliedstaaten ausgeht. Die Europäische Union wird als Gemeinschaft souveräner Staaten oder ähnlich definiert. Das Bundesverfassungsgericht kehrt damit bei Lichte besehen zur alten Sicht zurück, die das Europarecht mehr oder weniger ins Völkerrecht schiebt.

**Herr von Bogdandy:** Auch ich möchte mich bedanken für zwei interessante Referate und begrüße es, dass wir dieses theoretische Thema erörtern. Aber ich habe drei

Bedenken. Das erste Bedenken ist an den Vorstand gerichtet und betrifft den Begriff „Denkschule“. Sie sagen, Sie möchten sich zur Theorie öffnen. Ich finde den Begriff der „Denkschule“ dafür unglücklich. Zunächst einmal, weil er der Idee eines Lehrer-Schüler-Verhältnisses verpflichtet ist, über das wir heute herausgekommen sein sollten, aber weil es auch traditionalistisch gedacht ist. Es gibt große Schulen, die zurückgehen bis in die spanische Spätscholastik. Aber: Gibt es denn wirklich keine Neuanfänge?

Das führt mich zum zweiten Punkt und zu dir, Bardo Fassbender. Man hatte aus deinem Vortrag ein wenig den Eindruck, eigentlich sei alles gedacht. Ulrich Scheuner habe 1962 die Begriffe geprägt, mit denen wir auch heute nachdenken sollten. Wenn wir uns überlegen, was sich im Völkerrecht geändert hat seit 1962, dann sehen wir, dass wir in einer völlig anderen Welt leben. Können wir diese Welt mit diesen alten Begriffen heute noch adäquat denken? Ich bin fest überzeugt, dass das nicht der Fall ist. Das knüpft an das an, was Andreas Paulus gerade sagte: Ganz wesentliche Anregungen sind aus anderen Fächern gekommen, die hier nur wenig aufgetaucht sind. Ich habe deinem Vortrag den Eindruck entnommen, die Dinge bewegten sich wenig. Ich glaube, sie bewegen sich sehr schnell.

Damit komme ich zum dritten Punkt. Ich glaube, dass das Theorieverständnis nicht überzeugt. Ich beziehe mich auf die These 3: „Eine Denkschule, eine Theorie, ein Paradigma liegt eigentlich nur vor, wenn zu allen großen Fragen in universalgeschichtlicher Dimension etwas Grundsätzliches gesagt wird.“ So sollten wir heute nicht mehr arbeiten. Wir müssen spezieller ansetzen. Damit eine wissenschaftliche Konzeption eine Theorie bildet, muss sich nicht eine Aussage zu jeder großen Frage aufweisen. Für Denkschulen, die die ganze Welt erklären, ist die Zeit vorbei.

**Herr von Hein:** Frau Wendehorst, vielen Dank für das Referat. Sie haben sehr schön dargestellt, dass es im Grunde im IPR über die Jahrhunderte hinweg drei Theorieschulen gibt. Hierbei handelt es sich um die Theorie der wohl erworbenen Rechte, die Statuentheorie, die Sie als Geltungsanspruchsparadigma bezeichnet haben, und dann das moderne Kollisionsrecht im Savigny'schen Sinne. Ist nicht im Grunde das, was Sie als Anerkennungsparadigma bezeichnet haben, eine Renaissance der Theorie der wohl erworbenen Rechte? Und führt nicht das Anerkennungsparadigma, das der Europäische Gerichtshof vor allem in der Sache *Grunkin-Paul* geprägt hat, mittelfristig gesehen in dieselbe Sackgasse, in welche die Theorie der wohl erworbenen Rechte im europäischen Kollisionsrecht geführt hat? Das war ein zentraler Einwand, den schon Mitte des 19. Jahrhunderts Carl-Georg von Wächter und Friedrich-Carl von Savigny gegen die Theorie der wohl erworbenen Rechte formuliert haben. Savigny hat ganz deutlich geschrieben, diese Theorie führe zu einem bloßen logischen Zirkel, denn wir wissen nicht, was ein wohl erworbenes Recht ist, wenn wir nicht das Statut kennen, nach dem wir diesen Erwerbsvorgang beurteilen müssen. Diese Schwierigkeit zeigt sich sehr deutlich in der Folgerechtsprechung zu *Grunkin-Paul*. Bei *Grunkin-Paul* mag man noch sagen: Gut, dogmatisch ist dieses Urteil zwar nicht ganz ausgefeilt – das mag auch an den Verständigungsproblemen liegen, die zwischen eher öffentlich-rechtlich geprägten Europarichtern und herkömmlichen International-Privatrechtlern bestehen –, aber dem armen Kind musste irgendwie geholfen werden, damit es nicht in Dänemark anders heißt als in Deutschland. Aber der jüngste Fall *Sayn-Wittgenstein*, – Sie lehren ja jetzt in Österreich, kennen also die Problematik – zeigt doch, zu welchen Problemen dieser Ansatz führt. In diesem Fall hatte sich eine österreichische Staatsangehörige, die als

Maklerin in Deutschland tätig war, von einem deutschen Adligen adoptieren lassen. Sie wollte dann den Adelstitel „Fürstin von Sayn-Wittgenstein“ in Österreich führen, wo derartige Titel bekanntlich abgeschafft sind. Sie argumentierte natürlich mit dem Judikat *Grunkin-Paul* und behauptete, es beeinträchtige sie in ihrer Freizügigkeit, wenn sie diesen schönen – und wahrscheinlich teuer bezahlten – Titel in Österreich nicht führen dürfe. Hier musste der EuGH, um aus dieser kollisionsrechtlichen Sackgasse wieder herauszukommen, letzten Endes die Notbremse des „Ordre Public“ ziehen, indem er entschied: Es verstößt gegen die nationale Identität der österreichischen Republik, wenn eine Maklerin mit einem deutschen Adelstitel komme und diesen im Inland führen wolle. Aber das ist meine Frage: Führt denn diese EuGH-Rechtsprechung nicht dazu, dass wir all unsere ausdifferenzierten Kollisionsregeln im Familien-, Personen- und Namensrecht letzten Endes europarechtlich, auf zwei Elementarnormen reduzieren? Die erste Elementarnorm ist, wir müssen jede in einem Mitgliedstaat geschaffene Rechtslage anerkennen. Die zweite Elementarnorm dient zur Korrektur: Es sei denn, das Ergebnis verstößt gegen den nationalen „Ordre Public“. Das kann es doch eigentlich nicht sein. Vielen Dank.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank Frau Wendehorst. Ich wende mich ebenfalls an Sie. Sie haben sicherlich Recht damit, dass die Zukunft des internationalen Privatrechts innerhalb Europas in der Auseinandersetzung mit der Frage liegen wird, ob und wie weit das Verweisungsparadigma durch das Anerkennungsparadigma ersetzt oder ergänzt werden kann und soll. Das Anerkennungsparadigma ist – ob zu Recht oder zu Unrecht – auf dem Vormarsch. Die gilt auch für internationale Übereinkommen. Das Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 beispielsweise sieht eine Anerkennung von Rechts wegen an verschiedenen Stellen vor und diese Regelungen haben wir so in das deutsche Recht übernommen. In der Auseinandersetzung mit den Problemen einer Anerkennung von Rechts wegen liegt schon jetzt eine Hauptaufgabe der Kollisionsrechtswissenschaft. Ich sehe viele Schwierigkeiten, möchte dazu aber hier nichts weiter sagen.

Meine Frage bzw. mein Kommentar bezieht sich eher auf die Integrierung der verschiedenen Formen der Anwendung (oder auch Nichtanwendung) ausländischen Rechts. Die von Ihnen angeführten Beispielfälle, die Sie als Zeugnis eines (erneuten) Geltungsanspruchsparadigmas hervorheben, lassen sich durchaus in unser normales, modernes Verweisungssystem einfügen. Zunächst möchte ich allerdings diese besonderen Situationen um eine weitere ergänzen: Sie haben die Sonderanknüpfung angeführt, sie haben den „*renvoi*“ erwähnt; man könnte als Drittes auch noch den „*ordre public*“ betrachten.

Wenn wir diese „Einbrüche“ in das Verweisungssystem so stark, wie Sie es getan haben, in die Nähe der Statutentheorie rücken, dann vergessen wir, dass diese ausländischen (als auch inländischen) „Geltungsansprüche“ nur dadurch Bedeutung entfalten, dass unsere Kollisionsnormen ihnen diesen Raum einräumen. Insofern können wir sie methodologisch durchaus in die Verweisungstheorie und damit in das Verweisungsparadigma einfügen. Wir folgen hier einer Verweisung oder kehren – wie beim *ordre public* – die Verweisung um: Denn wir wenden das ausländische Recht, obwohl es nicht Vertragsstatut ist, nur deswegen an, weil unsere Kollisionsnorm dies sagt. Genauso ist es bei der Nichtanwendung ausländischen Rechts aus *ordre public* Gründen. Der Anwendungsbefehl kommt aus unserem Kollisionsrecht. Wir haben es hier nur im

Gegensatz zu den üblichen Kollisionsnormen mit offenen Verweisungsnormen zu tun. Diese unterscheiden sich von den konkreten Kollisionsnormen dadurch, dass sie nicht ein bestimmtes Statut generell bestimmen, beispielsweise für den Vertrag das von den Parteien gewählte Recht, das Recht der charakteristischen Leistung oder das Ortsrecht etc. als anwendbar bestimmen. Die offenen Verweisungsnormen sind demgegenüber von der konkreten Konstellation, dem Sachverhalt, den berufenen Rechtsordnungen abhängig. Sie bedürfen zu ihrer Anwendung im Einzelfall einer von mehreren Faktoren abhängigen Konkretisierung. Insofern sind sie den Generalklauseln vergleichbar. Es bleibt aber dabei, dass auch diese Normen Verweisungsnormen sind.

Dies ist u.a. wichtig für die Frage der (völkerrechtlichen) Legitimation des Richters zur Anwendung ausländischen Rechts: Auch bei der Sonderanknüpfung und beim *renvoi* wendet der deutsche Richter ausländisches Recht an, weil das deutsche internationale Privatrecht ihm dies befiehlt. Der Geltungsanspruch einer ausländischen Norm ist hierfür irrelevant. Insofern sehe ich hier einen großen Unterschied zur Statutentheorie. Danke schön.

**Herr Siehr:** Schönen Dank für die schönen Referate. Nur noch zu Frau Wendehorst eine kleine Erklärung: Sie, liebe Kollegen, müssen den Eindruck haben, dass diese Paradigmen, die vorgeführt worden sind, ein Kampf auf Leben und Tod sind. Das sind sie nicht. Das hat auch Frau Wendehorst nicht gesagt. Ich will nur zwei Beispiele nennen. Das erste Beispiel entnehme ich dem schweizerischen IPR, wo alle diese Paradigmen einträchtig nebeneinander existieren, und zwar sowohl im Verweisungsrecht als auch bei der Anerkennung ausländischer Ehen, Adoptionen oder Erbfällen. Außerdem gibt es noch Eingriffsnormen. Allem in allem: Das schweizerische IPR hält eine sehr pragmatische Lösung bereit und fährt gut damit. Das andere Beispiel bildet das europäische Kollisionsrecht. Der EuGH hat in seinem Entscheid *Grunkin-Paul* (C-353/06) nicht gesagt, dass jetzt die Anerkennungstheorie gelten solle. Er hat nur gesagt, es verstoße gegen die Freizügigkeit, wenn ein Kind in einem Staat geboren ist, dort einen Namen erhält und in einem anderen Staat (z.B. seinem Heimatstaat) anders heißt, dort also die Namensgebung des Aufenthaltsstaates bei Geburt nicht anerkannt wird. Was wir, die Kollisionsrechtler, daraus machen, das ist eine andere Frage. Die Lage lässt sich vergleichen mit der Situation, die das Bundesverfassungsgericht vor 40 Jahren im *Spanier-Entscheid* von 1971 geschaffen hatte. Danach war es verfassungsrechtlich nicht möglich, dass ein in Deutschland Geschiedener nicht wieder heiraten konnte, weil sein Heimatrecht die deutsche Scheidung nicht anerkannte. Auf Grund dieser Spanier-Entscheidung ist eine Kollisionsnorm formuliert worden, die sich bis heute in Art. 13 II Nr. 3 EGBGB befindet. Im Ganzen: Im IPR scheint es mir etwas anders zu sein als im Völkerrecht, es geht weniger um Schulen oder um Denkrichtungen, sondern um verschiedene Sachfragen, die durchaus pragmatisch nebeneinander existieren und beantwortet werden können.

**Herr Basedow:** Ich habe eine Frage an beide Referenten, deren Referaten ich mit viel geistigem Genuss zugehört habe: Welche Bedingungen bestehen eigentlich dafür, dass ein theoretischer Ansatz, eine *Denkrichtung*, zur *Denkschule* wird? Oder, da manche das Wort nicht mögen, dass sie sich so verfestigt, dass sie tradiert wird. Ich glaube, wir können solche übergreifenden und sehr nachhaltig wirkenden geistigen Einflüsse durchaus feststellen, insbesondere, wenn wir historisch ein bisschen in die Vergangen-

heit blicken. Es fällt ja immer leichter, die Konturen zu erkennen, wenn man zurückschaut. Da erkennen wir in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg im Völkerrecht, wie wir gehört haben, die Theorie der internationalen Gemeinschaft, die einen kooperativen Charakter hat; im internationalen Privatrecht haben wir im gleichen Zeitraum eine Renaissance des Verweisungsparadigmas mit einer starken Zurückdrängung des „Ordre Public“. Also zeigt sich auch hier ein sehr starkes Kooperationsdenken.

Wenn man 30 Jahre weiter geht, in die 80er Jahre, dann wird man andere Tendenzen feststellen können, die eher darauf ausgerichtet sind, bestimmte „Policies“ durchzusetzen, zu Gunsten der schwächeren Staaten im Völkerrecht, zu Gunsten der schwächeren Individuen im internationalen Privatrecht. Das könnte man sicher näher ausführen. Und mich führt das zu der Frage, ob es vielleicht für den Einfluss oder das Vordringen einer bestimmten Denkrichtung Faktoren gibt, die hier noch nicht erwähnt wurden, nämlich eine bestimmte Nachfrage von Seiten, sei es der eigenen Disziplin, sei es von Seiten der Bevölkerung insgesamt oder der Politik, sei es von Seiten anderer Staaten, die vielleicht dabei sind, selbst bestimmte Ordnungsgedanken zu rezipieren.

**Frau Wendehorst:** Ich werde versuchen, die Fragen nacheinander durchzugehen. Zunächst einmal zu Herrn von Hein: drei Denkschulen? Eigentlich nicht. Wir laborieren ja die ganze Zeit mit dem Begriff der „Denkschule“ herum. Was ist eigentlich eine „Denkschule“? Herr Basedow hat es eben auch noch einmal angesprochen. Es gibt sehr, sehr viele Denkschulen, nicht nur drei. Ich habe, sozusagen, hinter dieser Vielzahl von Denkschulen drei Grundmuster erkannt, die ich ihrerseits aber nicht als „Denkschule“ bezeichnen würde, weil sie immer wieder einmal auftauchen, wieder untergehen, weil man auch nicht präzise einen Begründer, einen Lehrer oder dergleichen feststellen kann. Weil sie, wie wir gesehen haben, und das habe auch ich in meinem Vortrag auszudrücken versucht, teilweise in ein und derselben Kodifikation oder IPR-rechtlichen Theorie nebeneinander auftreten. Deswegen würde ich diese drei als „paradigmatische Herangehensweisen“, als „Denkmodelle“ oder ähnlich, aber nicht als „Denkschulen“ bezeichnen. Aus diesem Grund wäre es mir auch nicht lieb, wenn wir jetzt sagen würden, das Anerkennungsparadigma sei doch eigentlich nur die Renaissance der Theorie der wohlerworbenen Rechte oder sei doch eigentlich die *Vested Rights Theory* u.s.w. In gewisser Weise ja, aber das Anerkennungsparadigma ist eben ein Paradigma und keine konkrete Denkschule. Es ist sozusagen ein wenig abstrakter, ein wenig breiter. Bei der *Vested Rights Theory* beispielsweise ging es um eine ganz spezifische Ausformung, die ja auch eine ganz spezifische Zielrichtung hatte: da ging es in erster Linie um Souveränitätsgedanken, weil man aus Souveränitätsüberlegungen heraus ein Problem damit hatte, das Recht eines fremden Staates anzuwenden. Das ist ganz spezifisch für die *Vested Rights Theory* als konkrete historische Denkschule, aber als solches nicht Bestandteil des Anerkennungsparadigmas. Die Problematik *Grunkin-Paul* beispielsweise hat viel mit dem Anerkennungsparadigma, aber überhaupt nichts mit Souveränitätsüberlegungen zu tun. Darum wäre ich ein wenig vorsichtig, das gleichzusetzen.

Führt es in die gleiche Sackgasse? Da bin ich schon ein bisschen näher bei Ihnen. Wir haben bereits vorhin in der Pause kurz darüber diskutiert. Ich wollte nicht so verstanden werden, dass ich glaube, man müsse jetzt nur an diesem Anerkennungsparadigma ein wenig arbeiten, und das einmal gehörig durchdenken, und dann funktioniere das genauso hervorragend wie die Verweisungstechnik. Man kommt da recht schnell an

Grenzen, auch Grenzen der Exaktheit, und wenn man damit wirklich ernst machen will, und das sozusagen auch auf breiterer Ebene anwenden will als es punktuell im schweizerischen IPR und auch in anderen IPR-Systemen der Fall ist, dann kommt man recht schnell in Ungenauigkeiten und Unschärfen, die wir eigentlich, wo wir unser ausgefeiltes Verweisungssystem entwickelt haben, nicht mehr gewillt sind, in Kauf zu nehmen. Es führt dann leicht auch in Zirkelschlüsse u.s.w., eben in diese Sackgassen, die Sie beschreiben. Da bin ich im Grunde vollkommen bei Ihnen.

Der EuGH hat natürlich eine ganze andere Herangehensweise. Der EuGH kann einfach sagen: dieses und das Ergebnis gefällt mir nicht, das arme Kind, das kann ja wohl nicht sein, das verstößt gegen eine Grundfreiheit. Aber mit den dogmatischen Feinheiten, wie dann im internationalen Privatrecht wirklich dieses Ergebnis herbeizuführen ist, muss sich der EuGH nicht herumschlagen. Das führt mich auch gleich, wenn ich springen darf, zu Herrn Siehr. In der Tat, der EuGH hat nicht gesagt, dass hier die Anerkennungstheorie oder das Anerkennungsprinzip oder Anerkennungsparadigma oder was auch immer zum Zuge kommen müsse. Es könnte auch im Rahmen eines der anderen Systeme gelöst werden. Ich habe ja auch versucht zu zeigen, dass es tatsächlich gelungen ist, z.B. die Problematik im internationalen Gesellschaftsrecht schlichtweg durch eine Modifizierung der Verweisung, spricht ein partielles Umschwenken auf die Gründungstheorie, in den Griff zu bekommen. Ich weiß nur nicht, ob das immer und flächendeckend passieren kann. Natürlich können wir jetzt sagen, wir modifizieren einfach unsere namensrechtliche Kollisionsnorm und sagen: es gibt ein Wahlrecht zu Gunsten des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt bei Geburt. Wunderbar – aber bald haben wir in einem anderen Lebenssachverhalt das nächste Problem: Da ist der gewöhnliche Aufenthalt bei Geburt in dem einen Staat, und 2 Jahre später ziehen die Eltern in einen anderen Staat, und dort wird dann irgendeine namensrechtliche Entscheidung getroffen. Wer weiß, vielleicht stellt dann der EuGH wieder fest, unser Anknüpfungsergebnis verstoße gegen die Freizügigkeit. Ich will sagen, wir können wahrscheinlich diese ganzen Probleme, die der EuGH irgendwann einmal finden könnte, nicht nur durch andauerndes Hinterhereilen mit der Anpassung der Verweisungsnorm in den Griff bekommen. Es wird irgendwo eine Situation eintreten, in der wir möglicherweise zu einem anderen Mittel greifen müssen. Es sei denn, wir überzeugen irgendwann den EuGH, einen anderen Maßstab anzulegen, aber das wird wahrscheinlich nicht gelingen.

Ich wollte auch nicht so verstanden werden, dass das ein Kampf auf Leben und Tod ist. Natürlich gibt es Modelle, diese unterschiedlichen Systeme zusammen zu führen, in ein harmonisches Nebeneinander zu bringen. Da gebe ich auch insofern Frau Coester-Waltjen vollkommen Recht. Es setzt nur ein ganz bestimmtes Verständnis, eine ganz bestimmte Handhabung voraus, z.B. bei Eingriffsnormen. Es macht ja einen großen Unterschied, wie ich das handhabe mit Eingriffsnormen, das heißt ob ich sage: echte Sonderanknüpfung, weil der und der Staat den und den internationalen Geltungsanspruch erhebt, oder ob ich eben sage, wie es im alten IPR zu Artikel 34 EGBGB durchaus auch der herrschenden Meinung entsprach: das setzt eine kollisionsrechtliche, eine quasi verweisungsrechtliche Wertung unsererseits voraus, die natürlich ungeschrieben ist, die auch so ausdifferenziert sein müsste, dass wir sie nie und nimmer im Wortlauf von einem Artikel 34 zum Ausdruck bringen könnten, die aber dennoch unsere eigene, vorgeschaltete Verweisungsnorm ist. Deswegen bin ich ja eigentlich – wie Sie auch – ganz zuversichtlich, dass die Paradigmen irgendwie unter einen Hut zu bekommen sind.

Jetzt komme ich zur Frage von Herrn Basedow: welche Faktoren führen zum Vordringen einer bestimmten Denkschule? Das ist natürlich eine sehr schwierige Frage. Das können gesellschaftliche Entwicklungen sein, das können auch punktuelle Ereignisse sein. Dazu zählen etwa Entscheidungen des EuGH oder, in anderen Fällen, des EGMR, die an die betreffenden Rechtsgemeinschaften herangetragen werden und die einfach zum Umdenken zwingen. Ich glaube, da gibt es eine ganz breite Palette an unterschiedlichen Antworten, was zum Vordringen einer bestimmten Denkschule führt. Das können wir wahrscheinlich in dieser Kürze nicht behandeln.

Vielen Dank.

**Herr Fassbender:** Auch ich möchte mich für die Kommentare und Fragen herzlich bedanken. Ich gehe sie der Reihe nach durch.

Herr Klein hat die heute vorwiegende Denkrichtung des Völkerrechts einen „wertgebundenen Positivismus“ genannt. Dies ist ein Begriff, der den „Mainstream“ zutreffend beschreibt. Die Werte, die diesen Positivismus binden, ergeben sich zum Teil aus einer Integration naturrechtlicher Postulate, d.h. von Postulaten, die früher unter dem Naturrecht abgehandelt worden sind. Auch der Menschenrechtsgedanke, den Sie betont haben, ist eingeflossen. Der heute allgemein akzeptierte Positivismus, der sozusagen die Mitte des Faches beherrscht, ist eben nicht der alte des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ungeachtet der Wertbezogenheit handelt es sich mehr um einen Positivismus der Methode als ein Positivismus im Sinne bestimmter inhaltlicher Positionen. Sie haben dann, Herr Klein, das Problem aufgeworfen, welche konkreten Konsequenzen aus der Verwendung des Begriffs der „Internationalen Gemeinschaft“ zu ziehen sind. Das ist in der Tat einerseits eine offene Flanke der „Lehre von der Internationalen Gemeinschaft“, wie ich sie beschrieben habe, andererseits vielleicht auch ihre große Stärke. Die Konsequenzen, die sich aus der Anwendung der Idee der Internationalen Gemeinschaft in einzelnen konkreten völkerrechtlichen Fällen ergeben, sind vergleichsweise offen. Es gibt eine Generallinie, die Gemeinschaftswerte über partikulare Interessen stellt, die die Interessen des Individuums stark betont, die auf internationale Kooperation und nicht auf die Opposition der Staaten ausgerichtet ist. Aber die Idee ist offen und damit auch immer wieder interpretationsbedürftig. Es handelt sich also aus der Sicht derer, die sich scharfe Konsequenzen aus einer Begrifflichkeit erwarten, eher um eine Schwäche; umgekehrt ist diese Offenheit eine Stärke, die den Erfolg der Lehre von der Internationalen Gemeinschaft miterklären dürfte.

Herr Hobe hat nach der Rezeption dieser Internationalen Gemeinschaftslehre im Ausland gefragt. Ich glaube, man wird in erster Linie Frankreich und Italien nennen müssen, als Länder, in denen diese Lehre aufgenommen und auch konzeptionell fortgeführt worden ist – in Italien vor allen Dingen von Antonio Cassese, den ich schon genannt habe. In Frankreich ist es unter anderen Pierre-Marie Dupuy gewesen, der in seinen Arbeiten und auch in der Haager Vorlesung diesen Gemeinschaftsgedanken stark aufgenommen hat. Er konnte dabei zum Teil auf Arbeiten seines eigenen Vaters René-Jean Dupuy zurückgreifen, den ich auch erwähnt habe, der seinerseits wieder in einer Traditionslinie von Scelle und seiner Schule steht.

Es fällt auf, dass im englischsprachigen Raum die Bereitschaft geringer gewesen ist, die Leitidee einer internationalen Gemeinschaft fortzuentwickeln. Entweder nimmt man dort heute die Existenz einer solchen Gemeinschaft als eine Gegebenheit an, eine Tat-

sache und Grundlage des Völkerrechts, die in recht pragmatischer Weise nicht weiter in Frage gestellt wird. Man könnte als Beispiel das einflussreiche Lehrbuch von Ian Brownlie nennen. Das Buch beginnt ganz klassisch mit den Quellen und Subjekten des Völkerrechts. Irgendwann kommt dann auch die „International Community“, kommen die Vereinten Nationen. Brownlie hat sich aber nicht veranlasst gesehen, diese Begrifflichkeit näher zu begründen, sondern er nimmt das hin, was in der Staatenpraxis und auch in der Arbeit der internationalen Gerichte das allgemein benutzte Vokabular ist. Es fehlt vielleicht heute in Großbritannien jemand wie James Brierly, der in seiner Zeit Arbeiten auch zum Begriff der internationalen Gemeinschaft und internationalen Werten vorgelegt hat, das Thema also auch theoretisch angegangen ist.

Sie haben, Herr Hobe, auch gefragt, ob die Rechtsprechung des IGH Anklänge an bestimmte Denkschulen erkennen lässt. Die Rechtsprechung des IGH ist in dieser Hinsicht nicht leicht zu beurteilen. Der IGH zitiert ja bekanntlich so gut wie nie einzelne Völkerrechtler. Das geschieht in den Sondervoten, aber der IGH selber vermeidet es traditionsgemäß. Man kann dann nur durch genaue inhaltliche Analyse der Urteile versuchen zu sehen, wo etwas gedanklich herkommt. Ich vermute, man würde im Ergebnis einer solchen Analyse wieder diese beiden Pole auffinden: einerseits eine Tendenz, die Staatensouveränität zu achten und zu schonen, den Staaten sozusagen ihr gutes Recht zu lassen, und andererseits eine Tendenz, die Gemeinschaftswerte betont und auch über einzelstaatliche Interessen stellt. Leichter wäre eine Analyse für die Sondervoten, weil man da die einzelnen Autoren kennt, die oft dezidiert in die eine oder andere Richtung gegangen sind.

Ich muss mich etwas kürzer fassen. Andreas Paulus hat die Frage gestellt, ob es wirklich so sei, dass diejenigen Denkschulen erfolgreich gewesen sind, die unmittelbar aus dem Völkerrecht heraus entwickelt worden sind. Kommen bestimmte Gedanken und Theorien wirklich aus der Völkerrechtswissenschaft? Oder kommen sie doch von ganz woanders her und sind nur mit Verspätung ins Völkerrecht eingeflossen? Solche Verspätungen gibt es zweifellos. Das völkerrechtliche Fach selber hat weder einen Strukturalismus noch eine Sprachtheorie hervorgebracht. Es gibt immer Einflüsse von außen. Was ich gemeint habe ist, dass die Schulen erfolgreich gewesen sind, die – unter Aufnahme solcher Einflüsse – aus dem Fach heraus, also von Völkerrechtlern, entwickelt worden sind. Theoretische Vorgaben anderer Fächer, etwa der Wirtschaftswissenschaften, haben dagegen weniger Anklang gefunden; einfache „Übersetzungen“ dieser Erkenntnisse in das Völkerrecht waren weniger überzeugend. Es bedurfte der Vermittlung durch Persönlichkeiten aus der Mitte des völkerrechtlichen Faches. Das war eigentlich meine These.

Die Regimetheorie ist zweifellos bedeutsam. Ich sehe aber noch nicht, dass sie die völkerrechtliche Literatur in einem wesentlichen Sinne beeinflusst hat. Sie wird nach wie vor hauptsächlich von Politikwissenschaftlern im Bereich der International Relations vertreten. Dennoch hätte sie in eine Betrachtung, die ganz ausführlich gewesen wäre, noch einbezogen werden können.

Herr Oppermann, ich kann Ihnen nur darin zustimmen, dass die Verfassungsrechtler, die dem Völkerrecht begegnen, gerade auch in der Funktion eines Verfassungsrichters, geneigt sind, auf die Wahrung der staatlichen Souveränität besondere Rücksicht zu nehmen, und insofern eher völkerrechtsskeptisch sind.



Armin von Bogdandy danke ich für seine Kritik. Nun war mir das Thema vor- und aufgegeben, und es lautete: „Denkschulen im Völkerrecht“. Ich habe nicht versucht, alle heute vertretenen theoretischen Ansätze in einer umfassenden Weise darzustellen. Insofern habe ich das Thema enger aufgefasst. Ich habe nicht sagen wollen, dass nur eine Richtung, die sich mit sämtlichen Grundfragen des Völkerrechts auseinandersetzt, eine Denkschule genannt werden kann. Vielmehr entspricht eine Richtung in diesem Fall meines Erachtens dem Idealtypus einer Denkschule. Dabei bin ich von einer empirischen Beobachtung ausgegangen: Was haben wir uns angewöhnt eine „Denkschule“ zu nennen und als solche aufzufassen? Es kann durchaus Schulen geben, die thematisch oder auch methodisch sehr viel enger arbeiten. Auch innerhalb des wertgebundenen Positivismus, um den Begriff von Herrn Klein aufzugreifen, entfalten sich verschiedene Richtungen. Selbst Dualismus und Monismus in traditioneller Einteilung sind Schulen auf der Grundlage des Positivismus. Es ist also in der Tat erklärungsbedürftig, welche Anforderungen man an den Begriff der Denkschule stellt. Wie auch Herr Basedow gesagt hat, gibt es verschiedene Gründe, mit denen man von einer Denkschule sprechen kann, und verschiedene Faktoren, die sie ins Leben rufen oder begünstigen.

Es war auch nicht meine Absicht zu sagen, dass wir im Völkerrecht oder der Völkerrechtswissenschaft auf dem Stand von 1962 stehen geblieben sind. Das Scheuner-Zitat diente dazu, in das Thema durch eine erkenntnisleitende, wenn auch zugegebenermaßen recht grobe Gegenüberstellung zweier fundamentaler Richtungen einzuleiten, Richtungen, wie sie meines Erachtens bis heute immer wieder identifizieren lassen und die in verschiedenem Gewand auftreten. Es steht außer Frage, dass das Völkerrecht vor 50 Jahren nicht so war wie das heutige und dass sich in wiederum 50 Jahren ein wieder neues Bild bieten wird. Das Thema der völkerrechtlichen Denkschulen ist eines, zu dem man naturgemäß ganz verschiedene Zugänge suchen konnte.

**Herr Nolte:** Dazu möchte ich als Mitverantwortlicher für die Themenwahl und Themenformulierung auch noch eine kurze Bemerkung machen. Selbstverständlich ist der Begriff „Denkschule“ etwas altbacken und diese Note ist im Vorstand auch aufgefallen. So ist das Thema auch mit einer gewissen Ironie gegeben worden. Aber dahinter stecken auch zwei ernsthafte Erwägungen. Wenn man sich auf die „fokussierten Theorien“ von heute beschränkt, dann verliert man leicht die historische Dimension, die in der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht nicht völlig falsch platziert ist. Und es fehlt die Reflektion auf die eigene Wissenschaft und die Rolle der eigenen Wissenschaft. Diese beiden Aspekte wird durch den Begriff Denkschule angedeutet. Jedenfalls war das auch das Ziel und ich glaube, das Ziel ist sehr schön erreicht worden. Das nur zur Erläuterung des Begriffs „Denkschule“, der vor dem Kontext des Begriffs „Paradigma“ steckt. Denkschule, das zwingt zum historischen und selbstreflexiven Zugriff.

**Herr Giegerich:** Herr Fassbender, zu den konstitutionellen Ansätzen oder zum Konstitutionalismus im Völkerrecht: Sie hatten diese als Kind des Nachkriegsdeutschland identifiziert. Ist das wirklich richtig? Einmal haben wir sicherlich einen deutsch-österreichischen Vorläufer, Alfred Verdross, der in den 20er Jahren schon über die Weltverfassung schrieb und dann ist ja schließlich auch der Völkerbund und sind die Vereinten Nationen amerikanische Erfindungen, von Woodrow Wilson und Franklin D. Roosevelt. Aber Sie haben sicherlich Recht, dass diese Lehre vom Konstitutionalismus im Völkerrecht im Nachkriegsdeutschland besonders weit verbreitet und stark ausge-

prägt ist. Ihre Begründung dafür war, dass das Grundgesetz bei uns eine so besondere Rolle spielt, praktisch, politisch und auch im Ansehen. Aber wenn das richtig ist, dann müsste eigentlich der Konstitutionalismus im Völkerrecht ein amerikanisches Kind sein, weil die US-Verfassung eine mindestens genauso so große Rolle in den USA spielt, wie das Grundgesetz bei uns. Woran liegt es, dass dies nicht zutrifft? Vielleicht gibt es hier Berufenere, etwas dazu zu sagen. Ich habe etwa Fred Morrison gesehen. Ich will einmal drei Gründe kurz in den Raum stellen: Erstens die besondere Rolle des „Legal Realism“ in den USA. Wir sind in Deutschland vielleicht idealistischer. Man muss Idealist sein, um eine Weltverfassung erkennen zu können. Der zweite Grund: Die USA sind eine Weltmacht. US-amerikanische Völkerrechtler sind in einer Weltmacht akklimatisiert. Eine „International Rule of Law“ engt die Interessendurchsetzung dieser Weltmacht ein. In einem relativ schwachen Staat wie Deutschland ist die „International Rule of Law“ für den Interessenschutz bedeutsamer. Recht schützt den Schwachen, Verfassungsrecht vielleicht besonders, und deswegen sind wir Deutschen daran mehr interessiert. Und der dritte Grund: Der US Exceptionalism – die Sonderrolle der USA im Völkerrecht – könnte in einer Weltverfassung keinen Platz haben, wenn diese nicht widersprüchlich werden sollte.

Eine kurze Frage noch an Frau Wendehorst als Europarechtler. Ist die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zur Festlegung des anwendbaren Sachrechts eigentlich überhaupt noch zulässig oder verstößt sie gegen das EU-rechtliche Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit? Der EuGH hat da eine Antwort in *Grunkin-Paul* vermieden, aber ich glaube, die Frage liegt auf dem Tisch. Vielen Dank.

**Herr Steiger:** Ich möchte an die letzte These anknüpfen, die ja eigentlich den Kern des gegenwärtigen Völkerrechts mit betrifft, nämlich die Frage der Universalität. Ist Völkerrecht wirklich ein universelles Recht? Formal ist es das sicher. Es ist ein Weltrecht. Das ist ein unglaublicher Fortschritt, insofern zähle ich mich zu den Optimisten, nicht unbedingt zu den Skeptikern. Aber gerade die Frage der Konstitutionalisierung dieses universellen Rechts, die ich durchaus begrüße, gerade auch im Hinblick auf die Menschenrechte, bringt mich nun doch zu einer gewissen Skepsis; denn wenn wir die Menschenrechte als Freiheitsrechte mit aufnehmen in das Völkerrecht, was sicherlich notwendig ist, nehmen wir damit natürlich auch das Diktum von Böckenförde auf. Das universelle Völkerrecht lebt von Voraussetzungen, die es nicht garantieren kann. Und das ist sogar im Völkerrecht noch viel schlimmer, weil wir nicht mal die Verfahrensgarantien und -institutionen haben, wie z.B. das Bundesverfassungsgericht. Vor allem kann Krieg ja wohl nicht die Garantie sein. Die Rückkehr des Begriffs des „gerechten Kriegs“ sehe ich mit Schrecken. Insofern, um nun zu ihrer These zurückzukommen, denke ich doch, dass Onuma Recht hat. Es muss eine interzivilisatorische oder interkulturelle Verständigung geben, die wir ja noch nicht haben. Ich glaube, es ist eben schon so, dass die Menschenrechte ein europäisch-amerikanisches Erzeugnis sind, die wir natürlich realisieren wollen. Aber die Frage der Durchsetzung zeigt, was wir im Augenblick erleben, dass wir da in große Schwierigkeiten geraten „to say the least.“

**Herr Herdegen:** In dem schönen und gedankenreichen Vortrag von Herrn Fassbender scheint auf, dass im modernen Rechtspositivismus des Völkerrechts zwei große Grundrichtungen miteinander konkurrieren. Auf der einen Seite die Richtung, die mehr auf die Disziplinierung und Bändigung staatlicher Gewalt gerichtet ist. Dies ist

der konstitutionelle Ansatz mit seinem Wertordnungsdenken. Auf der anderen Seite steht der eher die Handlungsoptionen der einzelnen Staaten erweiternde Ansatz von „New Haven“. Meine Frage ist, wie weit Sie Gemeinsamkeiten sehen und wie weit Sie das Entwicklungspotential sehen für die Wirksamkeit dieser Gemeinsamkeiten. Beide Richtungen scheinen mir den Konsens der Staatengemeinschaft und der hinreichend universell betätigten Staatenpraxis für die Rechtsquellenlehre deutlich zu relativieren. Beide Richtungen führen zur normativen Verstärkung bestehender Asymmetrien in der Staatenwelt. Das hat für uns viele sympathische Züge. Auch die Schule von „New Haven“ ist nie müde geworden zu betonen, dass es hier letztlich um den Schutz, wenn auch um den gewaltsamen Schutz, der menschlichen Würde geht. Da sehen wir doch eine sehr enge Beziehung zwischen beiden Richtungen. Meine letzte Frage an Herrn Fassbender bezieht sich auf die Bruchstellen, auf die Felder, in denen die moderne Völkerrechtsordnung beiden Richtungen beachtlichen Raum gibt, sich zu entfalten. Sei es die systemische, die ganzheitliche Auslegung völkerrechtlicher Verträge nach Art. 31 Abs. 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention, sei es der moderne Begriff des „Weltfriedens“, wie wir ihn jetzt haben, sei es die Formulierung menschenrechtlicher Standards.

Vielleicht darf ich noch eine Frage an Frau Wendehorst stellen. Wie würden Sie in Ihren Paradigmen die Wertungen der internationalen Gemeinschaft sowie völkerrechtliche Standards einbauen? Sie sagen, etwa im Spannungsverhältnis zwischen dem Verweisungsparadigma und der Sonderanknüpfung bei Eingriffsnormen sollte grundsätzlich das Verweisungsparadigma Vorrang haben. Das scheint mir auch einleuchtend. Danach hätte etwa Griechenland nicht die Möglichkeit, griechische Staatsanleihen, die britischem Recht unterstehen, umzustrukturieren. Anders wäre es bei den griechischen Anleihen, die griechischem Recht unterliegen. Weitergehend lässt sich darauf abstellen, welche Position die internationale Gemeinschaft hat und wie aus der Sicht der internationalen Gemeinschaft und nach den Wertungen des Völkerrechts die jeweilige Interessenposition ist. Kämen Sie da vielleicht zu einer Relativierung Ihrer Aussage zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses? Vielen Dank.

**Herr Neuhold:** Adolf Schüle beklagte 1959 vor unserer Gesellschaft die „Grabesruhe“ in der Diskussion über Methodologie (und damit auch Theorie) in der Völkerrechtswissenschaft. Dieser Befund trifft heute nicht mehr zu, doch eine gründlichere Auseinandersetzung mit Theorien und Methoden würde nicht schaden. Denn jeder, der sich, ob als Wissenschaftler oder Praktiker, mit Völkerrecht befasst, geht von bestimmten Grundannahmen über die internationalen Beziehungen und die Rolle des Völkerrechts darin aus. Es scheint sinnvoll, diese Annahmen gelegentlich umfassend und systematisch zu artikulieren, auf ihre Gültigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern.

Ich schließe mich der grundlegenden Unterscheidung Bardo Fassbenders zwischen Optimisten (von ihren Gegnern als „weltfremde Idealisten“ kritisiert) und Pessimisten (manchmal als „Nihilisten“ verteufelt) an. Diese Grundeinstellung bestimmt ihrerseits die Bewertung von Fakten, die ihr ent- oder widersprechen, als willkommene Bestätigung der eigenen Theorie oder als unwesentlicher „Betriebsunfall“.

Die oft nicht ausdrücklich erläuterte Theorie beeinflusst auch die Antwort auf umstrittene Fragen. Sie ist u.a. einer der Gründe, warum mehrere Mitglieder eines internationalen Gerichts oder Schiedsgerichts, beispielsweise die 15 Richter des IGH, in voller

Unabhängigkeit und nach bestem Wissen und Gewissen auf der Grundlage unbestrittener Fakten und derselben von den Parteien vorgebrachten Argumente zu unterschiedlichen rechtlichen Schlussfolgerungen kommen.

Die Grundeinstellung einer Person auch zu völkerrechtlichen Fragen wird durch Veranlagung, Familie und Erziehung, Ausbildung und Beruf, kulturelle Faktoren wie Religion und Ideologie, Staatsangehörigkeit, aber auch die jeweilige internationale politische Situation bestimmt.

Als Beispiel sei der von Bardo Fassbender genannte „Papst“ der „realistischen“ Schule in den Internationalen Beziehungen, Hans Morgenthau, erwähnt. Er war ein deutscher Jurist, der sich auch mit Völkerrecht befasste, vor der nationalsozialistischen Herrschaft in Deutschland in die USA emigrierte und seine pessimistischen Gedanken über die Dominanz der Machtpolitik im internationalen System vor dem Hintergrund des Zweiten Weltkriegs und des „Kalten Krieges“ entwickelte.

Ich zähle zu jenen, die für einen Blick der Völkerrechtler auch auf andere Disziplinen eintreten. Dies gilt vor allem für die Internationalen Beziehungen, deren Vertreter sich mit derselben Realität wie die Völkerrechtswissenschaft befassen. So finden Realismus, Institutionalismus und Konstruktivismus in der internationalen Politologie auch im Völkerrecht ihre Entsprechungen. Um ein besonders beachtetes Beispiel für den interdisziplinären Brückenschlag anzuführen: Die von Myres McDougal entwickelte „policy-oriented jurisprudence“ der Schule von New Haven beruht auf dem politikwissenschaftlichen Fundament seines Kollegen Harold Lasswell. Interessante neue Entwicklungen in der Politologie sollten auch von den Völkerrechtlern rasch beachtet werden.

Während im politikwissenschaftlichen Nachbarhaus manchmal zuviel theoretisiert wird, kommt diese Dimension in der Völkerrechtswissenschaft meist zu kurz. Es fällt auf, dass wissenschaftliche Arbeiten in den Internationalen Beziehungen immer wieder eine Erläuterung der theoretischen Position des Verfassers enthalten, während dies im Völkerrecht eher die Ausnahme darstellt. Die zutreffende Feststellung Eckart Kleins in unserer Diskussion, dass die meisten von uns wertbezogene Positivisten sind, enthebt nicht von der Aussage, in welchem Ausmaß jede(r) dem einen oder anderen dieser Pole zuneigt, mit den Rechtsquellen umgeht, und welche Werte er oder sie vertritt.

Manchmal tritt, durchaus verständlich, eine neue Generation von Wissenschaftlern in den beiden (und auch anderen) Disziplinen mit dem Anspruch auf neue Erkenntnisse an, die sich allerdings bei näherem Hinsehen aber oft als alter Wein in neuen Flaschen erweisen.

**Graf Vitzthum:** Vielen Dank. Unhöflicherweise wende ich mich nur an Herrn Fassbender. Sie haben ein beeindruckendes Koordinatensystem gebildet, in welchem wir unsere Disziplin und unser eigenes Völkerrechtsdenken verorten können. Die beiden Koordinaten dieses Systems oder, wie Sie eben gesagt haben, seine beiden Pole stehen in einem dialogischen und dialektischen Verhältnis. Ich erläutere dies kurz an zwei Punkten. Erstens: Das Gerechtigkeitsargument, These 6, spielt, nicht als Naturrecht formuliert, eine wichtige rechtspolitische Rolle. Es gibt in den Vereinten Nationen wahrscheinlich keinen Begriff, der öfter gebraucht wird, als „fair“, „equitable“ oder eben „just“. Mit diesem Begriffsarsenal lassen sich bestehende Rechtsregeln angreifen, ja ganze Regime und Systeme als „ungerecht“ und daher „illegitim“ zum Kippen bringen.

Ein Beispiel ist die Forderung nach einer „neuen internationalen Wirtschaftsordnung“, die seit den späten 1950er Jahren fast zwei Jahrzehnte lang vor allem die Vereinten Nationen und viele ihrer Sonderorganisationen in Atem hielt. In unserer Zunft war es insbesondere das sog. Entwicklungsvölkerrecht, das hier sekundierte, strukturierte und fundierte, also die Forderung nach diskriminierender Ungleichbehandlung der unterindustrialisierten Länder, nach einem insoweit spezifischen, distinkten völkerrechtlichen Regime. Dieser Ansatz wurde besonders in der französischsprachigen Völkerrechtsdoktrin propagiert, etwa von Michel Virally, Mohamed Bedjaoui und den Brüdern Maurice und Thierry Flory. Die gegenleistungsfreie Begünstigung der Dritte Welt-Länder sollte zudem sektorenübergreifend ausstrahlen, etwa in das Internationale Informations-, das Umweltvölker- und das Internationale Wirtschaftsrecht hinein. Letztlich setzte sich die Vorstellung einer veritablen „Andersartigkeit“ dieses Zweiges der Völkerrechtsordnung nicht durch – das Gegenteil wäre bei nüchterner Betrachtung auch nicht im Interesse der Entwicklungsländer gewesen. Gleichwohl war das „droit international du developpement“, etwa was die Völkerrechtsquellen und ihre Hierarchie betrifft, eine der kraftvollsten völkerrechtlichen Denkschulen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Mein zweiter Punkt: Dem mit dem Entwicklungsvölkerrecht bereits angesprochenen Weltordnungs- und Gemeinschaftsansatz gilt es auf die dialektischen Sprünge zu kommen. Es ist also auf seine potentiellen Kosten, nicht nur auf den erzielbaren Gewinn hinzuweisen. Mein Beispiel: die schöne, progressive Arvid Pardo-Formel „Common Heritage of Mankind“ aus dem Herbst 1967, die sinngemäß zum Teil bereits im Antarktisch- und im Weltraumkontext verwendet worden war und schließlich im VN-Seerechtsübereinkommen von 1982 kodifiziert wurde. Im Seerecht jedenfalls ist das Schicksal der Idee zumindest als ambivalent zu bezeichnen. Der edle Gemeinschaftsgedanke (Staaten- und Völkergemeinschaft, Gemeinschaftsinteressen, „international community“ etc.) drang primär im jus cogens- und, seerechtlich, im terminologischen Bereich vor, real aber wurde etwa der Festlandsockel von den wenigen Langküstenstaaten immer weiter ausgedehnt (derzeit vor allem in der noch „freien“ Arktis), auf Kosten der vielen geographisch weniger begünstigten Staaten und des seewärtigen „gemeinsamen“ Meeresbodens. Auf diese Dialektik gilt es zu achten, auf die gemeinschaftgefährdenden Prozesse hinter universalistischen Formeln. Die auch im IGH zunehmend beachtete, zukunftsreiche „communauté internationale“-Denkschule hat sich dieser Ambivalenz zu stellen.

**Herr Schorkopf:** Herr Fassbender, Sie haben das schwierige Geschäft unternommen, die zweite Beobachtungsebene zu betreten, – auch wenn der Vorstand Ihnen das angetragen hat – wie ich finde, sehr erfolgreich. Es ist ein schwieriges Geschäft, weil Reflektion natürlich immer Beobachten heißt, auf einer Ebene, auf der wir aber gleichzeitig Akteure sind. Nun sind Sie selbst Mitglied einer Denkschule und deshalb zwei Hinweise, wie schwierig das Changieren zwischen und das Trennen dieser beiden Ebenen ist: Sie haben bei These 9, als Sie auf Scheuner hinwiesen und sich das zu eigen gemacht haben, von „völkerrechtsfreundlich“ und „völkerrechtsskeptisch“ gesprochen. Es fiel auch das Wort „völkerrechtskritisch“. Schon diese Wortwahl ist determiniert durch eine Denkschule. Denn wer möchte schon kritisch und skeptisch sein, wenn das Pendant freundlich ist. Ich schlage deshalb vor, von universell und partikular zu sprechen, um klar zu machen, dass das nicht nur Glasperlenspiele sind. Wir wissen heute nicht,

ob gerade eine skeptisch-kritische Haltung am Ende das Völkerrecht/Europarecht viel mehr fördert. Wir kennen die Zukunft nicht und wer der bessere Europäer oder der bessere Völkerrechtler ist, ist offen.

Zweiter Punkt, These 15, der Hinweis auf eine „neutrale Schule“: Ist nicht diese These bereits selbst Ausdruck der eigenen Denkschule? Ich muss kurz auf Herrn von Bogdandy eingehen. Die Denkschule: ich glaube, wir haben mehr Bedarf an Denkschulen als jemals zuvor. Es gibt viele Hinweise, viele Bücher, die diese These stützen. Wie hätte etwa die dürftige Argumentation von Goldsmith/Posner so einen Erfolg haben können, wenn nicht Bedarf nach Denkschuleneinordnung bestünde. Warum ist es eigentlich so schlecht, dass in Paris, Wien, New Haven, man müsste vielleicht auch Berlin hinzufügen, Denkschulen entstanden sind? Das ist eine kulturelle Lage, die existiert, und wir sehen daran, dass der Nachwuchs häufig an diesen Orten bleibt, dass das eine bewusste Entscheidung ist. Er bleibt nicht aus materiellen Gründen, sondern aus geistigen, intellektuellen Gründen. Insofern ist eine „neutrale“ Schule gar nicht erstrebenswert. Es wäre interessanter zu schauen, ob in China oder Indien eigene Schulen entstehen. Aber ob in China eine Schule entsteht und ob sie kulturell so attraktiv ist, dass irgendwann Europäer und Amerikaner in China bleiben, ist einstweilen offen. Insofern müsste man schauen, ob dort kritisch-philologische Arbeit stattfindet, ob dort Quellen zu finden sind, große Texte, an die man sich anschließen kann, um eine Denkschule zu begründen. Möglicherweise ist es aber schon die Sprache, die einem solchen Unternehmen entgegen steht. Danke.

**Herr Kotzur:** Da die beiden Referenten Frau Wendehorst und Herr Fassbender schon so viele glänzende Antworten in ihren Zwischenstatements auf meine Frage gegeben haben, ohne sie überhaupt zu kennen, kann ich sie jetzt ganz getrost ungestellt lassen. Vielen Dank.

**Herr Nolte (als Diskussionsleiter):** Herr Kotzur, das war brilliant. Danke schön. Ich möchte mich bei Herrn Türk, Herrn Hillgruber, Herrn Tams, Herrn Winkelmann, Herrn Schweisfurth und Herrn Zimmermann entschuldigen. Da wir aber heute Nachmittag weiter über Paradigmen sprechen und über verwandte Themen, besteht für sie weiter die Chance zu Wort zu kommen. Jetzt möchte ich unseren Vortragenden das Schlusswort geben. Vielleicht zunächst Christiane Wendehorst.

**Frau Wendehorst:** Ich will es ganz kurz machen. Ist Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt überhaupt noch möglich? Jedenfalls ist Staatsangehörigkeit immer ein Anknüpfungspunkt, bei dem sozusagen die rote Lampe leuchten muss, weil wir potenziell Probleme mit dem EU-Recht haben. Ob es in jedem Fall EU-rechtswidrig ist? Das möchte ich persönlich ablehnen. Es gibt Kollegen, die das so sehen, aber ich persönlich sehe das nicht so. Da muss man, glaube ich, den ganz konkreten Fall, die ganze konkret Verweisung betrachten.

Wie sieht es mit den völkerrechtlichen Grundsätzen aus? Ich würde sie jetzt hier eigentlich nicht auf einer Stufe mit dem Spannungsverhältnis zwischen Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen und Verweisungsparadigma sehen wollen. Ich würde sie vielmehr eher, wenn überhaupt in einem IPR-Schema, dann so ein wenig in Richtung „Ordre Public“ verorten. Und ich sehe da doch noch eine gewisse Abstufung zwischen dem Ordre Public-Prinzip und der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen. Beim „Ordre

Public“ geht es um das Ergebnis, um ein Anwendungsergebnis, das dann irgendwelchen tragenden Wertvorstellungen widerspricht. Das hat eng damit zu tun. Das ist ein fließender Übergang, da gebe ich Recht. Aber ich sehe noch eine gewisse Abstufung. Man fragt nicht zuerst: was ist der Geltungsanspruch dieser ganz konkreten Norm und des dahinterstehenden Gesetzgebers.

Ganz zum Schluss vielleicht noch: Wir haben ja überlegt, warum sind die Antworten, die Bardo Fassbender und ich gegeben haben, so unterschiedlich? Das liegt vielleicht auch eben am Autonomismus, das heißt, dass das internationale Privatrecht entgegen seiner Bezeichnung doch eine sehr nationale Angelegenheit geworden ist und sich dann Denkschulen irgendwann nicht mehr in dem Maße ausbilden wie sie es bei einer genuin internationalen Disziplin tun. Sie bilden sich erst wieder verstärkt heraus, und Paradigmenwechsel werden erst dann wieder wahrscheinlich, wenn man sozusagen im Umweg, transportiert beispielsweise über den EuGH, konfrontiert wird mit ausländischen Auffassungen und Ansätzen.

Vielen Dank.

**Herr Fassbender:** Wiederum vielen Dank für die interessanten Anmerkungen und Fragen. Leider kann ich in der Kürze der Zeit nicht auf alles eingehen. Herr Giegerich hat gefragt, ob der konstitutionelle Ansatz im Völkerrecht wirklich als etwas „Deutsches“ angesehen werden kann? Ich meine ja. Es ist richtig, dass sich Verdroß in Wien schon 1926 der „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“ zugewandt hat. Das Buch – jetzt viel zitiert, aber von kaum jemandem gelesen – ist aber nur indirekt ein Vorläufer des heutigen Konstitutionalismus. Es hat einen anderen Hintergrund, ein anderes Anliegen, geht stark von Kelsens Theorie aus, ist aber auch von naturrechtlichen Vorstellungen geprägt. Verdroß wollte eine geschlossene monistische Konstruktion des Völkerrechts vorlegen; das ist etwas anderes als das, was wir jetzt unter dem Leitbegriff Konstitutionalismus verhandeln.

Warum aber ist diese konstitutionelle Richtung nicht in den USA entstanden, wo der Glaube an die Kraft einer Verfassung mindestens ebenso stark ist wie in Deutschland? Herr Giegerich hat darauf in der Form von Hypothesen drei plausible Antworten gegeben. Vielleicht lässt sich noch ein weiterer Grund anführen: Man kennt in den USA nur die amerikanische Verfassung und keine andere. Für US-amerikanische Juristen ist „constitution“ die „Constitution of the United States“. Diese Alleinstellung der amerikanischen Verfassung im Verfassungsdenken der USA lässt nicht viel Raum für eine Übertragung des konstitutionellen Gedankens in das Völkerrecht. In dieser Hinsicht war die Situation in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem zunächst nur provisorischen Grundgesetz eine ganz andere.

Herrn Steiger möchte ich eigentlich ebenso wie Herrn Neuhold und Graf Vitzthum nur zustimmen in ihren verschiedenen Bemerkungen. Damit bin ich dann, Herr Nolte, ganz knapp.

Vielleicht aber noch kurz zur Frage von Herrn Herdegen zum „New Haven Approach“: Es ist wahr, dass „human dignity“ zu den Leitbegriffen McDougals gehörte. Andere Vertreter der Schule haben das nicht so stark betont. Es ist nicht so klar, wie sich dieses Verständnis der Aufgaben des Völkerrechts in den Arbeiten und Methoden der Schule, ihrer Einzelbeobachtung der völkerrechtlichen Entwicklung als eines „process of authoritative decision“ niederschlagen hat. Ich würde daher hinsichtlich dieser

Wertverbundenheit des „New Haven Approach“ vorsichtige Fragezeichen anbringen wollen. Die Prägung durch den Rechtsrealismus ist wohl stärker gewesen, was sich auch an den praktischen rechtspolitischen Ergebnissen der einzelnen Untersuchungen, die durch die Schule angestellt worden sind, zeigt.

Herrn Schorkopf danke ich für seinen zutreffenden Hinweis auf das Vorverständnis, das der Terminologie „völkerrechtsfreundlich“ versus „völkerrechtsskeptisch“ vorausliegt. Ähnlich verhielt es sich mit den früheren Begriffen „Völkerrechtsanhänger“/ „Völkerrechtsleugner“. Das war die Terminologie im 19. Jahrhundert. Dabei bemühten sich damals auch die „Leugner“ überwiegend um eine effektive völkerrechtliche Ordnung, indem sie das „Geltungsproblem“ ganz ernst nahmen.

Schließlich noch eine Bemerkung zu dem zweiten von Herrn Schorkopf angesprochenen Punkt, der sich auf meine letzte These (These 15) bezieht: Ist, so lautete die Frage, eine „neutrale“, kulturell nicht gebundene Schule wirklich erstrebenswert? Ich habe ja in meiner These schon ein Fragezeichen angebracht. Dieses bezieht sich auf zwei Aspekte: Ist eine Schule ohne solche kulturelle Grundierung überhaupt vorstellbar? Und wenn ja, ist sie auch wünschenswert? Der von Herrn Onuma vertretene und in unserer Diskussion auch von Herrn Steiger unterstützte „intercivilizational approach“ besitzt großen Charme. Das Problem ist nur, dass die Denkrichtungen und Schulen, die damit zusammengeführt werden sollen, so ungleichgewichtig sind. Im heutigen Asien tut man sich sehr schwer – das ist auch in den Gründungsverhandlungen der Asian Society of International Law erkennbar –, irgendetwas zu identifizieren, was im Gegensatz zu den westlichen Vorstellungen nun ausgerechnet asiatisch, indisch oder japanisch sein soll. Auch das Brückenbauen hat seine Schwierigkeit, wenn der eine von zwei Pfeilern so schwach ist. Aber dieser Aufgabe einer Verstärkung der Brücken durch ein Zurückgehen auf das eigene kulturelle Erbe nimmt man sich nunmehr auch in Asien stärker an als zuvor.

**Herr Nolte:** Vielen Dank an Christiane Wendehorst und Bardo Fassbender. Ich glaube, wir haben einen intensiven, sehr bereichernden Morgen erlebt und ich bedanke mich im Namen des gesamten Vorstands und der Mitgliedschaft herzlich.



# Paradigmen in der internationalen Praxis: Normenhierarchie versus systemische Integration

*Prof. Dr. Erika de Wet, LL.M. (Harvard)\**

1. Einleitung
2. Die Bedeutung der nationalen und internationalen Streitbeilegungsmechanismen für die Paradigmenbildung im Völkerrecht
3. Die Bedeutung der Methodik der Streitbeilegungsmechanismen für die Paradigmenbildung im Völkerrecht
4. Das Paradigma einer menschenrechtsbasierten Hierarchie
5. Das Paradigma der systemischen Integration durch Konfliktvermeidung
6. Die (il)legitime Rolle der Gerichte bei der Schaffung einer Normhierarchie im Völkerrecht
7. Abschließende Bemerkungen

Thesen

Summary

## 1. Einleitung

Die nationalen Rechtssysteme sind hierarchisch strukturiert. Bestimmte Normen sind dabei von grundlegender Bedeutung und daher anderen Normen übergeordnet. Welchen Normen dadurch eine hierarchisch höhere Position eingeräumt wird, hängt vom Wertesystem der jeweiligen Verfassungsordnung ab.<sup>1</sup> Die nationalen Rechtssysteme verfügen zudem im Regelfall auch über ein umfassendes Gerichtssystem, dessen Aufgabe es ist, Rechtsnormen auszulegen und durchzusetzen sowie eventuell bestehende Normkonflikte aufzulösen.

Das Völkerrecht wird traditionell als ein horizontales System von Rechtsnormen verstanden.<sup>2</sup> Darüber hinaus ist die Funktion des Gerichtswesens in der Völkerrechtsordnung, der es an einem zentralisierten System der Rechtsdurchsetzung mangelt, im Vergleich zu den nationalen Rechtssystemen begrenzt. Das zeigt nicht nur, dass die Durchsetzung des Völkerrechts in einem dezentralisierten Prozess erfolgt, sondern auch, dass es der Völkerrechtsordnung an einem umfassenden gerichtlichen Mechanismus zur konsistenten Auslegung von Rechtsnormen und der Lösung von Normkonflikten fehlt.

Ein Normkonflikt kann im Völkerrecht in einem engen und einem weiten Sinn verstanden werden. Eine enge Definition eines Normkonflikts umfasst die Sachverhalte, in

---

\* (Ko-)Direktorin des Instituts für Internationales Recht und Rechtsvergleichung in Afrika und Professorin für Völkerrecht an der Universität Pretoria (Südafrika); Professorin für Internationales Verfassungsrecht an der Universität Amsterdam (Niederlande). Die Verfasserin möchte sich bei Herrn Carsten Kalla bedanken für die Übersetzung des Textes aus dem Englischen und bei Frau Dr. Karin Oellers-Frahm für hilfreichen inhaltlichen Kommentar.

1 Vgl. Dinah Shelton, ‚Normative Hierarchy in International Law‘ (2006) 100 *American Journal of International Law* 291, 291.

2 Vgl. Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public* (9. Auflage, Dalloz, Paris 2008) 14-16.

denen die Durchsetzung eines völkerrechtlichen Anspruchs unvermeidbar die Verletzung einer anderen völkerrechtlichen Verpflichtung oder eines Rechts zur Folge hat.<sup>3</sup> Eine weite Definition eines Normkonflikts hingegen umfasst solche Sachverhalte, in denen die Befolgung einer völkerrechtlichen Verpflichtung nicht notwendigerweise die Verletzung einer anderen Norm zur Folge hat, welche ihrerseits entweder ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung begründet, sondern lediglich eine Beschränkung des Rechtsverhältnisses oder sogar eine Beschränkung aller in Frage stehenden Rechte und/oder Pflichten bewirkt.<sup>4</sup> Normkonflikte im weiten Sinn können oftmals durch eine angleichende Auslegung behoben werden, durch die die verschiedenen Rechte und/oder Pflichten austariert werden. Diese Art des Ausgleichs wird zum Teil auch als „regime interaction“, also als „Wechselwirkung der Regime“ bezeichnet. Zum Teil wird im Schrifttum vertreten, dass es sich bei Normkonflikten, die durch Auslegung behoben werden können, im Gegensatz zu echten Normkollisionen nur um Scheinkonflikte handelt. Es werden mithin nur solche Normkonflikte als echte Konflikte angesehen, die trotz des Versuchs, verschiedene Methoden der rechtskonformen Auslegung zur Wirkung zu bringen, unauflöslich bleiben.<sup>5</sup> In dieser Abhandlung wird der Begriff des Scheinkonflikts als Synonym für Normkonflikte im weiten Sinne verwendet.

Diese Abhandlung soll einen Überblick über zwei konkurrierende Paradigmen für die Auflösung von Normkonflikten verschaffen, wie sie in der Praxis der Streitbeilegung bestehen. Es handelt sich dabei zum einen um das Paradigma einer menschenrechtsorientierten Hierarchie und zum anderen um das Paradigma der systemischen Integration, das auch als das Paradigma der Konfliktvermeidung bezeichnet werden kann. Die Praxis der Streitbeilegung deutet darauf hin, dass Normkonflikte typischerweise zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen auf der einen Seite und anderen Kategorien völkerrechtlicher Verpflichtungen auf der anderen Seite, insbesondere Staateimmunität, Auslieferung und Refoulement-Verbot, internationaler Friede und Sicherheit, Handel und Investitionsschutz sowie Umweltrecht auftreten. Zum Teil treten auch Konflikte zwischen verschiedenen menschenrechtlichen Verpflichtungen auf, was dann als „intra-regime conflict“, also als innersystemischer Konflikt bezeichnet werden kann.

Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang die Organe der Streitbeilegung solche Normkonflikte auf eine Art und Weise lösen, die menschenrechtliche Verpflichtungen begünstigt. Käme es zu einer solchen Begünstigung, so würde das die-

---

3 Vgl. Wilfred Jenks, ‚Conflict of Law-Making Treaties, (1953) 30 British Yearbook of International Law 401, 401.

4 Zur Diskussion der verschiedenen Begriffe eines Normkonflikts vgl. *inter alia*, Marko Milanovic, ‚A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law‘ (2010) 14 Journal of Conflict and Security Law 459; Marko Milanovic, ‚Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?‘ (2009) 20 Duke Journal of International and Comparative Law 69, 71-72; Erich Vranes, The Definition of ‚Norm Conflict‘ in International Law and Legal Theory‘ (2006) 17 European Journal of International Law 395; Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law (CUP, Cambridge, 2003) 176.

5 Milanovic, Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights, in: O Ben-Naftali (Hrsg.), International Humanitarian Law and International Human Rights Law (Oxford University Press, Oxford 2011), 102. Die Verwendung des Begriffs „Scheinkonflikt“ als Synonym für einen „Normkonflikt im weiten Sinn“ kann unter Umständen auch Verwirrung stiften. So könnte der Eindruck erweckt werden, dass ein Normkonflikt im weiten Sinne im Ergebnis schlichtweg gar keinen Konflikt darstellt. Diese Annahme wäre jedoch verfehlt, da die Beschränkung des Umfangs bestimmter Rechte und Pflichten unter bestimmten Umständen in Wahrheit sowohl das Resultat als auch die Lösung eines Normkonflikts darstellt.

jenigen Stimmen der Völkerrechtslehre stärken, die dafür eintreten, dass die Völkerrechtsordnung zunehmend mit einem Paradigma der Hierarchie arbeitet, mit den Menschenrechten an der Spitze.<sup>6</sup> Ein Beweis für eine menschenrechtsbasierte Hierarchie wäre beispielsweise dann gegeben, wenn ein Gericht (im Fall eines engen Normkonflikts) einer menschenrechtlichen Verpflichtung den Vorrang einräumen würde, während eine andere völkerrechtliche Verpflichtung zurückstehen muss, obwohl es sich bei der letzteren um die *lex posterior (lex posterior derogat legi priori)* oder die *lex specialis (lex specialis derogat legi generali)* handelt. Ebenso könnte eine menschenrechtsbasierte Hierarchie dadurch belegt werden, dass ein Gericht einen Normkonflikt im weiten Sinn durch eine menschenrechtsfreundliche Auslegung auflöst, welche eine nicht unerhebliche Beschränkung eines entgegenstehenden Rechts oder einer entgegenstehenden Verpflichtung aus einer anderen Völkerrechtsnorm zur Folge hat.

Die möglichen Antworten auf die hier aufgeworfenen Fragen, (welche in dieser Abhandlung dargestellt werden,) basieren auf den Ergebnissen einer Studie von 10 Autoren, welche die Praxis nationaler, regionaler, supranationaler und internationaler Gerichte im Hinblick auf die Behandlung von Normkonflikten zwischen Menschenrechten einerseits und den anderen bereits genannten Subsystemen des Völkerrechts analysiert haben.<sup>7</sup> Diese Streitbeilegungsmechanismen bieten einen wertvollen empirischen Beweis sowohl für solche Normen, deren hierarchisch höherrangige Stellung in der Völkerrechtspraxis anerkannt ist, als auch für das Ausmaß, in dem solch ein privilegierter Status zur Beilegung von Normkonflikten beiträgt.

## **2. Die Bedeutung der nationalen und internationalen Streitbeilegungsmechanismen für die Paradigmenbildung im Völkerrecht**

In einem dezentralisierten Völkerrechtssystem ist die Auflösung von völkerrechtlichen Normkonflikten jedoch nicht das alleinige Vorrecht der internationalen Gerichte. Grundsätzlich können auch nicht-internationale Gerichte eine Rolle bei der Fortentwicklung des Völkerrechts spielen, denn Art. 38 Abs. 1 *lit. d* des Statuts des Internationalen Gerichtshofs nennt richterliche Entscheidungen als subsidiäre Quelle des Völkerrechts.<sup>8</sup> Diese Vorschrift enthält aber keine Beschränkung auf „*internationale* richterliche Entscheidungen“, sondern bezieht sich auf richterliche Entscheidungen im Allgemeinen. Diese Formulierung deckt demnach auch nationale und regionale Streitbeilegungsorgane ab. Darüber hinaus sind nationale Gerichte auch Organe der jeweiligen Staaten und ihre Praxis gilt als Staatenpraxis im Sinne der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht.<sup>9</sup> Aufgrund des Fehlens einer voll ausgebildeten, zentralisier-

6 Zur näheren Diskussion, vgl. Erika de Wet, 'The International Constitutional Order', (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 51-76.

7 Vgl. Erika De Wet & Jure Vidmar, (Hrg), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights* (Oxford University Press, Oxford 2012).

8 IGH Statut, Artikel 38(1)(d).

9 Vgl. beispielsweise, André Nollkaemper, 'The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice' (2006) 5 *Chinese Journal of International Law* 301, 304, der das Beispiel des IGH nennt, welcher seinerseits auf „domestic judgments as State practice in determining customary law on immunities in the *Arrest Warrant case*“ hingewiesen hat.

ten Gerichtsbarkeit im Rahmen der Völkerrechtsordnung, spielen in einer Ära, in der die internationale Regelung verschiedenster Bereiche Alltag geworden ist, nationale und regionale Gerichte zunehmend eine Schlüsselrolle bei der Durchsetzung und Ausartierung verschiedener völkerrechtlicher Verpflichtungen.

Dennoch sollte durch die Anerkennung der zunehmenden Bedeutung von nationalen Gerichtsentscheidungen für die Entwicklung des Völkerrechts nicht die Bedeutung der internationalen Streitbeilegungsmechanismen in dieser Hinsicht geschmälert werden. Für die Zwecke dieser Abhandlung werden zu den internationalen Streitbeilegungsmechanismen auch internationalisierte und supranationale Gerichte auf regionaler Ebene, sowie strafgerichtliche und schiedsgerichtliche Tribunale und internationale Streitbeilegungsmechanismen „quasi-rechtlicher“ Art gezählt. Internationale und supranationale Gerichtsentscheidungen ergänzen nicht nur die Entscheidungen nationaler Gerichte oder dienen nicht bloß als Kontrast zu diesen Entscheidungen, sondern sie stellen selber Schlüsselentscheidungen dar, die von den nationalen Gerichten anerkannt werden (müssen). Internationale Gerichtsentscheidungen können insofern die Basis einer Rechtsauffassung bilden, welche dann von den nationalen Gerichten weiterentwickelt wird. Dort, wo auf regionaler Ebene eine zentrale Menschenrechtsgerichtsbarkeit besteht, werden nationale Gerichte und andere Streitbeilegungsorgane in der Region – trotz ihrer in Umfang und Funktion möglicherweise abweichenden Aufgaben – mit größerer Wahrscheinlichkeit eine menschenrechtsfreundliche Perspektive einnehmen. Die maßgebenden Entscheidungen der Menschenrechtsgerichtshöfe in den jeweils behandelten Regionen werden insofern ebenfalls mit einbezogen.

Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Analyse sind die Entscheidungen von Streitbeilegungsmechanismen, deren Fokus nicht auf den Menschenrechten liegt, wodurch auch nationale Gerichte umfasst werden. Dies hängt insbesondere mit der Tatsache zusammen, dass das jeweilige Paradigma, innerhalb dessen sich diese Streitbeilegungsmechanismen bewegen, sie zu einem besonders wichtigen Indikator für die Bestimmung des hierarchischen Verhältnisses zwischen Menschenrechten und anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen macht. Während man erwarten könnte, dass das spezielle funktionelle Paradigma internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe und -tribunale, wie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) oder des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (UNHCR), in der Einräumung einer Vorrangstellung menschenrechtlicher Verpflichtungen gegenüber anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen resultiert, kann dasselbe nicht notwendigerweise auch von anderen internationalen Streitbeilegungsorganen oder den nationalen Gerichten behauptet werden. Andere internationale Streitbeilegungsmechanismen haben bei funktioneller Betrachtung einen anderen Schwerpunkt als die Menschenrechtsgerichtshöfe und auch die nationalen Gerichte erfüllen ihre Aufgabe im Rahmen eines viel weiter reichenden Paradigmas. Würden diese Streitbeilegungsinstanzen dennoch in ständiger Praxis (bestimmten) völkerrechtlich verankerten Menschenrechten im Konfliktfall den Vorrang vor anderen völkerrechtlichen Normen einräumen, so wäre dies der Beweis für die zunehmende Anerkennung des Paradigmas einer menschenrechtsbasierten Hierarchie im Völkerrecht.

### 3. Die Bedeutung der Methodik der Streitbeilegungsmechanismen für die Paradigmenbildung im Völkerrecht

Um zu bestimmen, in welchem Umfang die gerichtliche Praxis das Paradigma einer menschenrechtsbasierten Hierarchie bekräftigt, ist es notwendig, die Methodik, welcher sich die Streitbeilegungsorgane bedienen, um Normkonflikte zu begegnen, näher zu betrachten. Einige Methoden der Konfliktbewältigung können als Beleg dafür gesehen werden, dass die Streitbeilegungsorgane bei der Annahme einer Hierarchie zögern, und stattdessen das Paradigma der systemischen Integration bevorzugen. Zum einen ist es denkbar, dass Gerichte und andere Streitbeilegungsmechanismen es bevorzugen, einen Normkonflikt von vornherein zu vermeiden, und aus diesem Grund den in Frage stehenden Konflikt weder lösen, noch die Frage einer möglichen menschenrechtlichen Hierarchie überhaupt ansprechen.<sup>10</sup> Zum anderen wäre es denkbar, einen offenen Normkonflikt durch eine harmonische Auslegung zu vermeiden, was eine Beschränkung eines oder aller in Frage stehender Rechte und/oder Pflichten zur Folge hätte, ohne ein Recht oder eine Pflicht vollkommen zu negieren. Je ausgewogener die Abwägung des Gerichts ausfiele, desto unwahrscheinlicher wäre es, dass das Gericht eine der in Frage stehenden Normen als hierarchisch höherrangig als andere Normen einordnen würde.

Sogar Fallgestaltungen, in denen ein bestimmter Normkonflikt zugunsten menschenrechtlicher Verpflichtungen aufgelöst wurde, können nicht notwendigerweise als Beleg für deren hierarchische Überordnung im Völkerrecht angesehen werden. In manchen Fällen könnten die Gerichte lediglich auf klassische Konfliktlösungsregeln zurückgegriffen haben, ohne den Zweck zu verfolgen, eine Hierarchie zu begründen. So zeugen beispielsweise die Regeln der *lex posterior* und der *lex specialis* nicht von einer bestimmten materiell begründeten Überordnung der Verpflichtung, welcher der Vorrang eingeräumt wird. In diesem Kontext stellt sich auch die Frage, ob Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen eine Konfliktlösungsregel darstellt, oder ob diese Norm die Verpflichtungen der Charta, welche sich auf den internationalen Frieden und Sicherheit beziehen, auf eine höhere Ebene erhebt.<sup>11</sup>

In den Fällen, in denen die Gerichte wirklich auf Grundlage der besonderen Natur oder des besonderen Status der fraglichen menschenrechtlichen Norm einen Normkonflikt auflösen, ist es darüber hinaus von Bedeutung festzustellen, ob das Gericht sein Urteil auf Menschenrechte stützt, die durch die nationale Rechtsordnung, durch einen regionalen (menschenrechtlichen) Vertrag, durch einen völkerrechtlichen (universellen) menschenrechtlichen Vertrag oder eine Kombination davon garantiert werden. Diese Frage ist im Hinblick auf die Legitimität einer menschenrechtsbasierten Normhierarchie im Völkerrecht von Bedeutung. Der Begriff der Legitimität bezieht sich in dieser Hinsicht auf die Frage, ob die Normhierarchie durch wirklich universelle Werte, die für die verschiedenen betroffenen nationalen Rechtsordnungen repräsentativ sind, untermauert ist.<sup>12</sup>

---

10 Vgl. Antonios Tzanakopoulos, ‚Human Rights and United Nations Security Council Measures‘, in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7; Jure Vidmar, ‚Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?‘, in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7.

11 Vgl. Tzanakopoulos *supra* Fn. 10; Vidmar *supra* Fn. 10.

12 Vgl. De Wet *supra* Fn. 6 Nr. 71.

Insofern ein nationales oder regionales Gericht einen Normkonflikt auf Grundlage der hierarchischen Platzierung der Menschenrechte in der jeweiligen nationalen oder regionalen Rechtsordnung auflöst, wird eine menschenrechtsbasierte Hierarchie wohl kaum in der Lage sein, universelle Gültigkeit für sich zu beanspruchen, es sei denn, es ließe sich nachweisen, dass es eine Überschneidung materieller Art mit den Werten gibt, welche in universellen menschenrechtlichen Instrumenten konkretisiert sind. Die weltweite Praxis regionaler und nationaler Gerichte kann als greifbare Manifestation für eine solche Überschneidung herangezogen werden. Wenn die Behandlung von Normkonflikten durch diese Gerichte ein konsistentes Muster der Anerkennung einer normativen Vorrangstellung (einiger) internationaler Menschenrechtsnormen erkennen ließe, welche auch unter anderem in universellen menschenrechtlichen Verträgen anerkannt sind, so würde sich darin ein übergreifender und grundlegender Konsens über die Bedeutung der Werte, die diesen Normen zugrunde liegen, widerspiegeln.

Dies führt zudem zu der Frage, ob die nationalen oder regionalen Gerichte überhaupt über die (legitime) Autorität verfügen, eine Entscheidung über die Existenz einer Normhierarchie im Völkerrecht zu treffen, da sie schon der Natur der Sache nach wahrscheinlich das nationale oder regionale Wertesystem bei der Entscheidungsfindung anwenden. Die Frage nach der Legitimität der nationalen Gerichte stellt sich auch im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen nach Kapitel VII. der Charta der Vereinten Nationen. Es ist fraglich, ob ein nationales Gericht legitimiert wäre, festzustellen, dass der Sicherheitsrat eine hierarchisch höhere Norm der Völkerrechtsordnung verletzt hat.

#### 4. Das Paradigma einer menschenrechtsbasierten Hierarchie

Dogmatisch betrachtet kann sich die Idee einer hierarchischen Überordnung auf das Konzept der zwingenden Normen im Völkerrecht (das *ius cogens*) stützen. Der besondere, nämlich der zwingende, Charakter dieser Normen legt nahe, dass es sich nicht um gewöhnliche Normen des Völkerrechts handelt.<sup>13</sup> Und tatsächlich definiert Artikel 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention eine Norm des *ius cogens* als „eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts (...), die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Natur geändert werden kann.“<sup>14</sup> In dieser Definition spiegelt sich die Idee wieder, dass das zwingende Völkerrecht nicht aus gewöhnlichen Normen besteht, welche die Staaten derogieren oder vertraglich abbedingen können. Die un-

---

13 Für Nachweise zu dem Konzept der „Fundamentalnormen“ vgl. z.B., Paul Tavernier, ‚L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?‘ in: Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff, Leiden 2006), 2-5. Vgl. auch Stefan Kadelbach, ‚Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms‘ in: *ibid.* 21-26. Für einen Überblick über die Normen des *ius cogens*, vgl. Michael Byers, ‚Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules‘ (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211, 213-19.

14 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (1969), Artikel 53.

terstellte Hierarchie wäre von materieller Natur, in dem Sinne, dass sie auf der Natur oder dem Charakter einer bestimmten Norm aufbauen würde, und nicht bloß auf die formelle Rechtsquelle abstellen würde, der die Norm entstammt.<sup>15</sup>

Eine Analyse der Rechtsprechung bestätigt, dass verschiedene Streitbeilegungsorgane die besondere Natur der *ius cogens* Normen formell anerkannt haben, und dass dabei der Frage, ob das *ius cogens* unter Umständen nur auf das Vertragsrecht beschränkt ist, keine besondere Bedeutung zugemessen wurde.<sup>16</sup> Darüber hinaus sind die meisten Normen auf der (immer noch sehr kurzen) Liste der zwingenden Normen menschenrechtlicher Natur.<sup>17</sup> Insbesondere das Verbot des Völkermordes und das Folterverbot wurden von den Streitbeilegungsorganen ständig als zwingende Normen anerkannt.<sup>18</sup> Zugleich ist jedoch die praktische Bedeutung der besonderen Stellung der zwingenden Normen sehr gering.

Im Hinblick auf das internationale Investitionsschutzrecht hat Karamanian festgestellt, dass sich in allen analysierten Urteilen und Schiedssprüchen nicht eine einzige Regel über eine hierarchische Ordnung findet, die umfassend und konsistent angewendet würde. Eine Regel, nach der eine Investition, die gegen eine *ius cogens* Norm verstößt, keinen Schutz genießt, ist zumindest in Fällen zwischen privaten Investoren und Staaten nicht entstanden.<sup>19</sup> Sogar für das Auslieferungsrecht, in dem das Folterverbot von großer Bedeutung ist bevor eine Auslieferung stattfinden kann, hat Van der Wilt den Schluss gezogen, dass die Bedeutung des *ius cogens* nur gering ist.<sup>20</sup>

Der einzige Bereich des Völkerrechts, in dem das *ius cogens* zunehmende Bedeutung für die Lösung von Normkonflikten gewinnt, scheint die Staatenimmunität zu sein. Insbesondere die italienischen Gerichte haben den Werten, die den *ius cogens* Verpflichtungen zugrunde liegen, sowie dem Bedürfnis der effektiven Durchsetzung dieser Verpflichtungen (und der Werte, die sie verkörpern) zunehmende Bedeutung zuge-

---

15 International Law Commission, Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 13. April 2006 [Fragmentation Report], 85, Nr. 224.

16 Vgl. *Armed Activities in the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility)* [2006] ICJ Rep 6 Nr. 32; Lord Hutton and Lord Millet in *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147 1999 All ER 97 (House of Lords); *Public prosecutor's office v Scilingo Manzorro*, Final appeal judgment, No 16/2005 (Spanish High Court); ILDC 136 (ES 2005), *Michael Dominques* (United States), Case 12.285, Inter-Am. C.H.R. Report No. 62/02, OEA/Ser.L/V/II.117 doc 1 rev.1 (2003), Nr. 49.

17 Eine Liste mit den jedenfalls weitestgehend akzeptierten Normen des *ius cogens* findet sich bei den ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Article 40, Nr. 4 and 5. Darunter befindet sich das Gewaltverbot, das Sklaverei- und Sklavenhandelsverbot, das Verbot des Völkermordes, der rassistischen Diskriminierung und der Apartheid, das Folterverbot, grundlegende Regeln des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten sowie das Selbstbestimmungsrecht der Völker.

18 Vgl. *supra* Fn. 16.

19 Susan Karamanian, 'The Human Rights Dimension of Investment Law' in: De Wet & Vidmar, *supra* Fn. 7 Abschnitt 3.2.4.

20 Vgl. Harmen Van der Wilt, On the Hierarchy between Extradition and Human Rights, in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7 Abschnitt 2.

messen.<sup>21</sup> Dennoch befindet sich diese Entwicklung noch in einem sehr frühen Stadium und ist sie im Februar 2012 im Verfahren zwischen Deutschland und Italien beim IGH auf Widerstand gestoßen.<sup>22</sup> Im Hinblick auf die Immunität *ratione materiae* von Staatsbediensteten hat Webb den italienischen *Lozano*-Fall als eines der seltenen Beispiele genannt, in denen ein Gericht ohne Umschweife festgestellt hat, dass der *ius cogens* Charakter der verletzten Norm entscheidend für die Auflösung des Normkonflikts war. Dennoch hat sie auch angemerkt, dass in den meisten Fällen die Bedeutung des *ius cogens* nicht so eindeutig ist.<sup>23</sup>

Darüber hinaus können zur Auflösung von Normkonflikten in der Praxis, mehr noch als das *ius cogens*, auch andere formale Kriterien, wie beispielsweise die Unabdingbarkeit bestimmter Normen relevant werden. So hat Van der Wilt angemerkt, dass die hierarchische Überordnung des Folterverbots gegenüber der Verpflichtung zur Auslieferung nicht ausdrücklich auf (den Verweis auf) seinen zwingenden Charakter gestützt wurde. Stattdessen schien der besondere Status des Folterverbots als absolutes Recht, das keine Derogation zulässt, innerhalb der Menschenrechte der entscheidende Faktor zu sein.<sup>24</sup> Auch kann allein die Tatsache, dass eine menschenrechtliche Norm „nur“ den „normalen“ völkergewohnheitsrechtlichen Status erlangt hat, schon für ihre effektive Durchsetzung hinreichend sein, unabhängig davon, ob die Norm auch als zwingende Norm anerkannt ist. Ein Beispiel hierfür ist das Refoulement-Verbot. Obwohl das Refoulement-Verbot durch die Gerichte im Allgemeinen nicht als zwingende Norm anerkannt ist<sup>25</sup>, scheint es zumindest den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangt

21 *Ferrini v. Germany*, No. 5044/04, 87 (2004) *Rivista di diritto internazionale* 539, ILDC 19 (IT 2004), 128 ILR 659 (11. März 2004); *Criminal Proceedings against Milde*, No 1072/09, 92 (2009) *Rivista di diritto internazionale* 618, ILDC 1224 (IT 2009). Die italienischen Entscheidungen finden ebenso Resonanz in der abweichenden Meinung im Fall *Al-Adsani v. United Kingdom*, Appl. No. 35763/97, EGMR, 21. November 2001, Nr. 55, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch, Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, Nr. 3. Vgl. auch Riccardo Pavoni, 'Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations', in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7 Abschnitt 3.2.

22 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, [2012], ICJ, para 95. Was die Immunität internationaler Organisationen anbelangt, haben sich die europäischen Gerichte auf Art. 6(1) EMRK gestützt, um eine Durchbrechung der Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten annehmen zu können, sofern die internationale Organisation nicht selbst ein Rechtsmittel vorsieht. Dennoch bleiben die Gerichte außerhalb des Bereichs des Arbeitsrechts zurückhaltend mit der Durchbrechung der Immunität von internationalen Organisationen. In einem vereinzelt, älteren Fall aus Argentinien hat ein Gericht entschieden, dass das Fehlen eines Streitbeilegungsmechanismus für privatrechtliche Ansprüche innerhalb einer internationalen Organisation eine zwingende Norm des Völkerrechts verletzt, namentlich das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Vgl. *Cabrera v Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 305 Fallos de la Corte Suprema 2150 (5. Dezember 1983). Für eine umfassende Diskussion des einschlägigen Fallrechts vgl. Pavoni, *supra* Fn. 21 Abschnitt 4.1. Vgl. auch August Reinisch, 'The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of Their Administrative Tribunals', 7 (2008) *Chinese Journal of International Law* 285 ff. (2008).

23 *Lozano v. Italy*, Appeal Judgment Case No 31171/2008, ILDC 1085 (IT 2008); vgl. auch Lord Millet in *Pinochet (No 3) supra* Fn. 16 Nr. 177; Philippa Webb, 'Human Rights and the Immunities of State Officials', in: De Wet & Vidmar, *supra* Fn. 7 Abschnitt 2.2.

24 Vgl. Van der Wilt *supra* Fn. 20 Abschnitt 9.; vgl. auch *Soering v. United Kingdom*, (App no 14038) (1989), Series A No 161, Nr. 88; *Vilvarajah and others v. United Kingdom* (App no 45/1990/236/302-306) (1991), 14 EHRR 248, Nr. 108; *Security v. Prabakar* [2004] HKCFA 43, [2005] 1 HKLRD 289 (Hong Kong), ILDC 1121 (HK 2004).

25 Während das Schweizer Bundesgericht das Refoulement-Verbot als *ius cogens* angesehen hat, waren kanadische, kenianische und neuseeländische Gerichte weniger geneigt dieser Ansicht zu folgen. Vgl. *Spring v. Switzerland*, Schweizer Bundesgericht, 126 II 145-169, ILDC 351 (CH 2000); *Ktaer Abbas Habib Al Qutaifi and Another v. Union of India and Others*, Gujarat High Court, 1999 CRI.L.J. 919, Nr. 18; *Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada* [2002]



zu haben.<sup>26</sup> Gilbert hat angenommen, dass der zwingende Charakter einer Norm des Völkergewohnheitsrechts nur von geringer Bedeutung ist, solange nicht ein Staat behauptet, er sei im Hinblick auf die Norm „persistent objector“. Letztlich entfaltet das Völkergewohnheitsrecht bereits Bindungswirkung für alle Staaten, die nicht während des Entstehens einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel als „persistent objectors“ anerkannt wurden.<sup>27</sup>

Außerhalb des Bereichs des *ius cogens* ist Artikel 103 der Charta der Vereinten Nationen der wohl bedeutendste Kandidat, der einen hierarchisch höherrangigen Status in der Völkerrechtsordnung für sich in Anspruch nimmt. Einerseits erscheint es vertretbar, in Artikel 103 die Begründung einer ausschließlich auf Grundlage der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre begründeten Hierarchie zu sehen, anstelle einer materiellen bzw. wertbasierten Hierarchie. Artikel 103 räumt Verpflichtungen aus der Charta der Vereinten Nationen und dabei insbesondere solchen, die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen ausgehen (der selbst ein vertragliches Produkt ist), einen Vorrang allein aufgrund ihrer Quelle ein.<sup>28</sup> Andererseits erscheint auch die Ansicht vertretbar, dass Artikel 103 eine wertbasierte Hierarchie verkörpert, da er darauf gerichtet ist, die Ziele der Vereinten Nationen effektiv durchzusetzen.<sup>29</sup>

Nach einer weiteren Ansicht schafft Artikel 103 keinerlei Hierarchie, sondern wurde nur als Konfliktlösungsregel in das Vertragswerk der Charta mit aufgenommen. Artikel 103 beabsichtigt nicht, alle Verpflichtungen aus der Charta in eine hierarchisch höherrangige Position zu erheben. Vielmehr räumt er nur solchen Verpflichtungen eine Vorrangstellung ein, die aus dem Vertragswerk der Charta der Vereinten Nationen stammen und die mit bestimmten vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen Verpflichtungen außerhalb dieses Vertragswerkes kollidieren.<sup>30</sup> Aus diesem Grund wurde von Tzanakopoulos vertreten, dass Artikel 103 keine Regel sei, die eine Hierarchie erschaffe. Nach Tzanakopoulos bestimmt Artikel 103 nicht, dass die Verpflichtungen nach der Charta der Vereinten Nationen unabdingbar sind, es sei denn durch eine Norm desselben oder eines höheren Ranges. Vielmehr bestimme Artikel 103 lediglich, dass die Anwendbarkeit von Verpflichtungen nach der Charta der Vereinten Nationen unter Umständen zur Unanwendbarkeit anderer völkerrechtlicher Normen führen könne.<sup>31</sup>

---

SCC 1; *Adel Mohammed Abdulkadir Al-dahas v Commissioner of Police et al, High Court of Kenya*, Misc. Crim. Appli.; 684 of 2003 [2003] e-KLR and Misc. Civ. Appli. 1546 of 2004 [2007] e-KLR; *Attorney-General v. Zaoui et al*, [2005] NZSC 38, Nr. 51; Van der Wilt *supra* Fn. 20 Abschnitt 3.1.

26 *Ktaer Abbas Habib Al Qutaifi and Another v. Union of India and Others*, Gujarat High Court, 1999 CRL.L.J. 919, Nr. 18; *Suresh* Entscheidung, *supra* Fn. 25; vgl. Geoff Gilbert, *Human Rights, Refugees and other Displaced Persons in International Law*, in: De Wet & Vidmar Abschnitt 3.1.

27 Vgl. Gilbert, *supra* Fn. 26 Abschnitt 3.1.; Der Hong Kong Court of First Instance hat festgestellt, dass Hong Kong im Hinblick auf das Refoulement-Verbot persistent objector war, *C and others v. Director of Immigration*, First instance [2008] 2HKC 165, ILDC 1119 (HK 2008) Nr. 136 und Nr. 194 (iii).

28 Vgl. Marko Milanovic, ‚Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights? (2009) 20 Duke Journal of Comparative and International Law‘ 69, 78-79; vgl. auch Christine Chinkin, ‚Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution‘ (2006) 27 *Finish Yearbook of International Law* 63.

29 Dinah Shelton, ‚International Law and ‚Relative Normativity‘‘ in: Malcolm Evans, *International Law* (Oxford: OUP, 2009) 159–85, Nr. 178.

30 Der ‚Fragmentation Report‘ *supra* Fn. 6 Nr. 335 beschreibt Artikel 103 als ‚a means for securing that Charter obligations can be performed effectively and not [a means for] abolishing other treaty regimes.‘

31 Tzanakopoulos, *supra* Fn. 10 Abschnitt 4.1.

Obwohl bereits einige Entscheidungen den Konflikt zwischen Artikel 103 und anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen zugunsten des ersteren aufgelöst haben<sup>32</sup>, ist die *Nada* Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts<sup>33</sup> ein einzelnes Beispiel einer Entscheidung die ausdrücklich auf eine Normhierarchie im Völkerrecht gestützt ist.<sup>34</sup> In seiner *Kadi*-Entscheidung hat der EuGH offenkundig die Frage der hierarchischen Stellung von Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen im Völkerrecht nicht angesprochen, ein Punkt, auf den an späterer Stelle noch zurückzukommen sein wird.<sup>35</sup> Letztlich scheint es so, als ob das letzte Wort über die Begründung der besonderen Bedeutung des Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen im Völkerrecht noch nicht gesprochen sei.

## 5. Das Paradigma der systemischen Integration durch Konfliktvermeidung

Die Betrachtung der Rechtsprechung hat gezeigt, dass Normkonflikte im engen Sinn, so wie in den Fällen *Kadi* und *Nada*, welche einen Konflikt zwischen Pflichten, die durch den Sicherheitsrat auferlegt wurden, und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz betrafen, nur sehr selten sind.<sup>36</sup> Ganz überwiegend sind die Gerichte mit Konflikten im weiten Sinne befasst. Die gerichtliche Praxis hat ebenso offenbart, dass die herkömmlichen Konfliktlösungsregeln in Form der *lex specialis* und der *lex posterior* im Falle von Normkonflikten (seien es nun solche im weiten oder im engen Sinn) nur von untergeordneter Bedeutung sind. Dies lässt sich damit erklären, dass keines dieser Prinzipien geeignet ist, die Art von Normkonflikten zu lösen, die in den vorhergehenden Abschnitten behandelt wurden.

Der Grundsatz der *lex specialis* als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts<sup>37</sup> besagt, dass immer dann, wenn zwei oder mehr Normen denselben Gegenstand behandeln, der spezielleren Norm der Vorrang zu gewähren sei. Jedoch wäre dieses Prinzip

32 Vgl. Tzanakopoulos, *supra* Fn. 10 Abschnitt 3.1.1., der auf die *Lockerbie* Entscheidung verweist, *Lockerbie* [1992] ICJ Rep 3.

33 *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs ad Federal Department of Economic Affairs, Administrative Appeal Judgement*, BGE 133 II 450, 14. November 2007 (Schweiz), Nr. 6.2. Vgl. auch *R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58, Nr. 34. Lord Bingham hat darauf hingewiesen, dass Artikel 103 der Charta der Vereinten Nationen keine enge, auf den Vertrag allein bezogene Bedeutung zugemessen werden sollte, da die Bedeutung der Wahrung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit gar nicht genug betont werden könne.

34 Die *Nada* Entscheidung basierte auf einer später revidierten Entscheidung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (welcher nach dem Vertrag von Lissabon nun schlicht als „das Gericht“ bezeichnet wird), Fall T-315 *Kadi* [2005] ECR II-3649 [190]. Vgl. auch die Entscheidung im Fall *Al-Jedda supra* Fn. 33; ILDC 832 (UK 2007) Nr. 26-29 (Lord Bingham); [114] (Lord Roger); Nr. 125-129 (Baroness Hale); Nr. 130-136 Lord Carswell; Nr. 151-152 (Lord Brown). Das House of Lords akzeptierte, dass im Falle eines Konflikts zwischen Art. 5(1) EMRK und Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen der letzteren der Vorrang einzuräumen sei. Vgl. auch *Lockerbie* [1992] ICJ Rep 3 Nr. 15; Tzanakopoulos, *supra* Fn. 10 Abschnitt 2.1.

35 Verbundene Rechtssachen C-402/05 P und C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat* [2008] ECR I-6351.

36 *Kadi* Entscheidung *supra* Fn. 35; *Nada* Entscheidung *supra* Fn. 33.

37 Vgl. Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 11, der sich ebenso auf dieses Prinzip als Standardmethode des rechtlichen Denkens bezieht.

nur dann von Relevanz, wenn eine der kollidierenden Normen auch wirklich eine *lex generalis* wäre. Da die Konflikte, welche der Untersuchung zugrunde lagen, allesamt aus verschiedenen spezialisierten Regimen stammen, stehen sich jedoch in Wahrheit zwei verschiedene *leges speciales* gegenüber.<sup>38</sup> Dieser Punkt wurde im Hinblick auf Konflikte zwischen Regeln des internationalen Handels und menschenrechtlichen Verpflichtungen trefflich von Ziegler und Boie dargestellt, die sie als einen Inter-Regime-Konflikt beschrieben haben, der nicht durch die Anwendung von Prinzipien (wie dem *lex specialis* Prinzip) aufgelöst werden könne, da diese Prinzipien eher dafür gedacht seien, Intra-Regime-Konflikte zu lösen.<sup>39</sup>

Das *lex posterior* Prinzip, wie es in Art. 30 der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 zum Ausdruck kommt, besagt, dass, sofern alle Parteien eines Vertrages ebenfalls Parteien eines früheren Vertrages mit dem gleichen Anwendungsbereich sind, der frühere Vertrag nur insoweit zur Anwendung kommt, wie er mit dem späteren Vertrag kompatibel ist.<sup>40</sup> Die Anwendbarkeit dieses Prinzips wird jedoch dadurch erheblich verkompliziert, dass unklar ist, wie es bei aufeinander folgenden Verträgen ohne Identität der Parteien zur Anwendung kommen soll.<sup>41</sup>

Darüber hinaus besteht Uneinigkeit darüber, was Verträge ausmacht, die „über denselben Gegenstand“ geschlossen wurden. Bei strikter Anwendung des Prinzips würden Inter-Regime-Konflikte nicht in den Anwendungsbereich des *lex posterior* Prinzips fallen.<sup>42</sup> Wird jedoch davon ausgegangen, dass das Prinzip auch solche Verträge umfassen soll, die sich insofern mit der selben Materie befassen, als die Einhaltung einer vertraglichen Verpflichtung die Einhaltung einer Verpflichtung aus einem anderen Vertrag beeinträchtigt, wäre das *lex posterior* Prinzip anwendbar.<sup>43</sup> Doch selbst dann ist eine eindeutige Einordnung auf Grund der chronologischen Abfolge der Verpflichtungen unwahrscheinlich oder zumindest nicht sehr zufriedenstellend.<sup>44</sup> Dies wurde durch die kaum vorhandene Relevanz des *lex posterior* Prinzips in der gerichtlichen Praxis, wie sie in der vorliegenden Studie untersucht wurde, bestätigt.<sup>45</sup>

---

38 Vgl. Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 129 und Nr. 152, der mit *lex specialis* verschiedene Gebiete funktionaler Spezialisierung, so wie das internationale Handelsrecht oder den internationalen Menschenrechtsschutz bezeichnet. Ein Gebiet, in welchem dem Prinzip der *lex specialis* wirklich eine (wenn auch beschränkte) Rolle zukommen könnte, ist der Fall eines Normkonflikts zwischen dem Recht der Staatenimmunität und den Menschenrechten. Die „Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment“ der Vereinten Nationen spielte eine zentrale Rolle beim Ausgang der *Pinochet (No 3)* Entscheidung, *supra* Fn. 16. Drei der sechs Lords (Brone-Wilkinson, Hope and Savill) stützten sich auf das Argument, dass die Parteien der Konvention ihre Immunität *ratione materiae* preisgegeben hätten. Dieses Argument führt letztlich dazu, dass dem Vertrag dadurch der Status von *lex specialis* eingeräumt wurde. Vgl. auch Webb, *supra* Fn. 23 Abschnitt 4.

39 Vgl. Andreas Ziegler & Bertram Boie, The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law, in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7 Abschnitt 4.1.

40 Artikel 30(1) Wiener Vertragsrechtskonvention. Vgl. auch Fragmentation Report, *supra* Fn. 6 Nr. 229-230.

41 Vgl. auch Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 234.

42 Vgl. auch Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 253.

43 Vgl. Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 254; Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 2.2., ist dieser Auslegung bei der Analyse des Ansatzes des EGMR im Hinblick auf die Beziehung zwischen der EMRK und anderen die jeweiligen EMRK Parteien bindenden Verträgen (einschließlich der konstitutiven Elemente internationaler Organisationen) gefolgt.

44 Fragmentation Report, *supra* Fn. 15 Nr. 254, Nr. 272; Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 2.2.

45 Vgl. Ziegler & Boie *supra* Fn. 39 Abschnitt 4.1.

Das einzige Prinzip der Wiener Vertragsrechtskonvention, welches für die Auflösung der hier betrachteten Normkonflikte von Bedeutung war, war das Prinzip der systemischen Integration, welches sich in Art. 31(1)(c) der Wiener Vertragsrechtskonvention wieder findet und auch im Völkergewohnheitsrecht anerkannt ist.<sup>46</sup> Das Prinzip der systemischen Integration besagt, dass bei der Auslegung eines Vertrages jede andere relevante Norm des Völkerrechts, welche zwischen den Vertragsparteien Anwendung findet, wie sie sich beispielsweise aus anderen Verträge, Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts ergeben kann, zu berücksichtigen ist.<sup>47</sup> Auch wenn die Streitbeilegungsorgane sich oftmals nicht explizit auf dieses Prinzip berufen, wurde es in der ständigen Entscheidungspraxis dennoch häufig angewendet.<sup>48</sup>

Die Streitbeilegungsorgane gehen bei der Abwägung der verschiedenen materiellen Gehalte der Rechte und/oder Pflichten auf eine Art und Weise vor, die einen erheblichen Einfluss auf die Reichweite dieser Rechte und/oder Pflichten hat. Die Einleitung hat nahe gelegt, dass die Ausbalancierung von widerstreitenden Rechten und Interessen durch die Streitbeilegungsmechanismen die indirekte Anerkennung einer menschenrechtsbasierten Hierarchie im Völkerrecht zur Folge haben könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn die Gerichte dazu tendieren würden, den Anwendungsbereich der menschenrechtlichen Verpflichtungen weit und somit auf Kosten des widerstreitenden Rechts oder der widerstreitenden Verpflichtung zu bestimmen.<sup>49</sup> Jedoch hat die Analyse der Rechtsprechung offen gelegt, dass die einzigen Streitbeilegungsorgane, die gewillt sind, die Vorrangstellung internationaler menschenrechtlicher Verpflichtungen zumindest implizit anzuerkennen, ohnehin voreingenommen in einem funktionalen Sinne sind, da sie gerade zu dem Zweck geschaffen wurden, die Menschenrechte zu schützen.<sup>50</sup> Andere Gerichte sind eher geneigt, Konflikte mithilfe der Auslegung zu vermeiden und dadurch auch jede Form der Hierarchie auszuschließen.<sup>51</sup>

So hat zum Beispiel der Inter-Amerikanische-Gerichtshof für Menschenrechte die Tendenz, dem Recht auf Eigentum, wie es in Art. 21 der Inter-Amerikanischen-Menschenrechtskonvention garantiert ist, gegenüber Ansprüchen aus Investitionsschutzvereinbarungen den Vorrang einzuräumen, was insbesondere für die Eigentumsrechte indigener Gemeinschaften gilt.<sup>52</sup> Eine ähnliche Auffassung wird seitdem auch von der Afrikanischen Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker vertreten.<sup>53</sup> Allerdings sind die Schiedsgerichte weniger geneigt, einem solchen Ansatz zu folgen und selbst wenn eine bestimmte Entscheidung letztlich den Schutz der Men-

46 Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 427, 479.

47 Fragmentation Report, *supra* Fn. 15 Nr. 462.

48 Ein bekanntes Beispiel ist die *Al-Adsani* Entscheidung, vgl. *supra* Fn. 22 Nr. 55; ebenso Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 174; Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 2.2.

49 Erika De Wet & Jure Vidmar, 'Introduction', in *supra* Fn. 7 Abschnitt 1.

50 Dinah Shelton, 'Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?', in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7 Abschnitt 1; vgl. auch Fragmentation Report *supra* Fn. 15 Nr. 282.

51 Shelton *supra* Fn. 50 Abschnitt 7.

52 *Ivcher Bronstein v. Peru* (2001) Inter-Am.Ct.H.R. (ser. C) No. 74; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* 2001 Inter-Am.Ct.H.R. (ser. C) No 79; *Moiwana Village v. Suriname* (2005) Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 124; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (2005) Inter-Am. Ct.H.R. (ser. C) No. 125 Nr. 124-27; *Saramaka People v. Suriname* Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 172; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* (2006) Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 146.

53 Afr.Comm.HPR, Case 276/2003 (2010), *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council v. Kenya*, unter [www.up.ca.za/chr](http://www.up.ca.za/chr).

schenrechte einer indigenen Gemeinschaft zur Folge hat, ist es sehr wahrscheinlich, dass der Kern der Entscheidung auf andere Prinzipien gestützt sein wird (z.B. solche des Investitionsschutzes).<sup>54</sup>

Allerdings kann nicht angenommen werden, dass die speziellen Menschenrechtsgerichtshöfe menschenrechtliche Verpflichtungen notwendigerweise auf diese weite Art auslegen, wenn sie mit einem Normkonflikt konfrontiert sind. In der Tat ist einer der Gründe, warum die praktische Relevanz von *ius cogens* Normen im Kontext der Auflösung von Normkonflikten eher gering ist, der sehr enge Anwendungsbereich, den die Streitbeilegungsorgane den zwingenden Normen des Völkerrechts einzuräumen pflegen. Im Ergebnis bewirken die Streitbeilegungsorgane dadurch die Vermeidung von Normkonflikten im Ganzen, da es unwahrscheinlich ist, dass unter diesen Umständen ein Konflikt zwischen einer Norm des *ius cogens* und anderen Normen überhaupt zustande kommt.

Ein besonders anschauliches Beispiel stellt das Folterverbot dar, bei dem der Anwendungsbereich der *ius cogens* Verpflichtung nur das Verbot der Folter als solche (also in Form der negativen Pflicht nicht zu foltern) zu umfassen scheint.<sup>55</sup> Der oftmals auftretende Normkonflikt zwischen dem Folterverbot und völkergewohnheitsrechtlichen Verpflichtungen der Staatenimmunität bezieht sich jedoch nicht auf diese spezielle negative Pflichtenbindung. Vielmehr besteht ein Konflikt zwischen den völkergewohnheitsrechtlichen Pflichten zur Staatenimmunität und vertraglichen Pflichten, welche den Opfern von Folter Zugang zu den Gerichten gewähren. Das Recht, Zugang zu den Gerichten gewährt zu bekommen (und die diesem Recht korrespondierende Verpflichtung der Staaten, Zugang zu den Gerichten zu gewähren) ist unter diesen Umständen keine Frage des *ius cogens*, da die normative Reichweite des zwingenden Folterverbots (noch) nicht die darüber hinausgehende Pflicht umfasst, keine Immunität zu gewähren.<sup>56</sup> Diese weite Auslegung der normativen Reichweite des *ius cogens* wurde jedoch durch die abweichenden Meinungen in *Al-Adsani*<sup>57</sup> angeregt und wurde in den italienischen Entscheidungen jüngerer Datums aufgegriffen. Diese Auffassung hat bisher jedoch keine umfassende Anerkennung durch die Gerichte erfahren und wirft das heikle Problem des Verhältnisses von Primär- und Sekundärnormen auf.

Ein weiteres erhellendes Beispiel der Konfliktvermeidung durch eine enge Auslegung der in Frage stehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen betrifft die Frage der diplomatischen Zusicherungen im Auslieferungsrecht.<sup>58</sup> Einige Gerichte haben die Aus-

54 Vgl. *Glamis Gold Ltd. V United States* (2009) UNCITRAL Case, Award. Das Schiedsgericht hat es vermieden, explizit den Einfluss der Investition im Bergbausektor auf die Menschenrechte der indigenen Gemeinschaft anzusprechen. Ähnlich *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania* (2008) ICSID Case No. ARB/05/22, Award. Der Fall betraf Konflikte zwischen den Rechten von Investoren und dem Recht auf Gesundheit sowie dem Recht auf sauberes Wasser. Vgl. auch *Suez v. Argentina* (2010) ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability; *Methanex v United States* (2005) UNCITRAL Case, Award, 44 ILM 1345; Karamanian *supra* Fn. 19 Abschnitt 3.2.1 und 3.2.2.

55 Jure Vidmar, „Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?“, in: De Wet & Vidmar *supra* Fn. 7 Abschnitt 4.2.

56 *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, Nr. 44-45; *Al-Adsani* Entscheidung *supra* Fn. 22 Nr. 61; *Bouzari v. Iran*, 243 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 406, ILDC 175 (CA 2004) Nr. 90.; *Schreiber v. Germany and Canada* [2002] 3 S.C.R. 269, ILDC 60 (CA 2002); Webb, *supra* Fn. 23 Abschnitt 3.2.; Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 2.1.

57 *Al-Adsani* Entscheidung *supra* Fn. 22 Nr. 35-41.

58 Van der Wilt *supra* Fn. 20 Abschnitt 6.

lieferung in Länder, die für ihre Folterpraxis bekannt sind, dann zugelassen, wenn diese Länder ihre Zusicherung gegeben haben, dass diese Art von Behandlung nicht dem Auszuliefernden zuteil würde.<sup>59</sup> Der Konflikt zwischen der Pflicht zur Auslieferung und dem Refoulement-Verbot wird dadurch verhindert, dass der Anwendungsbereich (und damit auch der absolute Charakter) des Refoulement-Verbots eingeschränkt wird. Das Verbot wird nur dann ausgelöst, wenn der ausliefernde Staat seine Zustimmung zur Auslieferung einer Person an einen anfragenden Staat, der für seine Folterpraxis bekannt ist, erteilt, *ohne dass diplomatische Zusicherungen erfolgt sind*. Das Verbot im weiten Sinne ist insofern nicht einschlägig, als die Auslieferung in einen solchen Staat nicht kategorisch verboten ist. In der Ausführung kann der absolute Charakter des Folterverbots aber dennoch unterwandert werden, da immer noch die Möglichkeit besteht, dass der Ausgelieferte gefoltert wird, sofern auf die Einhaltung der diplomatischen Zusicherungen im Anschluss an die Auslieferung nicht geachtet wird.<sup>60</sup> Ebenso tendieren die Gerichte im Fällen, in denen eine Abschiebung oder Auslieferung zur Debatte steht, dazu, einen strengen Maßstab bei der Frage anzulegen, welches Verhalten als Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung zu qualifizieren ist<sup>61</sup>, ebenso, wie ein strenger Maßstab an die Beweislast gestellt wird, ob eine spezifische und individuelle Gefahr besteht.<sup>62</sup> Auch diese Anforderungen können eine Einengung des Anwendungsbereichs des Folterverbots bewirken.

Shelton hat dargelegt, wie bestimmte Streitbeilegungsorgane, wenn sie sich mit widerstreitenden menschenrechtlichen und umweltbezogenen Interessen konfrontiert sahen, versucht haben, diesen Konflikt dadurch zu lösen, dass sie umweltbezogene Interessen in das Prinzip der Menschenwürde oder das Recht auf Leben hineininterpretiert haben. Dazu verließ man sich auf eine Mischung von internationalen und nationalen menschenrechtlichen Instrumenten und unterstellte, dass die Umweltschutz und Menschenrechte beide das menschliche Wohlbefinden zum Ziel hätten.<sup>63</sup> Diese Methode beseitige zwar nicht den Normkonflikt, aber sie verschiebe ihn auf die Ebene eines Intra-Regime-Konflikts (innerhalb des Menschenrechtsregimes). Dieser Konflikt wird

59 *Al Moayed v. Germany*, EGMR, Appl. No 35865/03, 20. February 2007, Nr. 67 ff; *Judge v. Canada* (829/1998) 5. August 2002, UN doc. CCPR/C/78/D/829/1998, Nr. 10.9; *United States v. Burns* [2001], 1 SCR 283; *Mohamed and another v President of the Republic of South Africa and others*, 2001 (3) SA 893 (CC) ILDC 284 (ZA 2001) Nr. 3.1.1; *Short v. The Netherlands*, 1990 NJ 1991, 249.

60 Ähnlich haben die Staaten im Flüchtlingsrecht den Status des Flüchtlings eng gefasst. Als Ergebnis wird die Pflicht, die Betroffenen nach der Flüchtlingskonvention von 1951 nicht wieder abzuschicken, nur selten relevant. Vgl. Gilbert *supra* Fn. 26 Abschnitt 3.2.

61 Beispielsweise hat das House of Lords in *R (on the application of Bary) v. Secretary of State for the Home Department* [2009] WL 2392232 die rauen Lebensbedingungen in den Gefängnissen Floridas verbunden mit dem Ausschluss einer Begnadigungsmöglichkeit nicht als Hindernis für die Auslieferung angesehen.

62 Vgl. beispielsweise United Nations Committee against Torture, *Chipana v. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998, Nr. 3; United Nations Human Rights Committee, 31. Juli 2008, *Maksudov, Rakhimov, Tashbaev and Pirmatov v. Kyrgyzstan*, CCPR/C/93/D 1461, 1462 und 1447/2006, Nr. 12.4; *Saadi v. Italy*, EGMR, Appl. No. 37201/06, 27. Februar 2008, Nr. 138, 139.

63 Inter-Am.Comm.H.R., *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev.1, 24. April 1997 Nr. 92; *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, EGMR, Appl. no. 12605/03, 21. Juli 2009, Nr. 102; *Borysewicz v. Poland*, EGMR, Appl. No. 71146/01, 1. Juli 2008, Nr. 55; *J.K. Koolwal v. State of Rajasthan and Others*, 1988 A.I.R. (Raj.), 2; *K.M. Chinnappa, T.N. Godavaram Thirumalpad v. Union of India and Others*, [2002] INSC 453; *Narmada Bachao Aandolan v. India and Ors.*, AIR 2000 SC 3751, ILDC (IN2000).

durch einen Abwägungsprozess aufgelöst, bei dem der jeweilige Anwendungsbereich aller betroffenen Rechte und Pflichten beschränkt wird.<sup>64</sup>

Zusätzlich zu den Methoden der Auslegung, welche die Materie (den Anwendungsbereich) kollidierender Rechte und Pflichten betreffen, nehmen die Gerichte auch Rückgriff auf rein formale Methoden der Konfliktvermeidung. Eine solche Methode ist die Trennung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, wie sie im Hinblick auf das Recht der Staatenimmunität angewendet wird.<sup>65</sup> Im Sinne dieser Rechtsauffassung können Pflichten, welche die Staatenimmunität betreffen, nicht mit der *ius cogens* Norm des Folterverbots in Konflikt geraten, da die Staatenimmunität eine Frage des Prozessrechts sei, während das Folterverbot zum materiellen Recht zu zählen sei.<sup>66</sup> Eine genaue Betrachtung zeigt jedoch, dass dieses Argument nur zum Teil zutreffend ist: Es ist zutreffend soweit ein Konflikt zwischen einer zwingenden Norm des Völkerrechts und einer „nachrangigen“ Norm nicht besteht. Allerdings ist das Argument insofern unzutreffend, als es nahelegt, es handele sich um einen Konflikt zwischen einer Norm des materiellen Rechts und einer solchen des Prozessrechts. Wie bereits weiter oben dargelegt wurde, besteht in der Sache kein Konflikt mit dem Folterverbot an sich. Es besteht vielmehr ein Konflikt zwischen völkergewohnheitsrechtlichen Normen der Staatenimmunität und vertraglichen Normen des effektiven Rechtsschutzes. Beide Kategorien von Normen sind hierbei wohl von prozessualer Natur.<sup>67</sup>

Eine weitere formale Methode der Konfliktvermeidung im Hinblick auf das Recht der Staatenimmunität betrifft die Unterscheidung zwischen privaten und amtlichen Handlungen, wenn es um die Immunität *ratione materiae* von Staatsbediensteten geht. Durch die Auffassung, dass völkerrechtliche Verbrechen (wie beispielsweise Folter) nicht als Amtshandlungen angesehen werden können, sondern als „private Handlungen“ des Individuums qualifiziert werden müssen, werden diese Handlungen vom Anwendungsbereich der Immunität *ratione materiae* ausgenommen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass ein Normkonflikt mit dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht zur Entstehung gelangt.<sup>68</sup> Allerdings ist es fraglich, ob die Einordnung der Folter als

---

64 Vgl. auch Shelton, *supra* Abschnitte 4.1.-4.2.

65 Nationale Fälle, welche die Immunität *ratione personae* von Staatsbediensteten aufrecht erhalten haben und (implizit) die Trennung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht gestützt haben, waren unter anderem *Affaire Kadhafi*, Judgment No 1414 (Court de Cassation, 13 March 2001) 125 ILR 508-510; Court de Cassation (Chambre Criminelle) 19. Januar 2010, *L'Association Fédération Nationale des victimes d'accidents collectifs, Fenvac sos catastrophe, L'association des familles des victimes du 'Joala'*, Arrêt No 09-84.818; *The Hague City Party and ors v The Netherlands and ors*, Interlocutory Proceedings, KG 05/432, ILDC 849 (NL 2005); *Bow Street Magistrates' Court, Re Mofaz*, First Instance unreported (12. Februar 2004), ILDC 97 (UK 2004); *Bow Street Magistrates' Court, Re Mugabe*, First Instance unreported (14. Januar 2004), ILDC 96 (UK 2004); *Res Sharon and Yaron* Final Appeal, no p 02 1139 F/1 (Court de Cassation, 12 February 2003), ILDC 5 (BE 2003).

66 Ähnlich der IGH in *Jurisdictional Immunities* *supra* Fn. 22, para 93. Vgl. im Allgemeinen hierzu Webb *supra* Fn. 23 Abschnitt 1; Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 2.1.

67 Vgl. jedoch Pavoni *supra* Fn. 21 Abschnitt 1. Mit der Gegenauffassung könnte man jedoch auch den Standpunkt vertreten, dass in Wirklichkeit das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz und die Wiedergutmachungsansprüche der Opfer schwerer Menschenrechtsverletzungen, welche zweifelsohne zum materiellen Recht zählen, in Frage stehen. Vgl. auch Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (2. Aufl. 2008), 159.

68 Vgl. unter anderem Lord Hutton in *Pinochet (No 3)* *supra* Fn. 16; *Bouterse*, Judgment on Appeal, HR 00749/01 CW 2323; ILDC 80 (NL 2001) Nr. 4.2., Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koopmans and Buergenthal, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (*Merits*) [2002] ICJ Rep3, Nr. 85.

„private Handlung“ zu überzeugen vermag, da die Folter durch Staatsbedienstete geradezu zwangsläufig die Unterstützung staatlicher Einrichtungen mit einbezieht, was letztlich auch zur Staatenverantwortlichkeit führt.<sup>69</sup>

Darüber hinaus ziehen sich nationale und supranationale Gerichte zum Teil auch hinter das formelle Argument des Dualismus als Methode der Konfliktvermeidung zurück. Der Fall *Kadi* vor dem EuGH war geradezu ein Musterbeispiel für den Rückzug hinter den schützenden Schild des Dualismus zum Zwecke der Konfliktvermeidung.<sup>70</sup> Der EuGH wandelte dabei den Normkonflikt zu einem „nationalen“ Konflikt um, der auf Basis des Rechts der Europäischen Union zu lösen war. Obwohl die Entscheidung dem Menschenrechtsschutz gegenüber Sicherheitsinteressen effektiv den Vorrang einräumte, war sie allein auf das Wertesystem der EU selbst gegründet. Der EuGH sprach dabei den Konflikt zwischen den internationalen Menschenrechtsverpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten und deren Verpflichtungen hinsichtlich des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit nach der Charta der Vereinten Nationen gar nicht an.<sup>71</sup> Diese Entscheidung bietet einen starken Kontrast zum *Nada* Fall des Schweizer Bundesgerichts, der weiterhin ein seltenes und kontroverses Beispiel einer offen anerkannten hierarchischen Vorrangstellung von Entscheidungen des Sicherheitsrats gegenüber menschenrechtlichen Verpflichtungen darstellt.<sup>72</sup>

Ein weiteres anschauliches Beispiel für die Konfliktvermeidung durch den „Rückzug hinter das dualistische Schutzschild“ ist der *Samantar* Fall, in dem der US Supreme Court entschieden hat, dass der *Foreign Sovereign and Immunities Act* (FSIA) einem ehemaligen Premier- und Verteidigungsminister von Somalia keine Immunität gegen eine zivilrechtliche Klage wegen Foltervorwürfen gewährt, die sich im Rahmen seiner offiziellen Funktion bewegten.<sup>73</sup> Das Gericht zog den Schluss, dass nichts innerhalb des Wortlauts des FSIA die Vermutung nahe legt, dass der Begriff „foreign state“ so verstanden werden muss, dass er auch einzelne Staatsbedienstete umfasst, die für den Staat tätig werden. Das Gericht hat daher das Hauptaugenmerk ausschließlich auf die Auslegung eines nationalen Gesetzes gerichtet und hat weder die Möglichkeit der völkerrechtlichen Immunität von *Samantar* angesprochen, noch ob es dadurch zu einem Konflikt mit menschenrechtlichen Verpflichtungen kommen würde.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Webb, *supra* Fn. 23 Abschnitt 2.2. In Abschnitt 3.2. hat sie dargelegt, dass in der Praxis im Hinblick auf die Immunität zunehmend zwischen Zivilverfahren und Strafverfahren unterschieden wird, was sie ebenfalls als eine (wenig überzeugende) Methode der Konfliktvermeidung eingestuft hat.

<sup>70</sup> *Kadi* Entscheidung, *supra* Fn. 35.

<sup>71</sup> Vgl. zu einem ähnlich dualistischen Ansatz vor den Gerichten des Vereinigten Königreichs, *HM Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)*; *HM Treasury v Mohammed al-Ghabra (FC)*; *R (Hani El Sayed Sabaei Youssef) v HM Treasury* [2010] UKSC 2 Nr. 148 (Lord Phillips); Nr. 168 (Lord Rodger); Nr. 196 f. (Lord Brown). Vgl. auch Tzanakopolous *supra* Fn. 10 Abschnitt 3.1.2.1.

<sup>72</sup> *Nada* Entscheidung, *supra* Fn. 33.

<sup>73</sup> *Samantar v. Yousuf*, No 08-1555slip op (US 1 June 2010), ILDC 1505 (US 2010). Vgl. auch Webb *supra* Fn. 23 Abschnitt 2.4.

<sup>74</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Methode im Bereich des Handelsrechts, *United States v. Lombardo and ors*, Ruling on Motion to Dismiss, Case No. 2:07-CR-286-TS (D Utah); ILDC 1055 (US 2007). Das Gericht hat sich geweigert eine Entscheidung des WTO Appellate Body, welche sich mit dem General Agreement on Trade in Services (GATS) befasste, unmittelbar anzuwenden und wendete stattdessen lediglich US-amerikanisches Bundesrecht an. Ziegler und Boie *supra* Fn. 39 Abschnitt 4.2. haben ausgeführt, dass das Gericht dadurch vermieden habe zu entscheiden, ob eine Pflicht aus dem internationalen Handelsrecht mit einem anderen (internationalen) Recht oder einer Pflicht, einschließlich einer solchen menschenrechtlicher Natur, in Kollision geriet.



## 6. Die (il)legitime Rolle der Gerichte bei der Schaffung einer Normhierarchie im Völkerrecht

Den nur beschränkten Einfluss hierarchisch höherrangiger Normen in der völkerrechtlichen Praxis unterstellt, scheint sich die Frage des Werteimperialismus durch die aufoktroierte Usurpation bestimmter nationaler Sachverhalte durch diese Normen nicht zu stellen.<sup>75</sup> Es ist ebenso beachtenswert dass keines der nationalen Gerichte, die hier betrachtet wurden, das Konzept des *ius cogens* als solches in Frage gestellt hat. Es gibt keinen Fall, in dem ein Gericht den *ius cogens* Charakter einer Norm in Frage gestellt hätte, von der allgemein angenommen wird, dass sie diesen Status bereits erlangt hat. Beispielsweise wurde von keinem Gericht vertreten, dass das Verbot der Folter, des Völkermordes, der Sklaverei oder der Apartheid mit nationalen oder regionalen Werten der fraglichen Rechtsordnung unvereinbar wäre.

Zudem haben die Gerichte – seien es nationale, internationale (einschließlich funktionell beschränkter oder regionaler) oder sogar supranationale Gerichte – in den Fällen, in denen sie Rückgriff auf zwingende Normen des Völkerrechts genommen haben, dies zu dem Zweck getan, einen Konflikt innerhalb des Rahmens ihre eigenen Jurisdiktionsgewalt zu lösen. Auf diese Art und Weise haben diese Gerichte die hierarchische Interpretation des Völkerrechts nicht auch anderen Jurisdiktionen oder Regionen aufgedrängt. Darüber hinaus haben die Gerichte für den Fall, dass sie beispielsweise die kurze Liste der allgemein anerkannten *ius cogens* Normen erweitert haben, dies auch nur innerhalb der Grenzen ihrer eigenen Jurisdiktion getan. Nationale Gerichte als Organe des Staates können Beispiele für eine Staatenpraxis bieten, aber diese Praxis muss nicht notwendig auch einheitlich sein. Andere Gerichte haben immer noch die Freiheit, diesem Beispiel zu folgen oder nicht.

Jedoch ist die Sachlage dort verworrener, wo nationale oder regionale Gerichte (d.h. jedes Rechtsprechungsorgan wohl mit Ausnahme des IGH) sich auf ihre besondere Auslegung hierarchisch übergeordneter Normen zum Zwecke der Überprüfung verbindlicher Sicherheitsratsresolutionen gestützt haben. In diesen Fällen entfaltet die gerichtliche Entscheidung, dass bestimmte, durch den Sicherheitsrat auferlegte Pflichten (jedenfalls zum Teil) nicht anzuwenden sind, da sie in Konflikt mit einer hierarchisch höherrangigen menschenrechtlichen Norm geraten, formal nur für eine bestimmte Jurisdiktion Bindungswirkung. Allerdings haben diese Entscheidungen auf indirektem Weg auch Einfluss auf die Effizienz des „Kapitel VII Regimes“ der Charta der Vereinten Nationen, welches dazu gedacht ist, von *allen* Mitgliedern der Vereinten Nationen, also der Völkerrechtsgemeinschaft *als Ganzer*, befolgt zu werden.

Andere Staaten könnten diesen „spill-over“ Effekt der Nicht-Anwendung von Sicherheitsratsresolutionen, der ihnen bei praktischer Betrachtung eine Distanzierung nicht ermöglicht, als eine Form des Wertimperialismus verstehen. Dies wäre unabhängig davon der Fall, ob die Negation der durch den Sicherheitsrat auferlegten Verpflichtung aufgrund der Vorrangstellung einer menschenrechtlichen Verpflichtung im nationalen Recht eines bestimmten Staates (sowie supranationale Zusammenschlüsse) begründet liegt oder ob sie sich aus den internationalen Menschenrechten, wie sie von dem befassenen Gericht ausgelegt und angewendet werden, ergibt. Der „Fremdbestimmungseffekt“

---

<sup>75</sup> Vgl. De Wet & Vidmar, *supra* Abschnitt 2.

wäre aus Sicht der Staaten, die die Effizienz eines einheitlichen Systems für den Erhalt von Frieden und Sicherheit bedroht sehen, derselbe.

In der Rechtsordnung der Europäischen Union wurde beispielsweise das Recht auf rechtliches Gehör als „grundlegend“ angesehen und infolge dessen muss Individuen Zugang zu den Gerichten zum Schutz ihrer (betroffenen) Interessen gewährt werden.<sup>76</sup> Wenn jedoch der EuGH eine Sicherheitsratsentscheidung auf ihre Wirksamkeit überprüfen würde, da sie möglicherweise gegen eine der grundrechtlichen Gewährleistungen der Rechtsordnung der Europäischen Union verstößt, würde der EuGH dann das kollektive System zur Förderung des internationalen Friedens und der Sicherheit unterwandern? Oder würde er eine solche rechtliche Überprüfung aus legitimen Gründen durchführen, in dem Sinne, dass den Individuen innerhalb seiner Rechtsprechungsgewalt die Möglichkeit gewährt werden muss, Entscheidungen anzufechten, die ihre Grundrechte unmittelbar berühren? In diesem Kontext wurde vertreten, dass eine solche Antwort legitim wäre, da sie notwendig ist um die „rule of law“ innerhalb der Völkerrechtsordnung selbst zu bewahren, zu der auch die Menschenrechte gehören.<sup>77</sup> Dieser Ansicht zufolge sind die nationalen Gerichte nicht nur die legitimen Instanzen, um Entscheidungen des Sicherheitsrates auf ihre Vereinbarkeit mit Menschenrechten zu überprüfen, sondern sie sind sogar verpflichtet dies zu tun, um die „rule of law“ innerhalb des Systems des Völkerrechts zu bewahren.

Während die kontroversen dogmatischen Debatten zu diesem Thema noch andauern<sup>78</sup>, deuten die wenigen vorliegenden Gerichtsentscheidungen darauf hin, dass sich die nationalen und regionalen Gerichte als legitime Instanz verstehen, um die durch den Sicherheitsrat auferlegten Verpflichtungen einer gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf nationale (und auch supranationale) Menschenrechtsstandards zu unterwerfen. Allerdings ist in Anbetracht der noch geringen Anzahl an Entscheidungen und der geringen Anzahl an Jurisdiktionen, in denen sie gefällt wurden, Vorsicht dabei geboten zu diesem Zeitpunkt schon allgemeine Schlüsse zu ziehen. Es bleibt abzuwarten, ob Gerichte in anderen Jurisdiktionen mit der Zeit dieser Ansicht folgen werden, oder ob sie sich selbst nicht als das adäquate Forum betrachten werden, um Entscheidungen, welche die Einheit des „Kapitel VII Regimes“ nach der Charta der Vereinten Nationen berühren, zu treffen.

---

76 Christina Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions* (Oxford, OUP, 2009), 308-09.

77 Andre Nollkaemper, 'The European Courts and the Security Council: Three Replies' (2009) 20 *European Journal of International Law* 853, 868.

78 Die Debatte dreht sich unter anderem um die Frage, welche Menschenrechte einen integralen Bestandteil der Völkerrechtsordnung darstellen. Vgl. im Allgemeinen De Wet *supra* Fn. 6 51-76; Vgl. auch *ibid* 'Holding the United Nations Security Council Accountable for Human Rights Violations through Domestic and Regional Courts: A Case of 'Be Careful What You Wish For?': in: Jeremy Farrall & Kim Rubenstein (Hrsg.), *Sanctions Accountability and Governance in a Globalised World* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009), 143-168.

## 7. Abschließende Bemerkungen

Im Ergebnis hat die gerichtliche Praxis erwiesen, dass aus der Art und Weise, wie Gerichte Normkonflikte im Völkerrecht lösen, zurzeit kein klares oder konsistentes Muster einer menschenrechtsbasierten Hierarchie im Völkerrecht abgeleitet werden kann. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass Gerichte und andere Streitbeilegungsmechanismen es vorziehen, jede offenkundige Anerkennung eines Normkonflikts im Völkerrecht zu vermeiden. Im Ergebnis vermeiden sie es auch, einen Normkonflikt aufgrund des Paradigmas einer Hierarchie zu lösen, sondern sie verbleiben innerhalb des Paradigmas der systemischen Integration, welches darauf abzielt, die wechselseitige Anpassung widerstreitender Sub-Systeme des Völkerrechts zu maximieren.

In den Fällen, in denen Gerichte Konflikte doch auf Grundlage einer menschenrechtsbasierten Hierarchie lösen, verlassen sie sich auf eine nationale (verfassungsrechtliche) Hierarchie der Normen, die nicht darauf ausgelegt ist, eine hierarchische Stellung der menschenrechtlichen Verpflichtungen innerhalb der Völkerrechtsordnung zu etablieren. Dieses Zutrauen zu den nationalen Menschenrechtsnormen kann nichtsdestotrotz einen Einfluss auf die Effizienz der Völkerrechtsordnung ausüben, namentlich, wo es zu der Nicht-Anwendung von Verpflichtungen durch den Sicherheitsrat führt, welche nach dem VII. Kapitel der Charta der Vereinten Nationen beschlossen wurden. Die dualistische Methode der Konfliktvermeidung mag insofern geeignet sein, die nationalen Rechtsordnungen von den direkten Auswirkungen völkerrechtlicher Verpflichtungen abzuschirmen, doch wird sie nicht notwendigerweise den Einfluss auf die Völkerrechtsordnung durch Entwicklungen auf nationaler Ebene verhindern.

Die am häufigsten angewandte Methode zur Aufrechterhaltung des Paradigmas der systemischen Integration ist das Prinzip der harmonischen Auslegung, welches sich auch in Artikel 31(3)(c) der Wiener Vertragsrechtskonvention widerspiegelt. Einerseits scheint diese Methode einen Beitrag zur Verhinderung oder zumindest erheblichen Reduzierung der fragmentarischen Auswirkung zu leisten, die sich aus der Entwicklung einer zunehmenden Anzahl spezialisierter Regime im Völkerrecht ergeben könnte. Andererseits kann sie jedoch auch dazu führen, dass der Anwendungsbereich der menschenrechtlichen Verpflichtungen bis zu einem Punkt reduziert wird, an dem er nur noch dem Namen nach existiert. Dies schiene dann auch das Schicksal der *ius cogens* Normen zu sein, gerade dann, wenn sie von Streitbeilegungsorganen mit einem „funktionell-menschenrechtlichen Einschlag“ ausgelegt werden. Oftmals werden diese Normen von den Gerichten so eng ausgelegt, dass ihr Mehrwert für die Normkonfliktbeseitigung minimal ist und ihr formal zwingender Charakter zu nichts weiter führt als zu einem bloßen Lippenbekenntnis des Paradigmas einer menschenrechtsbasierten Hierarchie im Völkerrecht.

# Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Erika de Wet, LL.M. (Harvard)

## These 1

Ein Normkonflikt kann im Völkerrecht in einem engen und einem weiten Sinn verstanden werden. Eine enge Definition eines Normkonflikts umfasst die Sachverhalte, in denen die Durchsetzung eines völkerrechtlichen Anspruchs unvermeidbar die Verletzung einer anderen völkerrechtlichen Verpflichtung oder eines Rechts zur Folge hat. Eine weite Definition eines Normkonflikts hingegen umfasst solche Sachverhalte, in denen die Befolgung einer völkerrechtlichen Verpflichtung lediglich eine Beschränkung des Rechtsverhältnisses, bzw. aller in Frage stehenden Rechte und/oder Pflichten bewirkt.

## These 2

In der Praxis der Streitbeilegung konkurriert das Paradigma einer menschenrechtsorientierten Hierarchie mit dem Paradigma der systemischen Integration bezüglich der Auflösung von Normkonflikten.

## These 3

Die Praxis der Streitbeilegung deutet darauf hin, dass Normkonflikte typischerweise zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen auf der einen Seite und anderen Kategorien völkerrechtlicher Verpflichtungen auf der anderen Seite, insbesondere Staatenimmunität, Auslieferung und Refoulement-Verbot, internationaler Friede und Sicherheit, Handel und Investitionsschutz sowie Umweltrecht auftreten.

## These 4

In einem dezentralisierten Völkerrechtssystem ist die Auflösung von völkerrechtlichen Normkonflikten und die Fortentwicklung des Völkerrechts die Aufgabe von sowohl internationalen als auch nicht-internationalen Gerichten und Streitbeilegungsorganen.

## These 5

Die Methodik der Streitbeilegungsorgane zur Auflösung von Normkonflikten ist ausschlaggebend für die Frage, in welchem Umfang die gerichtliche Praxis das Paradigma einer menschenrechtsbasierten Hierarchie, bzw. das Paradigma der systemischen Integration bekräftigt.

## These 6

Dogmatisch betrachtet kann sich die Idee einer hierarchischen Überordnung materieller Natur auf das Konzept der zwingenden Normen im Völkerrecht (das *ius cogens*) stützen.

### **These 7**

Es bleibt umstritten, ob Artikel 103 der Charta der Vereinten Nationen einen (wert-basierten) hierarchisch höherrangigen Status in der Völkerrechtsordnung für sich in Anspruch nimmt, oder eine Konfliktlösungsregel darstellt.

### **These 8**

Die gerichtliche Praxis offenbart, dass die herkömmlichen Konfliktlösungsregeln in Form der *lex specialis* und der *lex posterior* im Falle von Normkonflikten (seien es nun solche im weiten oder im engen Sinn) nur von untergeordneter Bedeutung sind.

### **These 9**

Das wichtigste Prinzip der WVK für die Auflösung der völkerrechtlichen Normkonflikte ist das Prinzip der systemischen Integration (bzw. das Prinzip der Konfliktvermeidung) im Art. 31(1)(c) WVK.

### **These 10**

Streitbeilegungsorgane neigen dazu, Normkonflikte mithilfe der Auslegung zu vermeiden und dadurch auch jede Form der Hierarchie auszuschließen.

### **These 11**

Der Grund der geringen praktischen Bedeutung der besonderen Stellung der zwingenden Normen des Völkerrechts ist der sehr enge Anwendungsbereich, den die Streitbeilegungsorgane ihnen einräumen. Im Ergebnis bewirken die Streitbeilegungsorgane dadurch die Vermeidung von Normkonflikten im Ganzen.

### **These 12**

Zusätzlich zu den Methoden der Auslegung nehmen die Gerichte auch Rückgriff auf rein formale Methoden der Konfliktvermeidung. Beispiele sind unter anderem die Trennung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, wie sie im Hinblick auf das Recht der Staatenimmunität angewendet wird; oder das formale Argument des Dualismus, wie es im *Kadi*-Urteil des EuGH angewendet wurde.

## Summary

*Paradigms in international practice: norm hierarchy versus systemic integration*

*by Prof. Erika de Wet, LL.M. (Harvard)*

### **These 1**

A norm conflict in international law can be understood in a narrow or a broad sense. A narrow definition of norm conflict describes those situations where giving effect to one international obligation unavoidably leads to the breach of another obligation or right. A broad definition of norm conflict refers to situations where compliance with an obligation under international law does not necessarily lead to a breach of another norm but rather to its limitation, or even a limitation of all the rights and/or obligations at stake.

### **These 2**

Judicial practice indicates that the paradigm of a human rights based hierarchy competes with the paradigm of systemic integration as a technique for conflict resolution.

### **These 3**

Judicial practice indicates that norm conflicts tend to arise between human rights obligations and certain other categories of international obligations, particularly immunities; extradition and refoulement; collective security; trade and investment; and environmental law.

### **These 4**

In a decentralized international legal order the resolution of norm conflicts and the development of international law is the responsibility of international as well as regional and domestic judicial bodies.

### **These 5**

The methodology of judicial bodies for resolving norm conflicts is decisive for the question whether and to what extent judicial practice favours the paradigm of a human rights hierarchy or, instead, the paradigm of systemic integration.

### **These 6**

Doctrinally the notion of a human rights based hierarchy in international law finds support in the concept of peremptory norms (*jus cogens*).

### **These 7**

It remains controversial whether Article 103 of the United Nations Charter constitutes a manifestation of a (value based) hierarchically superior norm in international law, or of a conflict rule.

**These 8**

Judicial practice reveals that traditional conflict rules such as *lex specialis* and *lex posterior* play a very limited role in the resolution of norm conflicts (regardless of whether it concerns a broad or narrow norm conflict).

**These 9**

The most important principle in the VCLT of 1969 for the resolution of norm conflicts in international law, is the principle of systemic integration (i.e. the principle of conflict avoidance) in Art. 31(1) (c) VCLT.

**These 10**

Judicial bodies have a tendency to avoid norm conflicts through harmonious interpretation and, as a result, prevent any type of norm hierarchy.

**These 11**

The reason for the virtual practical irrelevance of peremptory norms in relation to norm conflict resolution, is the very narrow scope attributed to such norms by judicial bodies. As a result, norm conflicts are completely avoided.

**These 12**

In addition to methods of interpretation, judicial bodies rely on formalist arguments to effect conflict avoidance. Examples include the division between substantive and procedural law (as applied to the law of state immunities); or the formalist argument of dualism, as relied on in the *Kadi*-decision of the ECJ.





# Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht

*Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard)*

- A. Problemstellung, Begriffe und Methode
- B. Die Rollen des Völkerrechtsdenkers
  - I. Forscher
  - II. Lehrer
- C. Die Rollen des Völkerrechtspraktikers
  - I. Vielfalt der Rollen: In der Rechtssetzung, Rechtsanwendung und -durchsetzung
  - II. Die Völkerrechtsberater und Gutachter
    - 1. Die Regierungsberater: Zwischen Technizität und Verbrämung
    - 2. Berater und Rechtsvertreter vor Gericht
  - III. Die Richter
- D. Gemeinsame Züge (und gemeinsame Probleme) beider Rollen
  - I. Beruf und Berufung
    - 1. Mitgestaltung und Anerkennung
    - 2. Für Gemeinwohl und Gerechtigkeit
    - 3. Kritik
      - a) Sentimentaler Humanismus?
      - b) Technizismus und Zynismus?
    - 4. Fazit
  - II. Völkerrechtsentwicklung durch Richter und Rechtsdenker
    - 1. Richter als Rechtsentwickler
    - 2. Rechtsdenker, insbesondere in wissenschaftlichen Vereinigungen, als Rechtsentwickler
      - a) IDI und ILA als wissenschaftliche, völkerrechtsentwickelnde Institutionen
      - b) Die ILC als hybride, völkerrechtsentwickelnde Institution
    - 3. Zwischenfazit
  - III. Völkerrechtsdenker, Praktiker und Politik
    - 1. Der politische Völkerrechtspraktiker
    - 2. Der politische Völkerrechtsdenker
    - 3. „Speaking law to power“
      - a) als Rolle der Regierungsberater
      - b) Moralische Pflicht zum Rücktritt?
    - 4. Fazit
- E. Die Unterschiede zwischen den Rollen
  - I. Der Weg, der Stil und das Geschlecht
    - 1. Ergebnisorientierung versus Ergebnisoffenheit und Innovation
    - 2. Pragmatismus versus Systematik
    - 3. Parteilichkeit versus Neutralität?
    - 4. Diplomatie versus Juristerei?
    - 5. Standardisierung versus Individualität

---

\* Für konstruktive Kritik an Vorversionen dieses Beitrages danke ich *Jost Delbrück, Jörg Paul Müller, Simone Peter, Thore Neumann* und *Heiner Schwenke*.

- II. Erfolg und seine Messbarkeit
  - 1. Erfolg des Praktikers
  - 2. Erfolg des Rechtsdenkers
    - a) Zieldefinition
    - b) Zitierungen als Maßstab des Erfolges
  - 3. Zwischenfazit
- III. Autorität, Accountability und akademische Freiheit
  - 1. Autorität zur Mitwirkung an der Rechtserzeugung
  - 2. Rechenschaftspflichtigkeit (*accountability*) im Principal-Agent-Verhältnis
  - 3. Akademische Freiheit im Gegensatz zum Befassungszwang
- F. Beziehungen zwischen den Systemen „Praxis“ und „Reflexion“
  - I. Praxis im Dienste der Reflexion
  - II. Reflexion im Dienste der Praxis: Plädoyer für eine relative Emanzipation
    - 1. Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als angewandte, sondern auch als Grundlagenforschung
    - 2. Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als Dogmatik
      - a) Völkerrechtsdogmatik als Praxisanleitung und ihre Probleme
      - b) Praxisfernere Aufgaben des Völkerrechtsdenkers: Empirie, Rechtstheorie sowie ethische Reflexion
    - 3. Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als positive, sondern auch als normative Analyse
      - a) Positive Analyse: Beschreibung, Erklärung und Prognose der Praxis
      - b) Normative Analyse: Rechtfertigung oder Kritik von Normen und von Praxis
        - aa) Notwendigkeit der normativen Analyse vor allem wegen Eigenarten des Völkerrechts
        - bb) Keine verschleierte Völkerrechtserzeugung durch Rechtsdenker
        - cc) Methodengerechte normative Analyse
- G. Doppelrollenträger
  - I. Synergie-Effekte
    - 1. Bessere Praktiker durch parallele Tätigkeit als Wissenschaftler
    - 2. Bessere Wissenschaftler durch parallele Tätigkeit als Praktiker
  - II. Rollenkonflikte
    - 1. Störungen der Denkerrolle durch praktische Tätigkeit
      - a) Gefährdung der Ergebnisoffenheit, Unvoreingenommenheit, Distanz und Kontrollfähigkeit
      - b) Das Damoklesschwert des Selbstwiderspruchs
    - 2. Störung der Praktikerrolle durch *bias* gegenüber eigener wissenschaftlicher Vorarbeit
    - 3. Rollenkonflikte des Richters
      - a) Nebenrollen, Vorrolle und spätere Rollen
      - b) Befangenheit aufgrund von Vor- oder Nebenrollen, insbesondere wegen Publikationen?
    - 4. Abhilfe
      - a) Unvereinbarkeitsvorschriften?
      - b) Transparenz
- H. Fazit und Ausblick
  - I. Praktiker
  - II. „Denker“ (Wissenschaftler)
  - III. Parallelen/Vergleich der Rollen
  - IV. Das Verhältnis zwischen den Rollen/Interaktionen

Ein Völkerrechtsprofessor trat in einem internationalen Schiedsverfahren als *legal counsel* für den Staat X auf. Er vertrat die Meinung, eine bestimmte völkervertragliche Vorschrift sei so und so auszulegen, was sich im konkreten Streitfall zugunsten seines Mandanten auswirke. Der *counsel* der Gegenpartei, Staat Y, ergriff das Wort und wies daraufhin, dass der Professor in einer Veröffentlichung vor einigen Jahren die gegen- teilige Auffassung vertreten habe. Daraufhin antwortete der Professor: „Oh, I can think much better when get paid.“

## A. Problemstellung, Begriffe und Methode

Diese kleine Anekdote verdeutlicht eines der Dilemmata, in die ein Jurist gelangen kann, wenn er zugleich die Rolle des Praktikers und des Wissenschaftlers ausfüllt. Bevor ich auf diese eingehe, einige Worte zu Begrifflichkeit und Methode.

Eine „Rolle“ ist ein „Bündel von Erwartungen, die sich in einer gegebenen Gesellschaft an das Verhalten der Träger von Positionen knüpfen.“<sup>1</sup> Die Rolle bildet somit eine Schnittstelle zwischen Persönlichkeit und Kultur, zwischen dem Individuum und dem Kollektiv.<sup>2</sup> Es geht also nicht primär um einzelne Praktiker und Denker, sondern auch um ihre Umgebung. Diese Umgebung können wir mit Pierre Bourdieu als „Felder“,<sup>3</sup> mit Niklas Luhmann als „Systeme“,<sup>4</sup> oder mit Peter M. Haas als „epistemische Gemeinschaften“ (epistemic communities, EpComs)<sup>5</sup> bezeichnen.

Das Ziel meines Beitrags ist es, die Rollen der Rechtsdenker und der Praktiker zu vergleichen, (Teile B bis E), die wechselseitige Bereicherung und Irritation der beiden Systeme „Praxis“ und „Reflexion“ zu beleuchten (Teil F) und schließlich die spezifische Situation von Doppelrollenträgern zu untersuchen (Teil G).

---

1 Hartmut GRIESE, Rolle, in: Günter Endruweit/Gisela Trommsdorff (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie (Stuttgart: Lucius & Lucius, UTB 2002), S. 458-462. Die gesellschaftliche Rolle hat somit drei Dimensionen: Die Position bzw. den Status des Rollenträgers in der Gesellschaft, seine Verhaltensmuster und den Erwartungskomplex.

2 Alan Paterson, *The Law Lords* (Oxford: Palgrave Macmillan 1982), S. 201.

3 Zum Feld der Wissenschaft Pierre Bourdieu, *The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason*, *Social Science Information* 14 (1975), S. 19-47.

4 Systeme der Völkerrechtspraxis und der Völkerrechtsreflexion im Luhmann'schen Sinne besäßen je ihre eigene Funktionslogik; die Systeme wären strukturell gekoppelt, und sie könnten sich nicht direkt beeinflussen, sondern nur irritieren.

5 Nach Peter M. Haas sind EpComs „Netzwerke wissensbasierter Experten“ „networks of knowledge-based experts“ (*Peter M. Haas*, Introduction: Epistemic Communities and International Policy Co-ordination, *International Organization* 46 (1992), S. 1-35 (S. 2)). Haas definiert: „Eine epistemische Gemeinschaft ist ein Netzwerk von Profis mit anerkannter Expertise und Kompetenz in einem bestimmten Feld oder Sachgebiet.“ *Ibid.*, S. 3 (Übersetzung der Verf.). Die EpCom zeichnet sich aus durch gemeinsame normative Überzeugungen, die eine wertgestützte Begründung der sozialen Handlungen der Gemeinschaftsangehörigen bieten, gemeinsame Kausalvorstellungen, gemeinsame Geltungsvorstellungen, also interne Kriterien für die Ermittlung und Validierung von Wissen, und viertens ein gemeinames politisches Unternehmen (*ibid.*, S. 2). Eine EpCom ist also einerseits nicht bloß eine Interessengruppe und andererseits auch nicht nur eine „scientific community“, sondern liegt dazwischen: Sie ist eine sowohl wissensbasierte als auch interessengeleitete Gruppe. Tatsächlich sprechen die Völkerrechtspraktiker eine „gemeinsame Sprache“. So sagte ein früheres Mitglied des Menschenrechtsausschusses: „Es gibt so cleavages: regionale Herkunft; conservative versus liberal; common law versus kontinentaleuropäisch; Akademiker und Praktiker. ... Davon spielt die geringste Rolle der interregionale Unterschied. Im Menschenrechtsausschuß besitzen die meisten Mitglieder einen juristischen Hintergrund. *Da hat man eine gemeinsame Sprache*“.

Diese Untersuchung hat drei Dimensionen. Erstens ist sie empirisch abgestützt.<sup>6</sup> Ich habe Interviews mit insgesamt 17 praktisch tätigen Völkerrechtlern geführt,<sup>7</sup> die mit drei Ausnahmen auch Völkerrechtsprofessoren sind.<sup>8</sup> Fast alle Befragten sind in den drei Ländern der Gesellschaft für internationales Recht tätig.<sup>9</sup> Neben der empirischen Ermittlung, was Völkerrechtler tatsächlich tun, enthält diese Studie, zweitens, theoretische Reflexionen zu zentralen Kontroversen der idealtypischen Rollenausfüllung, etwa des Richters als Rechtsanwender und/oder Rechtsfortbilder. Drittens gibt sie normative Empfehlungen, wie sich Völkerrechts„denker“ (Wissenschaftler) im Verhältnis zur Rechtspraxis positionieren sollten, und wie Rollenkonflikten begegnet werden sollte.

## B. Die Rollen des Völkerrechtsdenkers

Ein Gegenbegriff zum „Praktiker“ ist der „Denker“ normalerweise nicht. Auch Praktiker denken – wie die Anekdote zeigte, sogar besonders scharf. Der üblichere Gegenbegriff zum Praktiker ist der des Theoretikers.<sup>10</sup> Weil jedoch „Rechtstheorie“ nur eine

---

6 Außer auf die selbst geführten Interviews konnte ich auf die von Antonio Cassese mit fünf namhaften Völkerrechtlern geführten Gespräche, auf die Interviews von Lesley Dingle mit Elihu Lauterpacht, auf Selbstzeugnisse und Biographien von Völkerrechtlern sowie auf vereinzelte soziologische Studien zurückgreifen.

7 Aus dem Komplex der Streitbeilegung und der Compliance-Kontrolle waren es vier Richter internationaler Gerichte (incl. Mitglieder justizieller Organe), sieben Schiedsrichter, drei Mitglieder eines Expertenausschusses (Menschenrechtsausschuss, Sonderausschuss CERD), ein Vorsitzender und Sekretär einer Untersuchungskommission, ein Mediator, sieben Prozessvertreter vor internationalen Gerichten oder Schiedsgerichten. Vier Befragte waren Bedienstete des Außenministeriums, welche die Position des Leiters der Völkerrechtsabteilung oder eine vergleichbare Stellung innehatten. Elf Befragte waren, oft mehrfach, als unabhängige Experten bzw. Gutachter für Staaten, für einzelne Behörden (einschließlich Mitgliedschaft des völkerrechtlichen Beirats des deutschen Auswärtigen Amts) oder für Internationale Organisationen tätig. Aus dem Komplex der Rechtserzeugung bzw. Rechtsvorbereitung sind drei Mitglieder der ILC befragt worden. Aus der Sphäre der internationalen Organisationen wurden befragt: ein angestellter *legal adviser* (der EU und der WTO); ein Sonderberichterstatter für die UN; ein *special representative* des UN-Generalsekretärs. Fast alle Befragten hatten während ihres Berufslebens verschiedene Praktikerrollen inne, deshalb ist die Gesamtzahl der hier genannten Funktionsträger größer als die Zahl der interviewten Personen. Die häufigste Rolle war die des externen, also nicht fest angestellten Gutachters oder Beraters, am zweithäufigsten waren Schiedsrichter und am dritthäufigsten waren Prozessvertreter. Weil die Interviewserie nicht repräsentativ war, ist diese Häufigkeitsaussage nicht signifikant.

8 Die Interviewten waren, in alphabetischer Reihenfolge: Michael Bothe (Interview vom 22. Feb. 2011); Brun-Otto Bryde (1. Dez. 2010); Pierre-Marie Dupuy (31. Jan. 2011); Jochen A. Frowein (11. Dez. 2010); Gerhard Hafner (21. Dez. 2010); Walter Kälin (10. Jan. 2011); Gabrielle Kaufmann-Kohler (14. Dez. 2010); Marcel Kohen (26. Jan. 2011); Jan-Pieter Kuijper (2. Dez. 2010); Jürg Lindenmann (25. Jan. 2011); Nicolas Michel (21. Dez. 2010); Christoph Schreuer (29. Nov. 2010); Bruno Simma (9. Dez. 2010); Christian Tomuschat (29. Nov. 2010); Susanne Wasum-Rainer (17. Dez. 2010); Luzius Wildhaber (8. Dez. 2010); Valentin Zellweger (7. Dez. 2010). Die meisten Interviews fanden telefonisch statt und dauerten zwischen 40 Minuten und drei Stunden. Es waren gelenkte Interviews auf der Basis eines Fragebogens, den ich vorab versandt hatte. Die Interviewsprache war meist deutsch, teilweise englisch und französisch. Die Aussagen der Interviewten verwende ich als anekdotische, nicht systematische Belege für die Richtigkeit meiner Aussagen. Im folgenden Text wird durchgehend die männliche Form verwendet um die Anonymität der befragten Frauen zu wahren.

9 Sechs in Deutschland, acht in der Schweiz, zwei in Österreich. Hinzu kommt ein Niederländer, der Rechtsberater der WTO und später der EU-Kommission war.

10 Bei Aristoteles waren Theorie und Praxis „Lebensformen“. Innerhalb verschiedener akademischer Disziplinen unterscheiden wir ebenfalls, etwa theoretische und praktische Theologie, theoretische und praktische Philosophie, theoretische und praktische Vernunft (vgl. *Günther Bien/Theo Kobusch/Heinz*

Teildisziplin der Völkerrechtswissenschaft darstellt, würde ein Fokus auf „Theoretiker“ zu enge Assoziationen wecken. Es geht in diesem Beitrag allgemeiner um Denken über das Völkerrecht, aus der Beobachter- und der Teilnehmerperspektive, also um Reflektion im Gegensatz zur Aktion. Der Praktiker agiert, der Rechtsdenker reflektiert. Er tut dies als Forscher und als Lehrer.<sup>11</sup>

## I. Forscher

Als Forscher sollten die Völkerrechtsdenker, Angehörige eines universitären Faches, nach allgemeinen, intersubjektiv nachvollziehbaren Erkenntnissen streben. In der Rechtswissenschaft bestehen die Erkenntnisse weniger in „Entdeckungen“,<sup>12</sup> sondern vor allem in Komplexitätsreduktion, der Strukturierung der Materie, der Herstellung von neuen Zusammenhängen und erklärungskräftigen Begriffsprägungen.<sup>13</sup> Ein Beispiel für eine solche Begriffsprägung ist Francis Dengs „responsibility to protect“.<sup>14</sup> In den genannten Leistungen liegt der spezifisch wissenschaftliche Charakter der Befassung mit dem Völkerrecht.

Alle Protagonisten neuer Ansätze oder Paradigmen<sup>15</sup> (vom theologisch fundierten hin zum säkularisierten Naturrecht, zum Rechtspositivismus, zum Rechtsrealismus, zur *New Haven School*, bis hin zu *law and economics*) geißelten das jeweilige Vorgänger-Paradigma als „unwissenschaftlich“, versprachen endlich eine wissenschaftliche Be-

---

*Kleger*, Praxis, praktisch, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 7 (Basel: Schwabe Verlag 1989), Sp. 1277-1307).

- 11 Siehe die Karikaturen von sieben Typen von Rechtswissenschaftlern bei *András Jakab*, *Seven Role Models of Legal Scholars*, *German Law Journal* 12 (2001), S. 757-784: der Orakelwissenschaftler, der Prophet, der bescheidene Gerichtsschreiber, der weise Pragmatiker, der Selbstreflexive und der Medienstar.
- 12 *Heinrich Honsell*, *Recht und Rechtswissenschaft in Österreich*, in: Walter Berka/Gottfried Magerl (Hrsg.), *Wissenschaft in Österreich – Bilanzen und Perspektiven* (Wien: Böhlau Verlag 2006), S. 37-57 (S. 37): „Über Fortschritte in der Jurisprudenz zu berichten, bringt mich in einige Verlegenheit, denn in der Jurisprudenz gibt es weder Entdeckungen noch Erfindungen.“
- 13 *Carl Friedrich von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd I, (Berlin: Veit 1840), S. xxii, betonte, „dass die Masse der hervorgearbeiteten Kenntnisse in Vergleichung mit jenen früheren Zeitpunkten sehr hoch“ stehe. „Gewiß ist nichts löblicher, als der Trieb die Wissenschaft durch neue Entdeckungen zu bereichern“. In der neueren Literatur werden keine sehr hohen Anforderungen an juristische Entdeckungen gestellt. Ein Jurist ist nach Hans Döle ein Entdecker, wenn er „etwas, was gleichsam schon seit geraumer Zeit ‚in der Luft lag‘, mit solcher Kraft der Überzeugung und einer solchen Schärfe der Demonstration ins allgemeine Bewusstsein gehoben, daß von da ab niemand mehr an der Richtigkeit der aufgestellten These zweifeln“ kann (*Hans Döle*, *Juristische Entdeckungen*, in: *Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages*, Bd. 2 (Tübingen: Mohr Siebeck 1959), Teil B, S. B 1 ff., B 3 zur Unterscheidung von Vollmacht und dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis durch Paul Laband). Nach Helmuth Schulze-Fielitz liegt eine rechtswissenschaftliche Entdeckung in der Neukonstruktion dogmatischer Figuren und ihres Anwendungsbereiches, aber auch schon in der Herstellung eines Zusammenhangs, eines Musters zwischen dogmatischen Figuren und Argumenten, so wie man es vorher noch nicht gesehen hat, oder schließlich in einer Begriffsprägung, die ein Phänomen neu und besser erklärt (*Helmuth Schulze-Fielitz*, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), S. 1 ff. (S. 41)).
- 14 *Francis Mading Deng* u.a., *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa* (Washington DC: Brookings Institution Press 1996).
- 15 Siehe für einen Überblick über die völkerrechtswissenschaftlichen Ansätze oder Paradigmen den Schwerpunktteil in *GYIL* 44 (2001), S. 25-201 mit Einführung *Anne Peters*, *There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law*, *GYIL* 44 (2001), S. 25-37. Siehe auch *Steven R. Ratner/Anne-Marie Slaughter* (Hrsg.), *Symposium on Method in International Law*, *AJIL* 93 (1999), S. 291-423.

handlung und Durchdringung der Materie, oft unter Rekurs auf eine neue Hilfsdisziplin (beginnend mit Mechanik, der Mathematik, über Naturwissenschaften, dann Soziologie, Politologie und heute der Ökonomie).<sup>16</sup> Sämtliche historischen Paradigmenwechsel stellten somit Versuche der *Verwissenschaftlichung* der Reflexion über das Völkerrecht dar.

## II. Lehrer

Die meisten der Interviewten nannten allerdings auf meine Frage nach ihrer zentralen Mission als Wissenschaftler nicht den Erkenntnisgewinn. Ihr Ziel ist vielmehr „to motivate younger people“, oder „communiquer ma passion pour le droit international à un certain nombre de jeunes“, oder „die Schaffung von Überzeugungen bei meinen Studenten, dass Völkerrecht etwas wichtiges und schützenswertes und relevantes ist.“<sup>17</sup> Sie definierten sich also primär als Lehrer.<sup>18</sup>

Wenn meine Interviewten eine wissenschaftliche Leistung nannten, auf die sie stolz waren, dann war dies der *general course* in Den Haag, also eine Vorlesung. Bei den Haager Vorlesungen handelt es sich allerdings nicht um Alltagslehre, sondern um hochkarätige forschende Lehre beziehungsweise lehrende Forschung, entsprechend dem Humboldt-schen Ideal.

Eine weitere Aufgabe der Völkerrechtsdenker ist die des Wissenstransfers in die Gesellschaft. Es vermittelt aktuelle Themen über den Hörsaal hinaus, in Allgemeinsprache, nicht Fachsprache, in den allgemeinen Medien, nicht in Fachzeitschriften. Dadurch nimmt der Völkerrechtsdenker seine gesellschaftliche Verantwortung wahr.<sup>19</sup>

---

16 Hierzu im Einzelnen *Anne Peters*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, *ZaöRV* 67 (2007), S. 721-776 (S. 724-730).

17 Die Lehre hilft auch, den Überblick über das gesamte Fach zu behalten, was bei der ausschließlichen Befassung mit konkreten Streitfällen nicht gewährleistet ist. *Eli Lauterpacht*: „My normal practice at that time was to get up at 5 o'clock every morning and work without interruption until 9 o'clock, preparing the lecture. Then I was able to give it at 10 o'clock before I had forgotten everything I had learned in the previous four hours.“ (Conversations with Professor Sir Elihu Lauterpacht, Second Interview: USA (1940-44) and career to 1962, interview of 7th March 2008, Interviewer Lesley Dingle). „I have no doubt in my mind that if one is going to be a capable international lawyer one really has to be a teacher of the subject. It is only by teaching that you really keep up or keep abreast of a whole range of topics embraced within International Law. Otherwise, you become committed to relatively small points that happen to be the subject of litigation.“ Fifth Interview: The Eighties, interview of 28th March 2008.

18 Die Tätigkeit des Lehrers ist „Lehre“ im Sinne der Weitergabe der Forschungsergebnisse an Studierende im Universitätsbetrieb, nicht im Sinne der Ergebnisse der Forschung. In der Allgemein- und der Fachsprache wird „Lehre“ oft im letzteren Sinne verwendet. Damit werden Lehre und Publikationen gleichgesetzt, so auch im Englischen und Französischen („teachings of publicists“; „la doctrine“).

19 Vgl. in diesem Sinne bereits *Walther Schücking*, Nachwort, in: Karl Strupp, *Völkerecht in Lehre und Prüfung*, *Zeitschrift für Völkerrecht* 15 (1931), Ergänzungsheft 2, S. 99-103 (S. 101): „Die Juristen werden den Weltfrieden durch die Fortbildung des Völkerrechts nur schaffen können, wenn ihre Arbeit getragen wird von der öffentlichen Meinung, die wieder zum großen Teil durch die Presse geschaffen wird. Dasjenige, was wir brauchen, ist also die intimste Zusammenarbeit zwischen einer fortschrittlichen Völkerrechtswissenschaft und der Presse aller Länder, bei der die Presse keineswegs nur die untergeordnete Rolle der Popularisierung desjenigen, was die Juristen und Staatsmänner schaffen, zu spielen berufen ist.“ Vgl. auch Interview with Sir Robert Jennings: October 1994, in: *Antonio Cassese*, *Five Masters of International Law*. Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter (Oxford and Portland, Oregon: Hart 2011), S. 136: „I do see an enormous task for international lawyers to popularise and to get our message across. (...) You know, we spend such a lot of time talking to each other but we don't go out and talk to people in other walks of life, or even in related subjects.“

## C. Die Rollen des Völkerrechtspraktikers

### I. Vielfalt der Rollen: In der Rechtssetzung, Rechtsanwendung und -durchsetzung

„Den“ Völkerrechtspraktiker gibt es nicht, sondern eine Vielfalt von Praktikerrollen. Alle Interviewten hatten, meist nacheinander, verschiedene dieser Rollen inne. Beispielsweise waren sie erst Gutachter in Schiedsverfahren und wurden später selbst Schiedsrichter. Ein Befragter drückte es so aus: „Es ergibt sich immer das eine aus dem anderen, das ist ganz selbstverständlich.“

Wir können die Rollen anhand der Funktionen Rechtssetzung,<sup>20</sup> Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung ordnen. Dabei kann die letztere Funktion, die Rechtsdurchsetzung, adversatorisch sein (also in einem Streitfall) oder sie kann die Form der regulären Compliance-Kontrolle annehmen. Völkerrechtspraktiker wirken an allen diesen Funktionen mit. Sie können dies entweder *unmittelbar* rechtsgestaltend oder nur *mittelbar* rechtsgestaltend, als Berater, tun.

Allerdings sind diese drei klassischen Funktionen im Völkerrecht nicht klar auf verschiedene Institutionen verteilt, sondern auf überlappende. Außerdem sind einige Praktikerrollen schwer in die funktionale Dreiteilung einordbar; beispielsweise die des *special rapporteur* oder die eines NGO-Aktivisten mit juristischer Ausbildung.<sup>21</sup>

### II. Die Völkerrechtsberater und Gutachter

#### 1. Die Regierungsberater: zwischen Technizität und Verbrämung

Im Feld der Völkerrechtsanwendung ist die spannungsreichste Rolle<sup>22</sup> die des Rechtsberaters (*legal adviser*) einer Regierung, die oft institutionell im Außenministerium

---

20 Im Feld der völkerrechtlichen Rechtserzeugung sind vor allem die Vertragsunterhändler der Regierungen tätig. Hier werden immer wieder auch Wissenschaftler beigezogen, entweder als Berater oder sogar als Delegationsmitglieder.

21 Hierzu *Michael O. Flaherty/George Ulrich* (Hrsg.), *The Professional Identity of the Human Rights Field Officer* (Farnham: Ashgate 2010).

22 Zu dieser Rolle gibt es viel Literatur: *Richard Bilder*, *The Office of the Legal Advisor: The State Department Lawyer and Foreign Affairs*, *AJIL* 6 (1962), S. 633-684; *Herbert C. L. Merillat* (Hrsg.), *Legal Advisers and Foreign Affairs* (New York: Dobbs Ferry Oceana Publications 1964); *Gerald Fitzmaurice*, *Legal Advisers and Foreign Affairs*, *AJIL* 59 (1965), S. 72-86 (review essay zu Merillat); *Ronald St. Macdonald*, *The Role of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs*, *Collected Courses of the Hague Academy* 156 (1977-III), S. 386-482; Joint Committee of the ASIL and American Branch of the ILA, *The Role of the Legal Adviser of the Department of State: A Report of the Joint Committee Established by the American Society of International Law and the American Branch of the International Law Association* (1990), repr. in *AJIL* 85 (1991), S. 358-373; *United Nations* (Hrsg.), *Collection of Essays of Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (New York: United Nations 1999); Symposium im *Wisconsin International Law Journal* 23 (2005), S. 1-182. Es verwundert nicht, dass die Rolle des *legal adviser* vor allem in den USA auf Interesse stößt, da dieser Staat durch eine Diskrepanz zwischen dem innerstaatlichen demokratischen und rechtstaatlichen System auf der einen Seite und einer Außenpolitik mit punktueller Tendenz zur Missachtung der völkerrechtlichen Legalität gekennzeichnet ist. Dieser Widerspruch macht die Rolle des US-amerikanischen *legal adviser* besonders schillernd.

angesiedelt ist.<sup>23</sup> Diese Rolle wurde von meinen Interviewpartnern beschrieben als „völkerrechtliche Aspekte einzufüttern“ in den politischen Prozess,<sup>24</sup> oder als „kreativ völkerrechtliche Lösungen beziehungsweise Optionen für Probleme vorzuschlagen.“

Die Rolle ist ambivalent. Einerseits muss der *legal adviser* neutrale Information über die Rechtslage geben, andererseits aber gegebenenfalls eine Verteidigungs- oder Rechtfertigungsstrategie für das Außenministerium liefern, also eine Advokatenaufgabe erfüllen.<sup>25</sup> Ein Regierungsberater drückte die Ambivalenz seiner Rolle so aus: Sollte er „Öl oder der Sand im Getriebe sein“? Wollte er „gefallen oder ... wirklich beraten?“

Die Kunst sei es, so ein anderer Befragter „[d’être] respecté en tant que juriste sans être perçu comme un dogmatique ignorant de la réalité.“ Hier bestehe „toujours le danger d’être perçu comme ou bien tellement politique ou bien trop dogmatique.“ Der Rechtsberater läuft also einerseits Gefahr, zu „technisch“ daherkommen, als politikferner Formalist und Problemerzeuger nach dem Motto: „finding a difficulty for every solution“.<sup>26</sup> Andererseits riskiert er, ein Apologet der Außenpolitik seines Staates zu werden, der Aktionen ein Deckmäntelchen der Legalität überhängt.<sup>27</sup> „Es gibt die Situation, von der man weiss, dass die Chefin ganz besondere Erwartungen hat. Wo ist die Grenze zum Gefälligkeitsgutachten?“, sagte ein Regierungsberater.

Der *legal adviser* des Außenministeriums muss also sowohl Technizität bzw. Dogmatismus als auch die Bereitstellung einer Fassade für Völkerrechtsbrüche vermeiden (wobei sich beide Übel nicht gegenseitig ausschließen). Er muss „sicher stellen, dass sich das Rechtmässigkeitsprinzip und Bewahrung der Flexibilität aufeinander abstimmen lassen.“ Hierbei sollte er – und darüber waren sich alle von mir interviewten Berater einig – die Grenze zur klaren Völkerrechtswidrigkeit, wenn eine Aktion „zweifellos mit dem Völkerrecht nicht vereinbar wäre“, nicht übertreten.

---

23 Organisatorisch sind drei Grundtypen zu verzeichnen: Ansiedlung im Außenministerium, bei anderen juristischen Diensten der Regierung, oder eine autonome Position, getrennt vom Außenministerium und dem sonstigen Rechtsdienst der Regierung. Je nach organisatorischer Andockung wird mehr die juristisch-technische oder mehr die politische Seite des Postens des *legal adviser* betont (*Merillat* 1964 (Fn. 22), S. 1 f.). Neben den fest angestellten *legal adviser* ziehen viele Staaten Wissenschaftler als externe Berater und Gutachter bei, entweder in institutionalisierter Form wie im Beirat des deutschen Auswärtigen Amts, dauerhaft individuell als *jurisconsulte* wie in Österreich, oder *ad hoc* mit thematischen Mandaten. Völkerrechtprofessoren verfassen typischerweise zumindest gelegentlich völkerrechtliche Gutachten für Behörden oder Privatpersonen. Das „macht doch eigentlich jeder“, so ein Befragter.

24 Oder: „intégrer les dimensions juridiques dans les processus de décision politique. Contribuer à une véritable culture de l’état de droit, une conception selon laquelle le droit n’est pas une technique, mais une culture.“

25 Ein Berater drückte dies so aus: „Wenn ich ein Gutachten mache, mache ich natürlich advokatorische Arbeit. Meine Arbeit ist eine Arbeit für das Auswärtige Amt.“ Hierzu auch ein früherer US-amerikanischer *legal adviser*: „I mean, you are part of the executive branch, ... You are not independent from the rest of the executive branch. That’s not the role of the government lawyer. You are not an umpire in the game. You are an advocate and an adviser. That doesn’t mean you have to advocate everything your client wants to do, but it does mean that your job is not to just sit there and say, ‘no you can’t do that, you can’t do that, you can’t do that.’ You have clients, and you are there to do what your clients want to do. You are not there to set the policy. You are there to help advise your clients on what they want to do.“ (*John B. Bellinger III*, Interview, *Harvard International Law Journal* – online 52 (2010), S. 32-41 (S. 37)).

26 Zitiert als „background paper“ in *Merillat* 1964 (Fn. 22), S. 19.

27 Thomas Franck hat die Kultur der Rechtsberater sehr kritisch als eine Kultur der Zurückhaltung, der Gefälligkeit und der Komplizenschaft charakterisiert (*Thomas M. Franck*, *An Outsider Looks at the Foreign Office Culture*, *Wisconsin International Law Journal* 23 (2005), S. 1-12). Die Berater liessen sich als juristische Profis kastrieren, um als virile „policy maker“ hervorzutreten. Sie machen also einen Rollenwechsel zum „policy advocate“ durch, für dessen Rolle sie aber nicht ausgebildet seien (*ibid.*, 10).



## 2. Berater und Rechtsvertreter vor Gericht

Des Weiteren waren viele meiner Interviewpartner regelmäßig als Anwälte von Staaten in internationalen Gerichtsverfahren tätig. Ein Aspekt, der sie beschäftigte, ist die Geschlossenheit des „inofficial bar“ des IGH.<sup>28</sup> Der Kreis von Völkerrechtlern, die regelmäßig hier auftreten ist, im Vergleich zu den tausenden von Völkerrechtsprofessoren der Welt, extrem klein. Es sind typischerweise Muttersprachler in den Gerichtssprachen Englisch und Französisch.

Die Erklärung eines meiner Interviewpartner, der selbst bereits vielfach vor dem IGH auftrat: „Even if you are not such a good counsel, you will be asked to be one in another case, because what counts in ICJ cases are the people who already pleaded in other cases, because they think of the experience. I regret that. I think that there should not be always the same names. It is important to have expertise, but you can get that quickly.“<sup>29</sup>

Jedoch regiert hier das Gesetz des Marktes, es gibt keine Zulassung oder sonstige Regulierung der IGH-Anwaltschaft. Die Staaten wählen ihre *counsel* frei aus, und sie sind hier risikoscheu.

## III. Die Richter

Eine neuere soziologische Studie zählte 215 internationale Richter (einschließlich der Mitglieder des WTO Appellate Body und der regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe). Davon tragen 85, also mehr als ein Drittel, einen Professorentitel und sind somit Doppelrollenträger.<sup>30</sup>

Aus Interviews schälte diese Studie drei Charakteristika dieser Gruppe heraus:<sup>31</sup> Erstens bilden die internationalen Richter eine „community of knowledge-based experts“. Sie weisen mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede und eine bemerkenswerte Harmonie auf, beinahe einen „überentwickelten Gemeinschaftssinn“. Sie sind zweitens „reluctant radicals“ als Rechtsausleger. Sie betreten neues Gelände, weil sie sich dazu gezwungen sehen, nicht weil sie es darauf anlegen. Drittens sind sich die internationalen Richter dessen bewusst, dass ihre Institutionen fragil sind, und dass sie deshalb ihren Aktivismus in Grenzen halten müssen, um Legitimität und Akzeptanz zu erhalten.<sup>32</sup>

---

28 „Le conseil devant la Cour de Justice: Ce sont toujours les mêmes. C'est un milieu où il faut des gens de compétence. Ça pouvait être un peu plus ouvert.“

29 Der Äußernde wollte mit dieser Aussage ausdrücklich nicht zitiert werden.

30 *Daniel Terris/Cesare P. Romano/Leigh Swigart*, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases* (Oxford: Oxford University Press 2007), S. 20.

31 *Ibid.*, S. XIX f. Die Interviews wurden in den Jahren 2004-2006 geführt.

32 Dennoch kann ihr Status, die richterliche Unabhängigkeit in Verbindung mit diplomatischen Privilegien dazu führen, dass sie sich selbst für sehr wichtig halten und der Ansicht sind, dass sie enormen Einfluss auf das Weltgeschehen hätten. Ein Angestellter der Kanzlei des Jugoslawientribunals dazu: „Richter neigen dazu kleine Päpste zu spielen“. *Terris/Romano/Swigart* 2007 (Fn. 30), S. 203.

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

### I. Beruf und Berufung

In beiden Rollen ist Völkerrecht sowohl Beruf als auch Berufung; „International Law [as] both work and a hobby“.<sup>33</sup> Befragte sprachen von „Lustprinzip“ und immer wieder vom Interesse, vom „intellectual interest“. „Ich sage Dir ganz ehrlich, man findet die Sachen einfach interessant“.

#### 1. Mitgestaltung und Anerkennung

Die typische Sicht der von mir interviewten Doppelrollenträger war, dass sich ihre persönliche Motivation als Wissenschaftler nicht von derjenigen als Praktiker unterscheidet.<sup>34</sup> Es gehe um Gestaltung, um „Rechtspolitik“,<sup>35</sup> um „Völkerrecht als *das* Vehikel für die *rule of law* in internationalen Beziehungen“,<sup>36</sup> auch in der Rolle als Wissenschaftler weniger um ein schlichtes „akademisches mathematisches Interesse“. „Ich wollte immer auch gesellschaftlich mitgestalten, deshalb bin ich Jurist geworden.“<sup>37</sup>

Die meisten völkerrechtspraktischen Rollen sind interessant, weil sie „glory, attention, and visibility“ bringen, sagte ein Schiedsrichter. Demgegenüber sollte die intrinsische Motivation der Völkerrechtsdenker im Idealfall der Wissensgewinn sein. Damit ist aber, sozialpsychologisch untrennbar verknüpft, auch das extrinsische Interesse, als Urheber dieses Wissensgewinns anerkannt zu werden.<sup>38</sup> Im Ergebnis bilden also Gestaltungswillen und Reputation eine Triebkraft in beiden Rollen.

#### 2. Für Gemeinwohl und Gerechtigkeit

Meinen (leicht ironisch gemeinten) Hinweis auf den Einsatz für die „Gerechtigkeit“ als Triebfeder des Handelns fand einer der 17 Befragten „naiv.“ Viele betonten aber, dass sie „einen Beitrag zum Gemeinwohl“ leisten wollten, „für die Sache“<sup>39</sup> eintreten wollten, dass sie sich „moralisch der Sache gegenüber verpflichtet“ fühlten. „Da ging es nun

---

33 *Eli Lauterpacht*, Conversations with Professor Sir Elihu Lauterpacht, Fourth Interview: The Eighties, interview of 20th March 2008, Interviewer Lesley Dingle.

34 Vgl. auch Louis Henkin: „The primary motivations of my non-scholarly career were the same motivations as for my scholarly activities. I have seen international law not as a study of God-given or even history-given norms, but as a vehicle, perhaps *the* vehicle, for the rule of law in international affairs, for order in international affairs, for peace in international affairs, and for the promotion of individual values, human rights values, in both national and international affairs. I try to concentrate my scholarly work on those themes, and I have concentrated my ‚practical‘, outside work on those themes.“ (Interview with Louis Henkin: February 1995, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 203).

35 „Bei mir ist meistens der Antrieb die Rechtspolitik“.

36 Henkin, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 203, Übersetzung der Verf.

37 Eine andere Motivation für praktische Tätigkeit nannte ein anderer Befragter: Ihn „reizt es, die Fragen, die man sich theoretisch überlegt hat, auch in der Praxis umzusetzen.“

38 *Pierre Bourdieu*, The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason, *Social Science Information* 14 (1975), S. 19-47 (S. 21 f.) zeigt „how artificial and indeed impossible it is to distinguish between intrinsic and extrinsic interest“.

39 In diesem Sinne auch Louis Henkin: „I don’t do any of this for pay, and I am not a practising lawyer in the sense your question might suggest, but I have worked *pro bono* for almost anybody who asked me to, for a cause I believe in. These days that includes mostly human rights work, ...“ (Henkin, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 202).

wirklich darum, rechtliche Kriterien auch in die Praxis umzusetzen, etwas zu tun für die friedliche Zukunft des Landes.“ „Die grösste Befriedigung ist, wenn sich für ganz konkrete Menschen konkret etwas ändert.“<sup>40</sup>

Alle von mir Befragten betonten, dass sie niemals ein Mandat gegen ihre juristischen Überzeugungen annähmen. „I am not a mercenary lawyer ... I must consider the case as just.“ Viele konnten Anfrager nennen, etwa die südafrikanische Apartheidregierung oder die PKK, denen sie ihre Dienste verweigerten. So wurde ein Interviewter immer wieder von der türkischen Regierung gebeten, sie in Straßburg vor dem EGMR zu vertreten. Aber er lehnte das ab. „Ich wollte mich nicht für diese schrecklichen Fälle missbrauchen lassen“.

Im Gegensatz dazu kennt die englische Barristertradition die sogenannte *yellow cab rule*. Diese besagt, dass der Barrister wie ein Taxifahrer jeden Kunden, der ihm winkt, annehmen muss. Der Grundgedanke ist, dass jedermann Anspruch auf Rechtsvertretung vor Gericht hat und dass es die Pflicht des Anwalts ist, für eine faire Anhörung zu sorgen.<sup>41</sup> Im Kreise der Völkerrechtler traten und treten einige Personen häufiger als Rechtsberater der „Schurkenstaaten“ auf. Einer meiner Interviewpartner sagte über einen Kollegen: Er „redete immer von der *yellow cab rule*. Das war dauernd von ihm zu hören, da er immer die Bösen dieser Welt vertrat.“

### 3. Kritik

Die in meinen Interviews vielfach zum Ausdruck gekommene „ethische Grundhaltung“, so ein Befragter, wird heute von zwei gegensätzlichen theoretischen Standpunkten aus angegriffen.<sup>42</sup>

#### a) *Sentimentaler Humanismus?*

Vertreter von *law and economics* kritisieren, dass die traditionelle Völkerrechtswissenschaft auf moralisierenden Annahmen basiere.<sup>43</sup> Von der anderen Seite her brandmarken die *critical legal studies* die Art der Befassung mit dem Völkerrecht, die sie als *main stream* abwerten, als eine Domäne, welche die kritischen oder humanitären Impulse als berufliche Praxis institutionalisiere.<sup>44</sup> Der durchschnittliche Völkerrechtler verfolge auf unrationale und sentimentale Weise ein Programm,<sup>45</sup> und zwar das Programm

---

40 Ein Rechtsberater der EU-Kommission war besonders zufrieden über die von ihm mit verantwortete Anerkennung der unmittelbaren Wirkungen von Entscheidungen der Assoziationsräte (z.B. mit der Türkei), weil „thousands of people could henceforth invoke their rights.“

41 Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 138.

42 Diese Kritik richtet sich an alle mit dem Völkerrecht Befassten. Sie trifft etwas stärker die Rechtspraktiker, aber auch die Rechtsdenker, jedenfalls jene, die (aus Sicht der Kritik) im *main stream* schwimmen.

43 *Jack Goldsmith/Eric E. Posner*, *The Limits of International Law* (Oxford: Oxford University Press 2005), S. 14 f.: „Most scholarship on international law ... written by law professors ... share an assumption that we reject ... the idea that a state is drawn toward compliance with international law because compliance is the morally right or legitimate thing to do.“

44 *David Kennedy*, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* (Princeton: Princeton University Press 2004).

45 *Martti Koskeniemi*, *Between Commitment and Cynism: Outline for a Theory of International Law as Practice*, in: *United Nations* 1999 (Fn. 22), S. 495-523 (S. 500 Fn. 12).

eines verfehlten Objektivismus, Liberalismus und Optimismus.<sup>46</sup> Dieser „kosmopolitische Glaube“ sei eine Ersatzreligion in moderner Zeit.<sup>47</sup> „Wenn dieses Gebiet die Zukunft der Tugend ist, dann kann seine Aufarbeitung nur ein Zeichen der Gnade sein“, schreibt David Kennedy ironisch.<sup>48</sup>

#### b) *Technizismus und Zynismus?*

Andererseits neigen insbesondere die Völkerrechtspraktiker nicht zur Überschätzung der Wirkungsmacht des Völkerrechts. Sie glauben nicht, dass das Völkerrecht ein zentraler Gestaltungsfaktor der internationalen Beziehungen sei: „After a certain threshold in terms of political importance, law remains only one element out of many others“, so ein befragter *counsel*. „Das Völkerrecht ist ein Aspekt unter vielen, den das Auswärtige Amt, wenn es handelt, in Einklang bringen muss mit anderen gleichfalls relevanten Aspekten“, so ein Regierungsberater. „Ich bin auf die lange Frist nicht so optimistisch, was die Bedeutung des Rechts betrifft“, sagte ein Berater eines anderen Außenministeriums.

Die theoretische Kritik mutmaßt, dass die immer wiederkehrende Enttäuschung hochgespannter Erwartungen zu einem übertriebenen Realismus, ja Zynismus führen könne.<sup>49</sup> Dies wurde jedoch in den Interviews nicht spürbar. Zutreffend scheint demgegenüber der Hinweis der *crits*, dass Völkerrechtler ihren persönlichen Ehrgeiz und individuelle Überzeugungen, also eine partikulare Agenda, mit dem Einsatz für das Völkerrecht, für seine Relevanz und seinen Fortschritt, also mit einem universalen Gut, verquicken.<sup>50</sup> Das ist psychologisch verständlich und moralisch unbedenklich.

#### 4. *Fazit*

Trotz ihrer Berufung sind sowohl die Völkerrechtsdenker als auch die Praktiker keine Amateure, sondern Profis. Und als Profis leiden sie jeweils an ihrer *déformation professionnelle*. Diese kann sich in einem *institutional bias* zugunsten der Institution oder der Untergruppe äußern, der die Völkerrechtler jeweils angehören.<sup>51</sup>

Im Ergebnis scheint die Rolle des Völkerrechtlers (insbesondere des Praktikers, aber auch des Denkers) von einer Dialektik zwischen Engagement und Nüchternheit ge-

---

46 „Today, international law remains one of the few bastions of Victorian objectivism, liberalism, and optimism.“ (*Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press 2001, S. 360).

47 *Koskenniemi* 1999 (Fn. 45), S. 497.

48 *David Kennedy, When Renewal Repeats: Thinking against the Box*, *New York University Journal of International Law and Politics* 32 (2000), S. 335 (S. 470).

49 Vgl. *Koskenniemi* 1999 (Fn. 45), S. 496.

50 Vgl. *David Kennedy, The Disciplines of International Law and Policy*, *Leiden Journal of International Law* 12 (1999), S. 9-133 (S. 85): „Part of what it means to be an international lawyer to eschew politics and ideology, to be professional, is precisely to pitch one’s concerns in this general way – to will for the discipline rather than for oneself, to fuse a personal professional destiny to that of the field, to work that the discipline might achieve its aims in the name of human progress, and to experience its success as a personal triumph.“

51 Beispielsweise hat ein jetziger IGH-Richter in seiner Jugend „den IGH nie besonders verehrt. Hab die Urteile kaum studiert, weil mich das nicht interessiert hat. Das hat sich natürlich über die Zeit gewandelt. Ich empfinde die Rolle des IGH jetzt als wichtiger“, so ein Befragter ironisch.

prägt zu sein.<sup>52</sup> Einerseits treibt eine kosmopolitische Grundhaltung die Völkerrechtler zur öffentlichen, aktiven und programmatischen Aktion. Andererseits legt das heimliche Eingeständnis der nur marginalen Rolle des Völkerrechts eine eher passive und reaktive Haltung nahe.<sup>53</sup> Martti Koskenniemi vertrat die Ansicht, dass es keinen Mittelweg gebe. Sich mit Völkerrecht zu befassen heiße, sowohl den einen als auch den anderen Weg zu beschreiten.<sup>54</sup> Demnach spielt der Völkerrechtler stets eine Doppelrolle: die von Dr. Jekyll und Mr. Hyde.<sup>55</sup>

## II. Völkerrechtsentwicklung durch Richter und Rechtsdenker

Eine praktisch und theoretisch heikle Rolle der Richter (also einer spezifischen Praktikergruppe) und der Rechtsdenker ist die Rechtsentwicklung oder -fortbildung. Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut nennt hintereinander die Produkte beider Gruppen, nämlich „richterliche Entscheidungen“ und die „Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“<sup>56</sup> „als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“. In einer restriktiven Interpretation bedeutet dies, dass die Rechtsprechung und die Lehre nie „Rechtsquelle“, sondern nur „Rechtserkenntnisquelle“ sein können.<sup>57</sup> Der Anschein der Parallelität der Problematik trägt jedoch, wie sich zeigen wird.

### 1. Richter als Rechtsentwickler

Internationale Richter fassen ihre Rolle in puncto Völkerrechtssetzung („judicial law-making“ oder „judicial legislation“) unterschiedlich auf. Die Überzeugung, dass internationale Richter *kein* Recht setzen dürfen, wurde klassisch in Richter Gerald Fitzmaurices abweichender Meinung im *Golder*-Fall des EGMR ausgeführt. Fitzmaurice geißelte „trespassing on the area of what may border on judicial legislation.“<sup>58</sup> Seine Begründung lautete, dass internationale Gerichte ihre Autorität von einem völkerrechtlichen Vertrag ableiten und nicht von einem staatlichen Gesetz, und dass sie diesen anders, nämlich deutlich zurückhaltender, auslegen müssten. Ihre Legitimation ist prekär. Ihre Tätigkeit greift tief in die staatliche Souveränität ein. Sie sind mehr noch als staatliche Gerichte auf eine fortdauernde Akzeptanz angewiesen, um nicht ihre

---

52 Vgl. Koskenniemi 1999 (Fn. 45), S. 511.

53 *Ibid.*, S. 496.

54 *Ibid.*

55 Robert Louis Stevenson, *The Strange Case of Dr Jekyll and Mr Hyde* (London: Longmans 1886); Hinweis von Koskenniemi 1999 (Fn. 45), S. 512.

56 Der englische Text lautet: „teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of the rules of law“.

57 Christian Hillgruber, Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtstheorie?, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. 115. Siehe zum problematischen Begriff der Rechtsquelle unten Abschnitt E.III.

58 Sondermeinung von Sir Gerald Fitzmaurice zu EGMR, *Golder v. UK*, Nr. 4451/70 vom 21. Feb. 1975, Rn. 2: „... the point here being, not whether the Convention ought to provide for such a right, but whether it actually does. This is something that affects the whole question of what is legitimate by way of the interpretation of an international treaty while keeping within the confines of a genuinely interpretative process, and not trespassing on the area of what may border on judicial legislation.“

Institution zu gefährden.<sup>59</sup> Das Rollenverständnis von Fitzmaurice war möglicherweise dadurch geprägt, dass er, wie es Robert Jennings ausdrückte, „pure Foreign Office“<sup>60</sup> war. Fitzmaurice war von 1929 bis 1960 Völkerrechtsberater des britischen Außenministeriums. Diese Rolle, hinter der seine Einsätze am damals nicht überbeschäftigten EGMR zurücktraten, determinierte Fitzmaurices Verständnis von der Aufgabe des internationalen Richters als nachgiebig gegenüber dem historischen Regierungskonsens zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Konvention.<sup>61</sup>

Die Gegenposition, klassisch vertreten durch Hersch Lauterpacht, sieht die richterliche Rechtsfortbildung als ein notwendiges Übel an, insbesondere im Völkerrecht wegen des Fehlens eines internationalen „Gesetzgebers“. Der Richterspruch ist – so gesehen – der Beginn eines Rechtsänderungsprozesses.<sup>62</sup> Ein von mir befragter Richter betonte: „Das Völkerrecht ist ohnehin ein offenes System. Das voluntaristische Element für Richter ist nicht zu übersehen.“ Auch in dieser Äußerung erscheint der Vorgang der richterlichen Völkerrechtssetzung als eine (unausweichliche) Tatsache, die in der Eigenart des Rechtsstoffes begründet liegt. Dem scheint das Rollenverständnis der früheren Präsidentin des IGH, Rosalyn Higgins, zu entsprechen.<sup>63</sup> In ihrer Sondermeinung zum *Mauer-Gutachten* 2004 mahnte Higgins „the tradition of using advisory opinions as an opportunity to elaborate and *develop* international law“ an.<sup>64</sup>

---

59 *Ibid.*, Rn. 32: „There is a considerable difference between the case of ‚law-giver’s law‘ edicted in the exercise of sovereign power, and *law based on convention*, itself the outcome of a process of agreement, and limited to what has been agreed, or can properly be assumed to have been agreed. *Far greater interpretational restraint is requisite* in the latter case, in which, accordingly, the convention should not be construed as providing for more than it contains, or than is necessarily to be inferred from what it contains. The whole balance tilts from (in the case of law-giver’s law) the negatively orientated principle of an interpretation that seems reasonable and does not run counter to any definite contra-indication, and an *interpretation that needs to have a positive foundation in the convention that alone represents what the parties have agreed to*, – a positive foundation either in the actual terms of the convention or in inferences necessarily to be drawn from these; – and the word ‚necessarily‘ is the decisive one.“ Rn. 39: „[V]arious factors could justify even a somewhat restrictive interpretation of the Convention but, without going as far as that, they must be said, unquestionably, not only to justify, but *positively to demand, a cautious and conservative interpretation*, particularly as regards any provisions the meaning of which may be uncertain, and where extensive constructions might have the *effect of imposing upon the contracting States obligations they had not really meant to assume*, or would not have understood themselves to be assuming.“ (Hervorhebungen der Verf.).

60 Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 141.

61 „Dynamische Auslegung“ kann einen *backlash* gegen das Gericht, den streitbefangenen Vertrag oder gegen das Völkerrecht insgesamt provozieren. Sie kann dadurch die normative Basis dieser Rechtsordnung gefährden (*Hillgruber* 2008 (Fn. 57), S. 127). Aktueller Widerstand gegen den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof von Seiten des britischen Unterhauses wegen der EGMR-Entscheidungen zum Wahlrecht für Häftlinge (u. a. EGMR, 23. Nov. 2010, *Greens v. VK*, Nr. 60041/08 und 60054/08; hierzu *Martin Alioth*, Das britische Unterhaus trotz dem Straßburger Gericht, *Neue Zürcher Zeitung* vom 11. Feb. 2011) und – weniger bekannt – die scharfe Kritik des Schweizer Bundesgerichts am EGMR wegen einer Entscheidung zur Kostentragungspflicht für eine geschlechtsumwandelnde Operation (EGMR, 8. Jan. 2009, *Schlumpf v. CH*, Nr. 29002/06), BGE 9F\_9/2009 (zur Publikation in BGE vorgehen) vom 15. Sept. 2009) illustrieren diese Gefahr.

62 *Hersch Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: Clarendon 1933), S. 344 f.

63 Hierzu *Buergenthal* 2009 (Fn. 119) *passim*, z. B. S. 711, mit vielen Beispielen.

64 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, separate opinion of Judge Higgins, S. 207 ff., Rn. 23 (Hervorhebung der Verf.). Higgins nahm die Gelegenheit zur Rechtsfortbildung des Weiteren in ihrer Sondermeinung im Fall des internationalen Haftbefehls wahr. Die Mehrheitsmeinung hatte sich sofort dem Problem der Immunität des kongolesischen Außenministers zugewandt und das rechtstechnisch vorgelagerte

Die *Legitimität* dieses Vorgangs ist eine andere Frage. Soziologisch gesehen kann die innere Einstellung der Richter zu dieser Legitimitätsfrage ihre Entscheidungspraxis beeinflussen. Richter, welche die richterliche Rechtssetzung für unzulässig halten, neigen eher dazu, Urteile entgegen ihrer ansonsten geäußerten Wertauffassungen mitzutragen, weil sie dies als Gebot richterlicher Zurückhaltung ansehen.<sup>65</sup>

Aus der rechtstheoretischen Beobachterperspektive heraus könnte das Legitimationsproblem geringer sein als im innerstaatlichen Bereich, weil die „counter-majoritarian difficulty“ der gerichtlichen Überprüfung hier nicht so ausgeprägt ist: Weil die völkerrechtlichen Normen, also Vertrags- und Gewohnheitsrecht, ihrerseits nur sehr schwach und sehr mittelbar demokratisch legitimiert sind, ist die stille Abänderung dieser Normen, die in der richterlichen Rechtsfortbildung liegt, weniger bedenklich als etwa die stille Abänderung eines demokratisch beschlossenen Gesetzes.

Offenes Eingeständnis der Unausweichlichkeit der richterlichen Rechtsentwicklung dürfte der Autorität eines Gerichts zuträglicher sein als ihre Leugnung. Eine solche liegt jedoch in der typischen Strategie von Richtern gegenüber dem Vorwurf des unzulässigen „judicial activism“. Die Strategie ist ein Lippenbekenntnis gegen die Zulässigkeit richterlicher Rechtssetzung, um unter diesem Deckmantel in der Substanz doch Rechtsfortbildung zu betreiben. So verwahrte sich der IGH im *Nuklearwaffen-Fall* gegen den Vorwurf, dass die Erstattung des Gutachtens auf richterliche Rechtssetzung hinauslaufen würde. Zur Aufgabe des Gerichts sagte er: „it states the existing law and does not legislate.“ Dazu gehöre aber, dass er einen „Trend“ feststellen dürfe.<sup>66</sup> Ähnlich nannte ein früheres Mitglied der damaligen Europäischen Menschenrechtskommission als größte Herausforderung „das Ringen um die richtige *Auslegung*“. Der Befragte gab als Beispiel die Durchsetzung der Einsicht, „dass aus Konventionsrechten Verfahrensgrundsätze und Verpflichtungen folgen können“. Ist aber nicht diese Lesart der Konventionsrechte mehr Rechtsentwicklung als Auslegung? Die genannte Einzelfrage bildet geradezu ein Beispiel für die Schwierigkeit oder sogar Unmöglichkeit einer inhaltsbezogenen Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsentwicklung. Diese, im kreativen Charakter jeder Interpretation begründete Unabgrenzbarkeit, ist letztlich normativer Grund für die Zulässigkeit richterlicher Völkerrechtsentwicklung in Form der maßvollen Fortbildung von Vertragsrecht.

---

Problem der universellen Jurisdiktion übersprungen, weil es aufgrund der Zuerkennung der Immunität nicht entscheidungserheblich war. Higgins nutzte den Streitfall, um die Rechtslage zur universellen Jurisdiktion zusammenzufassen und zu strukturieren und schon durch diese Ordnungsleistung, die unweigerlich wertend ist, die Rechtslage fortzubilden (IGH, Fall *des belgischen Haftbefehls (Kongo v. Belgien)*, ICJ Reports [2002], S. 3 ff., joint separate opinion der Richter Higgins u. a.).

65 Vgl. *Paterson* 1982 (Fn. 2), S. 211 mit einem Beispiel aus dem britischen House of Lords.

66 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1996, S. 226 ff., Rn. 18: „It is clear that the Court cannot legislate and, in the circumstances of the present case, it is not called upon to do so. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons. The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present *corpus juris* is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend.“ (Hervorhebungen der Verf.)

## 2. Rechtsdenker, insbesondere in wissenschaftlichen Vereinigungen, als Rechtsentwickler

Ähnlich wie Lauterpacht hatte schon Johann Bluntschli auf die hohe Dynamik der Völkerrechtsentwicklung und den „Mangel gesetzgeberischer Organe“ im Völkerrecht abgestellt. Aus diesem Grund solle, so Bluntschli, die Wissenschaft die jeweils in ihrer Zeit wirksame Rechtsüberzeugung „neu aussprechen und durch diese Aussprache ihr Anerkennung und Geltung verschaffen helfen“.<sup>67</sup> Bluntschli schrieb also der Wissenschaft eine zumindest mittelbar rechtsentwickelnde Aufgabe zu: Durch die Fassung amorpher Praxis und Rechtsüberzeugung in klare Begriffe werde eine Verbalisierungs- und Ordnungsleistung vollbracht, die ihrerseits geeignet sei, den Völkerrechtssatz überhaupt erst greifbar und operational zu machen. Gerade wegen der Abwesenheit einer zentralen Legislative dürften spezifische wissenschaftliche oder quasi-wissenschaftliche Institutionen mit der Formulierung von Normen(-vorschlägen) betraut worden sein.

### a) IDI und ILA als wissenschaftliche, völkerrechtsentwickelnde Institutionen

Das *Institut de droit international* (IDI) ist ausweislich Art. 1 seines Statuts eine „association exclusivement scientifique et sans caractère officiel“. Institutszweck ist, den „Fortschritt des Völkerrechts zu fördern“, indem, unter anderem, allgemeine Prinzipien formuliert und „jeder ernsthafte Kodifikationsversuch“ unterstützt werde.<sup>68</sup> Zu diesem Zweck verabschiedet das Institut zahlreiche Resolutionen als Vorschläge *de lege ferenda*.

Der Auslöser der Gründung des Instituts war eine völkerrechtlich relevante Praxis, der französisch-preußische Krieg von 1870/71.<sup>69</sup> Sein Ziel ist spezifisch die Beeinflussung der Völkerrechtspraxis. Und es wurde für diese praxisrelevante Tätigkeit mit dem

---

67 Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (Nördlingen: Beck 1878), Vorwort, S. IV f.: „Das Recht des natürlichen Wachstums der Völker und Staaten, das Recht der Entwicklung der Menschheit, das Recht des fortschreitenden Lebens muss von der Wissenschaft unzweideutiger und entschiedener als bisher anerkannt und vertreten werden, wenn dieselbe ihre hohe sittliche und geistige Mission erfüllen soll, ihre leuchtende Fackel auf den Wegen der Menschheit voran zu tragen. Die Rechtswissenschaft darf daher meines Erachtens nicht bloss die schon in frühern Zeiten zur Geltung gelangten Rechtssätze protokolliren, sondern soll auch die in der Gegenwart wirksame *Rechtsüberzeugung neu aussprechen und durch diese Aussprache ihr Anerkennung und Geltung verschaffen helfen*. Je empfindlicher der Mangel gesetzgeberischer Organe ist, welche für die Fortbildung des Völkerrechts sorgen, um so weniger darf sich die Wissenschaft dieser Aufgabe entziehen. Freilich muss sie sich auch davor hüten, der Zukunft vorzugreifen. Sie darf nicht unreife Ideen als wirkliche Rechtsätze und selbst dann nicht verkünden, wenn sie ihre Verwirklichung in der Zukunft klar vorhersieht.“ (Hervorhebung der Verf.). Siehe auch *Heinrich B. Oppenheim*, *System des Völkerrechts*. (Stuttgart: von Kröner 1866), S. 6: „Die Wissenschaft allein hat die Aufgabe und die Vollmacht, die Gesetze des Völkerrechts zu codifizieren.“

68 Article premier: „1. L'Institut de Droit international est une association exclusivement scientifique et sans caractère officiel. 2. Il a pour but de *favoriser le progrès du droit international*: a) En travaillant à *formuler les principes généraux* de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé; b) En donnant son concours à toute tentative sérieuse de *codification graduelle et progressive* du droit international; c) En poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes; d) En contribuant, dans les limites de sa compétence, soit au maintien de la paix, soit à l'observation des lois de la guerre; e) En examinant les difficultés qui viendraient à se produire dans l'interprétation ou l'application du droit et en émettant, au besoin, des avis juridiques motivés dans les cas douteux ou controversés; f) En concourant, par des publications, par l'enseignement public et par tous autres moyens, au triomphe des principes de justice et d'humanité qui doivent régir les relations des peuples entre eux.“ (Hervorhebungen der Verf.).

69 Die Gründungskonferenz des IDI fand vom 8.-10. Sept. 1873 in Ghent statt.



höchsten Preis, dem Friedensnobelpreis von 1904, ausgezeichnet.<sup>70</sup> Der Praxisbezug einer laut Statut „*rein wissenschaftlichen*“ Vereinigung könnte kaum eindeutiger sein. Klar ist jedoch, dass die vom IDI produzierten Texte nicht als solches hartes Völkerrecht darstellen.

Die ebenfalls rein private Vereinigung der *International Law Association* (ILA) wurde einen Monat nach dem IDI gegründet. Anders als beim IDI können alle internationalrechtlich interessierten Juristen (Wissenschaftler und Praktiker) Mitglied werden. Aber gleich dem IDI ist das explizite Mandat der ILA ebenfalls das der Rechtsklärung und -entwicklung. Dieses drückt sich am klarsten im ursprünglichen Namen der Vereinigung aus – „The Association for the Reform and Codification of the Law of Nations“ – und findet sich auch nach der Namensänderung von 1895 in der ILA-Verfassung. Tatsächlich haben ILA-Resolutionen, Berichte und andere ihrer Publikationen die Völkerrechtsentwicklung in vielen Teilbereichen beeinflusst.<sup>71</sup>

#### b) Die ILC als hybride, völkerrechtsentwickelnde Institution

Ein weiteres rechtsfeststellendes und rechtsvorbereitendes oder sogar teilweise *de facto* rechtsetzendes Gremium ist die *International Law Commission* (ILC).<sup>72</sup> Ihr Mandat ist „die Förderung der progressiven Entwicklung des internationalen Rechts sowie seiner Kodifikation“.<sup>73</sup> Seine Mitglieder werden nach einem Proporzsystem von den UN-Mitgliedstaaten vorgeschlagen und von der UN-Generalversammlung gewählt. Das Statut trifft keine Aussage zur Unabhängigkeit oder Weisungsgebundenheit der so Gewähl-

---

70 Das Institut wird manchmal als elitär, zu sehr nach innen gewendet und als nicht ausreichend interdisziplinär kritisiert. So von Robert Jennings: „And I get a bit impatient (this is a rather touchy subject), but I get impatient with the *Institut de Droit international* and such organisations. You know, we spend such a lot of time talking to each other but we don't go out and talk to people in other walks of life, or even in related subjects. The *Institut de Droit international* in many ways is a very bad example because they make reports on questions such as maritime boundaries; but they don't think of consulting or associating with their work other experts, such as hydrographers and geographers. I think this is wrong. It is high time the *Institut* realised that there is such a thing as inter-disciplinary study. The way forward is not to be found by confining the *Institut* to an elitist group just of international lawyers. I am all for elites, they are at the core of civilisation; but when one contemplates the *Institut*, one begins to see that those who condemn ‚elitism‘ may sometimes have a point.“ Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 136.

71 *Torsten Stein*, *International Law Association (ILA)*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 10.

72 Diese ist ein Hilfsorgan (*subsidiary organ*) der UN-Generalversammlung. Literatur zur ILC: *Ian Sinclair*, *The International Law Commission* (Cambridge: Grotius Publications 1987); *United Nations* (Hrsg.), *Making Better International Law: The International Law Commission* (New York: United Nations 1998); *Christian Tomuschat*, *The International Law Commission – An Outdated Institution?*, *GYIL* 49 (2006), S. 77-105; *Georg Nolte* (Hrsg.), *Peace through International Law: the Role of the International Law Commission. A Colloquium at the Occasion of its Sixtieth Anniversary* (Heidelberg: Springer 2009).

73 Art. 1 Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in Res. 174 (II) vom 21. Nov. 1947, zuletzt geändert mit Res. 36/39 vom 18. Nov. 1982 („the promotion of the progressive development of international law and its codification“). Hierunter wird nach Art. 15 des Statuts folgendes verstanden: „In the following articles the expression ‚progressive development of international law‘ is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States. 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.“

ten.<sup>74</sup> Die ILC-Praxis geht davon aus, dass die Mitglieder, trotz Zuordnung zu Staaten, in persönlicher Eigenschaft sprechen und keinen Weisungen ihrer Regierung unterliegen.<sup>75</sup> Einzelne Mitglieder scheinen sich jedoch wie Regierungsvertreter zu verhalten.

Die Arbeit der ILC stellt einen Mix aus wissenschaftlichen Studien mit quasi-diplomatischen Konferenzen dar. Ihre Texte müssen einerseits den Stand des Rechts und der Wissenschaft zutreffend wiedergeben, andererseits für eine Staatenmehrheit akzeptabel sein. Dieser Doppelauftrag wird gespiegelt in der gemischt *akademisch-praktischen* Zusammensetzung des Gremiums. Diese Zusammensetzung dürfte ein Erfolgsfaktor dafür sein, dass die ILC über die Jahre hinweg substantiell zur Klärung und Weiterentwicklung des Völkerrechts beigetragen hat.<sup>76</sup> Beide Gruppen ergänzen sich: Während die „politischen“ Mitglieder (die Praktiker) eher geneigt und in der Lage sind, die Reaktion der Generalversammlung und der Staaten zu antizipieren und damit die Machbarkeit der Vorschläge sicherzustellen,<sup>77</sup> können die professoralen Mitglieder (die Akademiker) als Vermittler zwischen oft antagonistischen Regierungspositionen wirken und eine akademische *opinio communis* herausarbeiten.<sup>78</sup>

Der Anteil akademischer Mitglieder ist allerdings im Laufe der Geschichte der ILC kontinuierlich gesunken.<sup>79</sup> Zu Beginn ihrer Tätigkeit waren von 15 Mitgliedern zwei Drittel Professoren. Heute sind von 34 Mitgliedern 12 Professoren, bilden also die Minderheit.<sup>80</sup> Der hohe Praxiseinfluss wird dadurch verstärkt, dass selbst unter den Professoren viele keine reinen Akademiker sind, sondern bedeutende praxisbezogene Ämter innehaben oder hatten, wie Rechtsberater im Außenministerium oder Botschafter. Die genaue Bedeutung des sichtbaren Trends zur Entsendung regierungsnaher Vertreter für (oder gegen) den Erfolg der ILC-Arbeit ist kaum zu beurteilen.

Der formale rechtliche Status der von der ILC produzierten Texte ist nicht der von hartem Völkerrecht. *ILC-Articles* und *Drafts* und sind nicht *per se* eine Rechtsquelle, sondern sind höchstens als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht rechtsverbindlich. Einige der Texte, insbesondere die ILC-Artikel zur Staatenverantwortung, werden jedoch

---

74 Das ILC-Statut legt aber fest, dass nicht zwei Mitglieder dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen dürfen (Art. 2 a Abs. 2), und dass die Mitgliedschaft insgesamt die wichtigsten Rechtssysteme der Welt repräsentieren soll (Art. 8).

75 Vgl. *Tomuschat* 2006 (Fn. 72), S. 80.

76 *Sinclair* 1987 (Fn. 72), S. 116: „[t]he Commission has made a unique and unrivalled contribution to the process of progressive development and codification of international law over the past thirty-five years.“ *United Nations* 1998 (Fn. 72), S. 6: „impressive record, attesting to the substantial contribution which the Commission has made to almost all of the major fields of international law.“

77 *Tomuschat* 2006 (Fn. 72), S. 81.

78 *Georg Nolte*, Introduction, in: *id.* 2009 (Fn. 72), S. 3-4 (S. 4): „The Commission, if it is to work properly, must absorb the insights derived from academic research and commentary. It is this critical perspective which can enable the Commission to find common ground beyond the comparative assessment of the various positions expressed by different states on different questions.“

79 *Stephen M. Schwebel*, The Inter-active Influence of the International Court of Justice and the International Law Commission, in: Calixto A. Barea u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum „In Memoriam“ of Judge José María Ruda* (The Hague: Kluwer 2000), S. 479-505 (S. 505).

80 Die überwiegende Zahl der ILC-Mitglieder waren oder sind Diplomaten (oft Botschafter ihres Landes bei den Vereinten Nationen) oder Ministerialbeamte, vor allem Rechtsberater der Außenministerien, teilweise bekleideten sie selbst Ministerposten. Der sinkende Professorenanteil kann auch mit der Vergrößerung des Gremiums zusammenhängen. Die heute stärker vertretenen Entwicklungsländer nominieren häufiger Praktiker als Wissenschaftler, so die Auskunft eines ILC-Mitglieds.

sehr häufig (auch von der Rechtsprechung) zitiert und vielfach unkritisch als geltendes Recht akzeptiert.<sup>81</sup> Diese Praxis, befördert durch das Doppelmandat der Kompilation und der Fortentwicklung, verschafft auch denjenigen ILC-„Normen“, die über das sicher existierende Völkergewohnheitsrecht hinausgehen, schleichend einen Eigenwert und einen formalen Rechtsquellenstatus. Damit hat die ILC teilweise eine *De facto*-Rechtssetzungsautorität inne.

### 3. Zwischenfazit

Die Formulierung der Vorschrift des damaligen StIGH-Statuts, die jetzt Art. 38 des IGH-Statuts bildet, ist kein Spezifikum des Völkerrechts, sondern eine Manifestation des Zeitgeistes zu Beginn des 20. Jahrhunderts.<sup>82</sup> Der dortige Verweis auf die *Lehrmeinungen* ist von der historischen Rechtsschule und ihrer wohlwollenden Einstellung zum „Juristenrecht“ oder „gelehrten Recht“ inspiriert und Erbe der Gegenbewegung zum aufklärerischen Kodifikationsideal.

Die Formulierung von Normen durch Wissenschaftler ist für junge, noch unentwickelte Rechtsgebiete (im 19. Jahrhundert ein gesamtdeutsches Privatrecht; im 21. Jahrhundert ein europäisches Privatrecht) typisch. Es ist einzusehen, dass eine jegliche neue, rudimentäre und weitgehend unkodifizierte Rechtsordnung der wissenschaftlichen Standardsetzung bedarf. Die Rede von Hugo Grotius als „Vater des Völkerrechts“ drückt diese im wahrsten Sinne des Wortes grundlegende Rolle der Rechtsdenker aus. Mit zunehmender Kodifikation und Konkretisierung der Rechtsordnung muss diese Rolle der Denker zwangsläufig zurücktreten. Wegen der besonderen Schwierigkeiten der bloßen Ermittlung völkerrechtlicher Normen bleibt aber die klärende Rolle der Völkerrechtsdenker zentral. Und weil schon in der Feststellung von Normen eine Systematisierungsleistung liegt, haben die Völkerrechtsdenker eine insofern rechtsentwickelnde Rolle inne. Der langjährige britische *legal adviser* Michael Wood hebt hervor „a broader and important function played by the most eminent of the writers (who were frequently also practitioners), to give shape and order to the disparate strands that make up international law. Even more than in most areas of law, international law owes its framework and often indeed the elucidation of its rules to writers, ... . In that sense they are fundamental to the international legal system.“<sup>83</sup>

Die gemeinsame Nennung der Rechtsprechung und der Lehrmeinungen in Art. 38 IGH-Statut suggeriert allerdings eine Parallelität zwischen beiden Arten der Rechts-

---

81 Kritisch zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Iran-United States Claims Tribunal *David Caron*, The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority, *AJIL* 96 (2002), S. 857-873 (S. 867 f.).

82 Dementsprechend lautet der zeitgenössische Art. 1 des schweizerischen ZGB vom 10. Dez. 1907, in der Fassung vom 1. Jan. 2011: „1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Es folgt dabei bewährter *Lehre* und Überlieferung.“ (Hervorhebung der Verf.).

83 *Michael Wood*, Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press 2011), [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), Rn. 3.

entwicklung, die nur oberflächlich ist. Völkerrechtliche Richter und Schiedsrichter<sup>84</sup> sind zur autoritativen Auslegung und Anwendung des (Völker-)rechts befugt. Fraglich ist lediglich die Legitimation ihrer rechtsfortbildenden Tätigkeit. Demgegenüber sind Wissenschaftler Privatpersonen ohne formales Mandat zur direkten Mitwirkung an der Rechtserzeugung. In der hybriden ILC, in deren Arbeit staatliche Positionen von Anfang an einfließen, ist dieser Gegensatz allerdings verwischt, was wiederum die Autorität ihrer Texte (im Vergleich zum Status reinwissenschaftlicher Texte) tendenziell rechtfertigt. Grundsätzlich ist die Autorität und damit einhergehende *accountability* der Rechtspraktiker und Rechtsdenker gerade *unterschiedlich*, nicht identisch. Dies wird später im Teil E III. zu den Unterschieden zwischen den Rollen aufzugreifen sein.

### III. Völkerrechtsdenker, Praktiker und Politik

Die Frage der Autorisierung zur Rechtserzeugung leitet zunächst über zur Frage, inwiefern die Rollen des Völkerrechtsdenkers und die des Praktikers politische Rollen sind.

#### 1. Der politische Völkerrechtspraktiker

Die Völkerrechtspraktiker nannten mir als größte Herausforderung oft die politischen Implikationen eines Falles. Dies gilt für Vertragsunterhändler,<sup>85</sup> für Schiedsrichter,<sup>86</sup> und für Rechtsvertreter in IGH-Prozessen.<sup>87</sup>

Ferner ist die Rolle des internationalen Richters politisch.<sup>88</sup> Ein Richter des EGMR drückte das so aus: „Beim Gerichtshof empfindest Du mehr, dass Deine Kunden Dich als politisch ansehen. Die Regierungen sagen: Ihr seid ein politisches Gericht. Dann habe ich mich dagegen gewehrt. Aber wir sind tatsächlich politisch, wenn wir Dinge kritisieren, die vielleicht ausdrücklich beschlossen wurden. Insbesondere, wenn Dinge demokratisch beschlossen wurden. ...Die Frage der Politik wird an den Gerichtshof herangetragen, ob man will oder nicht. Meine Antwort ist: Diejenigen, die das sagen, wollen normalerweise sagen, wir seien nicht genügend politisch, weil wir den Vorstellungen der Regierung nicht nachgeben.“<sup>89</sup>

84 Der im Bereich des Privatrechts wichtige Unterschied zwischen *staatlichen* Richtern und *privaten* Schiedsrichtern spielt für das Völkerrecht keine Rolle, da beide Gruppen von Staaten eingesetzt werden.

85 Ein Interviewter: „Es gibt Momente, wo man weiss, dass grösserer politischer Druck auf einem lastet und wo man ganz allein ist.“ Ein anderer Befragter nannte die Schwierigkeiten bei der Einrichtung des Libanontribunals „à cause du défi à la fois juridique et politique.“

86 Schwierig war die Schiedsentscheidung zu Abyei (Sudan), da dies eine „sehr politische Entscheidung war“. Das Bestreben des Schiedsgerichts war, „sicherzustellen, dass die Entscheidung keinen Konflikt provoziert.“

87 Ein befragter IGH-*counsel* zu einem IGH-Verfahren: „we were perfectly aware of the political implications“, „the most powerful states were against us“, „I was aware of the political pressure“.

88 Schon die Wahlen der internationalen Richter sind ein politischer Prozess mit einer intensiven Kampagne. Selbst das wissenschaftliche *œuvre* des Kandidaten kann als politisches Mittel in diesem Wahlkampf eingesetzt werden, etwa indem an alle Delegierten der UN-Generalversammlung vor den IGH-Richter-Wahlen ein Exemplar eines wichtigen Buches zu den Vereinten Nationen kostenlos verteilt wird.

89 Ein anderer Aspekt ist, dass in einem Kollegialgremium (z.B. Gericht) eine „neutrale“ und technische Rechtssprache gesucht wird, um einen Konsens jenseits divergierender politischer Auffassungen zu finden: „Gerade in einem Gerichtshof gibst Du Dir dann auch wieder grosse Mühe, um die Dinge zu entpolitisieren. Zum Teil ist dies nötig um Mehrheiten zu finden, zum Teil ist es der allgemeine Stil, den man hat.“

Schließlich steht der *legal adviser* in direktem Kontakt zu den politischen Institutionen. Willem Riphagen, Rechtsberater der Niederlande von 1954-1984 erläuterte, dass die Ergiebigkeit einer Zusammenarbeit der Völkerrechtsberater und der Politiker von ihrer jeweiligen Sichtweise auf Recht und Politik abhinge: Wenn der Jurist nicht begreift, dass das Recht das Ergebnis eines kontinuierlichen Prozesses der Gestaltung ist, und wenn der Politiker die Politik als von *Ad hoc*-Erwägungen diktiert ansieht und als Ergebnis der unmittelbar involvierten Interessen, dann ist nicht viel Raum für eine fruchtbare Zusammenarbeit. Wenn aber der Politiker auch einen Blick für die allgemeinen, nicht notwendigerweise strikt juristischen Aspekte des Falls hat und wenn der Jurist problem- und lösungsorientiert denkt, dann ist gute Zusammenarbeit möglich.<sup>90</sup>

Ein Völkerrechtsberater eines Außenministeriums sagte mir: „Meine Rolle ist mehr politisch als rechtlich. Ich habe eine dienende Funktion in einer politischen Institution.“ Daraus folgt, wie ein anderer Berater sagte: „As a legal adviser you have to swallow things. That is the prerogative of the political level.“ Ist die Rolle des Rechtsberaters also zwangsläufig die eines Zynikers? Dies hängt nicht zuletzt vom Staat ab, dem der Rechtsberater dient. Wenn seine Regierung prinzipiell völkerrechtstreu ist und selbst für die internationale *rule of law* eintritt, wird der Regierungsberater nicht in die missliche Lage kommen, im Rahmen seines Amtes an einer Verleugnung des Völkerrechts teilhaben zu müssen.

Das Dilemma, eine juristische Begründung entgegen der eigenen Rechtsüberzeugung liefern zu müssen, entsteht nur für den fest angestellten Rechtsberater.<sup>91</sup> Der freiberufliche Praktiker, also der Gutachter oder *counsel*, kann einem solchen Konflikt leicht entgehen, indem er den Auftrag, eventuell nach einer Vorprüfung, ablehnt.<sup>92</sup> Und für den Akademiker, der reden und schweigen kann wozu er will, entsteht dieses Dilemma gar nicht – wenn in seinem Land akademische Freiheit herrscht.

## 2. *Der politische Völkerrechtsdenker*

Idealtypisch unterscheidet sich die Rolle des Völkerrechtsdenkers von der des Politikers:<sup>93</sup> Der Politiker entscheidet – der Denker entscheidet nichts. Der Politiker hat ein Ziel vor Augen – der Denker geht ergebnisoffen vor. Der Politiker appelliert an das Gefühl – der Denker appelliert an den Verstand.

---

90 Zitiert in *Merillat* 1964 (Fn. 22), S. 19.

91 „Every Legal Adviser essentially has to play the hand that is dealt to him. You don't really get to pick and choose that much because you are the lawyer to the Secretary of State and for the rest of the administration.“ *Bellinger* 2010 (Fn. 25), S. 36.

92 Nur wenn der Gutachter den Auftrag nicht ablehnt, resultiert daraus ein „Spagat“. Das Problem ist dann „die richtige Mittellinie zu treffen zwischen dem, was der Klient will und dem, was ich persönlich für richtig halte. Denn wenn man von jemandem bezahlt wird, will man dem ja nicht schaden oder etwas liefern, womit der nichts anfangen kann. Andererseits will ich auch nichts sagen wovon ich nicht überzeugt bin. Das ist der Spagat.“ so ein freiberuflicher *counsel*.

93 Hierzu *Lorenz Engi*, Wissenschaft und Werturteil – Wissenschaft und Politik, *Ancilla iuris* 4 (2009), S. 25-33 (S. 29-31).

Dennoch ist auch die Rolle des Völkerrechtsdenkers eine politische. Erstens, weil der Denker über politisches Recht reflektiert.<sup>94</sup> Das Völkerrecht ist politisch,<sup>95</sup> nicht nur weil es teilweise ein „Recht der Machtverschleierung“ ist, wie Georg Schwarzenberger formulierte,<sup>96</sup> sondern auch weil es (politische) Werte transportiert. Die angebliche Technizität und Neutralität des Völkerrechts ist längst, etwa von der *New Haven School*<sup>97</sup> und später unter anderen theoretischen Vorzeichen vom Poststrukturalismus als Chimäre entlarvt worden.<sup>98</sup>

Die Rolle des Völkerrechtsdenkers ist, zweitens, deshalb politisch, weil seine Wertungen in der Regel politische Implikationen haben. Wertungen sind Bestandteil der wissenschaftlichen Befassung mit dem Völkerrecht. Zwar ging man vor dem Werturteils-<sup>99</sup> und Positivismusstreit<sup>100</sup> davon aus, dass Wissenschaft und Werte trennbar seien. Die Frage war nur, ob der Wissenschaftler auch werten *solle* oder nicht. Seit dem Positivismusstreit wird das Problem umgekehrt aufgefasst: Man stellt schon die Trennbarkeit in Frage. So gesehen ist die Frage nicht, ob der Wissenschaftler werten soll, sondern ob er sich der Wertung überhaupt enthalten kann. Dies wird heute überwiegend verneint. Eine totale Wertfreiheit der Wissenschaft erscheint unmöglich, da jegliches Aussagen und Interpretieren durch Vorverständnisse vorstrukturiert ist (wenn auch nicht alle Erkenntnis zwangsläufig wertgebunden ist). Die Völkerrechtswissenschaft ist lediglich in dem Sinne „wertfrei“, als sie nicht Normen, sondern nur Aussagen über Normen generiert.<sup>101</sup>

---

94 „Ich bin auch als Wissenschaftler politisch, weil ich da bestimmte Sachen ansprechen darf; weil ich über die Amerikaner und das Gewaltverbot schreiben darf, was ich will,“ so ein Richter-Professor.

95 *Carl Bilfinger*, Betrachtungen über politisches Recht: Ein Beitrag zum Völkerrecht, Staatsrecht und Verwaltungsrecht, ZaöRV I/1 (1929), S. 57-76. Siehe ferner *Wilhelm Wengler*, Der Begriff des Politischen im internationalen Recht (Tübingen: J.C.B. Mohr 1956); sowie *Johann Caspar Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. (München: Cotta 1857), Bd. 1, S. 2: „Das Recht verhält sich zur Politik wie die Ordnung zur Freiheit, wie die ruhige Bestimmtheit der Verhältnisse zu der lebendigen Bewegung in denselben, wie der Körper in dem darin wirkenden Geist. Der Staat ist die Verbindung von Politik und Recht [...]“

96 *Georg Schwarzenberger*, Power Politics: A Study of World Society, 3. Aufl. (London: Stevens 1964), insb. S. 199 und 202 f.: „[T]he primary function of law is to assist in maintaining the supremacy of force and the hierarchies established on the basis of power ... power politics in disguise“.

97 Vgl. *Rosalyn Higgins*, Problems and Process: International Law and How We Use it (Oxford: Clarendon 1994), S. vi: „I try to show that there is an unavoidable choice to be made between the perception of international law as a system of neutral rules, and international law as a system of decision-making towards the attainment of certain declared values.“

98 Aus poststrukturalistischer Sicht sind Völkerrechtsnormen sprachlich derart offen, dass sie Spielraum für praktisch beliebige Wertungen lassen. Das Völkerrecht werde dementsprechend von den jeweils Mächtigen zur Durchsetzung der eigenen Interessen unter dem Deckmantel juristischer Argumentation eingesetzt.

99 Siehe für das Postulat der Wertfreiheit der Wissenschaften (einschließlich der Rechtswissenschaften) grundlegend Max Weber. Nach ihm stellt „die Jurisprudenz ... fest, was, nach den Regeln des teils zwingend logisch, teils durch konventionell gegebene Schemata gefundenen juristischen Denkens gilt, also: wenn bestimmte Rechtsregeln und bestimmte Methoden ihrer Deutung als verbindlich anerkannt sind. Ob es Recht geben solle, und ob es gerade diese Regeln aufstellen solle, darauf antwortet sie nicht; sondern sie kann nur angeben: wenn man den Erfolg will, so ist diese Rechtsregel nach den Normen unseres Rechtsdenkens das geeignete Mittel, ihn zu erreichen.“ (*Max Weber*, Wissenschaft als Beruf (München: Duncker & Humblot 1919), S. 23 (Hervorhebung im Original)).

100 Siehe dazu *Heinz Maus/Friedrich Fürstenberg* (Hrsg.), Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (Berlin und Neuwied: Luchterhand 1969).

101 Siehe zur Befugnis der Wissenschaftler zur Rechtssetzung unten Teil E.III.1. Der Völkerrechtswissenschaftler kann für Normen bzw. Werte nur *ex suppositione* argumentieren: wenn Normen A und B gelten, dann muss auch Norm C gelten (*Weber* 1919 (Fn. 99), S. 26 zur „Unmöglichkeit ‚wissenschaft-

Andererseits ist es nicht der eigentliche Zweck der Wissenschaft, subjektiven Überzeugungen Ausdruck zu geben. Völkerrechtswissenschaftler sollten deshalb einen Mittelweg zwischen dem nicht einlösbaren Postulat der Wertfreiheit und der unbegrenzten Wertung andererseits einschlagen.<sup>102</sup> Wenn diese Wertungen so weit wie möglich reflektiert und offengelegt und wenn Wertungen nicht als Erkenntnisse ausgegeben werden,<sup>103</sup> beschädigen Wertungen nicht die Wissenschaftlichkeit der Reflexion. In diesem Sinne ist jegliche Reflexion unentrinnbar auch politisches Handeln. Martti Koskenniemi formulierte dies an der Eröffnungskonferenz der European Society of International Law in Florenz im Jahr 2004 wie folgt: „The choice is not between law and politics, but between one politics of law, and another. Everything is at stake, but not for everyone. And how to distinguish? Well, in the same way we distinguish between kitsch and non-kitsch“.<sup>104</sup>

### 3. „Speaking law to power“

In diesen Kontext gehört „speaking law to power“. Gemeint ist Klartext reden, wenn eine Politik völkerrechtswidrig ist, im Gegensatz zur „politikimmanenten“ Kritik einer Politik, etwa als *tiers mondiste* oder umweltfeindlich.

#### a) als Rolle der Regierungsberater

Die Rolle des Sprechers obliegt allen Völkerrechtlern, weil der Gegenstand ihrer Tätigkeit, das Völkerrecht, wesensmäßig Macht bändigen soll. Jedoch fällt sie Einigen ganz besonders zu, den Völkerrechtsberatern der Regierungen.

Die immer wiederkehrende Herausforderung für den *legal adviser* ist die „widerspenstige politische Ebene“. Er muss „als Jurist, der den Regeln verpflichtet ist, in einem grundsätzlich eher regelfeindlichen Umfeld arbeiten“.<sup>105</sup> „Jedes Aussenministerium ist von seiner Natur her regelfeindlich .... Da ist der Jurist ein Störfaktor.“

Die eigentliche Kunst ist also, die Einhaltung des Völkerrechts sicherzustellen in Situationen, in denen – wie ein anderer Berater sagte – „die Macht eine Herausforderung der Politik darstellt.“<sup>106</sup> Hierfür benötigt der *legal adviser* „Fingerspitzengefühl“,

---

licher‘ Vertretung von praktischen Stellungnahmen – außer im Falle der Erörterung der Mittel für einen als fest gegebenen vorausgesetzten Zweck.“) Umgekehrt darf die Völkerrechtswissenschaft auch konstruktive Lösungen vorschlagen, selbst wenn diese momentan politisch nicht direkt durchsetzbar erscheinen. Es ist auch nicht „unwissenschaftlich“, wenn ein Wissenschaftler selber politische Ziele formuliert und juristische Mittel vorschlägt, um diese zu erreichen, so lange er nicht vorgibt, dass seine politischen Ziele wissenschaftlich begründet seien.

102 Siehe für diesen „Mittelweg“ Engi 2009 (Fn. 93), der drei Maximen vorschlägt: Wissenschaft soll nicht entscheiden, soll nicht politisieren und soll nicht überreden.

103 Max Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: *id.*, Methodologische Schriften, hrsg. von Johannes Winkelmann (Frankfurt: S. Fischer Verlag 1968), S. 1 (S. 4); Hans Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft (Baden-Baden: Nomos-Verlag 1993), S. 36.

104 Martti Koskenniemi, International Law in Europe: Between Tradition and Renewal, EJIL 16 (2005), S. 113 ff. (S. 123).

105 Die Regelfeindlichkeit charakterisiert nicht nur auf staatliche Behörden. Auch ein ehemaliger Berater der WTO betonte deren regelfeindliches Ambiente: „You really got the impression that people did not care about the legal.“

106 „La question la plus délicate: faire en sorte que le droit soit respecté dans les situations dans lesquelles le pouvoir représente un défi pour le droit.“

„credibilité“ und nicht zuletzt „courage“.<sup>107</sup> Zwar muss der *legal adviser* dem Ministerium, also letztlich Staat und Volk dienen, die Regierung aber unter Umständen auch an Aktionen hindern.<sup>108</sup> Ein *adviser* erklärte mir das so: „Für mich ist es eine Frage der Kommunikation. Wie sag ich’s meinem Kinde, und mein Kind will meine Botschaft nicht immer unbedingt hören.“

Das Nicht-Hören-Wollen ist wichtig. Denn die subtilste Taktik einer Regierung um die Völkerrechtslage zu ignorieren ist, gar nicht erst danach zu fragen. Deshalb, sagte mir ein anderer *adviser*, sei die wichtigste Tugend, Rat zu geben, auch wenn nicht offiziell darum gebeten werde, „to assert your right to give advice also when not asked for.“

„Speaking law to power“ verlangt paradoxerweise gerade, dass der Berater gezielt Fachausdrücke vermeidet. Die Berater enttechnisieren und entwissenschaftlichen ihren Beitrag, um ihn politisch wirksamer zu machen.

#### b) *Moralische Pflicht zum Rücktritt?*

Die Spannung, unter welcher der Rechtsberater steht, kann sich auf die Frage der moralischen Pflicht zum Rücktritt zuspitzen. Das wohl bekannteste historische Beispiel ist der Rücktritt von Professor Jules Basdevant, der von 1930 bis 1941 Rechtsberater des französischen Außenministeriums war. Anlässlich der Genehmigung von Landerlaubnissen für deutsche Flugzeuge durch die französische Kollaborationsregierung in Vichy unter Marschall Philippe Pétain reichte er mit einem Schreiben vom 29. Mai 1941 seinen Rücktritt ein.<sup>109</sup>

Das Beispiel unserer Zeit ist Elizabeth Wilmhurst, die 30 Jahre lang Rechtsberaterin im britischen Foreign and Commonwealth Office war, seit 1997 als *deputy legal officer*. Wilmhurst legte wegen des britischen Einmarschs im Irak am 20. März 2003 ihr Amt

---

107 Diesen Mut besass Gerald Fitzmaurice. Robert Jennings berichtet über „Fitzmaurice and the Suez Canal business when he was the Legal Adviser to the Foreign Office. He had extraordinary courage; he not only insisted on saying that the adventure was unlawful, but I believe in the minutes (the material is in the Public Record Office and can now be consulted) there is a memo he wrote, and he and every legal adviser signed, saying that this was done contrary to their advice.“ „...a question which involves not merely a difference of legal opinion but of fundamental morality. If Fitzmaurice could do that as the Legal Adviser of the Government, splendid. I think it has to be said that it’s a great tribute to a lingering tradition in the British Government and in governmental circles that he was able to do that without very serious repercussions for him, or for the other legal advisers. They all survived, which I think is magnificent. I’m very proud of that.“ (Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 139).

108 So hat Ian Sinclair, *legal adviser* im britischen Foreign Office gesagt: „[Y]ou’ve no idea how I spend my time. I spend so much of my time saying ‚Minister, that is a very good idea but I’m afraid you can’t do it‘.“ Jennings über Ian Sinclair, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 144. Den scheinbaren Widerspruch zwischen Dienen und Verhindern kann man harmonisieren, indem man anerkennt, dass die kurzfristige Verhinderung einer völkerrechtlich problematischen Aktion langfristig im Interesse des Staates liegt, so ein von mir interviewter Völkerrechtsberater.

109 Aus dem Rücktrittsschreiben: „Pour ma part, je place le respect du Droit et le sentiment de l’honneur parmi les forces morales au secours desquelles la France ne devait pas renoncer. ... Dans ces conditions, je ne vois plus comment un juriste pourrait en cette qualité et en toute conscience, en conservant l’autorité qu’on veut bien lui reconnaître et qui’il a maintes fois mise au service du pays, jouer un rôle dans la défense des intérêts de la France“. „[D]épasant les préoccupations propres au juriste“ in Erfüllung einer „devoir de sincérité“, erwähnte er auch den Ausspruch von Hitler von 1934, dass Besiegte, die sich zu demütig unterwarfen, den Sieger nicht besänftigen sondern nur zu neuen Missbräuchen reizen würden. Zitate aus dem Schreiben in *Berlia Georges*, *Le Président Basdevant, Politique étrangère* 33/1 (1968), S. 5-7 sowie in *Charles Chaumont*, Préface, in: *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant* (Paris: Pedone 1960), S. xiii-xix (S. xvi f.).



nieder, nachdem ihr Rechtsrat, dass dieser Einmarsch das Völkerrecht verletzen würde, von der Regierung missachtet wurde.<sup>110</sup> „Wenn es einen Nobelpreis für Rechtsberater gäbe, dann hätte Elizabeth ihn verdient“, sagte einer ihrer Kollegen.

Das Gegenbeispiel zu Wilmschurst ist Friedrich Wilhelm Gaus. Er war 25 Jahre lang Völkerrechtsberater im deutschen Auswärtigen Amt, zunächst in der Weimarer Republik und dann im Dritten Reich. Er hat „immer perfekt funktioniert“, so ein heutiger Rechtsberater. Gaus hat mit seinen völkerrechtlichen Kenntnissen beispielsweise den „Anschluss“ Österreichs, die Einverleibung des Sudetenlands und die Teilung Polens betreut.<sup>111</sup>

Wie suchten Gaus und andere Berater ihren Nicht-Rücktritt vor sich selbst und vor der Öffentlichkeit zu erklären und zu entschuldigen? Das Standardmotiv des Festhaltens am Amt, trotz der damit verbundenen Mitwirkung an der Verbrämung von Unrecht und der Verleugnung des Völkerrechts ist die Bewahrung der eigenen Wirksamkeit. So sagte Hans Corell, der damalige *Under-Secretary-General for Legal Affairs* und *legal counsel* der Vereinten Nationen, im Nachhinein Folgendes zum Irakkrieg von 2003, zu dessen Beginn er wusste, dass sich keine Massenvernichtungswaffen im Irak befanden: „My heart was down. Two countries which I respected had attacked Iraq, in my view, clearly in violation of international law. Should I blurt that out in that situation? No, I could not. I would have destroyed myself as a tool for the Secretary General and for the Council.“<sup>112</sup> Die zugrundeliegende Erwägung ist, dass der *legal adviser* nur von innen heraus Schlimmeres verhindern und dass deshalb sein Verbleib im Amt dem Völkerrecht mehr nütze, als wenn er sich ins Abseits katapultiert.<sup>113</sup> Denn wenn er geht, übernimmt ein anderer den Job.

Dieses Vorbringen ist tendenziell apologetisch und könnte der Kaschierung anderer Motive dienen. Denn es ist keinesfalls ausgeschlossen, dass ein öffentlich begründeter

---

110 Auszüge aus Wilmschursts Rücktrittsschreiben vom 18. März 2003, dessen voller Text erst 2005 veröffentlicht wurde: „I cannot in conscience go along with advice ... nor can I agree with such action in circumstances which are so detrimental to the international legal order and the rule of law.... I leave with very great sadness.“ Die oberste Zuständigkeit für die Völkerrechtsberatung der Minister lag beim Attorney General, damals Peter Goldsmith. Dieser gutachtete, es könne vernünftigerweise vertreten werden, dass die UN SR-Resolution 1441 die Autorisierung der SR-Resolution 678 wieder aufleben lassen könne. In seinem endgültigen Ratschlag vom 17. März 2003 hielt Goldsmith fest, dass die Anwendung militärischer Gewalt gegen den Irak rechtmäßig sei.

111 „Auch nach 1936 beteiligte sich Gaus, solange Diplomatie überhaupt noch gefragt war, an allen größeren Aktivitäten des Auswärtigen Amtes. Sie reichten vom ‚Anschluss‘ Österreichs, der vertraglichen Vorbereitung in München für die Einverleibung des Sudetenlandes und dem ‚Marsch‘ nach Prag bis zum Hitler-Stalin-Pakt. Selbst als offenbar wurde, dass diplomatische Aktivität lediglich unterwürfige Verschleierung für eine Militärstrategie darstellte, die selbst völkerrechtliche Minima nicht zu respektieren bereit war, agierte Gaus an vorderster Stelle im bürokratischen Apparat des Auswärtigen Amtes. Alle ‚Verträge‘ dieser Zeit zur strategischen Absicherung der Nord- und Südostflanke tragen seine Handschrift.“ *Gerhard Stuby*, Vom „Kronjuristen“ zum „Kronzeugen“: Friedrich Wilhelm Gaus: ein Leben im Auswärtigen Amt der Wilhelmstraße (Hamburg: VSA-Verlag 2008), S. 455-469 (S. 458).

112 *Hans Corell*, in: *Ethics, Legitimacy, and Lawyering: How do International Lawyers Speak Truth to Power?* Proceedings of the 101<sup>st</sup> Annual Meeting (2007), S. 325-337 (S. 331). Die Proceedings notieren Applaus für diese Stellungnahme.

113 Ein *legal adviser* hierzu: „But no government official is ever going to agree with all of the policies of their administration, and often one is left strongly disagreeing with certain policies. It may be that one will agree with most policies but will strongly disagree with certain policies. And then one simply has to decide — is it better to stay in and try to change the policy, or is someone else going to do a better job of trying to make that argument? So will the government be better off or worse off if one stays?“ (*Bellinger* 2010 (Fn. 25), S. 37).

Rücktritt die Politik des Staates durch Aktivierung der öffentlichen Meinung beeinflussen kann und dass somit der Rücktritt nicht „vergeblich“ ist. Die wahren Motive des Festhaltens am Amt könnten Angst vor Repression, Angst vor Stellen- und Einflussverlust oder Entscheidungsschwäche und Bequemlichkeit sein. So machte Gaus im Kreuzverhör im Wilhelmstraßenprozess die „Trägheit des Herzens“ geltend.<sup>114</sup>

Die Antwort auf die Frage, wann ein Widerstand von Seiten der Juristen, insbesondere der Völkerrechtsberater moralisch geboten ist, hängt unter anderem davon ab, welche Risiken sie eingehen. Beispielsweise war unter den Nazis die völkerrechtliche Kritik lebensgefährlich. Dennoch verfassten hochrangige Militärpersonen unter Hitler ein Memorandum zu Kriegsgefangenen und wiesen Hitlers Oberbefehlshaber darauf hin, dass völkergewohnheitsrechtliche Standards auch für die Behandlung der sowjetischen Kriegsgefangenen gelten, unabhängig davon, dass die Sowjetunion die damaligen Genfer Konventionen nicht ratifiziert hatte. Dieses Memorandum ist von Admiral Wilhelm Canaris unterzeichnet, der kein Jurist war. Es wird jedoch angenommen, dass es maßgeblich von Helmuth James von Moltke verfasst wurde.<sup>115</sup>

Richard Bilder und Detlev Vagts haben hier den Vergleich zu den US-amerikanischen Autoren der Foltermemos der Bush-Ära von 2002<sup>116</sup> gezogen. Deren Autoren hatten keine schweren Repressalien zu fürchten, hätten sie in ihren Memos der Regierungspolitik widersprochen – im Gegensatz zu den völkerrechtlichen Kritikern der Kriegsgefangenenlager der Nazis, Moltke und Canaris, die bekanntlich später aufgehängt wurden.

#### 4. Fazit

Völkerrechtspraktikern und Völkerrechtsdenkern obliegt die wichtige Aufgabe der juristischen Kritik einer völkerrechtswidrigen Politik. Jedoch werden die Denker als Außenseiter viel weniger von der politischen Ebene gehört. Die akademische Kritik wird nur dann wirksam, wenn sich zahlreiche Stimmen erheben oder wenn eine individuelle herausragende wissenschaftliche Autorität spricht.

---

114 Aus dem Protokoll des Kreuzverhörs: „Wenn ich die Jahre 1938/39 nehme, so waren dies wohl die entscheidendsten, weil damals niemand mehr den Charakter des Nazi-Regimes verkennen konnte und niemand mehr im Zweifel darüber sein konnte, wohin die Reise ging. Ich war damals nahezu 60 Jahre, über 30 Jahre in der Rechtsabteilung tätig, ... war über 15 Jahre Leiter und so war halb unbewußt in mir ein Gefühl entstanden, als ob diese Stellung, die ich innehatte, sozusagen, ihr eigenes Recht in sich hatte und ihre eigene Basis, sie verkörperte im gewissen Sinne meine Lebensarbeit. ... Es macht sich da, wenn ich einen literarischen Ausdruck gebrauchen darf, eine Art Trägheit des Herzens geltend, die einen eben veranlaßt, den nötigen Entschluß nicht zu fassen, sondern sich von der Entwicklung und den Ereignissen tragen und treiben zu lassen.“ (zitiert in *Stuby* 2008 (Fn. 111), S. 459). „Caspar Hauser oder die Trägheit des Herzens“ lautete der Titel eines Bestseller-Romans eines jüdischen Erfolgsschriftstellers der Weimarer Zeit, Jakob Wassermann, der 1934 gestorben war. Wassermann meinte mit „Trägheit des Herzens“ die Neigung des Menschen, sich nur auf sich selbst zu konzentrieren und darüber das Schicksal der Nächsten zu vergessen. Diese qualifizierte der Schriftsteller als eine der sieben Todsünden (*ibid.*).

115 *Richard B. Bilder/Detlev Vagts*, *Speaking Law to Power: Lawyers and Torture*, *AJIL* 98 (2004), S. 689-695, S. 695 mit Fn. 43.

116 Insbesondere das Memorandum des damaligen *Assistant Attorney General* der USA, Jay Bybee, *Standards for the Conduct of Interrogation under 18 USC 2340-2340A*, vom 1. Aug. 2002 (Memorandum an Alberto Gonzales, den damaligen Präsidentenberater). Siehe ferner den Brief des *Deputy Assistant Attorney General*, John Yoo, an Alberto Gonzales sowie das Memorandum von Jay Bybee an John Rizzo (damals *Acting General Counsel* des CIA), beide vom 1. Aug. 2002.

Die Versuchung für alle Völkerrechtler, insbesondere für die *legal adviser* ist, dass sie nur das sagen, was die Mächtigen hören wollen, dass sie sehr leise sprechen, oder dass sie gar nicht sprechen, sondern nur horchen und gehorchen.<sup>117</sup> Ob und wie laut gesprochen wird, hängt von der politischen und rechtlichen Lage des Landes ab. In einem unfreien Land können weder die Rechtspraktiker noch die Rechtsdenker eine völkerrechtswidrige Politik gefahrlos kritisieren.

Im Ergebnis sind *beide* Rollen, die des Praktikers und des Denkers, politisch, nur auf unterschiedliche Art und Weise und in unterschiedlichem Maß. Allerdings ist die Einordnung der Völkerrechtsreflexion als „politisch“ oder „unpolitisch“ eine graduelle. Der Völkerrechtswissenschaftler kann seine Themen und seinen Zugang so wählen, dass ihr politischer Bezug weitgehend unsichtbar ist. Ein „Aufsatz bringt [unter Umständen] auch rechtspolitische Ideen, aber natürlich rein *hypothetisch* rechtspolitisch.“ Ein Befragter gab mir als Beispiel ein Gutachten für die deutsche Bundesregierung über die Problematik der deutschen Ansprüche in Polen. Dies sei „eindeutig politischer als wenn ich *dieselben* Antworten in einem Aufsatz gebe.“ Das „Politischere“ der Tätigkeit des Praktikers hängt also nicht notwendig an der bearbeiteten Thematik, sondern – im Falle identischer Themen – an den Textarten, die der Praktiker produziert und den Rechtswirkungen, die diesen beigemessen werden, kurzum an seiner andersartigen Autorität. Damit gelangen wir zu den Unterschieden zwischen beiden Rollen.

## E. Die Unterschiede zwischen den Rollen

### I. Der Weg, der Stil und das Geschlecht

Bis auf zwei Personen waren alle meine 17 Befragten männlichen Geschlechts. Dieses Zahlenverhältnis entspricht dem auffallenden *gender-gap* zwischen beiden Systemen „Praxis“ und „Reflexion“. Während in der Völkerrechtswissenschaft der Anteil von Forscherinnen und Dozentinnen in den letzten Jahren angestiegen ist, wird die Praxis nach wie vor von Männern dominiert.<sup>118</sup> In der Laudatio für Rosalyn Higgins, eine der wenigen Frauen in der Praktikerwelt, führte Thomas Buergenthal anlässlich des Abschlusses ihrer Präsidentschaft am IGH aus: „She also brought to the Court and to her presidency a human touch, seeing her colleagues not merely as a group of lawyers ..., but also a family that could count on her support in dealing with personal problems.“<sup>119</sup> Indem Buergenthal Higgins' mütterliche Ausstrahlung als hervorstechendstes Merkmal ihrer Amtsführung nannte, drängte er sie in die Frauenrolle. Die geringe Präsenz von Frauen ist ein Indikator dafür, dass die Völkerrechtspraxis in den Kategorien von

---

117 Zum gegenwärtigen Kolumbien schrieb eine kolumbianische Völkerrechtswissenschaftlerin: Die Juristen des „office of Legal Advice spielen eine rein administrative und technische Rolle. Sie setzen das Völkerrecht als notwendiges prozedurales Werkzeug ein, um die aussenpolitischen Aktivitäten des Staates zu legitimieren. Sie sprechen nie zur Macht, sie hören nur zu.“ *Liliana Obregón*, *The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policymaker: A View of International Law from Latin America*, *Wisconsin International Law Journal* 23 (2005), S. 145-172 (S. 165, Übersetzung der Verf.).

118 Ausnahmen sind, neben der IGH-Präsidentin (1995-2008) Rosalyn Higgins zwei Professorinnen, die in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit erfolgreich sind, sowie die im Jahr 2010 ernannten IGH-Richterinnen Joan Donoghue (USA) und Xue Hanquin (China). Auf Nomination von Schweden ist seit 2007 Marie Jacobsson Mitglied der ILC.

119 *Thomas Buergenthal*, Rosalyn Higgins: Judge and President of the International Court of Justice (1995–2009), *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), S. 703-713 (S. 703).

Macht, Prestige und wahrscheinlich auch in finanzieller Hinsicht interessanter ist als die Völkerrechtswissenschaft.

### 1. Ergebnisorientierung versus Ergebnisoffenheit und Innovation

Die Art und Weise der Befassung mit dem Völkerrecht scheint bei Rechtspraktikern und Rechtsdenkern unterschiedlich zu sein. Als Wissenschaftler ist man „natürlich ... offener und muss weniger stark auf Praxistauglichkeit achten. Das ist ja das Schöne, auch das Innovative zu denken.“ Oft wurde die Ziel-, Ergebnis-, Interessen- und Problemlösungsorientierung des Vorgehens der Praktiker hervorgehoben.<sup>120</sup> „Es gibt einen wesentlichen Unterschied, der die praktische Arbeit leichter macht, hier weißt Du was, grob gesprochen, heraus kommen muss.“<sup>121</sup> „Dans la pratique il faut s'orienter ... faire en sorte, autant que possible, que le droit soit partie de la solution plutôt que du problème“.

Der Rechtswissenschaftler könne (und müsse) „offener und abwägender vorgehen“. Der wissenschaftliche ergebnisoffene Zugang setzt eine gewisse Distanz zum Untersuchungsgegenstand voraus: „Obviously, as an academic you have to have (comparatively) greater detachment.“

Ein erfahrener Gutachter, der vor Schiedsgerichten agiert, erläuterte das Vorgehen der Schiedsgerichte wie folgt: Auch diese müssten zielgerichtet das Ergebnis begründen. Wenn sie zu sehr „pro und contra“ argumentieren, dann werde das als Zeichen von Unentschlossenheit gewertet und könnte zu einer widersprüchlichen Begründung führen. Daher würden auch Schiedsgerichte apodiktisch vorgehen und sich auf jene Argumente, die das Ergebnis stützen, konzentrieren.

Eng mit der Problemlösungsorientierung der Praxis zusammen hängt die Einfachheit der Darstellung. So erläuterte ein Richter seine Methode für die Abfassung einer *separate opinion*: „Ich lasse alles beiseite, was nicht zu dem Fall gehört, in einer Weise, wie ich es nicht machen würde in einem Artikel, weil es zu verkürzt wäre für eine wissenschaftliche Darstellung.“ Die Einfachheit und Kürze der Darstellung ist nicht unbedingt leichter zu erzielen als die komplexe und längere wissenschaftliche Darstellung und Lösung der Rechtsfrage.

Mit der Problemlösungsorientierung hängt auch die Bedeutung von Strategie zusammen. Ein *counsel* vor dem IGH richtet sich taktisch an der konkreten Zusammensetzung der Richterbank aus: „When I plead before the ICJ, I must take into account what I think can be accepted by the ICJ as it is now composed.“ Ein Menschenrechtspraktiker betonte die Notwendigkeit eines strategischen Vorgehens: Er mache „erst mal eine Situationsanalyse, wer sind die Akteure, was sind die involvierten Interessen, was sind unnötige Konflikte, die ich vermeiden kann.“ Er beginne „einen Verhandlungsprozess normalerweise nicht mit der juristischen Analyse. Ich weiss, ich muss erst mal eine Basis schaffen, damit die Seiten miteinander sprechen. Etwa in einer humanitären Sprache oder einer sicherheitspolitischen.“

120 Die „Praktikerverolle [ist] von den Interessen her gesehen, die Klienten, und [ich] versuche die zu verbinden mit der Rechtslage. ... als Wissenschaftler [gehe ich] mehr von der Rechtssituation aus.“

121 Ein anderer: „Ich habe mich vor allem darin geändert, dass ich ein unbekümmertes Verhältnis habe zu dogmatischen Fragen; und einmal ganz sicher eine gerechte Lösung in jedem Fall finden will.“

## 2. Pragmatismus versus Systematik

Derselbe Menschenrechtsexperte nannte als sein praktisches Grundprinzip „Do no harm“. Denn „wenn Du etwas Falsches machst, kann das für ganz konkrete Menschen verheerende Folgen haben. Das bedeutet aber auch, dass du Kompromisse eingehst, die du als Wissenschaftler nicht eingehen wirst.“ Entlang dieser Linie berichtete mir ein anderer Prozessvertreter, dass die arabische Liga das Wort „Selbstmordattentäter“ nicht in ihrem Schriftsatz sehen wollte. Er akzeptierte diese aus Sicht seines Klienten politisch korrekte Sprachregelung für die Abfassung des Schriftsatzes, weil die bloße Auslassung keine Falschdarstellung der Völkerrechtslage war.<sup>122</sup> Im Gegensatz dazu sahen meine Interviewpartner als die Leitlinie des Denkers die „intellektuelle Redlichkeit“ und den „rigueur scientifique“ an.

Hier scheint der Gegensatz zwischen pragmatischem (im Doppelsinn von fallbezogen und kompromissbereit) und systematischem Vorgehen auf. Der seinerzeitige IGH-Präsident Sir Arnold McNair erläuterte diesen Gegensatz vor 50 Jahren wie folgt: „The practitioner, either as a counsel or a judge, benefits from the stern necessity of applying the law to the facts of a particular case, while it is the duty of the teacher or the writer to make a synthesis from the decisions, sometimes to detect a thread or principle running through them, and often to indicate the true line of development and the danger of getting onto wrong tracks.“<sup>123</sup> Der Völkerrechtspraktiker muss die Rechtsnormen identifizieren und sie auf den Sachverhalt anwenden. Diese Praxis ist unausweichlich inkohärent, da sie *ad hoc*, das heißt anhand der Einzelfälle entsteht. Jedoch ist Systematik ein zentrales Wesensmerkmal von Recht und auch von Wissenschaft. Es ist deshalb eine Aufgabe des Rechtsdenkers, Systematik zu schaffen.

## 3. Parteilichkeit versus Neutralität?

In Bezug auf manche Praktikerrollen könnte man einen Gegensatz zwischen advokatorischem bzw. parteilichem Vorgehen im Gegensatz zur neutralen und objektiven Wahrheitssuche des Denkers konstruieren. So berichtete mir ein Interviewpartner über Hermann Mosler: „Mosler hat in den Zeiten, als es um die Rechtslage Deutschlands ging, viele Gutachten für das AA gemacht. Aber er hat niemals ein Wort darüber veröffentlicht. Er sagte, dass er in dieser Frage so engagiert war, dass er diese wissenschaftliche Unvoreingenommenheit nicht mehr hatte.“ Heißt das, dass Mosler selbst davon ausging, dass seine Gutachten keine wissenschaftliche Tätigkeit waren, und dass sie keine Unvoreingenommenheit verlangten? Ein *counsel* vor dem IGH bestritt diesen Unterschied: „I do not believe that it is different, it is a matter of perspective. I do not believe when I am counsel I just defend a state and I will do everything, while whereas when I am a scholar, I am ‚objective‘, just looking for the truth. I do more or less the same in both activities. When you are a scholar, you also discuss different positions and take a stance. There is a difference of degrees and approaches but the method is the same.“

---

122 „Das ist ein unterschiedlicher Umgang mit dem Phänomen. Wenn man mit der arabischen Liga redet, dann muss man davon ausgehen, dass gewisse Staaten eine andere Meinung haben, aber das muss man ja nicht sichtbar machen. Dann schreiben wir das nicht.“

123 *Lord Arnold Duncan McNair, The Development of International Justice: Two Lectures Delivered in the Law Centre of New York University (1954)*, in: *id.*, *Selected Papers and Bibliography* (hrsg. von Sir Gerald Fitzmaurice und Robert Y. Jennings) (Leiden: A.W. Sijthoff 1974), S. 242-275 (S. 258).

In ähnlicher Weise relativierte der gegenwärtige *Agent du government Suisse* vor dem EGMR, Frank Schürmann, den vermeintlichen Gegensatz. Er vertritt und verteidigt die Schweiz in Verfahren vor dem EGMR. Aber „Verteidigung um jeden Preis, das wäre nicht meine Sache. ... Das angefochtene Urteil ist ja in aller Regel eine solide Grundlage. Es gibt immer Argumente, die vertretbar sind“, so Schürmann.<sup>124</sup> Unter der hier genannten Prämisse, dass es nicht die einzig richtige (Gerichts-)Entscheidung gibt, sondern eine Bandbreite richtiger Entscheidungen, unterscheiden sich der parteiliche („praktisch-politische“) und der neutrale („akademische“) Ansatz nur in Nuancen, jedoch nicht kategorisch. Die Einebnung des theoretischen Gegensatzes zwischen Parteilichkeit und Objektivität liegt an der Eigenart des Völkerrechtsstoffes selbst.

#### 4. *Diplomatie versus Juristerei?*

Eine weitere Dichotomie, die sich teilweise mit der Polarität von Praktikern und Rechtsdenkern überlappt, ist die vom diplomatischen im Gegensatz zum juristischen Vorgehen,<sup>125</sup> wobei „diplomatisch“ oft mit „politisch“ assoziiert wird. So war nach Aussage eines Unterhändlers die Normierung des Verbrechens der Aggression im Statut des internationalen Strafgerichtshofs im Sommer 2010 in Kampala ein „diplomatic masterpiece and legal nightmare“.

Was ist dabei mit „diplomatisch“ (als Gegenbegriff zu „juristisch“) gemeint? Diplomatisch heißt konsensorientiert, ausgleichend, akzeptanzerheischend, mit einer Präferenz für gütliche Einigung und Paketlösungen. Diplomatisch heißt aber auch einzelfallorientiert und ad hocisch bis hin zu chaotisch. So sagte ein ehemaliger Rechtsberater der WTO: „Amazing what chaos existed. ... That was the absolute diplomatic approach to decision-making.“

Jedoch sind in vielen praktischen Rollen der diplomatische und der juristische Ansatz verknüpft. Ein Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen empfand sich als „Menschenrechtsdiplomate“. Gerald Fitzmaurice nannte den Rechtsberater im Außenministerium einen „lawyer-diplomate“.<sup>126</sup>

#### 5. *Standardisierung versus Individualität*

Jedenfalls teilweise ist das Vorgehen des Völkerrechtspraktikers standardisierter und weniger persönlich als das des Rechtsdenkers. „Die Texte für die Praxis sind standardisierter“. „Le prof doit donner plus de lui même.“ Der persönlichere Charakter des Vorgehens hängt mit der Freiheit der Wahl der Themen, der Bearbeitungsform und des Ergebnisses zusammen, die Wissenschaftler genießen.

Demgegenüber sind etwa die Richter in einem Richterkollegium (und praktisch alle internationalen Gerichte und Schiedsgerichte sind Kollegialgerichte) „Solisten in einem Chor“.<sup>127</sup> Sie müssen ihre Rechtsauffassung immer erst den Richterkollegen in

124 Frank Schürmann, in: Corinne Stöckli, Goliaths netter Vertreter, Plädoyer: Magazin für Recht und Politik 2/2011, S. 20-21 (S. 21).

125 Kritisch zum diplomatischen Ansatz und Erbe der Mitglieder der WTO-Streitbeilegungsorgane Joseph Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement* (Cambridge: Harvard Law School 2000).

126 Fitzmaurice 1965 (Fn. 22), S. 72-86 (S. 80).

127 Terris/Romano/Swigart 2007 (Fn. 30), S. 123. Einer ihrer Interviewpartner bemerkte treffend: „you have first to sell it to your colleagues, because this is a collective decision“.

der Kammer verkaufen. „Als Richter bist Du ein Teil eines Gerichtes und kannst nicht Deinen Individualismus zu weit treiben oder solltest es nicht; wohingegen die Universitäten gedeihen, wenn sie Individualisten haben.“

## II. Erfolg und seine Messbarkeit

Ein zweiter Unterschied zwischen beiden Rollen liegt darin, dass ihre erfolgreiche Ausübung anders aufgefasst und bemessen wird.<sup>128</sup>

### 1. Erfolg des Praktikers

In der Völkerrechtspraxis ist der Erfolg eindeutig: Es ist ein Erfolg für den Vertragsunterhändler, wenn sein Formulierungsvorschlag Eingang in den Vertragstext findet.<sup>129</sup> Es ist ein Erfolg für den Richter, wenn er sich in der Kammer durchsetzt, wenn das Urteil von den Parteien akzeptiert wird und von der höheren Kammer oder dem Annulierungsausschuss nicht umgestoßen wird und wenn es später als Präzedenzfall zitiert wird.

Es ist ein Erfolg für den Rechtsberater, wenn das Gericht in seinem Sinne entscheidet.<sup>130</sup> Ein Befragter, der sehr oft als unabhängiger Gutachter für Parteien in Schiedsverfahren agiert, bezeichnete es als größten praktischen Erfolg „wenn ein Schiedsgericht sich meiner Meinung anschließt.“ Ein *counsel*: „There were impossible cases, where everyone said with regard to a given aspect: ‚we don’t have any chance to win‘. But then we finally won.“

Schließlich wird die Wertschätzung des Praktikers meist eindeutig und unmittelbar in Geld ausgedrückt. Jedoch gilt in Bezug auf die UNO, dass alle Arbeit „mehr oder minder gratis ... und franko“ geleistet wird, „das ist halt nichts Materielles, es geht um die Ehre“, sagte ein UN-Erfahrener.<sup>131</sup> Der Leiter der Untersuchungskommission für Guatemala war 22 Monate lang vor Ort tätig, führte einen Stab von 270 Mitarbeitern und produzierte einen zwölbändigen Bericht, und dies alles, ohne Gehalt zu beziehen. Im Gegenteil, er musste sogar selber Finanzquellen erschließen.

Die Tatsache, dass – außerhalb der UNO – für eine völkerrechtsbezogene Leistung bezahlt wird, kann wiederum den Leugnern entgegengehalten werden. Sie zeigt, dass das Völkerrecht als realitätsprägender Faktor ernst genommen wird. Robert Jennings berichtete „Waldock saying that when a pupil was saying ‚Is there such a thing as interna-

---

128 „Erfolg [in der Wissenschaft] ist schwieriger zu definieren als in der Praxis, denn in der Praxis bist Du auf einen Effekt aus.“

129 So ein Mitglied der deutschen Delegation der Verhandlungen zum ZP I zu den Genfer Abkommen zum humanitären Völkerrecht: Erfolg sei „wenn das, was man vertreten hat, sich ein bisschen im Endergebnis niederschlägt. Und das war eigentlich meistens der Fall. Das lässt sich an Vertragstexten ablesen, das lässt sich auch in Urteilen ablesen.“

130 Siehe für eine Dokumentation des Einflusses eines Rechtsvertreters auf Gerichtsurteile (hier des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtsrelevanten Fragen): *Andreas Fischer-Lescano*, Bundeswehr als globaler Sicherheitsdienstleister? Grenzen der Zustimmungsfähigkeit von bewaffneten Streitkräfteeinsätzen, in: *id./Hans-Peter Gasser/Thilo Marauhn/Natalino Ronzitti* (Hrsg.), *Frieden in Freiheit: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag* (Baden-Baden: Nomos 2008), S. 81-101.

131 Ein anderer Befragter nannte seine ehrenamtliche Tätigkeit für das Rote Kreuz, er habe „viele tausend Stunden pro bono“ juristische Beratung für das IKRK und für nationale Rotkreuzgesellschaften geleistet.

tional law anyway?’, he was tempted (perhaps even succumbed to the temptation once) to say, ‚Well, the so-and-so government is offering to pay me for advice on international law, so I think they must think there is something.‘<sup>132</sup>

## 2. *Erfolg des Rechtsdenkers*

Was aber ist Erfolg für den Rechtsdenker? ‚Diese Frage hat mich in tiefe Ratlosigkeit gestürzt‘. ‚How do you measure success ... ?‘, erwiderten meine Interviewpartner.

### a) *Zieldefinition*

Die Lehrleistung des Völkerrechtsdenkers wird an der Zahl der Absolventen und abgeschlossenen Dissertationen gemessen. Aber schon hier ist der wirkliche Wert der Leistung schwer bewertbar.

Der Erfolg als Forscher ist noch schwerer messbar. Ob ein rechtswissenschaftliches Werk gefällt, hängt von zahlreichen Faktoren ab, über die unter den Bewertern (meist *peers*) keine Einigkeit herrscht. Kriterien können die Anlage einer wissenschaftlichen Publikation, beginnend mit der Themenwahl, über den Zugang (eher dogmatisch oder nicht) bis hin zu Schreibstil und Sprache sein.

Außerdem hängt die Ermittlung von Erfolg zunächst von der Definition des Ziels ab. Ist es das Ziel des Denkers, allgemeine Erkenntnisse zu gewinnen? Oder ist das Ziel des Rechtsdenkers, einen Entscheidungsentwurf oder eine Vertragsvorlage zu liefern – also ein unmittelbar praxisbezogenes Ziel?

Wenn der Rechtsdenker vor allem das zweite Ziel, *Beeinflussung der Rechtspraxis*, verfolgt, geht es ihm letztlich nicht um Erkenntnis, sondern um Anwendung. Wenn dies aber das einzige Ziel der Reflexion im und über das Recht wäre, dann hätte diese Tätigkeit an der Universität nichts mehr zu suchen. Sie wäre keine Wissenschaft, sondern eine Technik, die an juristischen Berufsschulen unterrichtet werden sollte.

### b) *Zitierungen als Maßstab des Erfolges*

Beide – ganz unterschiedlichen – Erfolge des Rechtsdenkers könnten, wenn überhaupt, anhand der Zitierung seiner Texte durch andere Akteure ermessen werden. Wenn das Ziel des Rechtsdenkers die Vorarbeit für die Rechtserzeugung ist, dann ist sein Erfolg daran zu messen, ob seine wissenschaftliche Arbeit in der Rechtsprechung zitiert wird,<sup>133</sup> oder sich im Vertragstext niederschlägt. Betrachtet man die Zitierung von Publikationen durch internationale Gerichte, insbesondere durch den IGH, scheint den Rechtsdenkern ein Erfolg im Sinne einer Beeinflussung der Rechtsprechung nicht be-

132 Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 147.

133 Siehe rechtsvergleichend zum Einfluss der Rechtsdenker („jurists“) auf die Richter in den USA, Frankreich und dem Vereinigten Königreich *Neil Duxbury*, *Jurists and Judges: An Essay on Influence* (Oxford: Hart 2001). Im allgemeinen wird der Einfluss der Wissenschaft auf die Rechtsprechung im VK für speziell gering gehalten, anders als in kontinentaleuropäischen Rechtskulturen. Duxburys empirische Studie relativiert diese allgemeine Annahme ein wenig. Zum geringen Einfluss der völkerrechtswissenschaftlichen Tätigkeit auf die Rechtsberater der Außenministerien *MacDonald* 1977 (Fn. 22), S. 471.



schieden zu sein. Selten verweisen der StIGH und der IGH auf wissenschaftliche Publikationen und wenn, dann praktisch nie mit Namensnennung.<sup>134</sup>

Die generelle Nichtnennung von Publikationen durch internationale Gerichte, insbesondere durch den IGH, scheint sinnvoll. Denn jede Zitierung wäre unvermeidlich selektiv und würde in ungerechtfertigter Weise gute und schlechte Noten an Wissenschaftler verteilen. Außerdem würden solche Verweise auf die Literatur bloßlegen, dass nach wie vor die Mehrzahl der wissenschaftlichen Produktionen aus den Ländern des Nordens stammt, dass also die in Art. 38 IGH-Statut angesprochenen „verschiedenen Nationen“ in Wirklichkeit gar nicht so verschieden sind.<sup>135</sup> Und diese Enthüllung würde wiederum die Autorität des Gerichts unterminieren.

Nur die Literatur *über* die Lehrmeinungen im Völkerrecht ist reichhaltig – umgekehrt proportional zu ihrer Heranziehung in internationalen Entscheidungen. Alain Pellet, der als „Doyen der unsichtbaren und inoffiziellen Anwaltskammer des IGH“ gilt,<sup>136</sup> sieht hierin „ein Mittel der Wissenschaftler um Rache zu nehmen: Sie sprechen für sich selbst, wenn die Richter nicht von ihnen sprechen!“<sup>137</sup>

Das Fehlen von Verweisen sagte aber über den Impact der Reflexion auf die Praxis nicht viel aus. Publikationen beeinflussen sicher Gerichtsentscheidungen, allein dadurch, dass Richter zumindest ihre Basisrechtskenntnisse anhand von Publikationen erworben haben. Ein Indiz für den *impact* wissenschaftlicher Publikationen auf Gerichtsurteile im konkreten Fall ist der typischerweise extensive Rekurs auf Literatur in den Sondermeinungen einzelner Richter. Dies zeigt, dass die wissenschaftlichen Publikationen in den Beratungen eine Rolle spielen.<sup>138</sup>

Wenn das Ziel des Rechtsdenkers der Wissensgewinn und (parallel dazu) die Anerkennung der eigenen Person als Urheber ist, könnte die Zielerreichung an der Rezeption seines Werkes durch andere Wissenschaftler gemessen werden. Tatsächlich wird in einigen wissenschaftlichen Disziplinen der wissenschaftliche Impact von Forschern durch die Zählung der Zitierung ihrer Publikationen durch andere Wissenschaftler ermittelt. Menge, Ort und Art der Zitate durch die *Peer*-Konkurrenten sind ein Indikator für den Beitrag eines Denkers zur Wissensakkumulation, jedoch nicht der letztgültige

---

134 StIGH, *The Lotus Case (Frankreich v. Türkei)*, Urteil vom 7. Sept. 1927, PCIJ Ser. A No. 10, 1927, S. 26 erwähnte „teachings of publicists“, aber ließ ausdrücklich dahinstehen „the question as to what their value may be from the point of view of establishing the existence of a rule of customary law.“ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands)*, ICJ Reports 1969, Rn. 55 verweist auf „current legal thinking“; „opinion des juristes“. IGH, Kammer, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case (El Salvador v. Honduras, Nicaragua Intervening)*, ICJ Reports 1992, S. 350 ff., Rn. 394 verweist auf Oppenheim und Gidel. Siehe für weitere Nachweise die genaue Auswertung der Literaturnennungen in Urteilen und Gutachten des StIGH und des IGH aus dem Zeitraum von 1922 bis 1998 in Björn Florian Faulenbach, *Rolle und Bedeutung der Lehre in der Rechtsprechung der Internationalen Gerichtshöfe im zwanzigsten Jahrhundert* (Frankfurt: Peter Lang 2010), mit dem Gesamtergebnis, dass die Bedeutung der Lehre für die Rechtsprechung in quantitativer und qualitativer Hinsicht gestiegen sei.

135 Alain Pellet, Article 38, in: Andreas Zimmermann/Christian Tomuschat/Karin Oellers-Frahm (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press 2006), Rn. 323.

136 Terris/Romano/Swigart 2007 (Fn. 30), S. 118.

137 Pellet 2006 (Fn. 135), Rn. 320 Fn. 867 (Übersetzung der Verf.). Siehe zu Art. 38 lit. d) etwa Emmanuel Roucouas, *Rapport entre „moyens auxiliaires“ de détermination du droit international*, in: Thesaurus Acroasium XIX: Sources of International Law (Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki 1992), S. 257-286.

138 Pellet 2006 (Fn. 135), Rn. 322.

Erfolgsmesser. Eine wissenschaftliche Aussage kann wahr sein, also eine Erkenntnis, auch wenn niemand sie zur Kenntnis nimmt. In vielen Wissenschaftszweigen werden neue Entdeckungen Generationen lang nicht zur Kenntnis genommen und erst später als solche gewürdigt.

Berücksichtigt werden sollte ferner, dass die Zitierpraxis von zahlreichen sachfremden Motiven mitgesteuert wird.<sup>139</sup> Hinzu kommt, dass in der Juristerei die Zitate bisher nicht gezählt und schon gar nicht gewichtet werden. Es existieren weder Zitierlisten noch eine „citation impact factor“-Skala, welche neben der Zitierhäufigkeit auch das Ranking der Journals einbeziehen würde.<sup>140</sup>

### 3. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass wegen der Spannweite der Ziele und der großen Individualität, welche die Ausfüllung der Rolle des Rechtsdenkers zulässt, die Beurteilung der qualitativen Erfüllung der Anforderungen an seine Rolle sehr komplex und kontrovers ist. Es ist schwerer zu beurteilen, wer ein guter Rechtsdenker ist, als festzustellen, wer ein guter Praktiker ist.

Die mangelnde Objektivierbarkeit des Erfolges, und vielleicht der letztlich insgesamt geringe Einfluss der Rechtsdenker auf das Rechtsleben<sup>141</sup> könnte eine Erklärung für die eindeutigen Antworten meiner Interviewpartner auf meine Frage nach Konkurrenzkampf, Neid und Intrigen bieten. Diese sind offenbar an der Uni größer. „University politics are vicious precisely because the stakes are so small“, soll Henry Kissinger gesagt haben.

## III. Autorität, Accountability und akademische Freiheit

### 1. Autorität zur Mitwirkung an der Rechtserzeugung

Der dritte Unterschied zwischen den Rollen betrifft die institutionelle Autorität zur Rechtserzeugung. Unter institutioneller Autorität soll hier die Befugnis (beruhend auf einem formellen oder informellen Rechtstitel oder einer sonstigen *Anerkennung* von

---

139 Sachorientierte Motive der Zitierung sind die Offenlegung der Informationsquelle, damit der Leser die Richtigkeit der Aussage überprüfen kann; Erhöhung der Glaubwürdigkeit der vorgetragenen Ansicht; Demonstration der Einhaltung der Normen gegen Plagiate, Signalisierung gegnerischer Ansichten sowie Abgrenzung der eigenen Ergebnisse von anderen. Zitiert wird jedoch auch aus sachfremden Motiven heraus: um Gelehrsamkeit zu demonstrieren, um Solidarität zu markieren, aus Schmeichelei, als „signalling behaviour“, also zwecks Ermöglichung der Einordnung des Werkes in eine bestimmte Schule. Zitiert wird, um Vertrauen in das eigene Werk zu wecken (in dem gezeigt wird, dass es auf bewährten Vorarbeiten beruht) oder um in den Dunstkreis der Großen zu geraten, indem sparsam nur die Großen zitiert werden. Außerdem machen sich in der wissenschaftlichen Zitierpraxis Zitierkartelle und der Matthäuseffekt bemerkbar: „Wer hat, dem wird gegeben werden“; *Robert Merton, The Matthew Effect in Science*, *Science* 159 (1968), S. 56-63. Siehe zum Ganzen *Duxbury* 2001 (Fn. 133), S. 8-17 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

140 Siehe neuerdings das Journal-Ranking (nicht aber eine Zitierliste) des Australian Research Council von 2010, das auch Rechtszeitschriften rankt. Hier werden die Juristenzeitung und die NJW in die Kategorie A-plus gestellt. Demgegenüber wird die ZaöRV nur als „C“ gerankt, und das AVR taucht in der Liste gar nicht auf. Das AJIL wird mit A-plus bewertet, das EJIL nur mit A ([http://www.arc.gov.au/era/tiers\\_ranking.htm](http://www.arc.gov.au/era/tiers_ranking.htm)).

141 *Duxbury* 2001 (Fn. 133), S. 17: „Most legal scholarship, whether considered in relation to courts or any other group of people, is markedly uninfluential.“

Seiten der anderen Teilnehmer am Rechtsdiskurs) verstanden werden, Recht zu erzeugen oder an seiner Erzeugung mitzuwirken.<sup>142</sup>

Völkerrechtspraktiker sind in diesem Sinne autorisiert, in verschiedenen Modalitäten und auf verschiedenen Stufen direkt an der Völkerrechtserzeugung mitzuwirken, etwa als Vertragsverhandler, als Regierungsvertreter oder als Richter.<sup>143</sup> Völkerrechtsdenkern fehlt diese institutionelle Autorität, wie in diesem Abschnitt näher zu zeigen ist.

Die Ablehnung der Rechtserzeugungsautorität der Wissenschaftler wird traditionellerweise mit der Rechtsquellenlehre begründet. Die in Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut genannten „Lehrmeinungen“, also die wissenschaftlichen Beiträge der Völkerrechtsdenker, gelten nicht als Völkerrechtsquelle.<sup>144</sup> Die Wissenschaftler sollen die Regeln „erhellen“, die der IGH anwenden soll, aber sie nicht „erzeugen“.<sup>145</sup> Lit. d) ist das „Lager“, aus dem die Regeln der lit. a) bis c) herausgeholt werden können.<sup>146</sup>

Die normative Schließung des Rechtssystems über die systeminterne Konstruktion von Rechtsquellen gilt aber als rechtstheoretisch fragwürdig.<sup>147</sup> Es wird vorgeschlagen, über die Rechtsnormqualität sozialer Normen nicht unter Rückgriff auf die möglicherweise paradoxe Quellenmetapher, sondern „selektiv“ zu entscheiden.<sup>148</sup> Aus dieser Perspektive, die insbesondere vom Rechtspluralismus untermauert wird, ist Normsetzung durch nichtstaatliche Akteure nicht kategorisch ausgeschlossen,<sup>149</sup> und damit auch ein modernes „Gelehrtenrecht“ denkbar.

Auf dasselbe hinaus läuft die Vermischung der Beobachtung des Rechts mit seiner Erzeugung durch die *critical legal studies*. Wenn Martti Koskenniemi definiert: „International law is an argumentative practice“,<sup>150</sup> sagt er nicht, *wer* hier argumentiert bzw. wessen Argumente als rechtserzeugend gelten. Das Verständnis des Völkerrechts als diskursive Praxis impliziert, auch den Diskurs der Rechtsdenker *als Völkerrecht* (und nicht nur als Reden *über* Völkerrecht) anzuerkennen.

Tatsächlich bezeichneten meine Interviewpartner es als eine ihrer Aufgaben „das Recht zu entwickeln“, oder nannten als Motiv ihrer Forschung auch den Drang nach „Gestaltung“.<sup>151</sup> René-Jean Dupuy gab in einem Gespräch mit Antonio Cassese zu

---

142 Vgl. *Joseph Raz*, Introduction, in: *id.*, (Hrsg.), *Authority* (New York: New York University Press 1990) S. 1-19 (S. 2 f.). Dieser Begriff von Autorität – unterschieden von faktischer Macht – trägt der Einsicht Rechnung, dass Autorität durch Anerkennung mitkonstituiert wird, wohingegen Macht auch ohne eine solche Anerkennung existieren und ausgeübt werden kann.

143 Siehe zur Völkerrechtsentwicklung durch Richter oben Teil D.II.

144 *Wood* 2011 (Fn. 83), Rn. 17: „Writings are not a (formal) source of the law, but they may be evidence of the law.“

145 *Pellet* 2006 (Fn. 135), S. 783.

146 *Shabtai Rosenne/Yael Ronen*, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920–2005*, 4. Aufl. (Leiden: Nijhoff 2006), S. 1550-60.

147 Hierzu *Thomas Vesting*, *Rechtstheorie* (München: Beck 2007), S. 78-95.

148 *Ibid.*, S. 95.

149 Vgl. *Anne Peters/Lucy Köchlin/Till Förster/Gretta Fenner Zinkernagel* (Hrsg.), *Non-state Actors as Standard Setters* (Cambridge: Cambridge University Press 2009).

150 *Martti Koskenniemi*, *Methodology of International Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press 2011), [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), Rn. 1.

151 Kritisch hierzu aber *Hillgruber* 2008 (Fn. 57), S. 115 f.: Es obliege der Völkerrechtswissenschaft, „nach Aufarbeitung des bestehenden Völkerrechts – als völkerrechtspolitische Vorschläge *de lege ferenda* zu qualifizierende hypothetisch präskriptive Rechtssätze zu formulieren; sie darf aber nicht der Versuchung erliegen, selbst Völkerrecht kreieren zu wollen.“

Protokoll: „Throughout my academic life, I tried to change the law“.<sup>152</sup> Cassese selbst schreibt: „[F]or a lawyer to be not a mere technician, but also somebody who has a broader mind, it would also be important to try to contribute to changing the law in addition to interpreting the existing law.“<sup>153</sup> Ferner wurde bereits erwähnt, dass Wissenschaftlergruppen oder die hybrid zwischenstaatlich-wissenschaftliche *ILC* spezifisch mit der Ausarbeitung völkerrechtlicher Regelwerke befasst sind.<sup>154</sup> Es ist nicht auszuschließen, dass naturrechtlich inspirierte Völkerrechtswissenschaftler eher zur „Rechtsgestaltung“ neigen als rechtspositivistisch orientierte. So bezeichnete Bernard V. A. Röling die Wende von 1989 als „Grotian moment“, als ein Moment des grundlegenden Umbruchs, in dem ein Bedürfnis nach einer neuen Weltstruktur und einem neuen Völkerrecht entstehe. Unsere Bedürfnisse seien klar: Interdependenzen, Bedrohung durch Massenvernichtungswaffen, Armut und Hunger. Das Völkerrecht sei hierauf nicht zugeschnitten. Es bestehe eine Lücke zwischen unseren Bedürfnissen und der Regelungskapazität des geltenden Rechts. „*Lawyers have a special responsibility in such circumstances. They are the experts who should recognize that present international law – measured according to its own values – is bad law. They are also the ones which can formulate the ‚natural law of the atomic age‘: the law capable of serving the goals and values of our present time. They can use this natural law as an inspiration and as a guiding principle to achieve a change in positive international law – a gradual change, a peaceful change, ...*“.<sup>155</sup> Röling unterscheidet hier nicht zwischen Wissenschaftlern und autorisierten Rechtssetzern. Er macht sie alle zu Juristenkönigen.

Tatsächlich sind insbesondere die von den wissenschaftlichen Vereinigungen (seltener von einzelnen Denkern) produzierten Regelwerke („Privatkodifikationen“), die einen kleinen, aber wichtigen Teil der wissenschaftlichen Textproduktion ausmachen, wie ein Vertragstext (oder eine Resolution einer internationalen Organisation) formuliert. Sie haben somit denselben propositionalen Gehalt wie die Texte von Vertragsunterhändlern. Ihre *epistemische Autorität* ist wegen der Sachkunde der wissenschaftlichen Autoren oft höher als die der entsprechenden amtlichen Texte. Jedoch fehlt es den wissenschaftlichen Texten an der *institutionellen Autorität*, welche sie in eine Norm oder beziehungsweise in einen formalen Mitwirkungsakt zur Normerzeugung verwandeln würde.<sup>156</sup> Thomas Hobbes drückte dies vor 350 Jahren so aus: „The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. ... For though it be naturally reasonable; yet it is by the Sovereigne Power that it is Law.“<sup>157</sup>

Die Ableitung der institutionellen Autorität der Sprecher und damit der Geltung der völkerrechtlichen Normen aus der staatlichen Souveränität ist jedoch problematisch. Normativ vorzuzugwürdig ist vielmehr die Fundierung der Geltung als Völkerrecht in

---

152 Cassese 2011 (Fn. 19), S. 23.

153 *Ibid.*, S. 143.

154 Siehe oben Teil D.II.2. zu Rechtsdenkern und wissenschaftlichen Vereinigungen als Völkerrechtswissenschaftlern.

155 Bernard V. A. Röling, Are the Ideas of Grotius Obsolete in an Expanded World?, in: Hedley Bull/Benedict Kingsbury/Adam Roberts (Hrsg.), Hugo Grotius and International Relations (Oxford: Clarendon 1992), S. 281-299 (S. 297 f.; Zitat auf S. 298; Hervorhebung der Verf.).

156 Zum Unterschied zwischen epistemischer und institutioneller Autorität Pierre Moor, *Dynamique du système juridique: Une théorie générale du droit* (Genf: Schulthess 2010), S. 175-186.

157 Thomas Hobbes, *Leviathan* (Oxford 1943 (Orig. 1651)), Chap. 26, S. 143.

der *sozialen Notwendigkeit globaler Regulierung* und im *demokratischen Gebot der Mitwirkung Betroffener* an der Erzeugung von Normen, die sie betreffen.

Unter Anlegung dieses Maßstabs sind die Rechtsdenker, einzeln oder als *epistemic community*, nicht ohne weiteres zur Normsetzung befugt. Ihre Expertise reicht als Grundlage einer Befugnis zur Völkerrechtserzeugung nicht aus.<sup>158</sup> Zwar ist die Sachkunde eines normproduzierenden Gremiums, einer Institution oder einer Einzelperson ein Legitimationsfaktor unter mehreren. Die Zuschreibung einer Rechtsnormqualität an die von jenen Stellen erzeugten Texte ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn neben die Expertise weitere legitimierende Faktoren hinzutreten, und zwar institutionelle und prozedurale Elemente wie beispielsweise Repräsentation, Beteiligung, Adressatenorientierung und Öffentlichkeit.<sup>159</sup> Wissenschaftliche „Kodifikationen“ weisen diese Elemente nicht auf. Erstens werden die Völkerrechtsdenker nicht demokratisch gewählt und zweitens repräsentieren sie nicht verschiedene *stakeholder*. Drittens handelt es sich bei den wissenschaftlichen „Normen“ nicht um Selbstgesetzgebung im Sinne von Regeln, die aus einer sozialen Gruppe selbst (Volksgruppen, religiöse Gemeinschaften, die transnational agierenden Kaufleute oder organisierte Berufsstände) heraus wachsen und deren eigene Angelegenheiten betreffen. Die Texte der Wissenschaftler sind insofern nicht mit Stammesbrauch, religiösen Geboten, der *lex mercatoria* oder Standesregeln vergleichbar. Viertens werden die Wissenschaftler nur schwach und informell durch die Öffentlichkeit kontrolliert, da die Öffentlichkeit ihre Aussagen und Ratschläge kaum beurteilen kann.

Somit können Privatkodifikationen nur durch die Erfüllung zusätzlicher Legitimationsbedingungen, in der Praxis normalerweise durch staatliche oder zwischenstaatliche Gestattung oder Übernahme der Texte, oft mit Modifikationen, zu *geltenden* und „harten“ Rechtsnormen werden. Beispielsweise wurde das Regelwerk eines Dr. Franz Lieber vom damaligen Columbia College, der *Lieber Code*, erst durch seine Übernahme als Ministerialverordnung durch den damaligen *Secretary of War* zu einer formalen US-amerikanischen Heeresinstruktion.<sup>160</sup> Diese bildete dann den Ausgangspunkt der umfassenden Kodifikation des Rechts des bewaffneten Konflikts.

Hier zeigt sich folgende Arbeitsteilung: Der Rechtspraktiker schafft – kraft seiner institutionellen Autorität – die normative Realität, die der Rechtsdenker bereits vorgeschlagen haben mag, und die letzterer dann positiv beschreibt, erklärt oder normativ bewertet.

---

158 In diesem Sinne befand 1778 der englische Admiralty Court: „A pedantic man in his closet dictates the law of nations; everybody quotes, and nobody minds him. The usage is plainly as arbitrary as it is uncertain; and who shall decide, when doctors disagree? Bynkershoek, as it is natural to every writer or speaker who comes after another, is delighted to contradict Grotius.“ The *Renard*“, 9. Dez. 1778, E.R. (English law reports) 165, 51, S. 222-227 (S. 224).

159 Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft (Baden-Baden: Nomos 2011), S. 242-246.

160 „Lieber Code“, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, vom 24. April 1863. Die Normen wurden von einer Gruppe Offiziere überarbeitet und vom damaligen Secretary of War, Ed Townsend, Assistant Adjutant General, per Verordnung, verabschiedet (General Orders No. 100). Text in <http://civilwar.home.com/liebercode.htm>.

## 2. Rechenschaftspflichtigkeit (accountability) im Principal-agent-Verhältnis

Die fehlende institutionelle Autorität des Denkers zur Völkerrechtserzeugung gestattet es, ihn unverantwortlich zu lassen. Anders gewendet: Weil der Denker nicht die Befugnis zur Rechtssetzung oder zur Mitwirkung daran hat, verlangt seine Tätigkeit keine konkrete Rechenschaftspflichtigkeit.

Demgegenüber ist der Rechtspraktiker einem konkreten Prinzipal gegenüber verantwortlich und muss es auch sein. Der Prinzipal des *counsel* ist die ihn beauftragende Streitpartei, der Kunde des *legal adviser* ist sein Außenministerium (letztlich sein Staat und sein Volk), die Kunden des Richters sind die Streitparteien und daneben die gesamte Rechtsgemeinschaft.<sup>161</sup>

Im Gegensatz dazu ist der Denker als Forscher nicht konkreten Personen, sondern nur ideellen Entitäten, der Wissenschaft, der Wahrheit, der Öffentlichkeit, gegenüber rechenschaftspflichtig, und selbst das nicht in einer formalisierten Weise.<sup>162</sup> Aber gerade dieses doppelte Defizit, das in der fehlenden Rechtserzeugungsmacht und der damit einhergehenden fehlenden „accountability“ des Denkers liegt, ist in Wirklichkeit kein Mangel, sondern wiederum eine Funktionsbedingung seiner freien Denktätigkeit. Nur weil die (rechts-)wissenschaftliche Erörterung keine *unmittelbaren* Rechtsfolgen hat, und nur weil der Akademiker frei von Verantwortung (außer gegenüber der Gesellschaft *at large*) ist, kann er sich Gedankenexperimenten und Spekulationen hingeben.<sup>163</sup>

## 3. Akademische Freiheit im Gegensatz zum Befassungszwang

Praktiker werden ständig mit Problemen konfrontiert, die sie sich nicht ausgesucht haben. Ihrer Rolle wohnt der Zwang inne, sie zu bearbeiten, oder als Richter sogar zu entscheiden.<sup>164</sup> Ein Richter: „Mein großes Problem ist dann, dass man irgendwann entscheiden muss.“ Roberto Ago bezeichnete die Phase der Entscheidungsfindung als Agonie, und „unless you are in agony, you are not a good judge“.<sup>165</sup>

Damit ist speziell der Richter in einer diametral entgegengesetzten Lage zum Wissenschaftler. Dazu ein ehemaliger Richter: „Das ist ein wichtiger Unterschied, Du musst entscheiden. Als Professor suchst Du Dir Deine Themen so aus, dass sie beweisen, dass Du auf der richtigen Seite bist – ‚one of the goodies‘“.

Die akademische Freiheit beinhaltet die freie Wahl, welcher Themen der Denker sich annimmt (also ob er überhaupt ein bestimmtes Problem behandelt), in welcher Art er es behandelt, welche Antworten er gibt, ob er überhaupt eine Antwort gibt oder viel-

---

161 Ein Principal-agent-Verhältnis impliziert nicht notwendig Weisungsabhängigkeit. Der Richter muss, um seine Rolle auszufüllen, unabhängig sein.

162 Nur als Lehrer ist er den Studierenden gegenüber verantwortlich, er soll ihnen nichts Falsches beibringen, er soll sie fair prüfen usw.

163 Vgl. *Engi* 2009 (Fn. 93), S. 29: Zwischen wissenschaftlicher Erörterung und Ausübung (politischer) Macht „verläuft ein entscheidender Spalt. Dieser ist für die Wissenschaft elementar. ... Nur als eine prinzipiell machtfreie, entscheidungsunbelastete ist die Wissenschaft eine wahre und freie.“

164 Der Annahmezwang führt auch zu einer steileren Lernkurve: So sagte Thomas Buergenthal nach fünf Jahren Richtertätigkeit am IGH, zu dem er im Jahr 2000 stieß: „I’ve learned more international law in the last five years here than I did in the thirty-odd years I used to teach the subject. In teaching, you deal with problems you like to deal with. Here you have no choice. Something is thrown at you, and you may not know anything about the subject, and you have to immerse yourself in it.“ Zitiert in *Terris/Romano/Swigart* 2007 (Fn. 30), S. 97.

165 Berichtet von Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 143.

mehr alles offen lässt.<sup>166</sup> Sie reicht viel weiter als die richterliche Unabhängigkeit. Der Wissenschaftler darf oder soll sogar alle überkommenen Weisheiten in Frage stellen. Im Gegensatz dazu gilt für den Richter: „Als Richter darfst Du nicht alle Präzedenzfälle in Frage stellen. Du verlierst auch rasch Deine Glaubwürdigkeit“, so ein Befragter.

Die akademische Freiheit ist auch Narrenfreiheit. Der Denker kann schreiben was er will. Wenn seine Publikation (nach den Regeln seines Systems) schlecht ist, schädigt sie keinen Kunden. Der Denker blamiert nur sich selbst.

Eine weitere Konsequenz der Unverantwortlichkeit des Akademikers ist seine Freiheit zur Änderung seiner Meinung im Licht neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse. Der Praktiker unterliegt demgegenüber einer starken Konsistenzanforderung, wegen seiner Verantwortung dem Kunden gegenüber. Ein Gutachter hierzu: „Das heißt nicht, dass ich nie meine Meinung ändern würde, aber ich ändere sie nicht anlässlich von bezahlten Gutachten.“

Nicht zuletzt wegen der Verantwortung für konkrete Prinzipale wird die Praktikerrolle als anspruchsvoller als die des Denkers empfunden. Ein Kollege, der oft als Berater vor dem IGH auftritt, antwortete auf meine Frage, welches die schwierigere Rolle sei: „Certainly as a counsel, because of the responsibility. A quite heavy burden.“ Ein Schiedsrichter und Professor: „You earn less in academia but in practice you pay a high price in terms of risk and stress ... Sometimes I think why do I not stop this and write a book“.

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

„Völkerrechtslehre und Völkerrechtspraxis sind ... untrennbar aufeinander angewiesen“, heißt es in einem Standardlehrbuch.<sup>167</sup>

### **I. Praxis im Dienst der Reflexion**

Zunächst ist zu fragen, wann und wie die „Lehre“ (also die Reflexion oder Theorie) auf die Völkerrechtspraxis angewiesen ist bzw. wie die Praxis der Reflexion (Theorie) dient. Offensichtlich liefert, erstens, die Praxis die Themen für die Reflexion. „Es ist sehr häufig so, dass die Themen gekommen sind, aus wirklich konkreten Anlässen, die man dann wissenschaftlich weiter verfolgt. Umgekehrt natürlich genauso.“ „Die meisten meiner wissenschaftlichen Themen kommen aus der Praxis“.

Zweitens ist Praxis der Test für die Theorie. Erst in der Praxis werden die Probleme „bis zum Ende durchgedacht“. Ein früherer Präsident des IGH, Arnold McNair, berichtete folgendes: Regelmäßig merkte er, wenn er eine von ihm zuvor als Wissenschaftler propagierte Rechtsaussage in der Praxis anwenden wollte, dass sie doch nicht der Weisheit letzter Schluss war, und angepasst oder modifiziert werden müsse. Er hielt die in der

---

166 Diese Freiheit schätzte etwa Louis Henkin: „I did not wish to work within the limitations of a bureaucracy. If they want my views, they get them; I give them freely.“ Henkin, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 203. Henkin arbeitete nicht im US State Department und lehnte auch den Posten des *counsellor* beim State Department ab.

167 *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. (Berlin: Duncker & Humblot 1984), S. 400.

praktischen Anwendung gefundenen Ergebnisse für richtiger (jedenfalls für praktischer und nützlicher) als die vorab abstrakt gefundenen Rechtsaussagen.<sup>168</sup>

Hier zeigt sich, dass die vom Völkerrechtsdenker aufgestellten Theorien in aller Regel nicht eins zu eins in der Praxis eingesetzt werden können. „Die Sachverhalte passen oft nicht. ... Direkt kannst Du wenig umsetzen.“ Aus diesem Grund führt die praktische Erfahrung den Rechtsdenker in einem Rückkoppelungsprozess zur Anpassung seiner Theorien. Ein sehr erfahrener Praktiker und Wissenschaftler erklärte mir dies so: „Die vermehrte Auseinandersetzung mit der Praxis wirkt sich im wissenschaftlichen Verständnis aus, weil man in der Praxis das Verhalten der Staaten viel näher und schärfer sieht. Sie versuchen doch ihre Interessen durchzusetzen. Die Norm versucht einen Interessenausgleich. Dann komme ich zu einem Völkerrecht, das eher als realistisch zu bezeichnen ist.“ Man könnte diesen Rückkoppelungseffekt als „reality-check“ der Theorie bezeichnen.

Eine andere Funktion der (eigenen) praktischen Erfahrung ist, dass sie dem Rechtsdenker eine genauere und konkrete Vorstellung davon verschafft, wo das Völkerrecht empirisch wirklich steht. Diese Art von „reality-check“ nutzt ein Professor, der oft als *legal counsel* vor dem IGH auftritt, wenn er in der Vorlesung den Studierenden sagt, dieses oder jenes würde er auch vor dem IGH plädieren oder nicht.<sup>169</sup>

Die Praxis entzaubert auch die Reflexion. Nach Ansicht eines Richters ist es eine große Herausforderung „von einem Begriff der Wissenschaft zu reden, wenn Du an einem internationalen Gericht bist. Das gibt es nicht, einen Begriff. Es gibt nur ganz unterschiedliche, sehr national geprägte Sichtweisen, die in den jeweiligen Ländern als Wissenschaft bezeichnet werden. Wie lebst Du damit? Als Wissenschaftler willst Du ja Ordnung in deinem System haben.“ Auf die Frage nach der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit rechtswissenschaftlicher Ergebnisse antwortete dieser Richter: „Wenn du über das schreibst, was die Sowjetunion im Baltikum gemacht hat, dann kriegst Du das nicht hin.“

## II. Reflexion im Dienste der Praxis: Plädoyer für eine relative Emanzipation

Wenden wir uns nun den Effekten in umgekehrter Richtung zu. Wie dient die Reflexion der Praxis? „Theorie hat sich vor dem Forum der Praxis zu rechtfertigen“ schreibt

---

168 „If I may give my own testimony both as a teacher of law and as a practitioner, I can say that I have constantly had the following experience. Whereas I may have thought, as a teacher or as the author of a book or an article, that I had adequately examined some particular rule of law, I have constantly found that, when I have been confronted with the same rule of law in the course of writing a professional opinion or contributing to a judgment, I have been struck by the different appearance that the rule may assume when it is being examined for the purpose of its application in practice to a set of ascertained facts. As stated in the textbook it may sound the quintessence of wisdom, but when you come to apply it its many necessary qualifications or modifications are apt to arise in your mind. I am not for a moment suggesting that the academic approach is more superficial than the practical one. ... [I]n my opinion, when counsel and judge are confronted with the need of applying a rule of law, or an alleged rule of law, to certain facts established by evidence, it is probable that the legal element in the resulting solution will be a more useful and more practical rule of law than a rule elaborated by a teacher or writer in his study working alone and in the abstract.“ *McNair* 1974 (Fn. 123), S. 257 f. (McNair war damals Präsident des IGH).

169 „Practice can help you in giving to your students a concrete sense at least in empirical terms of what is the position of international law. I happen very often to say: yes or no, I would not plead this before the ICJ.“



Hans-Georg Gadamer.<sup>170</sup> Das heißt, die Theorie, und somit auch die Arbeit des Völkerrechtsdenkers, erhält durch ihren praktischen Nutzen ihre Daseinsberechtigung und sie muss sich in der Praxis bewähren. Dieser praktische Nutzen kann schon in ihrer Erklärungskraft bestehen: Nichts ist bekanntlich praktischer als eine gute Theorie.<sup>171</sup> Der Praxisbezug ist besonders ausgeprägt bei der Rechtswissenschaft.<sup>172</sup> Rechtswissenschaft verstehe sich weitgehend, so heißt es, als eine „Reflexionstheorie der Praxis“.<sup>173</sup>

Im Folgenden soll auf drei Ebenen gegen ein zu enges Verhältnis von Reflexion und Praxis und für eine relative Verselbständigung der Rolle der Rechtsdenker argumentiert werden. Diese ist in den USA bereits erfolgt. In den letzten Jahrzehnten sind dort Rechtswissenschaft und Praxis, jedenfalls die Gerichtspraxis, auseinandergedriftet.<sup>174</sup> Offenbar ist dort die prestigeträchtige Rechtswissenschaft mittlerweile so theoretisch, so sehr „law and ...“, dass sie irrelevant und uninteressant für die Praxis ist, und dementsprechend nicht von Gerichten zitiert wird. Ein Beobachter kennzeichnete die aktuelle Situation als gegenseitige „Entfremdung“, „wechselseitige Gleichgültigkeit“, als „disconnection“ und „gap between academy and profession“.<sup>175</sup> Tatsächlich gab *John B. Bellinger III*, *legal adviser* des US-amerikanischen Department of State von 2005–2009, kürzlich in einem Interview mit dem *Havard International Law Journal* zu Protokoll, dass er 90 Prozent der völkerrechtlichen Zeitschriftenaufsätze „not terribly helpful“ fände, weil sie „too academic“ seien.<sup>176</sup>

---

170 *Hans-Georg Gadamer*, Lob der Theorie, in: *id.*, Lob der Theorie: Reden und Aufsätze (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1983), S. 26 ff. (S. 38).

171 In Bezug auf das Völkerrecht *Peters* 2001 (Fn. 15), S. 25-37. Das Diktum wird zurückgeführt auf Immanuel Kant: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts in der Praxis, in: *Wilhelm Weischedel* (Hrsg.), Immanuel Kant: Werke in 12 Bänden, Bd. 11, 1977, S. 127-172, insb. Kapitel III. „Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Völkerrecht, in allgemein-philantropischer Absicht, d.i. kosmopolitischer Absicht betrachtet.“ Klar ausgedrückt hat es als erster (ohne Bezugnahme auf Kant) *Ludwig Boltzmann*, Über die Bedeutung von Theorien (1890), in: *id.*, Populäre Schriften (hrsg. von Engelbert Bora, Wiesbaden: Vieweg 1979), S. 54 ff. (S. 57): „Daß ... die Theorie auch das denkbar praktischste, gewissermaßen die Quintessenz der Praxis sei.“ Siehe auch *Hans Albert*, Theorie und Praxis, in: *Hans Albert/Ernst Topitsch* (Hrsg.), Werturteilsstreit (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1971), S. 200 ff. (S. 219): „Nichts ist praktischer als eine relevante und informative Theorie.“

172 Zum Praxisbezug als „Proprium“ der Rechtswissenschaft *Andreas von Arnould*, Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht nach einer Öffnung für die sozialwissenschaftliche Theorie, in: *Andreas Funke/Jörn Lüdemann*, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie (Tübingen: Mohr Siebeck 2009), S. 65-118 (S. 75 mit Fn. 52). Kernaufgabe der Jurisprudenz sei: „den Übergang zwischen Text und Praxis zu ermöglichen“ (*ibid.*). *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung: Beiheft 7, Berlin: Duncker & Humblot 2007), S. 11-47 (S. 26) schreibt, es gehöre „scheinbar zu den Vorzügen der Rechtswissenschaft ... ,dass sie schon immer in einer besonders hervorgehobenen und hervorzuhebenden Weise praxisorientiert sind.“ (Hervorhebung der Verf.).

173 *Hans-Heinrich Trute*, Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?, in: *ibid.*, S. 115-132 (S. 120).

174 Hierzu *William Twining/Ward Farnsworth/Stefan Vogenauer/Fernando Tesón*, The Role of Academics in the Legal System, in: *Peter Cane/Mark Tushnet* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Legal Studies (Oxford: Oxford University Press 2003), S. 920-949.

175 *Ibid.*, S. 930-933.

176 *Bellinger* ermunterte die (oft von Jurastudenten geführten amerikanischen Völkerrechtszeitschriften) „to try to stay away from the theoretical, which is generally not helpful to practicing government lawyers ... I found 90% of law review articles not terribly helpful“. Ihn und seine Kollegen interessieren höchstens Überblicksartikel, etwa zu Vertragsverhandlungen, insbesondere, wenn es sich um einen älteren Vertrag handelt, und Information über andere Staaten. Immerhin: „occasionally we would find people who really thought hard about an issue and who would give us something that we hadn't thought of before. So I think the work that is done by international law journals can be very helpful as long as it doesn't get too academic.“ *Bellinger* 2010 (Fn. 25), S. 33.

Ohne in dieses US-amerikanische Extrem zu verfallen, sollte, erstens, die angewandte Forschung durch Grundlagenforschung ergänzt werden. Zweitens ist neben der reinen Dogmatik die rechtsempirische, rechtsethische und rechtstheoretische Reflexion zu befürworten. Und drittens ist die Ergänzung der rein positiven Analyse durch eine normative Analyse wünschenswert.

*1. Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als angewandte, sondern auch als Grundlagenforschung*

Die erste Ebene betrifft die typisierende Gegenüberstellung von anwendungsorientierter und Grundlagenforschung. Die angewandte oder anwendungsorientierte Völkerrechtsforschung stellt Wissen bereit, das auf einer geringeren Abstraktionsstufe steht und direkt zur Lösung konkreter Rechtsprobleme angewendet werden kann. Diese Forschung berät Institutionen und Amtsträger, leistet konkrete Entscheidungshilfe oder liefert Motive für die Ausarbeitung völkerrechtlicher Verträge.

Idealtypisch entgegengesetzt der anwendungsorientierten Forschung (die ihrerseits nicht scharf von der völkerrechtlichen Praxis abgesetzt ist), steht die Grundlagenforschung, in Wirklichkeit in fließendem Übergang zur ersteren. Wegen dieser fließenden Übergänge ist letztlich auch die Grundlagenforschung unweigerlich mittelbar anwendungsbezogen (und damit mittelbar praxisbezogen).<sup>177</sup>

Grundlagenforschung ist solche, die Erkenntnisse über die grundlegenden Strukturen und Zusammenhänge des Völkerrechts liefert.<sup>178</sup> Diese Grundlagenforschung gehört notwendig zur Rolle der Völkerrechtsdenker, und zwar aus zwei Gründen. Erstens schafft die Grundlagenforschung Transparenz und macht den Völkerrechtsstoff handhabbarer. Sie kann so die Praxis beeinflussen und somit langfristig einen praktischen Wert besitzen.

Der zweite Grund ist die Dynamik der Völkerrechtsentwicklung, insbesondere in einzelnen Teilrechtsgebieten, wie etwa Investitionsschutzrecht oder internationales Strafrecht. Hierauf sollten Völkerrechtsdenker mit einem erhöhten Abstraktionsgrad der wissenschaftlichen Fragestellung reagieren. Nur so wird die Reflexion von den jeweils neuesten „technischen“ Veränderungen unabhängig, und kann so dem von Julius

---

<sup>177</sup> Aus diesem Grund charakterisieren einige die rechtswissenschaftliche Forschung als „ausschließlich angewandte Geisteswissenschaft“, so *Helmut Coing*, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Köln: Westdeutscher Verlag 1959), S. 23. Dort auch: „Die Rechtswissenschaft ... hat nichts anderes zu tun, als juristische Entscheidungen in der Praxis vorzubereiten.“ Speziell zur Dogmatik auch *Christoph Engel*, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*, in: *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaften* (Tübingen: Mohr Siebeck 2007), S. 205-240 (S. 234): „Juristische Dogmatik ist keine Grundlagenforschung, sondern angewandte Wissenschaft.“

<sup>178</sup> Ein Beispiel ist die Konzeption eines völkerrechtlichen globalen Verwaltungsrechts. *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61; *Sabino Cassese*, *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, *New York University Journal of International Law and Politics* 37 (2005), S. 663-694.

Hermann von Kirchmann beschworenen Schicksal der Makulatur durch einen Federstrich des Rechtssetzers entgehen.<sup>179</sup>

## 2. Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als Dogmatik

Die zweite Dimension der relativen Emanzipation der Reflexion von der Praxis liegt in der Ergänzung der reinen Dogmatik durch weitere Zugänge.

### a) Völkerrechtsdogmatik als Praxisanleitung und ihre Probleme

Aufgabe der Völkerrechtsdogmatik ist die Strukturierung des geltenden Völkerrechts. In der dogmatischen Forschung werden mittels eines innersystemisch erarbeiteten Gefüges juristischer Begriffe, Grundsätze und Entscheidungsregeln, erstens, eine überblickbare Erkenntnis des geltenden Völkerrechts vermittelt, also sein Inhalt geklärt und, zweitens, diese Inhalte zusammengefasst, geordnet und strukturiert.<sup>180</sup> Die Methode der Dogmatik ist primär die logisch-semantiche Analyse. Ein aktuelles Beispiel einer vertragsdogmatischen Fragestellung ist die nach dem Begriff der Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) in Art. 1 EMRK. Die Antwort ist entscheidend für die Anwendbarkeit der EMRK in komplexen Situationen der Auslandseinsätze von Truppen und im Rahmen der NATO und UN. Eine aktuelle völkergewohnheitsrechtsdogmatische Frage ist die nach der Zulässigkeit einer Sezession.

„In der Rechtsdogmatik werden Texte mit dem Anspruch der direkten Einflussnahme auf den Entscheidungsbetrieb der Gerichte und der politischen Gesetzgebung publiziert.“<sup>181</sup> Damit ist die Rechtsdogmatik eine reine „Rechtsanwendungswissenschaft“<sup>182</sup> oder „Entscheidungsvorbereitungswissenschaft“.<sup>183</sup> Dogmatik ist also eine extrem praxisnahe Art der Völkerrechtsreflexion.

Dogmatik kann jedoch im Völkerrecht wegen der Eigenarten dieser Rechtsordnung nur mit eingeschränktem Ertrag betrieben werden. Erstens ist der Rechtsstoff weniger dicht als im Hauptanwendungsfeld der juristischen Dogmatik, dem nationalen Zivilrecht. Es gibt insgesamt weniger Normen und richterliche Entscheide, so dass die logisch-semantiche Analyse dieses „dünnen“ Rechtsstoffes weniger ertragreich ist. Zweitens existiert noch relativ viel unkodifiziertes Recht in Gestalt des Völkerge-

---

179 *Julius Hermann von Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, hrsg. von Heinrich H. Meyer-Tscheppe (Heidelberg: Manutius Verlag 1988 (Orig. 1848)), S. 29: „Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“

180 Vgl. *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft (1983), in: *id.*, Staat, Verfassung, Demokratie (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991), S. 11 ff. (S. 21) zur staatsrechtlichen Dogmatik. „Dogmatisch“ nennen wir diese Forschungsdimension, weil sie an die existierenden Rechtsnormen, Prinzipien und Entscheidungen, die als Dogmata gelten, gebunden ist (*ibid.*).

181 *Vesting* 2007 (Fn. 147), S. 7.

182 *Anne van Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in: *Jestaedt/Lepsius* 2008 (Fn. 57), S. 79-104 (passim).

183 *Von Arnald* 2009 (Fn. 172), S. 87; zur Anwendungsbezogenheit speziell der Dogmatik auch *ibid.*, S. 69 f. Erkenntnisziel der Dogmatik „ist es vornehmlich, durch die systematisierende Beschreibung positivrechtlicher Inhalte die *Rechtsgewinnung* innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung zu stabilisieren und zu rationalisieren.“ (so *Matthias Jestaedt*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: *Engel/Schön* 2007 (Fn. 177), S. 241-281 (S. 272; Hervorhebung der Verf.)). Die Dogmatik ist „normenpositivistisch“ (*van Aaken* 2008 (Fn. 182), S. 91).

wohnheitsrechts. Der genaue Inhalt der völkergewohnheitsrechtlichen Normen kann nicht mittels der logisch-semantischen Methode der Dogmatik, sondern nur empirisch ermittelt werden. Dies ist eine qualitativ andere Aufgabe als die Ermittlung des Sinnes einer geschriebenen Norm durch Vertragsauslegung.<sup>184</sup> Drittens ist das Völkerrecht in noch höherem Maße als das nationale Recht das Resultat politischer Kompromisse und daher unsystematischer und unklarer. Aus diesen drei Faktoren ergibt sich, dass zwangsläufig praxisfernere Reflexionstypen einen Stellenwert neben der Rechtsdogmatik erhalten müssen.

b) *Praxisfernere Aufgaben des Völkerrechtsdenkers:  
Empirie, Rechtstheorie sowie ethische Reflexion*

Praxisfernere Aufgaben des Völkerrechtsdenkers sind Empirie, Rechtstheorie sowie ethische Reflexion.<sup>185</sup> In der empirischen Forschungsdimension<sup>186</sup> geht es um Erklärungen über die Entstehung, Existenz und die Wirkungen von Völkerrechtsnormen in der Realität. Jegliche Ermittlung von Völkergewohnheitsrecht ist empirisch. Die empirische Forschung ist schon wegen der Bedeutung des Gewohnheitsrechts für das Völkerrecht wichtiger als in anderen Rechtsgebieten. Zweitens bedarf es der empirischen Forschungsdimension wegen der Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts.<sup>187</sup> Folgen- oder wirkungsorientierte Forschung, in der die völkerrechtlichen Normen als Tatbestände sozialer Steuerung aufgefasst werden und die *compliance* untersucht wird, sind dementsprechend notwendig.

Eine zweite, relativ praxisfernere Forschungsdimension ist die völkerrechtstheoretische Dimension. Gemeint ist die „theory about law“ wie es die Vertreter der *New Haven School* ausgedrückt haben,<sup>188</sup> also die Reflexion über das Völkerrecht im Gegensatz zur Reflexion und Argumentation *im* Völkerrecht. Ein Beispiel für Rechtstheorie ist die Formulierung der Konzepte Dualismus, Monismus und Pluralismus.

Die dritte, relativ praxisfernere Aufgabe des Völkerrechtsdenkers ist die ethische Reflexion. Tatsächlich wurde in den Interviews das „Gerechtigkeitsstreben“ als Impuls genannt. Völkerrechtsdenker sollten den ethischen (oft weltanschaulich eingebetteten) Gehalt völkerrechtlicher Normen ermitteln und anhand überpositiver Gerechtigkeitsmaßstäbe kritisieren.<sup>189</sup> Diese Aufgabe stellt sich, weil das Völkerrecht (wie alles Recht)

---

184 Vor allem auf diesen Faktor stellt Fernand Tesón ab (in *Twining/Farnsworth/Vogenaue/Tesón* 2003 (Fn. 174), S. 941-947: „[I]t is not possible to identify international legal rules by conventional doctrinal methods. If international legal scholarship is going to advance human values and not simply serve those in power, it must supplement legal doctrine with international relations theory and political philosophy. Otherwise, it will continue to be an exercise in futility.“ (S. 947).

185 Siehe zu den vier Forschungsdimensionen (rechtsdogmatische, empirische, theoretische und ethische) im Einzelnen *Peters* 2007 (Fn. 16), S. 721-776 (S. 747-756).

186 Hans Albert spricht von „realwissenschaftlicher“ Rechtsforschung (*Hans Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft* (Baden-Baden: Nomos 1993).

187 Ein Interviewpartner nannte als Grundlagenfrage die der „Steuerungsfähigkeit des Rechts“. „Gerade als Völkerrechtler sind wir es uns schuldig, gerade darüber nachzudenken“.

188 Im Gegensatz zur „theory of law“; siehe *Myres S. McDougal/Harold D. Lasswell/W. Michael Reisman, Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence*, *Virginia Journal of International Law* 8 (1968), S. 188-299 (S. 200); Faculty Scholarship Series, Paper 2577.

189 „[I]n my view, for somebody to be an intellectual and not a mere lawyer, is also that he or she attaches great importance to ethical values and tries in a way to use them“ (*Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 142). Siehe als Beispiel *John Rawls, Das Recht der Völker* (Berlin: De Gruyter 2002 (Orig. 1999)), der „Über-

beansprucht, sich an Gerechtigkeitsmaßstäben auszurichten.<sup>190</sup> Die Bewertung des positiven Rechts anhand überpositiver Maßstäbe der Gerechtigkeit oder Richtigkeit ist in der Völkerrechtswissenschaft noch wichtiger als im Bereich der Forschung zum nationalen Recht eines demokratischen Verfassungsstaates. Denn in der Demokratie ist das Recht demokratisch und anhand des positiven Verfassungsrechts legitimiert. Damit ist der Rekurs auf Legitimationserwägungen außerhalb der im demokratischen Prozess aufgestellten und akzeptierten Grundsätze im Prinzip abgeschnitten.<sup>191</sup>

Im Gegensatz dazu fehlt dem Völkerrecht die direkte demokratische Legitimation, und verfassungähnliche positivierte Grundsätze des Völkerrechts, die Bewertungsmaßstäbe liefern würden, sind nur rudimentär vorhanden. Deshalb darf und muss der Völkerrechtsdenker die ethische Dimension mit einbeziehen. Hierzu gehört auch deren Reflektion auf einer Metaebene im Spannungsdreieck zwischen dem Universalitätsanspruch des Völkerrechts, der realen Diversität der Lebensverhältnisse und dem Ideal eines globalen Pluralismus.

Im Ergebnis bleibt die Dogmatik als rein anwendungsbezogene Reflexion unverzichtbar, aber sie ist aus den genannten Gründen nicht hinreichend. Es muss zumindest Einige in der großen Gruppe der Denker geben, die neben der reinen Dogmatik diese anderen Forschungsdimensionen einbeziehen, wenn die Völkerrechtsdenker als Gruppe ihre Rolle der Reflexion umfassend ausfüllen wollen.

### 3. *Völkerrechtsbezogene Reflexion nicht nur als positive, sondern auch als normative Analyse*

Die dritte Dimension der relativen Emanzipation der völkerrechtsbezogenen Reflexion von der Praxis berührt die wissenschaftstheoretische Unterscheidung von positiver und normativer Analyse der Rechtspraxis. Beide Analyseebenen können und sollten als Idealtypen unterschieden werden,<sup>192</sup> wenn auch wegen der Vorstrukturierung der Deskription durch den Werthorizont des Beschreibers ein Übergangsbereich besteht. Auf beiden Ebenen sind die Völkerrechtsdenker Vor- und Nachdenker der Praxis.

---

legungen dazu an[stellt], wie der Inhalt des Rechts der Völker aus einer liberalen Gerechtigkeitskonzeption entwickelt werden kann, ...“ (*ibid.*, S. 1).

190 Hierzu *Josef Franz Lindner*, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, *Rechtswissenschaft* 2 (2011), S. 1-27 mit Verweis auf *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. (Stuttgart: Koehler 1963), § 4 (S. 123 f.): „Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee. Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit.“

191 Vgl. *Christoph Möllers*, *Globalisierte Jurisprudenz*, in: *Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stefan Kirste*, (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, *ARSP Beiheft 79* (Stuttgart: Franz Steiner 2001), S. 41-60 (S. 45 und 50).

192 Vgl. *van Aaken* 2008 (Fn. 182), S. 88: „Eine Rechtswissenschaftstheorie sollte wissenschaftstheoretisch streng zwischen sozialwissenschaftlichen Tatsachenaussagen (Beschreibung, Erklärung und Prognose) und rechtspolitischen Wertaussagen trennen.“

#### a) *Positive Analyse: Beschreibung, Erklärung und Prognose der Praxis*

Im Rahmen der positiven Analyse wird die Praxis beschrieben, erklärt und prognostiziert.<sup>193</sup> Interviewpartner bestätigten, dass die positive Analyse zum Kerngeschäft der Denker gehört. Auf die Frage nach ihrer Motivation als Wissenschaftler antworteten sie: „Intellektuelle Neugier ... ich stosse auf etwas, das ich nicht kenne“. „Very simple: I like to explain things clearly in writing to people. ... I want to clarify things.“<sup>194</sup>

In der Literatur wird teilweise gefordert, dass sich die Völkerrechtsdenker mit einer solchen „Statisten- und Chronistenrolle“ begnügen müssten.<sup>195</sup> „Die Staatenpraxis ... aufzuspüren und festzuhalten, in ihrer Rationalität zu durchdringen und das in ihnen zum Ausdruck kommende Rechtsverständnis in das allgemeine Bewusstsein zu heben, ist ... die vornehmste Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft.“<sup>196</sup> „Aufgabe ... ist danach ausschließlich die Ermittlung von Völkerrechtssätzen.“<sup>197</sup>

Die Gegner kritisieren die rein positive Analyse (Ermittlung und Beschreibung des geltenden Rechts sowie der praktizierten Rechtsauslegung und -anwendung) als „eine Art positivistischem Dogmatismus“, als eine „trockene und *scheinbar* wertfreie Analyse der internationalen Regeln.“<sup>198</sup> Dementsprechend geben wohl die meisten Völkerrechtsdenker der Forderung nach einer strikten Beschränkung der Völkerrechtswissenschaft auf die positive Analyse nicht nach.

#### b) *Normative Analyse: Rechtfertigung oder Kritik von Normen und von Praxis*

Überwiegend wird heute auch die normative Analyse als Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft begriffen. Die normative Analyse umfasst zunächst die Rechtfertigung und die Kritik von Normen und – im Gefolge der Kritik – auch Vorschläge für neue Normen.<sup>199</sup> Weil sich die normative Analyse auch auf die Anwendung des Rechts (also auf die Praxis) bezieht, umfasst sie des Weiteren die Rechtfertigung der Völkerrechtspraxis und die Kritik der Praxis. Als Beispiel für eine Kritik einer Praxis als völkerrechtswidrig sei die öffentliche Stellungnahme zum Irakkrieg anlässlich einer Tagung der deutschen Völkerrechtsgesellschaft (heute Gesellschaft für internationales Recht) genannt. Hier wurde der US-amerikanische und britische Angriff auf den Irak als Völkerrechtsbruch kritisiert und damit eine Fehlinterpretation der Normen über Gewaltautorisierung durch den Sicherheitsrat angesprochen.<sup>200</sup> Wegen des Wertungsspielraums, der jeder

193 Dies sind ihrerseits bereits konstruktive und systematisierende Leistungen, die auf zahlreichen Abstraktionen und Distinktionen basieren. Der wissenschaftliche Beobachter muss auswählen, welche Akteure er einbezieht, welche Akte, welche Zeiträume, er muss auslegungsbedürftige Texte interpretieren, usw. Vgl. Ulrich Haltern, Die nackte Wahrheit über eine theoriefeindliche Völkerrechtswissenschaft. Ein Kommentar zu Christian Hillgruber, in: Jestaedt/Lepsius 2008 (Fn. 57), S. 133-149 (S. 142).

194 Ein anderer Befragter: „Ich versuche etwas klar zu legen, etwas zu analysieren um herauszufinden, wie eigentlich tatsächlich ein bestimmter Sachverhalt zu beurteilen wäre.“

195 Hillgruber 2008 (Fn. 57), S. 120.

196 *Ibid.*, S. 128.

197 *Ibid.*, S. 115.

198 Tesón in Twining/Farnsworth/Vogenauer/Tesón 2003 (Fn. 174), S. 942 (Übersetzung und Hervorhebung der Verf.).

199 Stufen der Rechtskritik sind die dogmatische Kritik, die strukturelle Rechtskritik und die ontologische Rechtskritik (Lindner 2011 (Fn. 190), S. 8 Fn. 39).

200 Diese Initiative relativiert Antonio Casseses Kontrastierung der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaftler mit den europäischen. Erstere würden oft offen die Position des State Departments kritisieren. „But in our countries, we have the tendency to be quiet. It’s an unfortunate trait.“ Cassese

Subsumtion innewohnt, ist auch die Bewertung der Praxis anhand der Völkerrechtsnormen im wissenschaftstheoretischen Sinne eine „normative“ Analyse, nicht nur eine „positive“ Analyse.

Die normative Analyse wird sowohl von Kelsensianern<sup>201</sup> als auch von der harten *Law and economics*-Schule abgelehnt. So monieren Goldsmith und Posner, dass „theorizing often fuels, and is overtaken by, normative speculation about improving international law.“<sup>202</sup> Demgegenüber soll im Folgenden gezeigt werden, dass spezifische Eigenarten des Völkerrechts, insbesondere seine *Offenheit und Dynamik*, die normative Analyse dieses Rechtsstoffes (und seiner Anwendung) unabdingbar machen.

aa) Notwendigkeit der normativen Analyse vor allem wegen Eigenarten des Völkerrechts

Das Völkerrecht ist durch eine typische Unbestimmtheit und Vagheit der Vertragstexte sowie die hohe Anzahl ungeschriebener Normen gekennzeichnet. Deshalb bestehen über den genauen Inhalt der *lex lata* größere Zweifel als im nationalen Recht, das in Form von Gesetzen und Verordnungen vergleichsweise präzise kodifiziert ist. Hinzu kommt, dass das Völkerrecht sich graduell entwickelt, oft aus *Soft law*-Texten heraus. Ein exakter Punkt des Umschlagens von vor-rechtlicher Übung zum harten gewohnheitsrechtlichen Satz ist kaum dingfest zu machen. Aus diesen Gründen erbringen weder die Auslegungstopoi bei der Vertragsauslegung noch die Empirie bei der Gewohnheitsrechtsermittlung für sich genommen klare Ergebnisse. Sie *müssen durch normative Erwägungen ergänzt* werden. So ist es sinnvoll, eine Praxis und eine begleitende Rechtsüberzeugung dann als ausreichend allgemein und dauerhaft zu bewerten, wenn der so gefundene Rechtssatz insgesamt systemkonform wäre und einem anderen allgemeinen Rechtsprinzip entspricht.<sup>203</sup>

Ein weiterer Grund für die Wünschbarkeit einer *auch*-normativen Analyse ist die historische Erfahrung der Wehrlosigkeit der „reinen“ Völkerrechtslehre gegen ideolo-

---

2011 (Fn. 19), S. 25. Für Jimenéz de Aréchaga waren frühere wissenschaftliche Beziehungen zu den leitenden Politikern von Argentinien ein Grund, die Politik seiner Regierung nicht zu kritisieren: „I can say, for instance, that the current President of the Republic, the Minister of the Interior, the Minister of Foreign Relations and the Judges of the Supreme Court of my country, *were all pupils of mine*; so when they shake hands with me, they call me ‚Professor‘. (...) In the case of the Falklands War, the newspapers and the radio wanted to have my opinion, but I refused because I had to criticise Argentina, I would have had to take a critical position with respect to what they did.“ (In *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 71; Hervorhebung der Verf.).

201 Kritisch zur schleichenden Rechtserzeugung durch Rechtswissenschaftler aus der Perspektive einer reinen Völkerrechtslehre *Jörg Kammerhofer*, *Law-Making by Scholarship? The Dark Side of 21st Century International Law „Methodology“*, in: James Crawford/Sarah Nouwen (Hrsg.), *Proceedings of the European Society of International Law 3* (Oxford: Hart 2011).

202 *Goldsmith/Posner* 2005 (Fn. 43), S. 15. Differenzierter *Joel P. Trachtman*, *The Economic Structure of International Law* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2008), S. 4: „the responsibility of scholars is *to illuminate, not to promote their own ideals*. On the other hand, good scholarship holds great promise for advocacy; for it can clarify causal relationships that are otherwise obscure. Illumination is not neutral.“ (Hervorhebung der Verf.). Für eine Verbindung von positiver und normativer Analyse auch *Anne van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft: Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht (Baden-Baden: Nomos 2003), insb. S. 335-338.

203 Kritisch zur Vernachlässigung des Prinzipiendenkens *Lauterpacht* 1933 (Fn. 62), S. 438 : „[T]he desire of generations of international lawyers to confine their activity to a registration of the practice of States has discouraged any attempt at relating it to a higher legal principle, or to the conception of international law as a whole.“

gische Umformungen des Rechts. So haben während des Dritten Reichs zahlreiche Völkerrechtsdenker die Aufgabe der Kritik nicht wahrgenommen.<sup>204</sup> Anstatt Verletzungen des geltenden Völkerrechts aufzuzeigen, verschrieben sich viele einer nationalsozialistischen Völkerrechtslehre, mit der die Normen umgeformt und an die Ideologie angepasst werden sollten.<sup>205</sup>

Auch in der Gegenwart suggeriert die positive Analyse vielfach eine Scheinsicherheit. Wegen der Offenheit der Völkerrechtsnormen ist oft nicht wirklich klar, wie die Völkerrechtsregeln lauten. In dieser Situation werden die Staaten ihnen vorteilhafte Normen behaupten (und damit ihre eigene Völkerrechtsversion aufstellen) – oder tun was sie wollen.<sup>206</sup> Die Scheinsicherheit wiederum führt zu inhaltsleeren und unwirksamen Empfehlungen über die Einhaltung der Normen und leistet somit der Missachtung des Völkerrechts Vorschub.

#### bb) Keine verschleierte Völkerrechtserzeugung durch Rechtsdenker

Die aus den genannten Gründen wünschenswerte normative Analyse sollte nicht in Form (bewusster oder unbewusster) *verschleierter Rechtserzeugung* durch Rechtsdenker stattfinden. Die (fehlende) Autorität der Rechtsdenker zur eigenständigen Erzeugung von Völkerrecht wurde bereits erörtert (siehe oben Teil E.III. zur Autorität). Ein (unbewusster) Versuch der Autoritätserschleichung liegt jedoch darin, dass Völkerrechtsdenker gelegentlich in Entstehung begriffene („emerging“) Normen bereits als geltendes Recht ansehen und ausgeben. Dieses Phänomen ist speziell in der Völkerrechtswissenschaft verbreitet, weil wegen der schon erwähnten Eigenarten des Rechtsentwicklungsprozesses die Grenze zwischen Recht und Noch-nicht-Recht nicht trennscharf ist. Die voreilige Kennzeichnung von erst in der Entstehung begriffenen Normen als bereits geltendes Völkerrecht ist methodisch fehlerhaft, weil sie die positive und die normative Analyse vermengt, und weil sie aus dem Sollen ein Sein ableitet. Sie droht darüber hinaus die normative Kraft des Völkerrechts insgesamt zu unterminieren.<sup>207</sup> Wenn der Völkerrechtsdenker fälschlicherweise die Existenz eines Rechtssatzes behauptet, schwingt er sich zum Rechtssetzer auf, ohne dazu legitimiert zu sein. Autorisiert ist er nur dafür, *Vorschläge* für eine Änderung der Rechtspraxis zu machen.

#### cc) Methodengerechte normative Analyse

Solange Völkerrechtsdenker kennzeichnen, wo sie (unter Rückgriff auf in der Rechtsordnung selbst vorgefundene Prinzipien) werten und solange sie kennzeichnen, was nach ihrer Analyse die *lex lata* ist und was sie *de lege ferenda* fordern, entspricht auch

---

204 Hierzu *Dan Diner*, Rassistisches Völkerrecht, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 37 (1989), S. 23-56; *Detlev F. Vagts*, International Law in the Third Reich, AJIL 84 (1990), S. 661-704 mit zahlreichen Nachweisen.

205 Dieser NS-Völkerrechtswissenschaft ging es im Kern um die Zerstörung der abstrakten Rechtsform. Rechtsförmlichkeit sollte durch ein „konkretes Ordnungsdenken“ ersetzt werden, das einer „situationsgerechten Begriffsbildung“ verpflichtet war. So war die nationalsozialistische Völkerrechtsdoktrin bestrebt, den Begriff des Territorialstaats durch einen unbestimmten Reichsbegriff zu ersetzen, Vertragsprinzipien durch den Treuegedanken abzulösen und die horizontale Gleichheit der Staaten durch eine Hierarchie rassistischer Wertigkeit zu substituieren (*Diner* 1989 (Fn. 204), S. 24).

206 *Tesón* in *Twining/Farnsworth/Vogener/Tesón* 2003 (Fn. 174), S. 942 und 945.

207 Spekulierende Völkerrechtswissenschaftler merken, so *Hillgruber*, nicht, dass sie „in Wahrheit das Geschäft der Völkerrechtsnihilisten betreiben, wenn sie ihre eigene Hirngespinnste als geltendes Völkerrecht ausgeben“ (*Hillgruber* 2008 (Fn. 57), S. 117).



die normative Analyse wissenschaftlichen Standards. Louis Henkin beschrieb die Gratwanderung zwischen methodengerechter, durchaus kreativer, Rechtsrekonstruktion und unwissenschaftlichem Wunschdenken wie folgt: „I don't trust the wishful thinkers, I don't trust those who say ‚this is the law because it ought to be‘. But I support those, and I am one of those, who say ‚this is what the law ought to be, and whether I'm not sure it's not, let me see to what extent it is maybe, or can be made to be‘.“<sup>208</sup> In dieser Form (also als wertende Systematisierung und wertende Lückenschließung, und mit rechtspolitischen Vorschlägen, die klar als solche gekennzeichnet sind) ist die normative Analyse nicht nur ein methodengerechter Bestandteil der Rechtsreflexion im Sinne eines „nice to have“, sondern ein notwendiger Bestandteil der Denkerrolle. Die normative Analyse ist, gerade wegen der wesensmäßigen Gradualität des Völkerrechtsentstehungsprozesses und wegen der Unterdeterminiertheit des Vertragsrechts, neben der positiven Analyse nötig, nicht zuletzt um Völkerrechtsbrüchen vorzubeugen. Die Ambivalenz von positiver und normativer Analyse kennzeichnet die völkerrechtsbezogene Reflexion. Sie beinhaltet einen Widerspruch, der produktiv ist.<sup>209</sup>

Im Ergebnis ist es gerade die relative Emanzipation der Reflexion von der Praxis auf den genannten drei Ebenen, die langfristig der Praxis zugute kommt.

## G. Doppelrollenträger

Im folgenden Abschnitt wende ich mich speziell den Doppelrollenträgern zu. Eine Variante ist die sehr häufige Situation, dass ein und dieselbe Person die Rollen als Praktiker und als Denker (oder verschiedene Praktikerrollen) *zeitlich nacheinander* spielt. Hier ist die Problemlage teilweise anders, weil gewisse Interessenkonflikte nicht entstehen.

### I. Synergie-Effekte

Alle Interviewten betonten „Synergieeffekte in erheblichem Umfang.“<sup>210</sup> Jimenéz de Aréchaga formulierte die wechselseitige Bereicherung beider Rollen so: „I think that the two support each other: you are a better professor if you practise law; you are a better practitioner if you have an academic background.“<sup>211</sup> Ein Schiedsrichter berichtete von einem „very strong cross-enrichment between theory and practice. ... Because that when I teach I can draw on my personal experience, and when I arbitrate I can use my theoretical knowledge.“

---

208 In Cassese 2011 (Fn. 19), S. 197.

209 Vgl. Jennings, in Cassese 2011 (Fn. 19), S. 143: „Law reform is a very, very important subject intellectually, and not just for lawyers either. ... in a way I am almost contradicting what I said at the beginning ... that you have to be able to distinguish between proposals and what is really law and so on, almost stick to the law because that's your particular job. Well, life is full of contradictions and ambivalence. ... ambivalence leads to the truth. Given two contradictory ideas you may then find that neither represents the truth, but that something that involves both of them and is part of both of them is at any rate a nearer approximation to the truth.“

210 Auf die Frage nach Synergieeffekten: „Absolutely yes“; „Yes, certainly, all the time.“ „Für mich war von Anfang an dieses Zusammenspiel Praxis und Wissenschaft sehr sehr wichtig.“

211 Interview with Eduardo Jiménez de Aréchaga: November 1993, in Cassese 2011 (Fn. 19), S. 70.

## 1. Bessere Praktiker durch parallele Tätigkeit als Wissenschaftler

Völkerrechtspraktiker können bessere Praktiker werden, wenn sie auch wissenschaftlich tätig sind. Erstens nutzt ihnen eine wissenschaftliche Vorbefassung mit einem Thema für die Lösung konkreter Fälle. Auf die entsprechende Frage antworteten alle Interviewten eindeutig, etwa mit „selbstverständlich, ununterbrochen.“

Zweitens kann eine Praxis, die von Völkerrechtsdenkern ausgeübt wird, in methodischer Hinsicht verwissenschaftlicht sein. „Our theoretical training is very important for practice.“ Ein verwissenschaftlichter Zugang ist manchen Textgattungen der Praxis besonders angemessen, beispielsweise Schiedsurteile eines Einzelrichters und Einzelmeinungen zu Urteilen. So erläuterte René-Jean Dupuy die Abfassung seines berühmten Schiedsspruchs *Texaco v. Libyen*<sup>212</sup> zur *Delokalisierung eines state contracts* wie folgt: „I penned the award as a professor, not as a judge. In handing down a judge’s ruling, one exposes oneself less to criticisms than when one issues a professorial ruling, which is more akin to an article than a judicial decision. I surrendered to my desire of issuing an award I wanted to be as explicit as possible because I had the chance, for once, of being sole arbitrator. This award was didactic because I wanted to give some advice to developing States ...“<sup>213</sup>

Abweichende Meinungen und Sondermeinungen einzelner Richter zu Urteilen der internationalen Gerichte sind ebenfalls typischerweise in einem wissenschaftlicheren Stil verfasst als die Mehrheitsmeinung. Sie zitieren mehr Literatur und enthalten oft Reflexionen zur Methodik. Aufgrund dieser Eigenschaften können sie eine Steilvorlage für die wissenschaftliche Kritik bilden und werden in der Tat von der Literatur vermehrt aufgegriffen. Sondermeinungen bilden also eine Schnittmenge aus Praxis und Wissenschaft.<sup>214</sup> Grosse Rechtsdenker waren oft „grosse Dissenter“, so etwa Anzilotti<sup>215</sup> oder Lauterpacht.

Drittens nützen Vorlesungen und Veröffentlichungen von Praktiker-Professoren der Völkerrechtspraxis dadurch, dass sie zur Verbreitung von Wissen über die Institutionen, denen die Autoren angehören, beitragen.<sup>216</sup> Tatsächlich fördern Institutionen, die Völker- oder Europarechtler hauptberuflich beschäftigten, oft deren wissenschaftliche Nebentätigkeit. Beispielsweise werden Lehraufträge genehmigt und Publikationen ermuntert. Das Motiv der Institutionen dürfte ein doppeltes sein: eine bessere, nämlich reflektiertere, Praxis und außerdem Propaganda. Dies nützt gerade den internationalen Institutionen, die Sichtbarkeit für ihre gesellschaftliche Legitimation benötigen.<sup>217</sup>

212 *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Libyen* (Schiedsspruch (merits) vom 19. Januar 1977), der vom Einzelschiedsrichter René-Jean Dupuy entschieden wurde (ILM 12 (1978), S. 1 ff. = ILR 53 (1979), S. 420 ff.

213 Interview with René-Jean Dupuy: June 1993, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 32 (Hervorhebung der Verf.).

214 Pellet ordnet die Sondermeinungen sogar eher der Wissenschaft als der Rechtsprechung zu; sie seien ein spezieller und privilegierter Teil der Lehre (*Pellet* 2006 (Fn. 135), Rn. 322 Fn. 876).

215 „The Great dissenter“ (*Edvard Hambro*, *Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice*, *ZaöRV* 17 (1956/57), S. 229-248 (S. 229 Fn. 3). Dennoch meint Hambro, Anzilotti habe einen größeren Einfluss durch seine außergerichtlichen Veröffentlichungen und durch seine Persönlichkeit ausgeübt als durch seine Dissents (*ibid.*).

216 So *Terris/Romano/Swigart* 2007 (Fn. 30), S. 200 zur Lehrtätigkeit von Richtern an internationalen Gerichten.

217 In diesem Sinne *Ralf Michaels*, *Rollenverständnis von Rechtsdenkern und Praktikern aus privatrechtlicher Sicht*, in diesem Band S. 192, zur Wissenschaft zum transnationalen Schiedsrecht als Werbung für das Schiedsrecht im allgemeinen und für den jeweiligen Autor im besonderen.

## 2. *Bessere Wissenschaftler durch parallele Tätigkeit als Praktiker*

Umgekehrt können Völkerrechtsdenker bessere Wissenschaftler werden, wenn sie auch Praktiker sind. Aufgrund der Bereicherung der Reflexion durch eigene praktische Erfahrung wird die epistemische Autorität des Rechtsdenkers gesteigert. Beispielsweise genießt, meinte Robert Jennings, ein Professor mehr Ansehen bei seinen Studenten, wenn er ihnen auch aus seiner Praxis berichten kann.<sup>218</sup>

Wenn der Denker persönlich mit der Praxis in Berührung kommt, erhält er natürlich mehr Inspiration in Form ganz konkreter Probleme.<sup>219</sup> Auch das Testen der Theorie, der *Reality-check* und die Entzauberung der Reflexion funktionieren besser, wenn es ein und dieselbe Person ist, die sowohl in der Studierstube vordenkt als auch ihre Erfahrung wissenschaftlich verwertet.

Zwar sind alle zuvor genannten positiven Effekte Systemeffekte, die keine Personenidentität von Denkern und Praktikern voraus setzen. Aber alle Effekte können verstärkt werden, wenn ein und dieselbe Person sich in beiden Systemen bewegt.

## II. **Rollenkonflikte**

Die Frage ist jedoch, inwiefern eine gleichzeitige Rolle als Rechtsdenker die Ausfüllung der Rolle als Praktiker so stört, so dass die Person ein schlechterer Praktiker wird, und inwiefern umgekehrt eine Nebenrolle als Praktiker die Tätigkeit eines Denkers beschädigt, in dem Sinne, dass sie die Qualität seines wissenschaftlichen Werkes mindert.

### 1. *Störungen der Denkerrolle durch praktische Tätigkeit*

Allein die aus Doppelrollen erwachsende Zeitknappheit kann zu Qualitätseinbußen führen. „Conflicts? The real conflicts are in terms of time,“ so ein Befragter. In vielen Staaten sind die Professorensaläre von Juristen so niedrig, dass diese zu einer parallelen praktischen Juristentätigkeit gezwungen werden. So verhält es sich in Argentinien, wo laut Jiménez de Aréchaga folgender Spruch kursiert: „law professors and the crocodile are alike, in that they have to eat while they swim. The idea is that you have to work while you teach.“<sup>220</sup> Die gleichzeitige Ausübung beider verschiedener Tätigkeiten kann die Konzentration auf die Sache behindern und möglicherweise die (geistige) Verdauung des Stoffes hemmen.

#### a) *Gefährdung der Ergebnisoffenheit, Unvoreingenommenheit, Distanz und Kontrollfähigkeit*

Darüber hinaus kann die Denkerrolle durch praktische Tätigkeit in spezifischer Weise beeinträchtigt werden. Erstens steht die *Ergebnisorientierung* der praktischen Tätigkeit der wissenschaftlichen Tugend der Ergebnisoffenheit diametral entgegen. Die Ausrichtung auf ein konkretes (politisches) Ziel und die damit unter Umständen verbundene

218 Jennings, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 147.

219 „Man kommt einfach durch die Praxis auf Probleme, die sonst nicht sichtbar würden. Z.B. [wird man] im völkerrechtlichen Beirat mit Problemen [vertraut gemacht], die man sonst gar nicht erkennen würde“, so ein Interviewter.

220 Jiménez de Aréchaga, in *Cassese* 2011 (Fn. 19), S. 70.

Macht, dieses auch durchzusetzen, stört die Reflexion, weil, wie Kant formulierte, „der Besitz der Gewalt das freie Urteil der Vernunft unvermeidlich verdirbt.“<sup>221</sup>

Ein zweites Störpotential betrifft die *Unvoreingenommenheit*. Denker sollen bereit sein, die eigenen Standpunkte im Licht neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse zu revidieren. Diese Unvoreingenommenheit wird durch eine Distanz zum Untersuchungsgegenstand befördert. Die Einbindung des Völkerrechtsdenkers in die Praxis von Institutionen vermindert diese Distanz und erhöht schon dadurch die Wahrscheinlichkeit von Voreingenommenheit. Dies wird verstärkt durch den institutionellen *bias*, dem jeder Angehörige einer Institution mehr oder minder verfällt. „Bias“ also Parteilichkeit, ist das Gegenteil von Unvoreingenommenheit, und somit auch das Gegenteil von wissenschaftlicher Objektivität und Neutralität. Insbesondere die Aufnahme einer advokatorischen Tätigkeit, vor allem für eine Regierung, wird eher dazu führen, dass der Wissenschaftler seine Forschung der politischen Agenda der Regierung anpassen wird als umgekehrt. „Eine solche Praxis mag aus einer Reihe von Gründen vorteilhaft sein, aber die Bewahrung eines unvoreingenommenen Strebens nach der Wahrheit gehört nicht dazu“, so Fernando Tesón.<sup>222</sup>

Drittens stört die Einbindung in die Praxis die normative Analyse in Form der *Kritik der völkerrechtlichen Praxis*. Mit der Zuweisung dieser Aufgabe ist die Wissenschaft als eine Art vierte Gewalt installiert, vergleichbar mit den Medien. Ebenso wie die Tätigkeit der Medienschaffenden ist die Tätigkeit der Wissenschaftler grundrechtsgeschützt. Durch die Aktivierung einer öffentlichen oder fach-öffentlichen Meinung kontrollieren die Denker politische Macht im Wege der *checks and balances*.

Doppelrollenträger können sich zwar möglicherweise innerlich aufspalten und ihre Rollen auseinanderhalten, sie können sich aber kaum wirksam selber kontrollieren. Damit können die institutionell in die Praxis eingebundenen Denker eine ihrer Rollen, die des Kritikers, und damit des Kontrolleurs, schlechter erfüllen. Auf der Makroebene ist dies aber unschädlich, solange andere Forscher dies tun.

#### b) *Das Damoklesschwert des Selbstwiderspruchs*

Das vierte, von meinen Interviewten stark empfundene Problem ist der drohende Selbstwiderspruch, den die einleitende Anekdote thematisiert hat. Besonders als Parteienvertreter, aber auch als Gutachter und Richter, verliert der Jurist seine Glaubwürdigkeit, wenn er in einem konkreten Rechtsstreit eine andere Auffassung vertritt als (zuvor) abstrakt als Wissenschaftler. Dies versuchen die Gegner auszubeuten. Ein Gutachter hierzu: „Die gegnerischen Anwälte suchen hektisch in meinen Jugendsünden“. Deshalb sei, so ein Befragter, seine „bottom line, dass ich nie etwas [als Gutachter] schreibe ... wenn ich etwas anderes [als Wissenschaftler] publiziert habe.“ Ein Prozessvertreter des Iran im *Oil-Platforms*-Fall vor dem IGH nannte die Gefahr von „Widersprüchlichkeit zu Dingen, die man früher mal gesagt hat. Das hatte bei den Ölplattformen eine große Rolle gespielt. Der Klient legte großen Wert darauf, dass sich solche Widersprüche nicht nachweisen ließen. Die andere Seite hat gezielt versucht,

---

221 Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden* (Stuttgart: Reclam 1984 (Orig. 1795)), dritter Definitivartikel, zweiter Zusatz (S. 35).

222 Tesón in *Twining/Farnsworth/Vogener/Tesón* 2003 (Fn. 174), S. 945 (Übersetzung der Verf.).

solche aus früheren Schriften der akademischen Prozessvertreter herauszusuchen. Ich konnte dann zeigen, dass das aus dem Zusammenhang gerissen war.<sup>4223</sup>

Ein Interviewpartner, der als Rechtsvertreter der Kommission und als Professor tätig war, nannte als sein schlimmstes Erlebnis „being quoted against myself before the ECJ. I was agent of the Commission in that case. (I had a new position). I saved myself by making the court laugh. I distinguished ‚the mere opinions of Professor X from the position of the Commission’s agent.“ Eine derartige Spaltung der Persönlichkeit ist aber nur eine Notlösung, welche die am Rechtsstreit Beteiligten nicht unbedingt überzeugt.

Die Angst vor dem Selbstwiderspruch und vor Befangenheitsanträgen führt zu einer Hemmung der wissenschaftlichen Publikationstätigkeit und zur Selbstzensur: „Man scheut sich etwas zu schreiben, weil man immer Angst hat, dass einem das entgegen gehalten wird. Das ist das große Problem.“ „This does hamper your academic activity“. Ein Schiedsrichter: „On some legal issues, I simply say nothing, express no opinion. If I speak out publicly at all, I say something that does not commit me. I do so because I know that I may have a case pending right now where I will have to decide this very issue, or I will have a case one day. If I express an opinion, I risk being challenged. The dual role obviously limits my academic freedom. But you also have a responsibility *vis-à-vis* the parties not to endanger the proceedings or the decision. This is inherent and unavoidable in the two roles.“ Diese antizipatorische Selbstzensur besneidet die akademische Freiheit massiv, weil sie sich auf unbekannte zukünftige Fälle bezieht und deshalb im Prinzip grenzenlos ist. Weil sie letztlich freiwillig passiert, stellt sie jedoch keine rechtsrelevante Grundrechtsbeschränkung dar.

Eine verwandte, aber andere Frage ist die Zurückhaltungspflicht eines Richters oder Gutachters in der Öffentlichkeit in Bezug auf hängige oder bereits entschiedene Streitfälle. So sagte ein IGH-Richter: „Mich stört, dass ich als Richter doch mit einer Art Maulkorb herumlaufen muss“. Ein Völkerrechtsberater eines Außenministeriums nannte als „Problem in Vorlesungen Fragen, die man z.B. im Rahmen eines Gutachtens untersucht hat und zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist, die man aber in der Vorlesung nicht gebrauchen darf, weil es politisch zu heiß ist. Man also die Antwort nicht geben darf, obwohl man sie weiss.“ Wenn die Zurückhaltungspflicht auch persönlich ärgerlich sein mag, so ist sie doch zur Wahrung der Autorität der Institution, und im Fall des Gutachters aus seinem Auftragsverhältnis heraus, als legitime Einschränkung der akademischen Freiheit, in die der Praktiker außerdem vorab eingewilligt hat, hinzunehmen.

## 2. Störung der Praktikerrolle durch bias gegenüber eigener wissenschaftlicher Vorarbeit

Auch in umgekehrter Richtung, von der Wissenschaft in Richtung Praxis, sind spezifische Störungen für Doppelrollenträger zu verzeichnen. Ein Autor kann beispielsweise seine Doppelrolle dazu verwenden, eine eigene wissenschaftliche Auffassung zu bestätigen. Hierfür gaben mir einige Praktiker konkrete Beispiele. „Das habe ich einfach hineingedrückt in das Urteil. Ich wollte einfach das Prinzip durch [das Gericht] noch-

---

223 Siehe IGH, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. USA)*, verbatim records (CR 2003/13, 26. Feb. 2003, Plädoyer von Prof. Murphy, Rn. 21.44; Erwiderung von Prof. Bothe in CR 2003/15 vom 3. März 2003, Rn. 3-5.

mals bestätigt haben.“ Ein anderer: „I tried to put this in practice, and I tried to check this in. I did not quote myself“.

Es erstaunt nicht, dass diejenigen, die mir dies verrieten, dafür nicht namentlich genannt werden wollten. Denn viele finden es „eher unpassend, so direkt seine wissenschaftlichen Lehrbuchweisheiten in seine Urteile umzusetzen.“ „Ein Gerichtsverfahren ist nicht dazu da, um die eigenen Auffassungen zu beweisen. Würde ich sogar als unethisch empfinden“, so ein anderer Befragter.

Aber warum sollte es eine Art Amtsmissbrauch darstellen, wenn ein Wissenschaftler seine „privaten“ Auffassungen qua Amt offizialisiert? Wenn er sie auf methodisch korrektem Wege in seiner Forschung gefunden hatte, sollte ihre Verwendung für die praktische Entscheidung doch Gewinn bringen.

Jedoch besteht der Verdacht, dass der Jurist gegenüber seiner eigenen Theorie voreingenommen ist, und dass er deshalb geneigt ist, sie auf den Fall anwenden zu wollen, auch wenn sie weniger gut passt. Der Verdacht der Voreingenommenheit eines Richters gegenüber der eigenen wissenschaftlichen Auffassung wird dadurch bestätigt, dass deren „Aufwertung“ als Bestandteil der Rechtsprechung meist keinen Bestand über die Amtszeit des Autors als Richter hinaus hat.<sup>224</sup>

Dieser *bias*-Verdacht ist der tiefere Grund für die Verpönung des Selbstzitats als Doppelrollenträger. Der taktisch agierende Richter, der seine Kammerkollegen überzeugen möchte, vermeidet es deshalb. Ein Richter hierzu: „Wenn Du sagst, Du hättest dazu ein Buch geschrieben, dann ist das eher kontraproduktiv.“<sup>225</sup>

Im Gegensatz dazu halte ich folgenden Vorgang (anders als das Selbstzitat) für unschädlich: Das Gericht zitiert einen Autor. Der Autor zitiert dann wieder das Gericht. „So kann sich die Doktrin aber gleichsam an ihrem eigenen Schopf in das Licht der ‚Anerkennung‘ ziehen!“, könnte man kritisieren.<sup>226</sup> Hierin sehe ich jedoch keinen „wissenschaftstheoretisch bedenkliche[n] Kreislauf“ zwischen Gerichten und Autoren.<sup>227</sup> Solange die Richter aus fachlichen Gründen den Autor zitieren, ist gegen diesen Kreislauf nichts einzuwenden. Der zunächst „privaten“ Rechtsmeinung ist eine institutionelle Autorität zugewachsen. Der Autor hat diese nicht erschlichen.

### 3. Rollenkonflikte des Richters

Besonders sensibel für Rollenkonflikte aufgrund akademischer und praktische Nebenrollen ist die Rolle des internationalen Richters.

---

224 So *Schulze-Fielitz* 2007 (Fn. 172), S. 30 (zu diesem Vorgang am deutschen BVerfG): Die hohe Autorität der Richter erlaube es, „meinungsstarken Professoren-Richtern immer wieder ... ihre wissenschaftlich publizierten Ansichten zur herrschenden Rechtsprechung aufzuwerten, freilich bislang fast nie auf Dauer, d.h. über die Amtsdauer als Richter hinaus.“

225 Vom Basler Staatsrechtslehrer Max Imboden wird kolportiert, dass er, als Experte vor der zweiten Kammer des Schweizer Bundesparlaments auftretend, den Ständeräten erklärte: „Wie ich meinen Studenten zu sagen pflege...“ – das soll bei den Parlamentariern schlecht angekommen sein.

226 *Bruno Simma*, Völkerrechtswissenschaft und Lehre von den Internationalen Beziehungen. Erste Überlegungen zur Interdependenz zweier Disziplinen, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 23 (1972), S. 293-324 (S. 303, auch mit Fn. 34).

227 So aber *ibid.*

### a) Nebenrollen, Vorrolle und spätere Rollen

Gelegentliche Nebentätigkeiten, beispielsweise als Schiedsrichter, sind üblich. Die meisten internationalen Richter machen sich offenbar kaum Sorgen über potentielle Interessenkonflikte und Gefährdung des Amtsgeheimnisses.<sup>228</sup> Gerade die Schiedsrichtertätigkeit von IGH-Richtern im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts wird aber von Beobachtern zunehmend kritisch beurteilt.<sup>229</sup> Im Gegensatz dazu ist eine wissenschaftliche Tätigkeit der IGH-Richter erwünscht, da sie zur Verbreitung von Kenntnissen über die Funktionsweise des Gerichtshofs beiträgt.

Potentielle Funktionsstörungen entstehen nicht nur durch die gleichzeitige Rollenträgerschaft einer Person, sondern auch durch die zeitliche Abfolge ihrer verschiedenen Rollen. Die Konstellation, dass ein (internationaler) Richter *nach* Beendigung seiner Amtszeit eine neue Praktikerrolle ausübt, kann Fairnessprobleme aufwerfen. Der Ex-Richter, der als *counsel* vor seinem früheren Gericht auftritt, kann aufgrund seiner Insiderkenntnisse seinem Mandanten entscheidende Vorteile verschaffen. Diese Art von *Revolving door*-Phänomen wird in der *Common law*-Tradition reguliert, wohingegen die *Civil law*-Systeme damit traditionellerweise kein Problem haben.

Relevanter noch ist die zeitlich umgekehrte Konstellation, denn internationaler Richter kann man nicht als Berufsanfänger werden. Folglich hatten alle diese Richter bereits eine andere Vorrolle inne, und zwar typischerweise als Wissenschaftler, als Diplomat oder als nationaler Richter. Jede dieser Vorrollen bietet Vor- und Nachteile für die Ausfüllung der Richterrolle.<sup>230</sup> Diplomaten bringen das Verständnis für den größeren politischen Zusammenhang mit ein und liefern den „reality check“ in den Beratungen des Gerichts. Nationale Richter wissen, wie das Geschäft des Urteilens funktioniert, wie man berät und wie man Konsens erzielt, wie man eine Verhandlung führt, wie man Beweise und das Parteivorbringen würdigt. Frühere Akademiker sind in der Lage, das Urteil mit dem gesamten Völkerrecht in Verbindung zu setzen und achten auf die formale Konsistenz und Korrektheit der Argumentation.

Aber jede der Gruppe hat auch ihre Schwächen. Die Diplomaten neigen dazu, den Regierungen gegenüber zu nachgiebig zu sein. Die ehemaligen nationalen Richter haben manchmal zu wenig Verständnis für das Völkerrecht und sind nicht so weltgewandt wie die anderen Gruppen. Den Akademikern wird vorgeworfen, sie seien zu „abstrakt“, zu „maximalistisch“ und nicht kompromissbereit.

Optimistische Beobachter meinen, dass sich die Vorteile der drei Gruppen summieren und ihre Nachteile gegenseitig ausgleichen können.<sup>231</sup> Ihre unterschiedlichen Hintergründe machen den Richtern im Kollegium auch bewusst, dass die Perspektive eine große Rolle für die Entscheidung des Falles spielt. Dies kann ein Korrektiv für persönlicher (unbewusste) Voreingenommenheit sein.

Weniger positiv beurteilte der Präsident eines internationalen Strafgerichts die Mischung: „When you look at what the judges actually were before, you see many differences. Some are former international judges, some are former national judges, some

---

228 So der Befund von Interviews mit internationalen Richtern in der soziologische Studie von *Terris/Romano/Swigart* 2007 (Fn. 30), S. 200.

229 Kritisch etwa *ibid.*, S. 201.

230 *Ibid.*, S. 64.

231 So *ibid.*, S. 64.

are former lawyers, some are former law professors, and some are former diplomats. Well, you put that together, you shake and it explodes.<sup>232</sup>

b) *Befangenheit aufgrund von Vor- oder Nebenrollen, insbesondere wegen Publikationen?*

Die Frage der richterlichen Befangenheit kann zunächst wegen einer *praktischen* Vortätigkeit auftauchen. Beispielsweise stützte der Angeklagte Furundzija die Revision gegen seine Verurteilung wegen Vergewaltigung als Kriegsverbrechen durch die *trial chamber* des ICTY vergeblich darauf, dass eine Richterin, Florence Mumba, wegen ihrer früheren Tätigkeit als Delegierte in der UN-Frauenkommission (UN-Commission on the Status of Women, UNCSW) hätte disqualifiziert werden müssen. Er trug vor, dass der Anschein der Befangenheit bestand, weil Mumba in der UNCSW, als Mitautorin der Aktionsplattform der Pekinger Frauenkonferenz und als Mitverfasserin eines *amicus curiae* briefs die politische Forderung der Ächtung von Massenvergewaltigungen und ihrer vorrangigen strafrechtlichen Ahndung verfolgt habe. Der Antrag wurde von der *appeals chamber* abgelehnt. Die praktische Erfahrung der Richterin im Bereich der Menschenrechte und dem humanitären Völkerrecht war eine Bereicherung, keine Belastung.<sup>233</sup>

Inbesondere vor ICSID-Tribunalen wurden in neuerer Zeit Schiedsrichter von einer Partei angegriffen („challenged“), mit der Begründung, dass sie in früheren *wissenschaftlichen* Veröffentlichungen bestimmte Positionen vertreten hätten, die für den konkreten Streitfall relevant seien und eine unvoreingenommene schiedsrichterliche Entscheidung verhindern würden.<sup>234</sup> Im Fall des australischen Professors Campbell McLachlan gaben die beiden ICSID-Schiedsrichterkollegen, die über den Befangenheitsantrag entscheiden mussten, zu bedenken, dass wissenschaftliche Publikationen zu umstrittenen Rechtsfragen ein Plus für die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit sind und zur Entwicklung dieses Rechtsgebiets beitragen.<sup>235</sup> Sie stellten vor allem auf die unter-

232 Anonym zitiert in *ibid.*, S. 64 f.

233 ICTY, *Prosecutor v. Furundzija* (IT-95-17/1-A), Appeals judgment vom 21. Juli 2000), fourth ground of appeal, Rn. 164-215.

234 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, 12 August 2010. Hierzu ausführlich *August Reinisch/Christina Knahr*, Conflict of Interest in International Investment Arbitration (Chapter 6), in: Anne Peters/Lukas Handschin (Hrsg.), *Conflict of Interest in Governance* (Cambridge: Cambridge University Press 2012). Rechtsgrundlage für den Antrag auf Ablehnung eines Schiedsrichters ist Art. 57 i. V.m. Art. 14 ICSID.

235 Wenn bereits eine Publikation über einen Aspekt des ICSID zur Begründung von Befangenheit ausreichte, würden sich alle potentiellen Schiedsrichter in Schweigen hüllen. Dies wäre sehr nachteilig für die Rechtentwicklung, weil die juristische Debatte über ICSID-Probleme unfruchtbar wäre, wenn sich nicht gerade die Personen, die auch tatsächlich in ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit involviert sind (als Wissenschaftler, Schiedsrichter oder Parteienvertreter) hieran beteiligen (*Urbaser*, Rn. 48). Der von den Antragstellern verfolgte Ansatz würde zu einer großflächigen Disqualifikation vieler Schiedsrichter führen und die Schiedsgerichtsbarkeit lähmen (*ibid.*, Rn. 46 und 54). Es muss deshalb unterschieden werden zwischen der bloßen Äußerung vertretbarer Auffassungen und der Einnahme solch starker Standpunkte, die verhindern, dass der Schiedsrichter einen unbefangenen Blick auf den konkreten Streitfall wirft. Es ist zu vermuten, dass die letztere Situation nur ausnahmsweise vorliegt. Nur wenn die Standpunkte des Schiedsrichters so spezifisch und klar sind, dass ein vernünftiger Dritter den Eindruck gewönne, dass der Schiedsrichter auf seiner vorgefassten Meinung beharren wird, ohne das Tatsachen- und Rechtsvorbringen der Streitparteien angemessen zu würdigen, kann er als befangen gelten. Die bloße Äußerung einer Rechtsauffassung, auch wenn sie für den Schiedsfall relevant ist,



schiedlichen Rollen des angegriffenen Kollegen ab: Sie betonten, dass McLachlan seine Auffassung *in seiner Rolle als Wissenschaftler* („in his capacity as a scholar“) vertreten hatte und nicht in einer Schiedsentscheidung, die eine Bindungswirkung für ihn entfalten könnte.<sup>236</sup> Nach einer Prüfung der Publikationen von McLachlan kamen die beiden Schiedsrichter zum Ergebnis, dass „Prof. McLachlan’s scholarly opinions do not meet the threshold of presenting an appearance that he is not prepared to hear and consider each Parties’ position with full independence and impartiality.“<sup>237</sup> Der Antrag auf Disqualifizierung von McLachlan wurde abgelehnt.

Ein Gegenbeispiel bildet der Fall des Richters Geoffrey Robertson am Special Court for Sierra Leone. Der Richter hatte vor seiner Ernennung ein Buch veröffentlicht, in dem er die *Revolutionary United Front* von Sierra Leone der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit beschuldigte.<sup>238</sup> Der Angeklagte Issa Sesay griff den Richter wegen des Anscheins der Befangenheit an. Hier betraf die frühere Publikation – im Unterschied zum ICSID-Fall – die konkreten Streitparteien und genau den dem Gericht vorliegenden Sachverhalt. Die Kollegen der *appeals chamber* disqualifizierten Robertson,<sup>239</sup> meines Erachtens zu Recht.

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.<sup>240</sup> Es müssen eindeutige Anzeichen von Parteilichkeit oder Voreingenommenheit hinzutreten, weil sonst die paradoxe Situation einträte, dass gerade seine/ihre Qualifikation zur Disqualifizierung führte.

#### 4. Abhilfe

Im Ergebnis tragen Doppelrollen und Rollenwechsel zur besseren Aufgabenerfüllung bei, weil sie die Sachkunde der beteiligten Völkerrechtler erhöhen. Sie sind nachteilig, vor allem weil mangelnde Distanz die Unvoreingenommenheit des Urteils beeinträchtigen kann. Jeder Vorschlag zur Regulierung von Rollenkonflikten müsste zwischen diesen Vor- und Nachteilen abwägen und einen Mittelkurs einschlagen. Speziell für Richter wurde das Instrument der Disqualifikation eben erörtert.

---

reicht nicht aus, um den Schiedsrichter wegen mangelnder Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu disqualifizieren (Rn. 44 f.).

236 *Ibid.*, Rn. 51: „[T]he opinions referred to by Claimants have been expressed by Prof. McLachlan in his capacity as a scholar and not in a decision that could have some kind of a binding effect upon him. One of the main qualities of an academic is the ability to change his/her opinion as required in light of the current state of academic knowledge. The two Members have no doubt that Prof. McLachlan reaches such high standard of science and conscience.“

237 *Ibid.*, Rn. 58.

238 *Geoffrey Robertson, Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (London: Allen Lane 1999), Kapitel „Lessons from Sierra Leone“. Hier wird die RUF als „guilty of atrocities on a scale that amounts to a crime against humanity ... must never again be forgiven“ bezeichnet. Diese und andere Passagen sind in der Entscheidung (Fn. 239, S. 2 f.) ausführlich zitiert. Die Folgeauflagen des Buchs wurden z.T. umgeschrieben (3. Aufl. Penguin 2006).

239 Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, Decision on Defense Motion Seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber (13. März 2004), *Prosecutor v. Sesay* (case no. SCSL-2004-AR15-15). Das Problem hätte vermieden werden können, wenn die Buchpublikation bereits bei der Beurteilung der Kandidatur von Robertson für das Richteramt berücksichtigt worden wäre.

240 ICTY, *Furundzija* (Fn. 233), Rn. 205.

### a) Unvereinbarkeitsvorschriften?

Eine weitere Möglichkeit sind Nebentätigkeitsverbote. So ist die Unvereinbarkeitsvorschrift für IGH-Richter seit der Revision des Statuts des StIGH im Jahr 1929 weit formuliert und verbietet den Richtern ihrem Wortlaut nach jegliche andere Berufstätigkeit, einschließlich einer akademischen Anstellung. Sie wird jedoch restriktiv ausgelegt und nur auf die Ausübung solcher Tätigkeiten, die eine Abhängigkeit von einer Regierung implizieren, angewendet.<sup>241</sup>

In Bezug auf Rollenwechsel über die Zeit könnten verordnete *Cooling off*-Perioden<sup>242</sup> das in der Wirtschaft berüchtigte *Revolving door*-Phänomen verhindern. Ein striktes Verbot von Doppelrollen durch Unvereinbarkeitsvorschriften ist (außerhalb der Richterrolle) abwegig, weil die Vorteile der Mehrfachrollen und auch des Rollentausches deren Gefahren deutlich überwiegen.

### b) Transparenz

Funktionsstörungen aufgrund von Rollenkonflikten kann auch durch Transparenz begegnet werden. Obligatorische oder freiwillige Selbstdeklarationen erzeugen diese Transparenz. „Da ich *jurisconsulte* bin, kann ich nicht etwas annehmen, was österreichischen Interessen zuwider läuft. *Ich sage dem Außenministerium, was ich mache*“, sagte mir ein Befragter.

Juristische Angestellte von Institutionen, z.B. der EU-Kommission oder des WTO-Sekretariats, kennzeichnen ihre wissenschaftlichen Publikationen mit der Sternchenfußnote, in der sie ihre institutionelle Zugehörigkeit offen legen und den *disclaimer* anbringen. Zwar ist dessen primäre Funktion die Freizeichnung der Institution von den „privaten“, in der Rolle als Wissenschaftler, vertretenen Auffassungen des Autors. Der *disclaimer* bewirkt aber auch, dass der Leser wachsam wird. Er weiß, dass die Auffassungen zwar, wie es immer heißt, „nicht notwendig“ der offiziellen Position der Institution entsprechen, dass dies aber in der Regel der Fall sein wird. Er weiß auch, dass der Autor normalerweise kein Erzkritiker der Institution sein wird. Der Leser wird die inhaltliche Güte der Argumente, aber auch das Publikationsforum (internationales *peer-reviewed journal* oder (pseudo-)wissenschaftliche hauseigene Veröffentlichungsreihe?) bewerten. Es darf dem mündigen Leser überlassen bleiben, anhand dieser Kriterien selbst den Wert der Publikation als wissenschaftliches Werk oder als Auftragsarbeit einzuschätzen. Im Ergebnis dürfte Transparenz in vielen Situationen eine ausreichende Abhilfe sein. Es genügt, dass der Kunde auf die Möglichkeit eines *institutional bias* eines Juristen durch eine ausreichende Kennzeichnung seiner institutionellen Zugehörigkeit aufmerksam gemacht wird.

---

241 *Philippe Couvreur*, Art. 16, in: Andreas Zimmermann/Christian Tomuschat/Karin Oellers-Frahm (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press 2006), Rn. 30 f.

242 Befürwortend für internationale Richter *Terris/Romano/Swigart* 2007 (Fn. 30), S. 202. In diesem Sinne auch die *practice directions* des IGH.

## H. Fazit und Ausblick

Abschließend sollen sechs der angesprochenen Probleme auf den Punkt gebracht werden. Erstens: Unter den *Völkerrechtspraktikern* sind die Rollen des Richters und des *legal adviser* die spannungsreichsten. Die Aufgabe des internationalen Richters oszilliert zwischen Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung. Die Spannbreite der Tätigkeit des *legal adviser* reicht von neutraler Information über die Völkerrechtslage bis hin zur Verteidigung oder gar Scheinrechtfertigung seiner Regierung. Für beide Rollen entstehen am äußeren Ende des Spektrums massive Legitimationsprobleme.

Zweitens: Die *Völkerrechtsdenker* sind in einer „Spannungslage zwischen wissenschaftlicher Orientierung und praktischer Relevanz“<sup>243</sup> gefangen, die sie ausbalancieren müssen. An einem Ende des Spektrums steht eine starke Orientierung am geltenden Völkerrecht und an konkreten Fällen, also die dogmatische und positive Analyse. Dieser Zugang kann – soziologisch betrachtet – die Bearbeitung „der Gefahr aussetzen, als Wissenschaft nicht ernst genommen zu werden.“<sup>244</sup> Systematisch betrachtet sind es die in Teil F.II.3. genannten Gründe, insbesondere die in der Eigenart des Völkerrechts wurzelnde bloße Scheinsicherheit von anwendungsnahen, dogmatischen und positiven Analysen, die ihre Ergänzung durch ethische, empirische, theoretische, sinnvollerweise auch normative Analyse, also in Form der interdisziplinär informierten Grundlagenforschung, nahe legen. Diese relative Emanzipation darf aber nicht zu weit gehen, weil eine zu große Entfernung von der Praxis die Reflexion als Glasperlenspiel erscheinen ließe, was wiederum dem innewohnenden praktischen Bezug von (Völker-)recht nicht gerecht würde.

Drittens: Die Rechtsdenker und die meisten der Praktikertypen spielen in der Realität der internationalen Beziehungen eine gemeinsame Rolle: Die des Experten.<sup>245</sup> Völkerrechtsexperten sind nicht das Gegenstück zu Diplomaten und Politikern;<sup>246</sup> sie sind nicht technisch, neutral, unideologisch, kurz „unpolitisch“. Es gilt vielmehr die „Politik der Expertise“.<sup>247</sup> Denn Wissen ist Macht. „*Scientia potestas est*“, wie es Francis Bacon formulierte. Aber die Expertise kann die politische Legitimation nicht ersetzen. Zwar ist ein legitimatorischer Vorteil des Gelehrtenrechts gegenüber anderen modernen privaten Standardsetzern (den Wirtschaftsbranchen und Berufsverbänden), dass Wissenschaftler keine speziellen Interessengruppen vertreten und ihre Normenvorschläge

---

243 *Trute* 2007 (Fn. 173), S. 121, zur Staatsrechtswissenschaft.

244 *Ibid.* Die „Kehrseite“ der „Praxisorientierung“ ist „eine Orientierung auch der Universitätsausbildung an der Jurisprudenz als praktischer Kunstlehre, deren spezifisch wissenschaftlicher Charakter durchaus zweifelhaft ist, hinter der die Rechtslehre als Wissenschaft mitunter zurücktritt.“ *Schulze-Fielitz* 2007 (Fn. 172), S. 27.

245 Ebenso wie Militär-, Wirtschafts- und Finanzexperten können auch die Völkerrechtsexperten sowohl aus der Praxis als auch aus der Akademie kommen.

246 So aber z.B. *Roucounas* 1992 (Fn. 137), S. 279.

247 Hierzu *David Kennedy*, *The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise*, *European Human Rights Law Review* 5 (2001), S. 463-598; *id.*, *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance*, *Sydney Law Review* 5 (2005), S. 3-28.

deshalb unparteilich und gut informiert sind.<sup>248</sup> Dennoch reicht ihre epistemische Autorität allein nicht aus, um die Ausübung von Hoheitsgewalt, welche beispielsweise in der Rechtssetzung liegt, zu rechtfertigen.<sup>249</sup>

Viertens: Für die Doppelrollenträger gilt, dass alle genannten Aspekte der gegenseitigen Bereicherung in Nachteile umschlagen können, wenn sie übertrieben werden. Für die Beeinflussung der Reflexion durch die Erfahrung als Praktiker gilt: Ein überausgebildeter Realitätssinn kann zu Phantasielosigkeit führen, der Pragmatismus zu unordentlicher Gedankenführung und die diplomatische Geschmeidigkeit zur mangelnden Schärfe des Arguments. Der Denker, der gleichzeitig in der Völkerrechtspraxis tätig ist, sollte sich außerdem bewusst machen, dass seine Reflexionsfähigkeit durch eine mangelnde Distanz zum Gegenstand getrübt werden kann, dass die praktischen Tugenden der Ergebnisorientierung und des Pragmatismus den wissenschaftlichen Tugenden der Ergebnisoffenheit und der Systematik diametral entgegenstehen, und dass er als Wissenschaftler unter Umständen zu einer Selbstzensur gezwungen wird, wenn er in der Praxis einflussreich werden und bleiben will.

Für die umgekehrte Beeinflussung der Praxis durch die Reflexion gilt, dass der systematische Zugang zu einem praktischen Problem zu abstrakt geraten kann, oder die tiefgehende Erörterung einfach zu lang wird; und die Lösungsoffenheit kann zur Entscheidungsunfähigkeit verkommen. Bereicherung oder Belastung der Doppelrollenträger ist also eine Frage des Maßes.

Fünftens: Global betrachtet, sind letztlich Doppelrollen, wie auch die Rollentausche, deshalb kein echtes Problem, weil insgesamt so viele Personen an allen Arten des juristischen Diskurses teilnehmen. Es gibt neben den Doppelrollenträgern immer noch die vielen anderen reinen Praktiker und reinen Rechtsdenker. 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. Im System der Wissenschaft trägt gerade dieser Pluralismus der Ansätze und Auffassungen zur Wissenschaftlichkeit der Befassung mit dem Völkerrechtsstoff bei.

Dennoch, sechstens, kann und sollte jeder einzelne Diskursteilnehmer dadurch zur Sicherung der Qualität der Völkerrechtspraxis und -reflexion beitragen, dass er sich selbst klar macht, in welcher der Rollen er (aktuell) juristisch tätig ist. Insbesondere als Rechtsdenker muss er die Abstandnahme vom Bereich des Handelns und Entscheidens, die – wie dargelegt – eine Entfaltungsbedingung seiner wissenschaftlichen Tätigkeit ist, innerlich vollziehen. Er muss anerkennen, dass seine Vorträge, Aufsätze und insbesondere Privatkodifikationen keine direkt handlungsleitende (insb. keine direkt

---

248 Vgl. *Michaels*, in diesem Band, S. 210 ff.

249 *EuG, Pfizter Animal Health v. Rat der EU*, Slg. 2002 I-3305 ff., Rn. 201 stellte „grundsätzliche Überlegungen zur politischen Verantwortung und demokratischen Legitimation der Kommission“ an. „Während die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Kommission gemäß [Art. 17 Abs. 1 EUV-Lissabon = ex-Art. 211 EGV] durch die politische Kontrolle des Europäischen Parlaments legitimiert ist, sind die Mitglieder des SCAN [Scientific Committee for Animal Nutrition] zwar fachlich, nicht aber demokratisch legitimiert und tragen keine politische Verantwortung. Eine fachliche Legitimation reicht aber nicht aus, um die Ausübung von Hoheitsgewalt zu rechtfertigen.“ In diesem Sinne auch *Michaels*, S. 218 ff., in diesem Band. Selbst wenn die politischen Entscheider ein wissenschaftliches Expertenurteil vorbehaltlos übernehmen, so liegt doch eine „Transubstanziation“ im politischen Verbindlichen.

rechtserzeugende) Wirkung haben. Vollzieht er diesen Schritt nicht, sondern wähnt sich (mehr oder minder bewusst) in einer entscheidenden und rechtssetzenden Rolle, so beeinträchtigt dies die Wissenschaftlichkeit seiner Methode und könnte den wissenschaftlichen Wert seiner Arbeit schmälern.<sup>250</sup> Jeder mit dem Völkerrecht Befasste sollte sich also regelmäßig bewusst machen, wo er sich gerade aufhält: Im „invisible college“<sup>251</sup> oder im *invisible bar* der *international lawyers*.

---

250 Engi 2009 (Fn. 93), S. 30.

251 Oscar Schachter, *The Invisible College of International Lawyers*, *Northwestern University Law Review* 72 (1977), S. 217-226 (S. 226): „[T]he professional community of international lawyers ... constitutes a kind of invisible college dedicated to a common intellectual enterprise.“ Der Ausdruck ‚Invisible College‘ wurde 1646 von Robert Boyle für einen Vorläufer der 1660 gegründeten *Royal Society* verwendet (siehe Robert Lomas, *The Invisible College* (London: Headline 2002), insb. S. 63; *The New Encyclopedia Britannica*, Vol. 10, *Micropaedia*, 15. Aufl. (Chicago 2002), S. 220).

## **Interviewfragen zum Thema „Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern“**

### **I. Praktiker**

1. Bitte beschreiben Sie ganz konkret die von Ihnen ausgeübte Rolle bzw. Rollen als Rechtspraktiker (z.B. Richter, Schiedsrichter, unabhängiger Experte, Regierungsberater, Anwalt, Gutachter, etc.).
2. Können Sie eine (oder mehrere) Ihrer zentralen „Mission/en“ (oder auch nur Motivationen) als Rechtspraktiker nennen? (z.B. der Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen, dem Klienten dienen, o.ä.)? Haben Sie einen großen Praktiker als Vorbild?
3. Haben sich neue Rollen in der Praxis aus einer früheren, anderen Praktikerrolle für Sie ergeben (z.B. vom Mitglied der ILC zum Richter am IGH)?
4. Was empfinden Sie als Ihren größten Erfolg als Rechtspraktiker?
5. Was war bisher für Sie in Ihrer Rolle als Rechtspraktiker die größte Herausforderung bzw. das größte Problem?
6. Wie laufen die Willensbildung und die Arbeitsteilung in einem Kollegium/in einem Team von Rechtspraktikern ab, die gemeinsam an einem Fall arbeiten?
7. Nach welchen Prinzipien nehmen Sie Aufträge als Rechtspraktiker an (z.B. yellow cab rule) oder lehnen Sie sie ab, oder gibt es kein bestimmtes Prinzip?
8. Wenn Sie als Gutachter tätig sind: Erstellen Sie nur neutrale Gutachten (z.B. im Auftrag eines Gerichts) oder auch Parteigutachten? Sind beide Kategorien überhaupt trennbar?
9. Gab es Situationen, in denen Sie formal als unabhängiger Experte agieren sollten, aber Ihre Unabhängigkeit (de facto) beeinträchtigt war?
10. Gibt es nennenswerte Besonderheiten bei bestimmten Auftraggebern (gewisse Staaten, der UN), die die Aufgabenerfüllung entscheidend prägen? (z.B. Finanzknappheit, Sprachprobleme, Korruption oder etwas ganz anderes)?
11. Was sehen Sie als Spezifikum der völkerrechtlichen Rechtspraxis an, im Gegensatz insbesondere zur *privatrechtlichen* Rechtspraxis?

### **II. „Denker“ (Wissenschaftler)**

12. Was sehen Sie als Ihre zentrale „Mission“ (oder auch nur Motivation) als Rechtswissenschaftler an? Haben Sie ein wissenschaftliches Vorbild?
13. Was empfinden Sie als Ihren größten Erfolg als Rechtswissenschaftler?
14. Was war bisher für Sie in Ihrer Rolle als Rechtswissenschaftler die größte Herausforderung bzw. das größte Problem?
15. Nach welchen Prinzipien greifen Sie Forschungsthemen auf/nehmen Einladungen zu Vorträgen an, etc., oder gibt es kein bestimmtes Prinzip?

### **III. Parallelen/Vergleich der Rollen**

16. Welche der beiden Rollen empfinden Sie als schwieriger und anspruchsvoller für Sie persönlich?
17. Welche Ihrer Rollen bringt mehr Sozialprestige (Ansehen), worauf sind Sie stolzer?
18. Gehen Sie – je nach Rolle – mit einer anderen *Methode* an ein juristisches Problem heran?

19. Gilt je nach Rolle ein anderes Berufsethos (ungeschriebene oder geschriebene Ständeregeln) und können Sie dieses Ethos beschreiben? Sind die möglicherweise verschiedenen Leitprinzipien miteinander vereinbar oder unvereinbar?
20. Welche Ihrer Rollen (als Praktiker und als Wissenschaftler) empfinden Sie als „politischer“?
21. Wie viel Zeit wenden Sie (bzw. wandten Sie) für die Ausfüllung Ihrer Rolle als Praktiker/als Wissenschaftler auf? (50/50 oder 80/20 oder...?).
22. Hat sich Ihr Verständnis Ihrer (verschiedenen) Rollen über die Zeit gewandelt (als Berufsanfänger im Vergleich zu jetzt)?
23. In welcher der Rollen können Sie sich mehr auf Mitarbeiter bzw. auf Ihr Team verlassen? In welcher Rolle müssen Sie selbst mehr Arbeit leisten, die nicht delegierbar ist?
24. In welcher der beiden Rollen sind Konkurrenzkampf, Neid, Intrigen, etc. größer?
25. In welcher der beiden Rollen haben persönliche Netzwerke eine größere Bedeutung?
26. In welcher der beiden Rollen hat Ihnen (falls überhaupt) Ihr akademischer Lehrer den Weg geebnet, gewisse Aufträge verschafft oder Sie weiter empfohlen?
27. In welcher Ihrer Rollen verdienen Sie (oder verdienten Sie) „leichter“ oder „lockerer“ Ihr Geld (auch unter Berücksichtigung des Stresses, des Zeitdrucks, des Spaßes etc.)? In welcher Rolle empfinden Sie die Entlohnung als angemessener?

#### **IV. Das Verhältnis zwischen den Rollen/Interaktionen**

28. Haben Sie einen konkreten praktischen Auftrag oder eine Position erhalten wegen eines bestimmten früheren wissenschaftlichen Beitrags (eines bestimmten Buchs oder Aufsatzes)?
29. Wissen Sie, ob Ihnen in der Rechtspraxis konkrete Schwierigkeiten erwachsen sind genau wegen einer konkreten wissenschaftlichen Auffassung, die Sie zuvor vertreten hatten?
30. Hat Ihnen die wissenschaftliche Vorbefassung mit einem Thema schon einmal für die Lösung eines praktischen Falls genutzt und wenn ja, wie? (Beispiel).
31. Haben Sie schon einmal umgekehrt versucht, mit einer praktischen Falllösung eine Ihrer (zuvor vertretenen) wissenschaftlichen Theorien zu bestätigen? (Beispiel).
32. Hat Ihnen ein praktisches Problem, mit dem Sie befasst waren, eine Inspiration für einen neuen wissenschaftlichen Ansatz geliefert? (Beispiel).
33. Haben Sie sonstige Rollenkonflikte oder Synergieeffekte erlebt?

# 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*) stellten 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“.

## Summary

*Roles of legal theorists and practitioners – from a public international law perspective*

*by Prof. Anne Peters, LL.M. (Harvard)*

The paper reflects on the roles of international legal scholars and practitioners. It empirically describes what international lawyers do, it reflects theoretically about some core issues arising in the various roles (e.g. the task of the judge to apply but possibly also to develop international law), and recommends normatively how international legal scholars should position themselves in relation to legal practice, and how to address role conflicts.

The empirical findings are based on interviews with 17 international practitioners who are (with three exceptions) also law professors (see on method part A), and on interviews conducted by others, on personal accounts, and on existing sociological studies. Part B briefly describes the roles of the scholar as a researcher and teacher. Part C sketches out the principal practical roles: legal advisers who oscillate between technicality and apology, legal counsels in international courts and tribunals, and international judges. Part D analyses the common features and common problems of both roles: International law is a vocation, international lawyers want – in both roles – to be creative and seek recognition by their peers, they aspire to work for the common good and for justice. The critique that international lawyers are caught between sentimental humanism and cynicism did not seem fully pertinent for my interviewees. Part D II compares the law-developing role of judges and publicists, both mentioned in Article 38(1) lit. d) ICJ-Statute as a subsidiary source of international law. Part D III illuminates the political character of international scholarship and practice and the issue of „speaking law to power“. Part E analyses differences between both roles, such as result-orientation versus openness and innovation, pragmatism versus systematisation, standardisation versus individualism, and last but not least the measurability of success. A crucial difference lies in the institutional authority and correlative accountability of the practitioner, the lack of both being the decisive condition for enjoying academic freedom.

Part F analyses the relationship between the systems „practice“ and „scholarship“. It is first asked how practice can serve scholarship (part F I). It is then asked, inversely, whether and how scholarship can serve practice (part F II). This part contains a plea for a relative emancipation of scholarship from practice along three lines: in favour of foundational research alongside applied research, in favour of empirical, theoretical, and ethical research besides purely doctrinal research and in favour of normative analysis alongside the positive analysis of the law as it stands. Normative analyses (i.e. the evaluation of international legal practice and suggestions *de lege ferenda*) are an indispensable task of legal scholarship because of the relative vagueness and dynamics of international law whose positive analysis can only generate false security.

Part G analyses specific problems of holders of dual roles. First, the synergy effects are highlighted: Practitioners become better practitioners through their academic training and work, and academics become better academics through practical experience. On the other hand, role conflicts can arise: Reflexion is undermined by practical activity because this endangers the result-openness, the impartiality, and the distance to the object

of study, and prevents the scholars from controlling practice from the outside. Also, the risk of self-contradiction and fear of being challenged as an arbitrator or judge mutes free scholarship. Impediments also work in the direction from scholarship to practice. For example, the practitioner tends to be biased *vis-à-vis* his own previous scholarly findings and is prone to give it a too prominent place. International judges, in particular, can be caught in conflicts due to their parallel, previous and even subsequent academic or other practical roles. The principal management tool with regard to role conflicts is, it is submitted, transparency rather than prescribing incompatibilities or disqualification.

Part H concludes with six observations:

- (1) The most oscillating practical roles are those of the legal adviser and of the judge, who work on a broad spectrum at the very end of which lurk massive legitimacy problems.
- (2) Scholars are caught in a tension between academic orientation and practical relevance. Scholarship must emancipate itself from practice without completely detaching itself, because this would misunderstand the practical character of the law itself.
- (3) Scholars and practitioners play the common role of the expert in international relations. But this expertise cannot substitute political legitimacy. The *consensus doctorum*, the epistemic authority of scholars, does not justify the exercise of political authority needed for law-making.
- (4) For dual role holders, all aspects of mutual enrichment can turn into disadvantages when they are exaggerated. For example, realism can lead to a lack of imagination, and diplomatic smoothness to wobbly argumentation.
- (5) Overall, dual roles and role switching are not a problem because so many persons participate in the legal discourse. Bad scholarship (and to a limited extent bad practice) is neutralised by the work of hundreds of others dealing with the same legal problem.
- (6) Every participant can and should contribute to securing the quality of the discourse on international law by clearly keeping in mind where he or she just stands: in the invisible college or at the invisible bar of international lawyers.



# Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht

Von Prof. Dr. Ralf Michaels, Durham, NC\*

- I. Thema und Methode
    - a) Rollenverständnis, Rolle und Paradigma
    - b) Methode
    - c) Eingrenzung des Themas
  - II. Das Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit
    - a) Staatsbürger und Weltbürger
      - i) Dogmatik: das transnationale System der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
      - ii) Soziologie: die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als kosmopolitische Gemeinschaft
      - iii) Exkurs: Grenzen der Transnationalisierung staatlicher Gerichte
    - b) Praktiker und Wissenschaftler
      - i) Der Schiedsrechtler als (Rechts-) Honorarier
      - ii) Der Schiedsrechtler als Professioneller und Unternehmer
      - iii) Der Schiedsrechtler als Wissenschaftler
      - iv) Der Schiedsrechtler als Rechtstheoretiker und Philosoph
      - v) Der Schiedsrechtler als Visionär und Träumer
    - c) Öffentliche und private Rolle
      - i) Richter oder Dienstleister
      - ii) Die Verbindungsthese und ihre Lücken
      - iii) Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit?
  - III. Materielles Privatrecht jenseits des Staates: Private Rechtsetzung
    - a) Staatsbürger und Weltbürger
      - i) Juristische Faktoren: Kodifikation und Materialisierung
      - ii) Soziologische Faktoren: Ausbildung und Berufsbild
    - b) Praktiker und Wissenschaftler
      - i) Der Praktiker als Rechtserzeuger? Lex Mercatoria
      - ii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 1: Privatkodifikationen
      - iii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 2: Der gemeinsame Referenzrahmen
      - iv) Der Privatkodifikator als Professioneller und Unternehmer
      - v) Der Privatrechtler als Träumer
    - c) Öffentliche und private Rolle
      - i) Legitimation und Geltung
      - ii) Zwingende Normen
  - IV. Schluss
- Thesen zum Referat  
Summary

---

\* Arthur Larson Distinguished Professor of Law, Duke University. Dies ist die überarbeitete und erweiterte Aufsatzfassung meines Vortrags vor der (damals noch so genannten) Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Vollständigkeit in den Nachweisen wäre unmöglich. Dank für wertvolle Hinweise gebührt Dagmar Coester-Waltjen, Jan Kleinheisterkamp, Nils Jansen, Anne Peters und Reinhard Zimmermann.

## I. Thema und Methode

Darum ist es nicht Anmaaßung, sondern recht und gut, wenn jeder, der ein Herz hat für seinen Beruf und eine klare Anschauung von demselben, diese Anschauung öffentlich mittheilt und die Rechtsgelehrten dürfen darin am wenigsten zurück bleiben. Denn gerade im bürgerlichen Rechte ist der Unterschied der gegenwärtigen und der vergangenen Zeit recht augenscheinlich. Ohne Zweifel kann auch hierin im einzelnen noch viel Verkehrtes geschehen aus Unverstand oder bösem Willen. Aber die erste Frage darf doch wieder seyn: was ist recht und gut?

Diese Worte finden sich gleich zu Anfang von Savignys berühmtem Text „Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“.<sup>1</sup> Obwohl der Text fast 200 Jahre alt ist, passt doch das Zitat auf mein Thema, als wäre es heute geschrieben. „Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ – also Savignys Thema – das benennt Praktiker und die Rechtsdenker, die ich behandeln soll (obwohl Savigny jedenfalls hier unter den Praktikern die Richter und Anwälte auslässt). Wie zu Savignys Zeit ist auch heute der Unterschied im Recht, zumal dem bürgerlichen Recht, zwischen der gegenwärtigen und der vergangenen Zeit „recht augenscheinlich“. Das Privatrecht löst sich vom Staat mit seinem politischen Apparat; es wird europäisiert, globalisiert, und privatisiert.<sup>2</sup> Die nationale Rechtsprechung sieht sich zunehmend im Wettbewerb, oder in Arbeitsteilung, mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Materielles Privatrecht wird zunehmend supranational erzeugt (insbesondere in der EU, aber auch weltweit); daneben gibt es auch die nichtstaatliche, private Erzeugung,<sup>3</sup> als *lex mercatoria*,<sup>4</sup> aber auch als Privatkodifikation.<sup>5</sup> Dieses neue, transnationale Privatrecht,<sup>6</sup> ist noch auf der Suche nach seiner Identität; „viel Verkehrtes [geschieht] aus Unverstand oder bösem Willen.“

Wie 1814 ist auch heute wieder der Jurist – Praktiker wie Theoretiker – aufgerufen, „eine klare Anschauung“ von seinem Beruf mitzuteilen. Mit dem Beruf geht es schon Savigny um mein heutiges Thema: das Rollenverständnis, das Verhältnis, das der Jurist zu seiner Disziplin einnimmt. Beruf ist dabei ein angemessen ambivalenter Begriff: er bezeichnet sowohl Beruf als auch Berufung, sowohl Profession als auch Funktion und Legitimation des Juristen. Sowohl das Rollenverständnis als auch die tatsächlich gespielte Rolle sind also umfasst.

---

1 *Friedrich Carl v. Savigny*, *Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814, Neudruck 1997) 1 f., auch in *Hans Hattenhauer* (Hg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften* (1973) 95, 98.

2 Zu Thema und Trias, siehe *Ralf Michaels/Nils Jansen*, *Private Law Beyond the State. Europeanization, Globalization, Privatization*, in *Nils Jansen/Ralf Michaels* (Hg.), *Beyond the State? Rethinking Private Law* (2009) 69 ff.

3 Dazu zuletzt *Jan Smits*, *Private Law 2.0. On the Role of Private Actors in a Post-National Society* (2011).

4 Die Literatur ist nicht mehr zu überblicken. Für meine eigenen Zweifel daran, ob es wirklich ein autonomes System der *lex mercatoria* gibt, siehe *Ralf Michaels*, *The True Lex Mercatoria – Global Law Beyond the State*, *Ind. J. of Global Leg. Stud.* 14 (2007) 447 ff.

5 Zum Begriff *Catherine Kessedjian*, *La codification privée*, in *Allegría Borràs* (Hg.), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz* (1996) 135 ff.; *Ralf Michaels*, *Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ* 62 (1998) 580 ff.; umfassend zum Phänomen jetzt *Nils Jansen*, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective* (2010), allerdings mit Kritik am Begriff ebenda 7.

6 Der Begriff wird hier bewusst unscharf verwandt; für eine neuere Begriffsbestimmung und Theorisierung, siehe *Graff-Peter Calliess/Peer Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code – A Theory of Transnational Private Law* (2010); siehe auch jetzt das Sonderheft 38/1 (2011) des *J. Law & Soc'y* zum Thema „The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates“ (auch als gleichnamiges Buch, hg. von *Colin Scott/Fabrizio Cafaggi/Linda Senden*, 2011).



## a) Rollenverständnis, Rolle und Paradigma

Ich möchte dementsprechend mein Thema in zweierlei Hinsicht ausweiten. Erstens möchte ich mich in meinen Ausführungen nicht auf ein Rollenverständnis beschränken, also die Frage, wie Teilnehmer am Recht selbst ihre Rolle verstehen. Isoliert ist ein solches privates Verständnis nur von anekdotischem, vielleicht biographischem Interesse. Relevant wird das Verständnis erst dann, wenn man es mit der Rolle vergleicht, die der Teilnehmer tatsächlich im Recht spielt. Das Rollenverständnis ergibt sich aus der Selbstschau, die tatsächlich gespielte Rolle dagegen aus dem Zusammenhang mit der Gesellschaft, aber auch zur Disziplin. Die Rollen des Praktikers und des Akademikers innerhalb einer Disziplin lassen sich nicht ohne Verständnis der Disziplin selbst bewerten.

Damit stehen zweitens Rolle und Rollenverständnis auch in einem engeren Bezug zum Generalthema der Konferenz, dem des Paradigmas. Der Begriff des Paradigmas wird häufig mit dem Werk Thomas Kuhns verbunden.<sup>7</sup> Erst in jüngerer Zeit wird stärker betont, wie sehr Kuhn selbst auf früheren Erkenntnissen aufbaute, insbesondere denen des polnischen Arztes, Medizinhistorikers und Wissenschaftstheoretikers Ludwik Fleck.<sup>8</sup> Fleck nahm viele der Gedanken Kuhns vorweg, so auch den des Paradigmas, der bei Fleck Denkstil heißt. Mehr noch als später Kuhn betonte Fleck aber neben dem Paradigma auch die Rolle der relevanten Akteure und ihrer Zusammenarbeit in einer Konstellation, die er Denkkollektiv nannte. Das Denkkollektiv, die teils ideal gedachte, teils tatsächlich zu beobachtende Gruppe von miteinander im Austausch stehenden Wissenschaftlern, bringt einen gemeinsamen Denkstil hervor; dieser Denkstil wiederum ist wichtig, um die Gruppe epistemisch zusammenzuhalten. Diese Idee des Denkkollektivs wurde später wiederbelebt unter dem von Peter Haas und anderen populär gemachten Begriff der epistemischen Gemeinschaft (epistemic community),<sup>9</sup> sie hat auch etwa die berufs- und wissenschaftssoziologische Theorie von Bruno Latour, insbesondere die science and technology studies, maßgeblich beeinflusst.<sup>10</sup> Alle diese Ansätze sind auch für das Recht zu verwenden.<sup>11</sup>

Haas selbst definiert epistemische Gemeinschaften mittels vierer Charakteristika: gemeinsame normative und prinzipielle Überzeugungen, gemeinsame Ansichten über Probleme und Lösungen, ein gemeinsames Verständnis von Geltung und Gewicht von

---

7 Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen* (2001; original englisch, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. Aufl. 1970).

8 Ludwik Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache: Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv* (8. Aufl. 1980, zuerst 1935). Siehe dazu zuletzt Rainer Egloff, *Evolution des Erkennens – Ludwik Flecks „Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache“*, in Bernhard Pörksen (Hg.), *Schlüsselwerke des Konstruktivismus* (2011) 60 ff.

9 Peter M. Haas, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, *International Organization* 46 (1992) 1 ff.

10 Zum Einfluss auch Bruno Latour, *Learning our Political Epistemology from Ludwik Fleck*, [http://www.collegium.ethz.ch/fileadmin/110526\\_latsis\\_latour.mov](http://www.collegium.ethz.ch/fileadmin/110526_latsis_latour.mov).

11 Zu Kuhn etwa Ralf Michaels, *Two Paradigms of Jurisdiction*, *Mich. J. Int'l.* 27 (2006) 1003, 1022 ff.; zu Fleck Jan C. Joerden, *Zur Entstehung und Entwicklung einer rechtswissenschaftlichen Tatsache*, in Božena Chotuj/Jan C. Joerden (Hg.), *Von der wissenschaftlichen Tatsache zur Wissensproduktion: Ludwik Fleck und seine Bedeutung für die Wissenschaft und Praxis* (2007) 325 ff.; zu Latour Bruno Latour, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'Etat* (2004).

Argumenten, und ein gemeinsames Projekt im weiteren Sinne.<sup>12</sup> Darüber hinaus ist Einigkeit nicht vorausgesetzt. Die epistemische Gemeinschaft mag bezüglich bestimmter Determinanten einig sein und sein müssen, aber das schließt nicht aus, dass innerhalb der Gemeinschaft um Bedeutung und Deutungshoheit gekämpft wird.

## b) Methode

Mein Themenverständnis hat methodische Relevanz in zweierlei Hinsicht. Es bedeutet erstens, dass das Rollenverständnis sich auch und gerade in Stellungnahmen zu dogmatischen Fragen zeigen muss, also in der Rolle, die Akteure tatsächlich spielen. Ich stütze mich daher, bewusst anders als Anne Peters in ihrem hervorragenden Parallelreferat zum Völkerrecht,<sup>13</sup> nur teilweise auf Selbstdarstellungen. Für die Verwertung von Interviews fühle ich mich nicht hinreichend ausgebildet. Andere Selbstdarstellungen werden genutzt, sind aber, jedenfalls isoliert betrachtet, dubios. Ernst Stiefel hat nicht völlig unrecht: „Autobiographien von Juristen und insbesondere Anwälten sind entweder langweilig oder eitel oder indiskret oder alles zusammen.“<sup>14</sup> Neben Selbstdarstellungen bin ich daher vor allem daran interessiert, welches Rollenverständnis sich in Stellungnahmen zu dogmatischen und theoretischen Fragen des Privatrechts widerspiegelt.<sup>15</sup>

Zweitens bedeutet der Zusammenhang zwischen Rolle und Paradigma, dass Rolle und Rollenverständnis nicht frei gewählt sind, sondern von bestimmten, historisch bedingten, gesellschaftlichen, ökonomischen und politischen Faktoren abhängen; auch diese wollen zumindest angedeutet werden.<sup>16</sup> Sowohl der Praktiker als auch der Rechtsdenker agieren nicht isoliert von der Gesellschaft (auch wenn sie das manchmal behaupten), sondern unter tatsächlichen Zwängen einerseits, unter Bedingungen des Wettbewerbs um Einkommen und Fördermittel, aber auch gesellschaftliche und berufsspezifische Anerkennung andererseits. Der Beruf „unserer Zeit“ ist eben genau das: nicht ein idealisiertes oder universelles Konzept, sondern ein raum- und zeitabhängiges.

Tatsächlich ist „unsere Zeit“ nicht in jeglicher Hinsicht so wie die Savignys im Jahre 1814: Zwar ist es richtig, dass wir heute, so wie zu Beginn des 19. Jahrhunderts, ein

---

12 Haas (Fn. 9) 3. Das ausführliche Zitat lautet so:

- (1) *a shared set of normative and principled beliefs*, which provide a value-based rationale for the social action of community members
- (2) *shared causal beliefs*, which are derived from their analysis of practices leading or contributing to a central set of problems in their domain and which then serve as the basis for elucidating the multiple linkages between possible policy actions and desired outcomes
- (3) *shared notions of validity*—that is, intersubjective, internally defined criteria for weighing and validating knowledge in the domain of their expertise;
- (4) *a common policy enterprise*—that is, a set of common practices associated with a set of problems to which their professional competence is directed, presumably out of the conviction that human welfare will be enhanced as a consequence.

13 Anne Peters, Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht, in diesem Band S. 105 ff.

14 Ernst C. Stiefel, Eröffnungsansprache, in Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael H. Hoeflich (Hg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland (1993) 1, 1.

15 Zum Verhältnis immer noch lesenswert Josef Esser, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in Fritz Baur u.a. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag (1974) 517 ff.

16 Vgl. auch Ralf Michaels, Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?, RabelsZ 69 (2005) 525 ff.

Erstarken des privaten Sektors konstituieren, ein Freimachen privater, insbesondere wirtschaftlicher Kräfte von der Kontrolle des Staates. So wird zurecht darauf hingewiesen, dass das 19. Jahrhundert eine erste Globalisierung erlebte.<sup>17</sup> Jene Globalisierung unterschied sich aber von der heutigen, und auch im Recht spiegelt sich die Parallele nur unvollständig wider. Im frühen 19. Jahrhundert, vor der industriellen Revolution, konnte man – vielleicht – noch ein Privatrecht vertreten, das streng vom öffentlichen Recht getrennt und nur privaten Interessen verpflichtet war.<sup>18</sup> Dieses Privatrecht war inhaltlich ganz weitgehend außerstaatlich, selbst da wo es formal in Form einer Kodifikation daherkam. Das 20. Jahrhundert indes hat diesen Glauben an ein unpolitisches Privatrecht zerstört. Interessenjurisprudenz und Freirechtsschule in Deutschland, Rechtsrealismus in den USA, haben zu der Überzeugung geführt, dass es, jedenfalls im *staatlichen* Privatrecht, auch um governance geht, dass das Privatrecht und damit auch der Privatrechtler auch eine politische und regulatorische Funktion erfüllt.<sup>19</sup> Das gilt unabhängig davon, ob man diese regulatorische Funktion im paternalistischen Eingriff in den Markt sieht oder in der liberalen Ermöglichung optimaler Marktkonditionen, ob der Privatrechtler also social engineer ist oder ordoliberaler Nachtwächter. Privatrecht lässt sich ohne seine gesellschaftliche Relevanz nicht mehr denken. Wenn, überspitzt gesagt, im 19. Jahrhundert Staat und Gesellschaft konzeptionell getrennt werden konnten, so stehen sie im 21. Jahrhundert eher in einem Kooperationsverhältnis.<sup>20</sup> Dieses Kooperationsverhältnis gilt es für das transnationale Privatrecht auszuleuchten.

### c) Eingrenzung des Themas

Mit diesen Überlegungen lässt sich mein Thema sinnvoll eingrenzen. Ich möchte für zwei Teilgebiete des transnationalen materiellen Privatrechts jeweils Fragen anhand von drei Spannungsverhältnissen stellen. Das erste Teilgebiet betrifft die Privatisierung des Prozessrechts und darin insbesondere das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Dabei beschränke ich mich auf die Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und lasse die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus, denn diese liegt irgendwo zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Das zweite Teilgebiet betrifft die Privatisierung der Setzung materiellen Privatrechts, insbesondere transnationalen Privatkodifikationen. Gemeint sind damit vor allem die Lando-Prinzipien des europäischen Privatrechts und die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, beides

---

17 Dazu insb. *Jürgen Osterhammel*, Die Verwandlung der Welt – Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts (2011).

18 Zur Geschichte dieser Trennung ist viel geschrieben worden; besonders hilfreich zum 19. Jahrhundert sind m.E. *Dieter Grimm*, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in *Walter Wilhelm* (Hg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte (1972) 224 ff.; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II (1988) 51 ff.; *ders.*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in *Wolfgang Hofmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangrechtsordnungen (1996) 41 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 245 ff.; für die USA insbesondere *Morton J. Horwitz*, The Transformation of American Law, 1780-1860 (1979).

19 Dazu zuletzt etwa *Fabrizio Cafaggi/Horatia Muir Watt* (Hg.), The Regulatory Function of European Private Law (2009).

20 Siehe dazu *Ralf Michaels*, The Mirage of Nonstate Governance, Utah Law Review 2010, 31 ff.; *Calliess/Zumbansen* (Fn. 6).

nichtstaatliche Restatements des allgemeinen Vertragsrechts.<sup>21</sup> Andere Institutionen<sup>22</sup> werden nebenbei behandelt oder ganz herausgelassen. Auf das dritte eigentlich relevante Teilgebiet, das internationale Privatrecht im engeren Sinne, kann ich hier nicht eingehen, obwohl richtigerweise internationales und materielles Privatrecht gemeinsam zum transnationalen Privatrecht gehören.<sup>23</sup>

Innerhalb jedes dieser Teilgebiete beschäftige ich mich mit dem Rollenverständnis der Akteure in jeweils drei Spannungsverhältnissen. Das erste Spannungsverhältnis betrifft die Natur der jeweiligen epistemischen Gemeinschaft und besteht zwischen nationaler und transnationaler Rolle: Inwieweit versteht sich der Jurist als Mitglied seines Staates, inwieweit als Mitglied einer transnationalen Gemeinschaft? Ein zweites Spannungsverhältnis ergibt sich direkt aus dem mir gestellten Thema und besteht zwischen den Rollen des Praktikers, des Wissenschaftlers und – insofern überschreite ich das mir gestellte Thema – des Gläubigen und Visionärs. Die Frage ist hier, ob diese Rollen einander überlappen und ob sie miteinander im Konflikt stehen. Das dritte Spannungsverhältnis schließlich betrifft das Verhältnis meines Referats zu dem von Anne Peters und besteht zwischen privater und öffentlicher Rolle: Versteht der Privatrechtler seine Verpflichtung gegenüber den Privatparteien oder gegenüber der Allgemeinheit? Ist seine Tätigkeit private Dienstleistung oder global governance? Wie privat ist der transnationale Privatrechtler; wie privat kann er sein?

## II. Das Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit

Ich beginne mit dem Recht der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, das sich aus mehrerlei Gründen besonders gut zum Einstieg eignet. Erstens handelt es sich um ein junges und dynamisches Gebiet, dessen Identität im Fluss ist und das seine Legitimität ständig neu nachzuweisen versucht. Dass Darstellungen des internationalen Schiedsrechts in der historischen Einleitung auf die Wurzeln ihres Themas in der Antike hinweisen, sehe ich eher als Bestätigung meiner Einschätzung: Die dargestellte Geschichte beschränkt sich fast vollständig auf Schiedsverfahren zwischen Staaten oder private Schiedsgerichtsbarkeit ohne spezifisch internationalen Aspekt.<sup>24</sup> Zweitens

---

21 Principles of European Contract Law (PECL); UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC); vgl. zu beiden *Michaels* (Fn 5); *Reinhard Zimmermann*, Principles of European Contract Law, in *Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht (2009) 404 ff.; *Jan Kleinheisterkamp*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ebenda 1547 ff.

22 Zu europäischen Projekten *Hans-Werner Micklitz*, Review of Academic Approaches to the European Contract Law Codification Project, in *Mads Andenas* u.a. (Hg.), *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems* (2007) 699 ff.; *Ralf Michaels*, Restatement, in Handwörterbuch (Fn. 21) 1295 ff.; *Reinhard Zimmermann*, The Present State of European Private Law, *Am. J. Comp. L.* 57 (2009) 479 ff.

23 Etwa *Robert Wai*, Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society, *Harv. J. Int'l L.* 46 (2005) 47 ff.; *ders.*, Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation through Plural Legal Regimes, in *Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann* (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation* (2006) 229 ff.; *Fabrizio Cafaggi/Horatia Muir Watt*, Introduction, in *dies.* (Fn. 19) 1, 14 ff.

24 Siehe etwa *W. Lawrence Craig*, Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, *Texas J. Int'l L.* 30 (1995) 1, 2-11; *Gary B. Born*, International Commer-

lassen sich unterschiedliche Rollenverständnisse hier gerade deshalb gut untersuchen, weil verschiedene Rollen traditionell von denselben Akteuren erfüllt werden: der typische Schiedsrichter ist zu verschiedenen Zeiten Parteivertreter, Schiedsrichter, oder auch Wissenschaftler. Erst in jüngerer Zeit kommt es zu stärkerer Ausdifferenzierung: insbesondere um Befangenheitsanträgen zu entgehen, beschränken sich einige führende Praktiker auf die Tätigkeit als Schiedsrichter und verzichten auf die Parteivertretung. Drittens kann ich in diesem Gebiet auf besonders gründliche rechtssoziologische Untersuchungen zurückgreifen. Aufbauend auf Bourdieu haben Yves Dezalay und Bryant Garth 1996 mit „Dealing in Virtue“ eine richtungweisende Soziologie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vorgelegt.<sup>25</sup>

### a) Staatsbürger und Weltbürger

Zu bestimmen ist zunächst die Position des Schiedsrichters zwischen Staatsverbundenheit und Globalisierung, seine Rolle zwischen Staatsbürger und Weltbürger. Diese Frage lässt sich sowohl dogmatisch als auch soziologisch angehen.

#### i) Dogmatik: das transnationale System der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

In der Dogmatik spiegelt sich diese Frage in zahlreichen Einzelfragen wider, insbesondere in Fragen zur Relevanz des Rechts des Sitzstaates.<sup>26</sup> So wird etwa die traditionelle Ansicht, das anwendbare materielle Recht sei durch die staatlichen Kollisionsnormen des Sitzstaates zu bestimmen (so auch § 1051 II ZPO), immer wieder in Frage gestellt: der Schiedsrichter soll statt dessen selbst die adäquate Kollisionsnorm bestimmen,<sup>27</sup> oder gar (scheinbar) unmittelbar, unter Ausschluss aller Kollisionsnormen („voie directe“), entscheiden.<sup>28</sup> Auch das anwendbare Prozessrecht soll nicht notwendig dem Recht des Sitzstaates entnommen werden, sondern von den Parteien oder dem Schieds-

---

cial Arbitration I (2009) 7 ff.; *Karl-Heinz Böckstiegel*, Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration, *Arb. Int'l* 25 (2009) 293, 294 f. Mehr Konzentration auf das 20. Jahrhundert bei *Lord Mustill*, The History of International Commercial Arbitration, in *Lawrence W. Newman/Richard D. Hill* (Hg.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (2. Aufl. 2008).

25 *Yves Dezalay/Bryant G. Garth*, Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order (1996); teilweise zusammengefasst in *dies.*, Marketing and selling transnational 'judges' and global 'experts': building the credibility of (quasi)judicial regulation, *Socio-Econ. Rev.* 8 (2010) 113, 118-121.

26 Betroffen sein kann auch die Relevanz des Rechts des Anerkennungsstaates, zum Beispiel bei Versuchen, den traditionell als staatlich verstandenen anerkennungsrechtlichen ordre public durch einen ordre public nationaler oder transnationaler Natur zu ergänzen oder gar zu ersetzen; so etwa *Norbert Horn*, Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien. Elemente eines internationalen ordre public, *RabelsZ* 44 (1980) 423 ff.; *Pierre Lalive*, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage internationale, *Rev. arb.* 1986, 326 ff.; *ders.*, L'ordre public transnational et l'arbitre international, in *Liber amicorum Fausto Pocar II* (2009) 599 ff.; umfassend *Lotfi Chedly*, Arbitrage commercial international et ordre public transnational (2002).

27 Grundlegend *Berthold Goldman*, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, *Recueil des Cours* 109 (1963) 347 ff.

28 Art. 1496 Nouveau code de procédure civile; Art. 17(1) ICC Rules; vgl. *Born II* (Fn. 24) 2123 ff. In Wirklichkeit ist auch die sogenannte voie directe notwendig eine Kollisionsnorm, die nur nicht klar benannt wird: *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht I (2003) § 5 Rn 74; a.A. aufgrund eines zu engen Verständnisses von Kollisionsnormen *Boris Handorn*, Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – Zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts gemäß § 1051 Abs. 1 und 2 Zivilprozessordnung (2005) 121.

richter autonom bestimmt werden können.<sup>29</sup> Schließlich haben ausländische Gerichte Schiedssprüche anerkannt, nachdem diese durch die Gerichte des Sitzstaates aufgehoben wurden.<sup>30</sup>

All diese Diskussionen sind nicht nur für die Entscheidung konkreter dogmatischer Fragen relevant, die hier vernachlässigt werden können. Relevant sind sie vor allem auch bezüglich der Rolle des Schiedsgerichts, die den jeweiligen Ansätzen zugrunde liegt. Hinter der dogmatischen Frage, inwieweit das Recht des Ursprungsstaats (oder auch das des Zielstaats) auf das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch Anwendung finden, steht nämlich die Frage nach der Rolle des Schiedsrichters, inwieweit er in das Rechtssystem des Ursprungsstaats eingeordnet ist, inwieweit er also nationaler Akteur ist.

F.A. Mann, wohl der letzte strenge Vertreter der Ansicht, das Recht des Sitzstaates sei notwendig anwendbar sei, folgerte diese seine Ansicht auch aus der notwendig nationalen Rolle des sogenannten internationalen Schiedsgerichts: „Im Rechtssinn gibt es kein internationales Handelsschiedsgericht.“<sup>31</sup> Wenn nun die wohl mittlerweile ganz herrschende Ansicht zum Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine solche notwendige Bindung an das Recht des Sitzorts ablehnt, so ist damit auch eine Ablehnung des Mann'schen Rollenverständnisses verbunden. Dogmatisch wird das anhand der Rechtsnatur des Schiedsspruchs diskutiert: man spricht von Delokalisierung oder Denationalisierung des Schiedsspruchs.<sup>32</sup>

Wird also eine Verbindung zum Ursprungsstaat abgelehnt, so ist damit noch nicht entschieden, was an dessen Stelle treten soll. Die Idee, den Schiedsspruch und damit den Schiedsrichter jeglicher Rechtsordnung zu entheben und nur den Vereinbarungen der Parteien zu unterwerfen („*contrat sans loi*“) hat sich nicht durchsetzen können – nicht nur, weil ein Vertrag ohne Rechtsordnung nicht möglich ist, sondern auch rein praktisch, weil der Vertrag ganz regelmäßig nicht alles regelt.<sup>33</sup> Manchmal spricht man vom „floating“ Schiedsspruch, der gewissermaßen über allen Rechtsordnungen schwebt und auf Eingliederung wartet, eine Situation, die Robert Wai treffend als „transnational

---

29 V(1)(d) UNÜ 1958; Art. IV(4)(d) EuÜ.

30 Vor allem Cass. civ., Rev. arb. 1985, 431 m. Anm. Goldman („Norsolor“); OGH, SZ 66 Nr. 131 (S. 280) (vgl. auch OGH, ZfRV 1999, 24 = IPRax 2000, 314 und dazu *Ralf Michaels*, Anerkennung internationaler Schiedssprüche und ordre public, ZfRV 1999, 5 ff.); Cass. Civ., Rev. arb. 1994, 327 m. Anm. Jarrosson = ZZPInt 3 (1998) 485 m. Anm. Schlosser („Hilmarton“); *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp.907 (D.D.C. 1996) = ZZPInt 3 (1998) 485, 499 m. Anm. Schlosser („Chromalloy“); weitere Fälle bei *Claudia Alfons*, Recognition and Enforcement of annulled foreign arbitral awards (2010) 82-118. Umfassend *Dennis Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2007), der ebenda 275, diese Frage als „Paradigma der Integration des Schiedsspruchs in die Rechtsordnung des Ursprungsstaates“ bezeichnet.

31 *F.A. Mann*, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130 (1968) 97, 101; englische Originalversion: *Lex facit arbitrum*, in Pieter Sanders (Hg.), *International Arbitration—Liber Amicorum for Martin Domke* (1967) 157 ff.

32 *Thilo Rensmann*, Anationale Schiedssprüche. Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche in nationalen Recht (1997). Zu verschiedenen Begriffen auch *Solomon* (Fn. 30) 449. Überblick bei *Pierre Mayer*, The Trend towards Delocalisation in the last 100 Years, in *Martin Hunter/Arthur Marriott/V.V. Veeder* (Hg.), *The Internationalisation of International Arbitration* (1995) 37 ff.

33 Zum *contrat sans loi* zuletzt *Jean-Paul Béraudo*, Faut-il avoir peur du *contrat sans loi*?, in *Le droit international privé: esprit et méthodes – mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (2006) 93-112; *Léna Gannagé*, Le *contrat sans loi* en droit international privé, *Electronic J. of Comp. L.* 11.3 (Dez. 2007) <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>, auch in *Katharina Boele-Woelki/Sjef van Erp* (Hg.), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law* (2007) 275 ff.

lift-off“ bezeichnet hat.<sup>34</sup> Statt dessen soll der Schiedsrichter entweder in das Völkerrecht eingegliedert sein (das indes als öffentliches Recht nicht ganz passt) oder einer eigenen Rechtsordnung untergeordnet werden, die sich entweder aus der Gesamtschau aller bestehenden Rechtsordnungen ergeben soll oder aber durch die Schiedsgerichtsbarkeit selbst geschaffen wird. Proklamiert wird, was F.A. Mann noch für logisch ausgeschlossen hielt,<sup>35</sup> nämlich ein genuin internationaler Schiedsspruch – „la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale.“<sup>36</sup>

Denationalisierung und Internationalisierung/Transnationalisierung des Schiedsspruchs sind nun zunächst einmal paradigmatische Schritte; sie betreffen den Rahmen des Denkens, nicht unmittelbar auch den des Denkers. Gleichzeitig haben sie aber einen Einfluss auf die Rolle der Akteure, insbesondere des Schiedsrichters. Wenn nämlich der Schiedsspruch denationalisiert ist, so ist es, jedenfalls funktional, auch das Schiedsgericht: es ist nicht mehr Teil eines Staates, sondern Teil eines „global adjudication system.“<sup>37</sup> Der Schiedsrichter ist nicht seinem oder irgend einem Staat verpflichtet, steht aber auch nicht lediglich in einem Verhältnis zu den Parteien, sondern ist vielmehr Teil eines transnationalen Systems, in das er eingebunden ist.

ii) *Soziologie: die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als kosmopolitische Gemeinschaft*

Soziologisch gewendet stellt sich die Frage dahingehend, ob die relevante epistemische Gemeinschaft, der der Schiedsrichter angehört und die ihn prägt,<sup>38</sup> primär national oder transnational ist. Dabei zeigt sich, dass man von einer internationalen Gemeinschaft der internationalen Schiedsrichter sprechen kann.<sup>39</sup> Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit erfüllt alle Kriterien, die Haas an eine epistemische Gemeinschaft stellt.<sup>40</sup> Es besteht ein gemeinsamer Glaube an die Überlegenheit privater gegenüber staatlicher Streitschlichtung. Man ist sich einig über die zentralen Probleme des Fachs, insbesondere die Autonomie vom Staat einerseits, die Einhaltung von due process andererseits. Man ist sich – im Grunde – einig über eine juristische Behandlung

34 Robert Wai, „Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization“, Col. J. of Transnat'l Law 40 (2002) 209 ff.

35 Mann (Fn. 31) 101.

36 Cass. Civ., Rev. de l'arb. 2007, 507 („Putrabali“). Das wird gewürdigt als Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre von Emmanuel Gaillard, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Rev. arb. 2007, 697, 700. Vgl. schon Cass. civ., Rev. arb. 1994, 327, 328 (Fn. 30): „la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégré dans l'ordre juridique de cet Etat.“

37 Charles N. Brower/Charles H. Brower, II/Jeremy K. Sharpe, The Coming Crisis in the Global Adjudication System, Arb. Int'l. 19 (2003) 415 ff.

38 Zu dieser ausführlich Katherine Lynch, The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration (2003) 94 ff.; ihr folgend Gabriele Kaufmann-Kohler, Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity, J. of Int'l Dispute Settlement 1 (2010) 295 ff.

39 Lynch (Fn. 38) 99f; Thomas Schultz, Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes, Am. J. Jurisprud. 56 (im Ersch.). Einschränkung Reza Banakar, Reflexive Legitimacy in International Arbitration, in Volkmar Gessner/Ali Cem Budak (Hg.), Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law (1998) 347, 391.

40 Oben Fn. 12.

von Problemen, die im Prinzip vom Recht einzelner Staaten abstrakt ist.<sup>41</sup> Und man hat schließlich ein gemeinsames rechtspolitisches Projekt, dass nämlich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu einem mehr und mehr eigenständigen, aus sich selbst heraus gerechtfertigten Feld wird. Transnationalität ist dabei eine notwendige Voraussetzung für all diese Faktoren; dass sich die Gemeinschaft als transnationale konzipiert, ist daher geradezu notwendig für ihre Rolle.

Die Antwort folgt also fast zwangsläufig: der internationale Schiedsrichter ist transnational. Von der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist man mittlerweile oft strikt getrennt (in US-amerikanischen Kanzleien auch organisatorisch) und betont manchmal (vielleicht übertrieben) die Eigenständigkeit: „International arbitration is no more a ‚type‘ of arbitration than a sea elephant is a type of elephant.“<sup>42</sup> Differenzen innerhalb dieser traditionellen Gruppe sind wesentlich geringer als Differenzen zwischen der Gruppe und ihrer Umwelt. Dem steht nicht entgegen, wenn Dezalay und Garth zwischen dem älteren europäischen Typ des Schiedsrichters als Honorarier und dem neueren US-amerikanischen Typ des Schiedsrichters als Professionellem unterscheiden. Das ist nämlich weniger ein geographischer als vielmehr ein Generationenunterschied.<sup>43</sup> Die oft beschriebene Amerikanisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit<sup>44</sup> hat zwar zu einer Konvergenz geführt, im Ergebnis ist aber der Schiedsrichter nicht spezifisch Amerikaner; er ist Kosmopolit.<sup>45</sup>

Diese Gemeinschaft nun ist noch immer relativ klein und abgeschlossen, zumindest für die großen Verfahren eine relativ enge und kleine Gruppe von Akteuren.<sup>46</sup> Der Großteil der bedeutenden internationalen Schiedsverfahren wird von einer erstaunlich kleinen Zahl immer wieder auftauchender Schiedsrichter verhandelt: „a group of ‚professional‘ arbitrators who, forming an exclusive club in the international arena, are automatically brought into almost any major dispute by the operation of predetermined methods.“<sup>47</sup> Man spricht oft von einer Kaste,<sup>48</sup> einem Kartell, einem Club, oder

---

41 Vgl. *Bruno Oppetit*, *Théorie de l'arbitrage* (Paris, 1998) 113 f.: „par osmose, les idées, les pratiques, les jurisprudences, avant même les législations nationales et les conventions internationales, ont progressivement convergé ... vers un consensus sur des principes, souvent très proches, d'organisation et de fonctionnement.“

42 *Jan Paulsson*, *International Arbitration is not Arbitration*, *Stockholm Int'l Arb. Rev.* 2/2008, 1, 1.

43 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 52; *Lynch* (Fn. 38) 101 f.

44 *Lucy Reed/Jonathan Sutcliffe*, *The „Americanization“ of International Arbitration?*, *Mealy's Int'l Arb. Rpt.* 16 (2001) 36 ff.; *Elena V. Helmer*, *International Commercial Arbitration: Americanized, „Civilized“, or Harmonized?*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 19 (2003) 35 ff.; *Roger P. Alford*, *The Americanization of International Arbitration*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 19 (2003) 69 ff.; *Eric Bergsten*, *The Americanization of International Arbitration*, *Pace Int'l Law Rev.* 18 (2005) 289 ff.; *Pedro J. Martinez-Fraga*, *The American Influence on International Commercial Arbitration – Doctrinal Developments and Discovery Methods* (2009); *Siegfried H. Elsing*, *Incoming Tide: Die Rezeption angloamerikanischen Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit*, *Dt. Anwaltsspiegel* 5/2010, S. 22.

45 *Shahla Ali*, *Resolving Disputes in the Asia Pacific Region: International Arbitration and Mediation in East Asia and the West* (2010).

46 *Catherine A. Rogers*, *The Vocation of the International Arbitrator*, *Am. U. Int'l L. Rev.* 20 (2005) 957 ff.

47 *Iran-United States*, Case No. A/18, 5 *Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 251, 336 (1984), zit. in *Detlev F. Vagts*, *The International Legal Profession. A Need for More Governance?*, *Am. J. Int'l L.* 90 (1996) 250, 250. Vgl. auch das Zitat bei *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 50 Fn. 32.

48 *Thomas Clay*, *Qui sont les arbitres internationaux? Approche sociologique* in *J. Rosell* (Hg.), *Les arbitres internationaux* (2005) 13, 22 f.



gar einer Bande<sup>49</sup> oder Mafia,<sup>50</sup> ein Begriff der sogar von Insidern verwandt wird.<sup>51</sup> Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist insoweit einem (stillen) Kartell vergleichbar, als man versucht, einerseits Verfahren und Mandate unter einander aufzuteilen und zuzuweisen, und andererseits den Zugang zu erschweren: Zugangsvoraussetzung ist weiterhin (oder soll es jedenfalls sein) wie bei einer Gilde, bei einem der Großen des Schiedsrechts gelernt zu haben.<sup>52</sup>

Teilnahme an dieser Gemeinschaft setzt eine kosmopolitische Identität voraus. Der typische internationale Schiedsrechtler ist Kosmopolit;<sup>53</sup> er spricht jedenfalls englisch und französisch und oft weitere Sprachen,<sup>54</sup> und tritt weltweit auf. Die nationale Herkunft des Schiedsrechtlers wird dabei oft als Hindernis empfunden. Insbesondere im Prozessrecht, in dem die Unterschiede zwischen Rechtskulturen stärker sind als im materiellen Recht, wirkt sich die Herkunft und Ausbildung sowohl des Anwalts als auch des Schiedsrichters darauf aus, wie unbefangen er mit bestimmten, rechtskulturbedingten Prozessrechtsinstituten umgeht. Klaus Peter Berger etwa hat kürzlich zehn Prinzipien des deutschen Rechts aufgelistet, die bei deutschen Praktikern im Schiedsprozess oft durchdringen, und deutlich gemacht, wie das der Natur des internationalen Schiedsrechts widerspricht.<sup>55</sup> Das im Schiedsrecht regelmäßig geäußerte Interesse ist ein anderes: die nationalstaatliche Identität soll weitestmöglich durch eine funktionsspezifische Identität des transnationalen Schiedsrechtlers ersetzt werden.<sup>56</sup> Gleichzeitig zu dieser Kulturfremde wird von Schiedsrichter allerdings auch Sensibilität für die unterschiedlichen kulturellen Hintergründe der Parteien verlangt,<sup>57</sup> eine fast unmögliche Kombination.<sup>58</sup> Eine neue Studie findet, dass etwa asiatische Schiedsrechtler einen höheren Wert

---

49 *Clay* (vorige Fn.) 22 f.

50 *Rogers* (Fn. 46) 967.

51 Vgl. die Zitate bei *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 50: „Now why is it a mafia? It’s a mafia because people appoint one another. You always appoint your friends – people you know.“ und *Shahla Ali* (Fn) 92 („You’ve heard about the ‘arbitration mafia,’ the self-perpetuating oligarchy which fortunately I seem to be a member of ...“). Nach *Michael McIlwath & John Savage*, *International arbitration and mediation: a practical guide* (2010) 255, steht MAFIA für Mutual Association For International Arbitration. Weniger wohlwollend zum Begriff *Jan Paulsson*, *Ethics, Elitism, Eligibility*, *J. Int’l Arb.* 14(4) (1996) 13, 19-20.

52 *Pierre Lalive*, *Sécrétaire de tribunaux arbitraux – le bon sens l’emporte*, *ASA Bull.* 1989, 1 (zit. nach *Clay* [Fn. 48] 26); *Charles Brower*, *W(h)ither International Commercial Arbitration?*, *Arb. Int’l.* 24 (2008) 181, 191 f.

53 Siehe etwa die Einzeldarstellungen bei *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 139.

54 *Rogers* (Fn. 46) 958; *Clay* (Fn. 48) 28 f.

55 *Klaus Peter Berger*, *The International Arbitrator’s Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction*, *Arb. Int’l* 25 (2009) 217 ff.; vgl. *Laurence Shore*, *Arbitration, Rhetoric, Proof: The Unity of International Arbitration Across Cultures*, in *Arthur W. Rovine* (Hg.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2009* (2010) 293 ff. Unbefriedigend, weil zu sehr auf Rechtsregeln beschränkt, sind *Guillermo Aguilar Alvarez*, *To what Extent Do Arbitrators in International Cases Disregard the Bag and Baggage of National Systems?*, in *Albert Jan van den Berg* (Hg.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* (1996) 139 ff.; *Malcolm Wilkey*, *The Practicalities of Cross-Cultural Arbitration*, in *Stefan N. Frommel/Barry A.K. Rider* (Hg.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* (1999) 79 ff.

56 *Yasuhei Taniguchi*, *Is there a Growing International Arbitration Culture? An Observation from Asia*, in *van den Berg* (vorige Fn.) 31, 38 ff.; *Giorgio Bernini*, *Is there a Growing International Arbitration Culture?*, ebenda 41, 44; *Bernardo M. Cremades*, *Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration*, in *Frommel/Rider* (vorige Fn.) 147, 165; *Böckstiegel* (Fn. 24) 301.

57 *Ibrahim Fadlallah*, *Arbitration Facing Conflicts of Culture*, *Arb. Int’l* 25 (2009) 303 ff.

58 *Bernini* (Fn. 56) empfiehlt zur Lösung des Problems „a pragmatic approach“, keine sehr konkrete Hilfe.

auf Vertraulichkeit und auf Streitschlichtung legen als ihr westlicher Kontrapart.<sup>59</sup> Freilich ist das, was sich da transnational gibt, doch weitgehend eine Verkörperung westlicher Prinzipien der Rechtsprechung; die Kulturunterschiede, die überwunden werden, sind ganz weitgehend die innerhalb des Westens zwischen civil und common law.<sup>60</sup>

Diese transnationale epistemische Gemeinschaft ergibt sich nun nicht von selbst; sie wird aktiv gefördert. Der Vis International Commercial Arbitration Moot Court etwa, der wichtigste Moot Court zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, bringt Teams aus verschiedenen Ländern zusammen und verlangt von ihnen insbesondere, zwischen civil law und common law changieren zu können.<sup>61</sup> Transnationalisierung des Nachwuchses wird hier also aktiv gefördert. Auch die Schiedsrechtsabteilungen großer Rechtsanwaltskanzleien sind bunt gemischt und arbeiten zwischen den Standorten eng zusammen; ganz regelmäßig werden junge Praktiker an andere Standorte oder sogar ausländische Kanzleien ausgeliehen. Am deutlichsten aber zeigt sich der transnationale Charakter des Schiedsrechtlers in der Wissenschaft. Die führenden Lehrbücher aus den verschiedensten Ländern – Deutschland, USA, selbst Frankreich – sind voller Verweise auf eine große Menge verschiedener Rechtssysteme,<sup>62</sup> ausdrücklich vergleichend<sup>63</sup> oder sogar effektiv transnational;<sup>64</sup> viele existieren auch in Übersetzung zumindest ins Englische.<sup>65</sup>

Diese Förderung der Transnationalität ist kein bloßer Luxus. Eine solche epistemische Gemeinschaft ist im Interesse der Schiedsrechtsgemeinschaft; sie stärkt, bei aller bestehender Konkurrenz, den Zusammenhalt im Inneren und damit auch die Resistenz gegenüber Eingriffen durch die Staaten. Zudem ermöglicht es die Eigenständigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, der Kritik zu entgehen, die gegen die nationale Schiedsgerichtsbarkeit vorgebracht wird. Nationale Schiedsgerichtsbarkeit mag theoretisch entbehrlich sein angesichts der Existenz von staatlichen Gerichten; internationale Schiedsgerichtsbarkeit wird dagegen als zwingend notwendig dargestellt, weil interna-

59 *Jonathon Crook*, *Leading Arbitration Seats in the Far East: A Comparative View*, in *Frommel/Rider* (Fn. 55) 63, 63; *Simon Greenberg/Christopher Kee/J. Romesh Weeramantry*, *International Commercial Arbitration – An Asia-Pacific Perspective* (2011) 43 ff.; ausführlich *Ali* (Fn. 45).

60 *Christian Borris*, *The Reconciliation of Conflicts between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process*, in *Frommel/Rider* (Fn. 55) 1 ff.; vgl. *Thomas E. Carbonneau*, *Judicial Appropriation in Building the Civilization of Arbitration*, in *Thomas E. Carbonneau/Angelica M. Sinopole* (Hg.), *Building the Civilization of Arbitration* (2010) 333, 333.

61 Vgl. <http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>: „In the pairings of teams for each general round of the forensic and written exercises, every effort is made to have civil law schools argue against common law schools – so each may learn from approaches taken by persons trained in another legal culture. Similarly, the teams of arbitrators judging each round are from both common law and civil law backgrounds.“ Siehe auch *Daniel Girsberger*, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts*, in *Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich* (Hg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte – Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag* (2005) 23 ff.

62 *Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman*, *Traité de l'Arbitrage Commercial International* (1996); *Mauro Rubino-Sammartano*, *International Arbitration Law and Practice* (2. Aufl. 2001).

63 *Jean-François Poudret/Sébastien Besson*, *Droit comparé de l'arbitrage* (2003); *Julian D. M. Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kroll*, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003).

64 *Insb. Born* (Fn. 24).

65 *Etwa René David*, *Arbitration in International Trade* (1985; orig. frz.); *Klaus Peter Berger*, *International Economic Arbitration* (1993; orig. dt.); *Emmanuel Gaillard/John Savage* (Hg.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration* (1999, erweitert aus der frz. Voraufgabe); *Jean-François Poudret/Sébastien Besson*, *Comparative law of international arbitration* (2007; orig. frz.); *Rubino-Sammartano*, (Fn. 62, orig. it.).

tionale Wirtschaftsgerichte nicht existieren.<sup>66</sup> Innerhalb des Schiedsrechtswesens besteht Konkurrenz zwischen den Akteuren. Im Verhältnis nach außen aber besteht ein gemeinsames Interesse des Kartells, das Schiedsrechtswesen legitim zu machen.

iii) *Exkurs: Grenzen der Transnationalisierung staatlicher Gerichte*

Nun spricht man allerorten von Transnationalisierung des Rechts insgesamt, und man könnte meinen, die Entwicklung in der Schiedsgerichtsbarkeit sei nur Ausprägung einer allgemeineren Entwicklung. Sieht man genauer hin, so trifft das nicht zu: dieser Entwicklung hat die *staatliche* Rechtsprechung relativ wenig entgegengehalten. Allerdings gibt es auch hier Tendenzen zur Transnationalisierung, insbesondere eine beginnende internationale Vernetzung.<sup>67</sup> Inhaltlich ist diese Transnationalisierung staatlicher Gerichte aber weitgehend begrenzt auf Situationen, in denen international Einigkeit besteht oder hergestellt werden soll. Wo diese fehlt, agieren Gerichte gerade nicht als Organe der Weltgemeinschaft; sie ziehen sich aus Rücksicht auf andere Staaten auf ihr Territorium zurück. So hat etwa der US Supreme Court in *Morrison v. National Australia Bank* kürzlich darauf verzichtet, das US-amerikanische Finanzmarkthafungsrecht über die Grenzen der USA hinaus anzuwenden.<sup>68</sup> Ähnlich hatte das Gericht vor ein paar Jahren das Kartellhaftungsrecht territorial beschränkt<sup>69</sup> – auch das eine Entscheidung, die in Deutschland begrüßt wurde.<sup>70</sup> Regulatorisch kann dieser Regulierungsverzicht freilich nur dann gerechtfertigt werden, wenn andere Regulatoren einspringen, so dass keine Unterregulierung entsteht. Diese Frage wird aber vom Gericht nicht einmal angesprochen.<sup>71</sup> Transnationalisierung bedeutet für Gerichte also Einschränkung, nicht Erweiterung ihres Aktionsradius. Die Alternative des Unilateralismus gilt als unbotmäßig.

In diesem Sinne jedenfalls wird die Transnationalisierung des Privatrechts ganz weitgehend der Schiedspraxis überlassen. Ein Wettbewerb entsteht nicht, im Gegenteil: Staaten bemühen sich um weitgehende Schiedsfreundlichkeit;<sup>72</sup> Schiedsfreundlichkeit wird als Standortvorteil gesehen:<sup>73</sup> „The utility of the [New York] Convention in promoting the process of international commercial arbitration depends upon the willingness of

66 Paulsson (Fn. 42) 3-4.

67 Dazu etwa Anne-Marie Slaughter, Court to Court, Am. J. Int'l L. 92 (1998) 708 ff.; Michael J. Kirby, Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges, (Melb. J. of Int'l Law 9 (2008) 171, 173 ff.

68 *Morrison v National Australia Bank, Ltd*, 130 S. Ct. 2869, 2880 (2010); Jan von Hein, Finanzkrise und Internationales Privatrecht, in diesem Band S. 421, IV.2.

69 *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

70 Siehe die Nachweise bei Ralf Michaels/Daniel Zimmer, US-Gerichte als Weltkartellgerichte?, IPRax 2004, 451 ff.

71 Zu Empagran Ralf Michaels, Empagran's Empire – International Law and Statutory Interpretation in the U.S. Supreme Court of the Twenty-First Century, in David L. Sloss/Michael D. Ramsey/William S. Dodge (Hg.), International Law in the U.S. Supreme Court – Continuity and Change (2011) 533, 541 ff.

72 Siehe Catherine A. Rogers, Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration, Mich. J. Int'l L. 23 (2002) 341, 349 f. m.w.N.; *West Tankers Inc v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA*, [2007] UKHL 4, No. 18 (Lord Hoffmann).

73 Zuletzt etwa Horst Eidenmüller, Recht als Produkt, JZ 2009, 641, 646; Stefan Kröll, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2009–2010, NJW 2011, 1265, 1271; Gilles Cuniberti, Enhancing Judicial Reputation Through Legal Transplant – Estoppel Travels to France, Am. J. Comp. L. (im Ersch.) Abschnitt IV A.

national courts to let go of matters they normally would think of as their own.<sup>64</sup> Insbesondere transnationale Tatbestände werden bereitwillig der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen.<sup>75</sup> Ein Wettbewerb mit der Schiedsgerichtsbarkeit findet weitgehend nicht statt.<sup>76</sup> Auch erste Versuche, in Deutschland etwa Verfahren in englischer Sprache zu ermöglichen,<sup>77</sup> scheinen eher gegen englische Gerichte und ausländisches Recht als (was behauptet wird) gegen die Schiedsgerichtsbarkeit gerichtet zu sein.<sup>78</sup> Statt dessen erfolgt eine Funktionsabgrenzung. Anders gesagt: je mehr die Schiedsgerichtsbarkeit sich transnationalisiert, desto geringer ist der Druck auf die staatliche Gerichtsbarkeit, das gleiche zu tun.<sup>79</sup>

## b) Praktiker und Wissenschaftler

### i) Der Schiedsrichter als (Rechts-) Honorarier

Wie steht es nun innerhalb der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit dem zweiten Spannungsverhältnis, dem Verhältnis zwischen Praxis und Wissenschaft? Für lange Zeit – etwa bis in die 1970er Jahre – war das internationale Schiedsrecht ein europäisch dominiertes Feld der Praxis; die Rechtswissenschaft hat das Feld lange weitgehend ignoriert. Das hatte Gründe: Schiedsgerichtsbarkeit galt als fundamental anders als staatliches Recht, wurde geradezu als Nichtrecht erachtet und auch beworben: Freiheit von institutionellem Zwang statt Gerichtsbürokratie, Entscheidungen nach Billigkeit und praktischen Erfordernissen statt formaler Rechtsregeln, Vertraulichkeit statt Gerichtsöffentlichkeit, Einzelfallentscheidung statt Präzedenzsystem, maximale prozesuale Flexibilität anstatt formaler Rechtsbehelfe, Geschwindigkeit, geringe Kosten.<sup>80</sup> Schiedssprüche wurden erfüllt, nicht aus rechtlicher Verpflichtung oder gar Angst vor Vollstreckung (vor dem New Yorker Übereinkommen war die Vollstreckung in vielen Ländern äußerst schwierig), sondern als eine Sache der Ehre.<sup>81</sup>

In einem solchen System ist die Rolle des Schiedsrichters nicht notwendig eine spezifisch juristische; wichtiger als juristische Kompetenz sind Glaubwürdigkeit, persönliche

74 *Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories*, 315 F.3d 829, (U.S. 2003); Vgl. die Kritik von *Richard M. Buxbaum*, Public Policy, Ordre public and Arbitration: A Procedural Scenario and a Suggestion, in *Peter Hay* u.a. (Hg.), *Resolving international conflicts: liber amicorum Tibor Várady* 83, 91 ff. (2009). Vgl. auch Cour d'appel Paris, 18 November 2004, *SA Thalès Air Defense v. GIE Euromissile*, Rev. arb., 2005, 751 und dazu *Radicati di Brozolo*, „L'illicéité qui crève les yeux: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)“, ebenda 529 ff.; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 June 2008, *SNF v. Cytac*, Rev. arb., 2008 473. Dank für diese Hinweise an *Jan Kleinheisterkamp*.

75 Siehe die Kritik bei *Jan Kleinheisterkamp*, *The Review of Arbitrator's Interpretation of International Contracts – Transnational Law as a Dangerous Short-Cut. Note regarding Swiss Federal Supreme Court Decision 4A\_240/2009*, ASA Bull. 29 (2011) 474, 479 ff.

76 So im Interview *Emmanuel Gaillard*, *Juriste d'Entreprise Magazine* N°3 (Juillet 2009) („Il n'y a donc aucune rivalité entre l'arbitrage et la justice étatique ...“)

77 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), BT-Drs. 17/2163; kritisch zur mangelnden Berücksichtigung der Schiedsgerichtsbarkeit *Martin Illmer*, *Ziel verfehlt – Warum Englisch als Verfahrenssprache in § 1062 ZPO zuzulassen ist*, ZRP 2011, 170, 172 f.

78 So auch *Andreas Remmert*: *Englisch als Gerichtssprache: Nothing ventured, nothing gained*, ZIP 2010, 1579, 1583; kritisch auch *Illmer* (vorige Fn.) 171 f.

79 Siehe auch *Hermann Hoffmann/Andreas Maurer*, *Bedeutungsverlust staatlicher Zivilgerichte – einem empirischen Nachweis auf der Spur*, Z. f. RSoz. 31 (2010) 279 ff.

80 *Rogers* (Fn. 72) 350 f.

81 So noch etwa Art. XX der ersten Ausgabe der ICC-Regeln.

Integrität und Verständnis für wirtschaftliche und technische Zusammenhänge.<sup>82</sup> So beschreibt Ottoarndt Glossner noch 1982 die Rolle des Schiedsrichters wie folgt:

To be an arbitrator is to exercise an honourable function. It is no profession... [The arbitrator need] not be a lawyer. He can be just as well a technical expert, an engineer, but he must be a person of knowledge and high moral standards. ... It is only natural that the parties listen more intensely to somebody who speaks to them from a higher elevation of experience, knowledge, reputation. To be an arbitrator is a noble task, which challenges the whole personality, all of its intellectual and physical capacities.<sup>83</sup>

Wenn juristische Fähigkeiten relativ unwichtig sind, was überhaupt qualifiziert nun Juristen, Rechtswissenschaftler insbesondere, besonders für diese Aufgabe? Die Antwort ist wohl diese: Juristen sind, zumal in der kontinentaleuropäischen Tradition, in weberscher Terminologie, Rechtshonoratioren und haben als solche die notwendige Autorität.<sup>84</sup> Das gilt, jedenfalls in Europa, in hohem Maße für Professoren und Richter an Obergerichten.<sup>85</sup> Dezalay und Garth schildern, wie die führenden internationalen Schiedsrichter älterer Generationen oft fast durch Zufall zum Schiedsrecht kamen; ihr Ansehen entspricht ihrer Position als „grand old men“,<sup>86</sup> eine charismatische Autorität.

## ii) *Der Schiedsrichter als Professioneller und Unternehmer*

Dieses Verständnis des Schiedsrichters als Honoratioren änderte sich nun etwa ab den 1970er Jahren, in starkem Maße beeinflusst durch das Eindringen US-amerikanischer Praktiker auf den Markt für internationale Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>87</sup> In den USA galt Schiedsrecht, national verstanden, lange Zeit als ein unattraktives Feld, sowohl finanziell als auch intellektuell. Erst als klar wurde, wie viel Profitpotenzial die internationale Schiedsgerichtsbarkeit mit sich bringt, bauten US-Firmen eigene Abteilungen für Schiedsrecht auf, allerdings mit bestimmten wesentlichen Besonderheiten. Erstens wurde die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht an die nationale angekoppelt, sondern an die international litigation. Der Schiedsrechtspraktiker US-amerikanischer Praxis ist also seiner Herkunft und Ausrichtung nach ein litigator. Zweitens erkannten US-amerikanische Schiedsrechtspraktiker, dass sie das Ansehen der Honoratioren europäischer Prägung schwerlich erreichen und also kaum konkurrenzfähig sein konnten,

82 Vgl. *Kenneth S. Carlston*, Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes, in *Liber Amicorum Domke* (Fn. 31) 44, 47 ff.; *Rogers* (Fn. 72) 350 ff.; *Susan D. Franck*, The Role of International Arbitrators, *ILSA J. of Transnat'l L.* 12 (2006) 499, 504.

83 *Ottoarndt Glossner*, Sociological Aspects of International Commercial Arbitration, *Int'l Bus. Lawyer* 10 (1982) 311, 311, auch in *Jan C. Schultz/Albert Jan van den Berg* (Hg.), *The Art of Arbitration – Essays on International Arbitration*. *Liber amicorum Peter Sanders* (Kluwer 1982) 143, 144. Glossner selbst wird in einem Nachruf durch *Karlheinz Böckstiegel* charakterisiert als „old-style gentleman with great diplomatic skills, but also great personal warmth“: *Dr. Ottoarndt Glossner 1923-2010*, <http://www.arbitration-icca.org/news.html>. Vgl. auch *Geoffrey Beresford Hartwell*, Arbitration: The Commercial Way to Justice, in *ders.* (Hg.), *The Commercial Way to Justice – The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators* (1997) 7, 14 f.

84 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 46 und vgl. 60; zum Begriff zuerst *Max Weber*, *Recht und Gesellschaft* (5. Aufl. 1980) 455 f.; vgl. auch *Max Rheinstein*, Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf den Charakter der Rechtsordnung, *RabelsZ* 34 (1970) 1 ff.

85 Historisch-vergleichend wertvoll zur Rolle des Juristen in Europa *Filippo Ranieri*, Der europäische Jurist – Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe, *Ius Commune* 17 (1990) 9 ff.

86 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 34 ff.

87 *Jacques Werner*, International Commercial Arbitrators: From Merchant to Academic to Skilled Professional, *Disp. Resol. Mag.* 4 Heft 3 (Spring 1998) 22 ff.; *Klaus Günther*, *Anwaltsimperien*, *Kursbuch* 155 (2004) 1 ff.

wenn nicht die Konditionen des internationalen Schiedsrechts sich so änderten, dass ihre eigenen Fähigkeiten stärker hervorträten. Die oft beschriebene Amerikanisierung des internationalen Schiedsrechts<sup>88</sup> – also die Verrechtlichung des Schiedsverfahrens, die Einführung spezifisch US-typischer Prozessinstitute, die Tendenz zu adverser Verfahrensführung – wurde gezielt auch dazu betrieben, die Konkurrenzfähigkeit US-amerikanischer Anwälte zu erhöhen.<sup>89</sup> Möglich war das dadurch, dass der relativ informelle Charakter der internationalen Schiedsrechtspraxis weitgehend auf stillschweigender Übereinkunft beruhte und daher gegenüber prozessualen Strategien machtlos war, die diese stillschweigende Übereinkunft nicht anerkannten.

Das Ergebnis ist ein Schiedsrecht, das nicht mehr damit wirbt, dass es ganz anders ist als das nationale Gericht, sondern umgekehrt gerade damit, dass es ähnlich ist wie staatliches Recht,<sup>90</sup> nur besser: Institutionalisierte Schiedsverfahren bei der International Chamber of Commerce und anderen, Bindung des Schiedsrichters an gesetzliche Rechtsregeln (insbesondere zwingende Normen), Rechtssicherheit durch die Veröffentlichung von Schiedssprüchen und ein beginnendes Präzedenzfallsystem, standardisierte Prozessregeln wie die UNCITRAL model rules. Die Rolle der informellen Streitschlichtung wird von anderen Formen der „alternative dispute resolution“ übernommen, insbesondere Mediation.

In diesem System wird der moderne Schiedsrechtspraktiker genau das, was Glossner ablehnte: ein Professioneller, und zwar ein professioneller Jurist.<sup>91</sup> Seine Herrschaft ist, wieder in weberscher Terminologie, rational; der Schritt zur Professionalisierung entspringt dem klassischen Paradigma Max Webers.<sup>92</sup> Vom Schiedsrichter wird nun nicht mehr überlegene Weisheit erwartet, sondern effektives case management. Dass Karl-Heinz Böckstiegel hier oft als Vorbild genannt wird,<sup>93</sup> zeigt schon, dass auch Europäer sich diesem Schritt nicht entziehen konnten – nicht zuletzt, weil ähnlicher Druck, Qualität über Alter zu stellen, auch von jüngeren heranwachsenden europäischen Praktikern ausgeübt wird.<sup>94</sup> Mit dem Schritt zur Professionalisierung einher gehen Forderungen nach konkreteren Standesregeln, die schon in den 1970er Jahren aufkamen, in neuerer Zeit aber erheblich zugenommen haben,<sup>95</sup> sowie eine eigene Standesvertretung (in der International Bar Association)<sup>96</sup>.

---

88 Oben Fn. 44.

89 Vgl. *Brower* (Fn. 52) 191.

90 *Richard B. Lillich & Charles N. Brower* (Hg.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards „Judicialization“ and Uniformity?* (1993). Vgl. *Rogers* (Fn. 72) 352 ff.; *Franck* (Fn. 81) 505 ff.

91 *Rogers* (Fn. 46) 960 f.; *Klaus Peter Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit* (1992) 142 f; *Clay* (Fn. 48) 30 f.

92 *Dezalay/Garth* (Fn. 25) 46, 60.

93 *Gerald Aksen*, *On Being a Pro-Active International Arbitrator*, in *Robert Briner* u.a. (Hg.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century – Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (2001) 13 ff.

94 *Berger* (Fn. 90) 142 f; *Jan Paulsson*, *The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method*, in *Liber amicorum Böckstiegel* (vorige Fn.) 607 ff.; *David W. Rivkin*, *21st Century Arbitration Worthy of its Name*, ebenda 661 ff.

95 Einflussreich *Michael Reisman*, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration – Breakdown and Repair* (1992).

96 *Rogers* (Fn. 46) 976 ff.

Gleichzeitig mit diesem Schritt erfolgt der zum Unternehmertum:<sup>97</sup> der moderne Schiedsrichter ist ein Anbieter auf dem Markt für Rechtsdienstleistungen, und der Wettbewerb auf diesem Markt ist härter geworden.<sup>98</sup> Für Parteivertreter entspricht diese Entwicklung in weiten Teilen denjenigen in der Anwaltschaft generell. Der gleiche Trend betrifft aber auch Schiedsrichter, die ja nicht fest angestellt sind und sich daher kontinuierlich um neue Mandate bemühen müssen. Die Sorge, Schiedsrichter könnten daher ihre Unabhängigkeit verlieren und solche Parteien bevorzugen, die sie als repeat player in der Zukunft wieder berufen könnten, ist aus der innerstaatlichen Schiedsrecht bekannt.<sup>99</sup> Sie erscheint für die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vor allem deshalb nicht ganz unberechtigt,<sup>100</sup> weil Schiedsrichter typischerweise nicht von den Parteien selbst sondern von ihren Anwälten berufen werden, und diese Anwälte Hoffnung haben, selbst berufen zu werden.<sup>101</sup> Die Vertraulichkeit des Verfahrens macht hier die Kontrolle besonders schwierig.<sup>102</sup>

Letztlich wird dieser Wettbewerb in zweierlei Hinsicht durch gemeinsame Interessen der Schiedsrechtspraxis beschränkt. Erstens darf Wettbewerb nicht dazu führen, dass die internationale Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt ihre Attraktivität verliert, weil der wirtschaftliche Erfolg der Schiedsrechtspraktiker von ihr abhängt.<sup>103</sup> Zweitens haben etablierte Schiedsrichter ein Interesse daran, ihr Kartell gegenüber Neuankömmlingen aufrechtzuerhalten. Das scheint nun bislang zu gelingen: Wenn man meint, die „arbitration mafia“ könne ihre Kontrolle nicht mehr aufrechterhalten, weil Führungsrollen im heutigen Markt auf Reputation zurückzuführen seien,<sup>104</sup> andererseits aber in der ganz überwiegenden Zahl großer Schiedsverfahren dieselben Akteure auftreten, lässt das vermuten, dass das Kartell weiterhin besteht, dass aber nunmehr Reputation zur Marktabgrenzung dient. Tatsächlich wird ganz offen propagiert, die frühere „Ma-

---

97 *Rogers* (Fn. 46) 966 f.

98 *Yves Dezalay/Bryant Garth*, Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes, *Law & Soc'y Rev.* 29 (1995) 45 ff.; *Bernardo Cremades*, International Arbitration: A Key to Economic and Political Development, *Int'l Arb. L. Rev.* 5 (1999) 145 ff.; *Lynch* (Fn. 41) 102.

99 *Alexander J. S. Colvin*, An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes, *J. Empirical Leg. Stud.* 8 (2011) 1, 11 ff.

100 Vgl. *Christopher R. Drahozal/Richard W. Naimark* (Hg.), *Towards a Science of International Commercial Arbitration: Collected Empirical Research* (2005) 267; *Sam Luttrell*, Bias Challenges in International Commercial Arbitration – The Need for a ‘Real Danger’ Test (2009) 5, 86 f.; ausführlich *Fatima-Zahra Slaoui*, The Rising Issue of ‘Repeat Arbitrators’: A Call for Clarification, *Arb. Int'l* 25 (2009) 103 ff.; *Raphaël de Vietri/Kanaga Dharmaranda*, Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators – A Reply to Slaoui, *J. Int'l Arb.* 38 (2011) 187 ff. Vgl. auch ABA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) Rule 3.1.3.

101 *Clay* (Fn. 48) 24 f.

102 *Slaoui* (Fn. 100); *Kyriaki Noussia*, Confidentiality in International Arbitration (2010) 168.

103 Ungewöhnlich offen zu den finanziellen Interessen *John E. Beerbower*, International Arbitration: Can we Realize the Potential?, *Arb. Int'l* 27 (2011) 75, 75 f.: „[T]here seems to be a belief that international arbitration is facing a crisis of confidence that could jeopardise its pre-eminent status. That belief is a cause of concern for the individuals, firms, organisations and localities that have economic interests in the success and continued growth of arbitration, including lawyers, arbitrators, arbitration, associations and administrative bodies and localities that have or hope to become major centres for arbitration proceedings. After all, international arbitration has become a big business (relatively speaking.)“ Kritisch insoweit *Catherine Kessedjian*, Is Arbitration a Service to Business or to the Legal Profession?, *Fordham Papers* 2009 (Fn. 55) 311, 311 f. Vgl. auch *Clay* (Fn. 48) 18: „La philanthropie est absente – ou quasiment – du monde de l'arbitrage alors qu'elle imprègne encore celui de la littérature.“

104 *R. Doak Bishop*, The Art of Advocacy in International Arbitration, in *ders.* (Hg.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (2004) 3, 5 f.; *Paulsson* (Fn. 51).

fia“ durch ein „elite corps of international arbitrators“ zu ersetzen, das zwar theoretisch allen offen sein soll, praktisch aber den Zugang weiterhin beschränkt,<sup>105</sup> eine Art Gilde also.

### *iii) Der Schiedsrechtler als Wissenschaftler*

Wie kann man nun seinen elitären Status nachweisen? Hier tritt die Wissenschaft auf den Plan. Mit der wachsenden Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und ihrer Anerkennung und Behandlung in Staatsverträgen, nationaler und Modellgesetzgebung und staatlicher Rechtsprechung hat auch die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Schiedsrecht stark zugenommen. Der Anstoß dürfte sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis zu finden sein: die Wissenschaft erkennt die Schiedsgerichtsbarkeit als interessantes und relevantes Gebiet; die Praxis umgekehrt bedarf zunehmend der Legitimierung durch die Rechtswissenschaft.

Freilich ist es eine eigenartige Rechtswissenschaft, die hier entsteht. Die Schiedsrechtswissenschaft steht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ganz überwiegend positiv gegenüber: kritische Betrachtungen (wie wir sie zum nationalen Schiedsrecht recht häufig sehen, insbesondere in den USA) sind relativ selten. Das betrifft auch das Verhältnis zum Staat: es gibt, soweit ersichtlich, mehr Stimmen, die den Einfluss des Staates beschränken wollen, als solche, die ihn ausweiten wollen. Noch ein weiteres fällt auf: eine erstaunlich hohe Anzahl an Veröffentlichungen, die nichts wirklich Neues bringen, außer dem Namen des Autors.

Der Grund liegt darin, dass der Übergang zwischen Wissenschaftler und Praktiker fließend ist.<sup>106</sup> Einerseits stammt eine ungewöhnlich hohe Menge von Veröffentlichungen, inklusive führender Lehrbücher von Praktikern. Andererseits sind die Wissenschaftler, die sich mit dem Schiedsrecht beschäftigen, fast ausnahmslos auch als Schiedsrechtler tätig und an seinem Erfolg interessiert. Eine Außenschau auf das Schiedsrecht, also wissenschaftliche Analyse durch nicht selbst Beteiligte, ist jedenfalls im juristischen Schrifttum noch immer selten. Man kann das auch anders sagen: Wissenschaft zum Schiedsrecht ist ganz überwiegend zugleich auch Ausweitung der Praxis und Werbung,<sup>107</sup> für das Schiedsrecht im allgemeinen und den jeweiligen Autor im besonderen. Praxis, Wissenschaft und Akquise – oder public relations – verschwimmen.

Hier ein Beispiel von David McLean, früher co-chair der international dispute resolution group der Kanzlei Latham & Watkins. McLean macht zunächst eine scheinbar distanziert-wissenschaftliche Aussage:

„[globalization] has necessitated a move away from traditional litigation to a new dispute resolution paradigm—international arbitration—which portends a more neutral, efficient and certain process, one which favors neither party but affords each the occasion to fully and equitably present its case, and results in an award recognized around the globe.“<sup>108</sup>

Erscheint hier die Überlegenheit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit natürlich, ihr Erfolg zwangsläufig, so muss wenig später um genau diesen Erfolg gekämpft werden:

105 *Paulsson* (Fn. 51) 19 ff.

106 So auch *Thomas Ginsburg*, *The Culture of Arbitration*, *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003) 1335, 1340.

107 Vgl. auch *Clay* (Fn. 48) 21 f.

108 *David J. McLean*, *Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration*, *U. Pa. J. Int'l L.* 30 (2009) 1087 N. 1089.



„As disputes substantively grow more complex, involve more stakeholders, and are fought for higher stakes, international arbitration must continue to offer a less time-consuming, more efficient alternative to cross-border litigation.“<sup>109</sup>

Mehr noch, für die Schiedsgerichtsbarkeit muss auch aktiv geworben werden:

„ As a result, practitioners, arbitrators, and the parties themselves will need to continue to advocate for a role in the evolution of the process to ensure its efficiency and effectiveness, in even the most complicated of circumstances.“<sup>110</sup>

Man weiß nicht, was die Behauptung der Überlegenheit der Schiedsgerichtsbarkeit hier wirklich ist: analytische oder deskriptive Wahrheit, normatives Desideratum, oder bloßer Werbespruch des selbst interessierten Teilnehmers. Man weiß auch nicht, wer hier spricht – der Praktiker, der Wissenschaftler, oder der Werbende. Und man kann nicht trennen, inwieweit der Autor hier für seine Disziplin wirbt oder für sich selbst.

Der Schiedsrechtspraktiker hat einen dreifachen Anreiz, Wissenschaft zu betreiben. Erstens ist die Verrechtlichung der Schiedsgerichtsbarkeit so weit fortgeschritten, dass sie die wissenschaftliche Aufarbeitung erfordert. In dieser Situation ist es für den interessierten Praktiker attraktiver, diese Aufgabe selbst zu erfüllen, um so die Schiedsrechtsfreundlichkeit zu sichern, von der er selbst abhängt, als sie bereitwillig außenstehenden Wissenschaftlern zu überlassen.<sup>111</sup>

Zweitens ist die wissenschaftliche Veröffentlichung eine der wenigen Möglichkeiten für den Praktiker, seine Kompetenz nachzuweisen. Der vertrauliche Charakter der meisten Schiedsverfahren macht es jungen Praktikern vergleichsweise schwer, allein durch Leistung im Schiedsverfahren für sich zu werben, was bereits etablierten Schiedsrechtlern einen Wettbewerbsvorteil bringt.<sup>112</sup> Öffentliche Reputation lässt sich dagegen durch wissenschaftliche Tätigkeit erwerben. Das mag auch die hohe Anzahl an Veröffentlichungen und Konferenzen erklären, die inhaltlich nichts Neues bringen – Catherine Kessedjian hat sie als „beauty contests“ abgetan.<sup>113</sup> Ein Buch mit dem Titel „Leading Arbitrators – Guide to International Arbitration“<sup>114</sup> etwa gibt nicht nur Studenten und allgemeinen Praktikern Zugang zum schiedsrechtlichen Wissen, es etabliert auch, in deutlicher Weise, seine Autoren als „leading arbitrators“ auf dem Markt. Gleiches gilt für die zahlreichen von großen Anwaltsfirmen herausgegebenen Ratgeber.

Und schließlich spricht vieles für ein Interesse daran, das Komplexitätsniveau des Schiedsrechts hoch zu halten, um Außenstehende fernzuhalten. Komplexität nutzt den bestehenden Experten (dem „elite corps“); sie erzeugt eine wirksame effektive Zugangsbeschränkung. Hier besteht eine Parallele zum Eingangszitat von Savigny. Die Zivilrechtskodifikation wurde nämlich im 19. Jahrhundert von den Anwaltskammern in England und New York vor allem deshalb bekämpft, weil man um das eigene Rechts-

---

109 Ebenda 1096.

110 Ebenda.

111 Vgl. zu einem Versuch, kritische Stellungnahmen totzuschweigen, *Clay* (Fn. 48) 18; vgl. auch *Thomas Schultz*, *Arbitration as an iPhone, or Why Conduct Academic Research in Arbitration?*, *J. of Int'l Dispute Settlement* 2 (2011) 279, 280 f.

112 *Rogers* (Fn. 46) 968 f.

113 *Kessedjian* (Fn. 103) 312.

114 *Newman/Hill* (Fn. 24).

beratungsprivileg fürchtete: der Kodex würde, so glaubte man, die anwaltliche Beratung entbehrlich machen, weil er einfach zu verstehen wäre.<sup>115</sup>

iv) *Der Schiedsrichter als Rechtstheoretiker und Philosoph*

Damit ist der Schritt zur Wissenschaft gemacht, noch nicht aber der weitere zur Rechtstheorie und/oder -philosophie. Echte Theorien der Schiedsgerichtsbarkeit bestehen, soweit ersichtlich, hauptsächlich außerhalb der Rechtswissenschaft – etwa von Dezalay und Garth in der Soziologie,<sup>116</sup> Claire Cutler in der politischen Theorie.<sup>117</sup> Juristische Theorien dagegen betreffen die *lex mercatoria* als materielles Recht, selten aber die Schiedsgerichtsbarkeit selbst. Für die Rechtsphilosophie war die internationale Schiedsgerichtsbarkeit uninteressant; Schiedsrichter beschäftigten sich in ihrem Fach nicht mit Rechtsphilosophie, über einige eher allgemeine Referenzen zur Moraltheorie hinaus.<sup>118</sup> Selbst bei Wissenschaftlern wie Norbert Horn, die in beiden Fächern zuhause sind, ist der direkte Austausch zwischen beiden Disziplinen selten.<sup>119</sup>

In dieses relative Vakuum stößt nun Emmanuel Gaillard mit seiner Haager Vorlesung zum Thema „Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international,“ mittlerweile erschienen auch als Taschenbuch und in englischer, arabischer, chinesischer und spanischer Übersetzung.<sup>120</sup> Gaillard ist einer der führenden französischen Praktiker und Wissenschaftler des Schiedsrechts – Professor in Paris, Leiter des litigation department der Kanzlei Shearman & Sterling und führend in mehreren Institutionen – und schon deshalb sind seine Ausführungen relevant. Gaillard diskutiert drei verschiedene Legitimitätsgrundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit: im Recht des Sitzstaates, im Recht der potentiellen Anerkennungsstaaten, oder in der Gemeinschaft aller Staaten.

Wird damit der Schiedsrichter nun zum Rechtsphilosophen? Die Antwort ist, zunächst einmal, nein. Gaillards Buch ist klar geschrieben und schon deshalb wertvoll, aber rechtsphilosophisch wenig ergiebig.<sup>121</sup> Die enge Verbindung zwischen Schiedsrecht und Rechtstheorie, die Gaillard darin sieht, dass zwei zentrale Themen des Schiedsrechts – die Privatautonomie und die Frage nach dem Geltungsgrund des Schiedsspruchs – wichtige Themen der Rechtsphilosophie betreffen, nämlich die Willensfreiheit und die Frage nach Legitimität und Geltung von Recht, ist rechtsphilosophisch allein noch

---

115 Zur Übertragung von Savignys Argumenten für die Rechtswissenschaftler auf die Anwaltschaft in den USA *Mathias Reimann*, *The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *Am. J. Comp. L.* 37 (1989) 95, 112 f.

116 Oben Fn. 25.

117 *Claire A. Cutler*, *Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy* (2003).

118 Frühe Ausnahmen sind *Jerzy Jakubowski*, *Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation*, in *Liber amicorum Sanders* (Fn. 83) 175 ff.; *Bruno Oppetit*, *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, *J. droit int.* 1993, 811 ff.; vgl. auch *Clay* (Fn. 48) 13 f.

119 *Norbert Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie* (2006) Rn. 179 (S. 121 f.); vgl. *ders.*, *Enforcing Contractual Claims: From Schmitthoff to Investment Arbitration*, in *Karl M. Meessen* (Hg.), *Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and Its Tool Function in the Competition of Systems* (2009) 139 ff.; *ders.*, *Transnationales Handelsrecht: zur Normqualität der lex mercatoria*, in *Georg Bitter* u.a. (Hg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag* (2009) 705 ff.

120 *Emmanuel Gaillard*, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *Rec. des Cours* 329 (2008) 49 ff.; im folgenden zitiert nach der Taschenbuchausgabe (2008).

121 Siehe auch *Ralf Michaels*, *A Fuller Concept of Law Beyond the State? Thoughts on Lon Fuller's Contributions to the Jurisprudence of Transnational Dispute Resolution – A Reply to Thomas Schultz*, *J. Int'l Disp. Resol.* 2 (2011) 417 ff.

relativ banal. Gleiches gilt für seinen Vorschlag, drei „représentations mentales“<sup>122</sup> zu unterscheiden – eine nationale, eine internationale, und eine transnationale – und diese zwischen dem Naturrecht und verschiedenen Versionen des Rechtspositivismus zu verorten, für den, ohne große Differenzierung untereinander, Kelsen, Hart, Santi Romano, und Ost und Kerchove genannt werden.<sup>123</sup> Das alles kommt nicht an den Stand der betreffenden Debatten in der Rechtsphilosophie und –theorie heran, übrigens auch, insofern diese Debatten sich mit der Schiedsgerichtsbarkeit beschäftigen.<sup>124</sup> Gleichzeitig bedeutet die rechtsphilosophische Einordnung für das Schiedsrecht selbst als Disziplin, soweit ersichtlich, keinen wesentlichen Erkenntnisgewinn.<sup>125</sup> Und Gaillard selbst meint auch, für den Schiedsrichter sei es nicht notwendig, nicht einmal wünschenswert, beim Abfassen eines Schiedsspruchs an Philosophie zu denken.<sup>126</sup>

Worum also geht es wirklich? Man mag mutmaßen, dass das Schiedsrecht, zumal in der kontinentalen und französischen Tradition, und sein Repräsentant, Gaillard, eine weitere Verwissenschaftlichung des Felds für erforderlich hält. Dabei geht es allerdings mehr um die Geste als um den wirklichen Erkenntnisgewinn, mehr um die Darlegung der Verbindungen als die wirkliche Auflösung. Der Schiedsrichter wird nicht zum Rechtsphilosophen, aber er bietet sich immerhin als jemand an, der mit dem Rechtsphilosophen reden kann.

#### v) *Der Schiedsrichter als Visionär und Träumer*

Die zentrale Frage bei Gaillard ist die nach dem Geltungsgrund der Schiedsgerichtsbarkeit. Während für die staatliche Gerichtsbarkeit diese Begründung im Staat selbst liegt, fehlt es bei der Schiedsgerichtsbarkeit an einer vergleichswisen Grundlage. Gaillards Frage ist also fundamental wichtig. Entschieden wird sie freilich nicht. Gaillard selbst meint, erstaunlicherweise, die Entscheidung zwischen diesen Grundlagen sei nicht eine Frage der Rationalität oder des besseren Arguments, sondern eine Frage von Visionen und quasireligiösem Glauben:

„visions de l’institution qui, en tant que telles, relèvent du domaine du croyance, sinon de la foi, et non de celui de la vérité“.<sup>127</sup>

Diese plötzliche Quasireligiosität ist nun kein Einzelfall. Mauro Rubino-Sammartano beginnt das Vorwort zu seinem Lehrbuch so:

If I am right, the best role each of us can play is that of bearer of our beliefs and ideals. If this is so, what matters is that these beliefs and ideals continue to be carried on, irrespective of who the individual bearer is.<sup>128</sup>

122 Andesou auch Philosophien (*Emmanuel Gaillard*, Three Philosophies of International Arbitration, in Fordham Papers 2009 [Fn. 55] 305 ff.) oder Repräsentationen (*ders.*, Three Representations of International Arbitration, J. Int'l Disp. Resol. 1 (2010) 271 ff.).

123 *Gaillard* (Fn. 120) 23, 91.

124 Vgl. dagegen etwa die umfassenden Verweise bei *Peer Zumbansen*, Debating Autonomy and Procedural Justice: The Lex Mercatoria in the Context of Global Governance Debates—A Reply to Thomas Schultz, J. Int'l Disp. Resol. 2 (2011) 427 ff.

125 So auch *Veijo Heiskanen*, Bespr., EJIL 20 (2009) 942, 945.

126 Interview, *Juriste d'entreprise* magazine no. 3, Juillet 2009, 14, 15.

127 *Gaillard* (Fn. 120) 209.

128 *Rubino Sammartano* (Fn. 62) vii.

Noch drastischer liest es sich schließlich bei Julian Lew, einem führenden Schiedsrechtler:

Do you dream? When do you dream? What do you dream about? Do you dream about international arbitration? Is there a dream for international arbitration? Is the concept of delocalised arbitration, or arbitration not controlled by national law, a dream or nightmare? <sup>129</sup>

Der Schiedsrechtler übernimmt also die Rolle des Visionärs, Gläubigen, Träumers, vielleicht auch Missionars. Das ist nicht irrelevant, wenn man sich überlegt, was hier mit Glauben und Vision begründet wird: nichts weniger als die Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit. Genau an diesem zentralen Punkt, an dem das Schiedsrecht legitimatorisch verankert werden müsste (und damit auch genau an dem Punkt, an dem jedenfalls die Rechtsphilosophie Antworten geben sollte), erfolgt kein Argument, sondern ein geradezu Kierkegaardscher Sprung von der Rationalität in den Glauben. Die Legitimität des Schiedsrechts selbst, und damit das Kernelement seiner Identität, ist letzten Endes, so scheint es, dem rationalen Zugang verschlossen. Damit wird also nicht Letztbegründung erreicht, sondern etwas anderes: Hier wird der gemeinsame Glaube, der die epistemische Gemeinschaft begründet und zusammenhält, formuliert.

### c) Öffentliche und private Rolle

Mit der Frage nach der Legitimation ist das wichtigste Spannungsverhältnis erreicht, nämlich das zwischen privater und öffentlicher Rolle des Schiedsrechtlers, insbesondere des Schiedsrichters. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich dogmatisch am Streit über die Grundlage der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit festmachen, wie er immer wieder in der Literatur wiederholt wird.<sup>130</sup> Hier geht es nicht darum, diesen Theorienstreit zu repetieren, sondern vielmehr darum, ihn daraufhin zu untersuchen, was er für das Rollenverständnis des Schiedsrichters ergibt.

#### i) Richter oder Dienstleister

Ausgangspunkt sind zwei Theorien der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Nach der Vertragstheorie liegt die Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit in der Vereinbarung der Parteien, nach der Jurisdiktionstheorie liegt sie in der richterlichen Funktion des Schiedsrichters. Diese Theorien sind alt und werden im Grunde in der Diskussion nur noch konserviert; man mag auch bezweifeln, ob sich aus ihnen allein praktische Folgen ergeben.

Aufschlussreich sind diese Theorien allerdings für die Frage, ob die Rolle des Schiedsrichters öffentlich oder privat ist. Dogmatisch betrifft das die Frage, woraus die Kompetenz des Schiedsrichters herzuleiten sei: aus der staatlichen Souveränität (oder einer

---

<sup>129</sup> Julian D.M. Lew, *Achieving the dream: autonomous arbitration*, *Arb. Int'l* 22 (2006) 179, 179; wiedergedruckt in *Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis* (Hg.), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (2007) 455 ff. Lew macht im folgenden klar, dass für ihn die Autonomie des Schiedsspruchs der Traum ist, die Kontrolle durch das nationale Recht der Albtraum.

<sup>130</sup> Etwa *Jacqueline Rubellin-Devichi*, *L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé* (1965) 10 ff. und passim; *Horacio A. Grigera Naón*, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration* (1992) 14 ff.; Lew u.a. (Fn. 63) 71 ff.; *Born I* (Fn. 24) 184-189; *Lynch* (Fn. 38) 65 ff.; *Solomon* (Fn. 30) 288 ff.

Analogie dazu)<sup>131</sup> oder aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien. Kommt sie aus der staatlichen Souveränität oder auch aus dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit, so ist der Schiedsrichter Quasi-Richter und damit quasi-öffentlich tätig; kommt die Kompetenz hingegen aus dem Vertrag, so ist der Schiedsrichter ein quasi-privater Dienstleister gegenüber den Parteien. Der Quasi-Richter ist verpflichtet gegenüber dem Staat, vielleicht auch einem transnationalen Rechtssystem oder der globalen Gesellschaft. Der Dienstleister ist nur den Parteien verpflichtet. Der Quasi-Richter ist ein Teil der global governance;<sup>132</sup> der Dienstleister ist ein bloßer Streitschlichter.

Im traditionell-europäischen Paradigma, wie es das oben angeführte Glossner-Zitat andeutet, ist der Schiedsrichter privat benannter und verpflichteter Dienstleister. Die Professionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit hat dagegen dazu geführt, jedenfalls die Funktion des Schiedsrichters derjenigen des Richters anzugleichen. Heutige Schiedsverfahren sind oft so advers, dass gemeinsame Interessen der Parteien, die eine Dienstleistung definieren könnten, schwer auszumachen sind. Gleichzeitig bleibt der Schiedsrichter aber den Parteien in weiterem Umfang verpflichtet, als es der staatliche Richter ist. Insbesondere führt die Funktion als Quasi-Richter nicht zur Verankerung im staatlichen Rechtssystem.

#### ii) *Die Verbindungsthese und ihre Lücken*

Typischerweise werden daher heute beide Theorien und damit auch beide Legitimationsgrundlagen – die staatliche und die privatautonome – verbunden. Auf der Theorieebene spricht man unspezifisch von einer hybriden oder gemischten Theorie. Für das Rollenverständnis ergibt sich eine Kombination beider Rollen, der als Richter und der als Dienstleister.<sup>133</sup> Oder, etwas genauer gesagt: die Funktion des Schiedsrichters ist die eines Richters,<sup>134</sup> die Grundlage für diese Funktion liegt aber in der Parteiabrede.

Diese Verbindung beider Rollen erfolgt nun sowohl von der privaten als auch von der öffentlichen Rolle her. Einerseits beruht die private Rolle des Schiedsrichters zwar auf der Privatautonomie; da aber die Privatautonomie ihrerseits staatlich durchgesetzt wird, ist sie mittelbar auch öffentliche Gewalt.<sup>135</sup> Diese Privatautonomie wird nun mehr und mehr mit gesamtgesellschaftlicher Wertschätzung aufgeladen: Indem der Schiedsrichter den Willen der Parteien durchsetzt, soll er gleichzeitig eine Rolle gegenüber der Allgemeinheit erfüllen, die – mutmaßlich – ein Interesse an privater Streitschlichtung hat. Schiedsrichter sind „the guardians of a system that is imperative for the flourishing of international trade and investment.“<sup>136</sup> Mittelbar ist damit der Schiedsrichter nicht nur ein privater Streitschlichter, sondern zugleich gewissermaßen ein von der Allge-

---

131 Obwohl herkömmlich die Jurisdiktionstheorie mit der Herleitung aus staatlicher Souveränität gleichgesetzt wird, sind beides doch unterschiedliche Problem; instruktiv *Solomon* (Fn. 30) 310 ff.

132 *Christopher A. Whytock*, *Litigation, Arbitration, and the Transnational Shadow of the Law*, *Duke J. Comp. Int'l L.* 18 (2008) 449, 456 f.

133 *Fouchard Gaillard Goldman* (Fn. 65) 560 Rn. 1017.

134 BGHZ 98, 70, 72 („ihrer Funktion und Wirkung nach materiell Rechtsprechung“); BGHZ 159, 207, 212 und 162, 9, 16 („Rechtsprechung im weiteren Sinne“); *Rogers* (Fn. 46) 987; *Solomon* (Fn. 30) 330 mit Fn. 205.

135 Das ist ein altes Argument des legal realism: *Morris Cohen*, *The Basis of Contract*, *Harv. L. Rev.* 46 (1933) 553, 585 ff.

136 *Franck* (Fn. 82) 521.

meinheit Beliehener: das Privatinteresse geht im Allgemeininteresse auf oder soll zumindest mit diesem kongruent sein.

Umgekehrt erfolgt die Verbindung aber auch von der öffentlichen Seite her, wie man insbesondere in der anhaltenden Diskussion zur Anwendbarkeit zwingender Normen im Schiedsverfahren sieht.<sup>137</sup> Früher begründete man deren Anwendbarkeit mit einer Begrenzung des Privatinteresses durch öffentliche Interessen: der Schiedsrichter war also zum Teil auch der Öffentlichkeit, typischerweise dem Staat, verpflichtet. Heute zieht man auch dafür das Privatinteresse heran, mit folgendem Argument: Indem der Schiedsrichter zwingende Normen berücksichtigt, sichert er die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs und erfüllt erst dadurch vollständig die Interessen der Parteien.<sup>138</sup> Hier geht also das öffentliche Interesse im Parteiinteresse auf; der Konflikt zwischen Parteiautonomie und öffentlichem Interesse wird (scheinbar) aufgelöst.<sup>139</sup> Und erstaunlicherweise soll genau deshalb die gerichtliche Kontrolle unwichtig werden.

Das Spannungsverhältnis zwischen beiden Rollen ist damit indes nur unterdrückt und nicht wirklich aufgehoben. Was geschehen soll, wenn Obligationen zwischen den Parteien und der Allgemeinheit im Konflikt stehen – wenn der Schiedsrichter nur entweder Dienstleister oder Richter sein kann – ist nicht gesagt. Zudem ist auch die theoretische Zusammenführung beider Positionen problematisch. Einerseits wird so der Parteiautonomie eine Legitimationslast auferlegt, die sie kaum erfüllen kann,<sup>140</sup> gerade weil sie nicht das gleiche ist wie demokratische Legitimation.<sup>141</sup> Privatautonomie kann letzten Endes nur ein Dienstleistungsverhältnis begründen; sie allein legitimiert den Schiedsrichter nicht zu all jenen richterlichen Funktionen, die über das Verhältnis zu den Parteien hinaus gehen. Andererseits wird die Vertretung öffentlicher Interessen beim Staat belassen, insbesondere im Vollstreckungsstadium, obwohl der Staat transnationale öffentliche Interessen gerade gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit nur schwerlich erfüllen kann.<sup>142</sup>

Der Schiedsrichter erfüllt also die Rolle des Richters, eingeschlossen eine Funktion der global governance. Legitimiert ist er aber nur zur Rolle des Dienstleisters, was insbesondere seine Fähigkeit zur governance beschränkt. Dem Staat andererseits, der zur Regulierung kompetent wäre, ist diese Kompetenz durch die Schiedsabrede

---

137 Zur Debatte etwa *Norbert Horn*, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2009, 208 ff.

138 Vgl. dazu ausführlich *Luca Radicati di Brozolo*, Arbitrage commercial international et lois de police, *Rec. des Cours* 315 (2006) 265, 450 ff.

139 Vgl. etwa die ironische Bemerkung bei *Alan Scott Rau*, The Arbitrator and „Mandatory Rules of Law“, in *George A. Bermann/Loukas A. Mistelis* (Hg.), *Mandatory Rules in International Arbitration* (2011) 77, 79 Fn. 5, gegenüber *Marc Blessing*, Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration, *J. Int'l Arb.* 14-4 (1996) 23: „The ‘versus’ in this chapter’s (*sic*) title already speaks volumes about the particular mind set here.“

140 Zu optimistisch *Mark Movsesian*, International Commercial Arbitration and International Courts, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008) 423, 424, 432 f.

141 So auch, von ganz unterschiedlichen Ausgangspunkten her, *Florian Rödl*, Private Law Beyond the Democratic Order? On the Legitimatory Problem of Private Law „Beyond the State“, in *Janssen/Michaels* (Fn. 2) 323 ff.; *Horatia Muir Watt*, „Party Autonomy“ in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, *ERCL* 2010, 250 ff.; *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Privatautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011) 33 ff.

142 Kritisch deshalb etwa *Jan Kleinheisterkamp*, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit: Ein praktischer Versuch, *RabelsZ* 73 (2009) 818 ff.

weitgehend entzogen. Solange staatliche Gerichte sich nicht transnationalisieren und Schiedsrichter nicht eine regulierende Rolle annehmen, kommt es potentiell zum Regulierungsdefizit.

*iii) Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit?*

In der Globalisierung wird dieser Effekt noch verstärkt.<sup>143</sup> Erstens übernehmen auch die staatlichen Gerichte eine zunehmend private Rolle.<sup>144</sup> Die Globalisierung beschränkt schon an sich die Fähigkeit des Staats zur Regulierung. Hinzu kommt ein Wettbewerb nationaler Gerichte um die Gunst der Parteien:<sup>145</sup> Nationale Rechtssysteme werden in Werbebroschüren als Dienstleister angepriesen;<sup>146</sup> ihre regulierende Funktion wird zunehmend minimiert. Zweitens führt die Institutionalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu einer zunehmenden Autonomie von der staatlichen Gerichtsbarkeit, zur Systembildung.

Solchen Entwicklungen antwortet eine vierte Theorie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die sogenannte Autonomietheorie. Eng betrachtet, behauptet sie lediglich etwas Negatives, nämlich die Unabhängigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit vom Staat und damit von öffentlichen Interessen, verbunden mit einer maximalen Anerkennung der Parteiautonomie. Damit fehlt es aber sowohl an einem rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich die Privatautonomie entfalten soll, als auch an einer systemimmanenten Richtigkeitskontrolle des Schiedsspruchs.<sup>147</sup> Um diese zu ermöglichen, muss es, in Fortentwicklung der Theorie, zur Selbstkonstitutionalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kommen.<sup>148</sup> Genau in dem Maße, in dem die Schiedsgerichtsbarkeit sich vom Staat emanzipiert, muss sie die Funktionen, die herkömmlich durch das staatliche Recht erfüllt wurden, selbst erzeugen. Statt zwingender staatlicher Normen gibt es dann etwa einen transnationalen *ordre public*.

Es fällt auf, dass die Autonomietheorie, anders als die drei anderen, kein konkretes Rollenbild für den Schiedsrichter liefert. Das kann allerdings auch kaum anders sein. Was gesagt wird, ist nur, dass der Schiedsrichter weder Dienstleister noch Richter ist – beides Begriffe aus dem staatlichen Rahmen. Seine neue Rolle kombiniert Funktionen der Streitentscheidung mit solchen echter *global governance*. Es ist dann eine Aufgabe der Zukunft, diese Rolle genauer zu definieren. Ob indes das private oder das öffentliche Modell aus dem Staat hier als Vorbild dienen können, mag man bezweifeln.

---

143 Lynch (Fn. 38); Bernard Hanotiau, International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future, *J. of Int'l Arb.* 28 (2011) 89 ff.; Hermann Hoffmann, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung? Eine empirische Analyse zur Bedeutung staatlicher und privater Gerichtsbarkeit für den internationalen Handel, *SchiedsVZ* 2010, 96 ff.

144 Horatia Muir Watt, *Economie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)*, *Rev. arb.* 2008, 390, 401 ff.

145 Jens Dammann/Henry Hansmann, *Globalizing Commercial Litigation*, *Cornell L. Rev.* 94 (2008) 1 ff.; vgl. Muir Watt (vorige Fn.) 404 ff.; dies. (Fn. 141) 278 ff.

146 Dazu etwa Eidenmüller (Fn. 73) 641.

147 Vgl. Lynch (Fn. 38) 73 ff.

148 Vgl. Peer Zumbansen, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, *Eur. L.J.* 8 (2002) 400, 430 ff.; Moritz Renner, *Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?*, *J. Int'l Arb.* 26 (2009) 533, 554 f.

### III. Materielles Privatrecht jenseits des Staates: Private Rechtsetzung

Der zweite Bereich, dem ich mich zuwenden möchte, ist das materielle Privatrecht, insoweit es jenseits des Nationalstaats steht. Dabei geht es also – wie schon in einer früheren Veröffentlichung<sup>149</sup> – um europäisiertes, globalisiertes und privatisiertes (privat geschaffenes) Privatrecht.

#### a) Staatsbürger und Weltbürger

„Je ne connais pas le droit civil: j’enseigne le Code Napoléon.“<sup>150</sup> Das berühmte Zitat von Bugnet aus dem 19. Jahrhundert drückt nicht nur den extremen Gesetzespositivismus aus, für den es meist herangezogen wird. Es leugnet gleichzeitig implizit ein transnationales Privatrecht<sup>151</sup> und verpflichtet damit den Privatrechtswissenschaftler auf eine streng nationale Identität: als Staatsbürger ist er dem nationalen Privatrecht allein verpflichtet.

Diese Nationalisierung des Privatrechtlers war eine Neuerung des 19. Jahrhunderts, die auch das 20. Jahrhundert in weitem Maße geprägt hat.<sup>152</sup> Vorher hatte das Privatrecht eine außerstaatliche und schon deshalb transnationale Tradition.<sup>153</sup> Das Corpus Iuris Civilis, das ganz überwiegend Privatrecht enthält, brachte nach seiner Wiederentdeckung Studenten aus vielerlei Ländern zusammen und förderte so nicht nur ein transnationales Recht – vielleicht deshalb, weil es selbst schon potentiell transnational war<sup>154</sup> – sondern auch eine europäische Juristenelite.<sup>155</sup> Das *ius commune* erzeugte eine epistemische Gemeinschaft genuin europäischer Wissenschaftler, zum Teil auch Richter, die oft mehr mit ihren Kollegen in fremden Staaten verband als mit der lokalen Gesellschaft, innerhalb derer sie tätig waren. Auch das Erstarken des Nationalstaats änderte das zunächst nicht, da die Regelung des Privatrechts für Herrscher keine Priorität hatte.

Heute ist die nationale Identität des Privatrechtlers wieder im Rückzug. Propagiert und (teilweise) auch exerziert wird zunehmend eine transnationale Identität (wobei diese jedenfalls in Europa ganz überwiegend nicht durch eine globale sondern eine europäische Identität ersetzt wird.)<sup>156</sup>

149 *Michaels/Jansen* (Fn 2).

150 Wiedergegeben etwa bei *Jean-Louis Halpérin*, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (1996) 50; vgl. auch *Philippe Rémy*, *Eloge de l’exégèse*, *RRJ* 1982, 254, 261.

151 Jedenfalls insoweit man den universalen Anspruch des Code civil selbst außer Acht lässt.

152 Dazu für Deutschland *Christian Joerges*, *Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat*, in *Dieter Simon* (Hg.), *Rechtswissenschaften in der Bonner Republik* (2004) 311 ff.

153 *Nils Jansen/Ralf Michaels*, *Private Law and the State – Comparative Perceptions and Historical Observations*, in *dies.* (Fn. 2) 69 ff.

154 Vgl. *Rudolf Sohm*, *Institutionen: Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts* (13. Aufl. 1908) 51 f: „An die Stelle des Ackerbürgers trat der Weltbürger; aus dem ackerbürgerlichen musste weltbürgerliches Recht hervorgehen .... Das römische Recht hieß noch immer Stadtrecht. In Wirklichkeit war aus Stadtrecht Weltrecht hervorgegangen.“

155 *Ranieri* (Fn. 84) 11 f.

156 *Harm Schepel/Rein Wesseling*, *The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe*, *Eur. L. J.* 3 (1997) 165 ff. (leider wird die These nur durch eine Analyse von Veröffentlichungen belegt). Sieht man allerdings Europa als eine Art Staat, so ist die neue Identität auch wieder eine staatliche: *Michaels/Jansen* (Fn. 2) 114 f.; vgl. auch *Harm Schepel*, *Professorenrecht? Le champ du droit privé européen*, *Critique internationale* 26 (2005) 147, 155.



Nicht immer wird dabei allerdings erkannt, dass streng genommen zwei verschiedene Paradigmen vertreten werden<sup>157</sup> und zwei solche Identitäten bestehen.<sup>158</sup> Für die ersten beiden von Haas für die epistemische Gemeinschaft genannten Kriterien ist man sich einig: Man teilt einen normativen und prinzipiellen Glauben, nämlich den, dass ein transnationales Privatrecht erstrebenswert sei, und man glaubt, dass Lösungen für juristische Probleme transnational gefunden werden müssen. Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der anderen zwei Kriterien: Gültigkeitskriterien juristischer Argumente und das gemeinsame Ziel. Ein Teil der transnationalen Privatrechtler – diejenigen, die auf eine Art neues *ius commune* im weiteren Sinne hoffen, also nicht einen festen Normenbestand sondern eine gemeinsame Grammatik des Privatrechts als Grundlage europaweiter juristischer Debatte – berufen sich hier auf die Wissenschaftlichkeit als Geltungsgrund. Ein anderer Teil – diejenigen, die vom Gemeinschaftsrecht her argumentieren – beruft sich auf die Ziele der europäischen Integration und vertritt ein regulatorisches Privatrecht, das entweder den Binnenmarkt liberalisieren helfen soll (so der marktliberale Teil) oder aber den Schutz des Schwächeren intensivieren soll (so der „social justice“-Teil.) Letztlich zielt diese zweite Gruppe damit nicht auf ein privatisiertes Recht, sondern auf eine Art Verstaatlichung auf europäischer Ebene.

Die erste Gruppe dagegen propagiert ein politikfernes, klassisch juridisches Privatrecht. Ole Lando etwa, Namensgeber der als Lando-Prinzipien betitelten *Principles of European Contract Law*, sagt über sich selbst:

„Eventually, I got accustomed not to evaluate an existing or proposed rule of law as a rule, which is to apply in one country only. I came to look upon the rule from the point of view of a European lawyer, or simply a lawyer.“<sup>159</sup>

Das ist nicht nur eine Stellungnahme für die Erweiterung des Rollenverständnisses. Impliziert wird vielmehr, nur der transnationale Jurist sei überhaupt ein wahrer Jurist. Gleichzeitig wird dieses transnationale Privatrecht depolitisiert: die deutsche, amerikanische und französische Lösung eines Problems ist kontingent und nicht etwa Ausdruck einer bewussten politischen Entscheidung:<sup>160</sup>

„Only in a qualified sense can we even say that the German, the American, and the Frenchman are writing about the law of their own countries. They are addressing a problem that arises in each of their own countries, but neither the problem nor its solution are any more German than American or French.

Vollständig transnational ist indessen die Rolle des Privatrechtlers nicht. Anders als im internationalen Schiedsrecht, das vom innerstaatlichen Schiedsrecht personal und inhaltlich streng getrennt wird, sind transnationales und staatliches Privatrecht miteinander verbunden, und die Rollen des Privatrechtlers sind es auch. Nur wenige Privatrechtswissenschaftler publizieren ausschließlich zum europäischen Privatrecht; die

157 Vgl. dazu *Ralf Michaels*, *Of Islands and the Sea: The Two Rationalities of European Private Law*, in *Roger Brownsword/Leone Niglia/Hans-W. Micklitz/Steve Weatherill* (Hg.) *Foundations of European Private Law* (2011) 139 ff.

158 *Schepel* (Fn. 156) 151, spricht von einer „lutte entre différentes disciplines cherchant à affirmer leur supériorité épistémologique“. Ähnlich insofern *Christian Joerges*, *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 14 (2004) 149 ff., der freilich einen alternativen Ansatz eines Kollisionsrechts vertritt, der gegenüber den beiden anderen Positionen eigenständig ist.

159 *Ole Lando*, *My life as a lawyer*, *ZEuP* 10 (2002) 508, 521.

160 *James Gordley*, *Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law*, *Am. J. Comp. L.* 43 (1995) 555, 561.

große Mehrzahl fühlt sich offenbar als Mitglied sowohl einer transnationalen Gemeinschaft als auch der staatlichen Rechtswissenschaft. Man wandert hin und her zwischen transnationalen Rechtsvergleicherkonferenzen, bei denen man einheitlich die Engstirnigkeit der jeweiligen nationalen Juristen bedauert, und einem nationalen Kreis, in dem man zwar die Vorzüge und Bedeutung des transnationalen Privatrechts anpreist, gleichzeitig aber darauf bedacht ist, Anschlussfähigkeit an den nationalen Diskurs zu beweisen.

*i) Juristische Faktoren: Kodifikation und Materialisierung*

Der offensichtlichste Grund für die staatsbürgerliche Rolle des Privatrechtlers, die sich auch im genannten Zitat von Bugnet widerspiegelt, ist ein formalrechtlicher: mit der Kodifikation wurde die wichtigste Rechtsquelle des Privatrechts national.<sup>161</sup> Das ermöglichte einen Rechtsquellenpositivismus bis hin zur so genannten exegetischen Schule<sup>162</sup> und führte dazu, dass ausländische Rechtsansichten nicht mehr normativ relevant waren, weil sie nicht mehr zu einem als gemeinsam verstandenen Recht ergingen.<sup>163</sup> Man sieht das im Rückgang des rechtsvergleichenden Arguments zur Auslegungshilfe – Rechtsvergleichung, zunächst in Form der Gesetzesvergleichung, hatte nunmehr weitgehend nur noch rechtspolitische Bedeutung.<sup>164</sup>

Freilich sind eine Nationalisierung des Rechts und ein Rückgang des rechtsvergleichenden Arguments zu dieser Zeit auch in England und den USA zu finden, wo eine Kodifikation nicht erfolgte.<sup>165</sup> Das lässt vermuten, dass es nicht die Form der Kodifikation allein ist, die den Privatrechtsanwender zum Staatsbürger werden lässt. Wichtiger dürfte eine Idee der Gewaltenteilung sein, wie sie sich nicht nur in der Kodifikation sondern auch in einem gewandelten Verständnis des common law ausdrückte: auch Privatrecht bedurfte, jedenfalls formal, der demokratischen (und damit staatlichen) Legitimation; der Rechtsanwender (und das bezieht den Rechtswissenschaftler mit ein) ist auf Anwendung und Nachvollzug beschränkt. Anders gesagt: Weil das Privatrecht nunmehr staatlich war, musste nun auch sein Anwender eine staatliche Rolle einnehmen.

Ein rechtstheoretischer Grund kam im 20. Jahrhundert dazu. Privatrecht wurde mehr und mehr als regulatorisch verstanden, was manchmal als Materialisierung bezeichnet wird.<sup>166</sup> Ein solches Verständnis verlangte nach demokratischer Legitimation; diese aber war im Prinzip nur innerhalb des Staates zu erlangen, so dass Privatrecht nunmehr

---

161 Dazu zuletzt *Peter A.J. van den Berg*, *The Politics of European Codification – A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands* (2007) 34 ff. und passim.

162 Dazu etwa *Alfons Bürge*, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus* (1991); *Halpérin* (Fn. 150) 45 ff.; *Mathias Gläser*, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts* (1996) 43 ff.

163 Für Deutschland *Reinhard Zimmermann*, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Observations* (2005) 15.

164 *Filippo Ranieri*, *Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze*, in *Mario Ascheri u.a.* (Hg.), „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr (2002) 777, 781.

165 Zu den USA *Michael Holflich*, *Translation and the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States*, *Am. J. Comp. L.* 50 (2002) 753 ff.

166 *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Auf. 1967) 539 ff.; *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung* 472 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung*, *AcP* 200 (2000) 273 ff.; *Marietta Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richtfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens* (2005).

auch inhaltlich (und nicht nur, wie bei der Kodifikation, formal) so eng an den Staat angegliedert wurde, wie es das öffentliche Recht schon lange war.<sup>167</sup>

Das hat sich im „postpositivistischen Zeitalter“<sup>168</sup> nur teilweise geändert. Zwar sehen wir in allen Rechtsordnungen einen Zuwachs rechtsvergleichender Argumente in Rechtsprechung und Wissenschaft.<sup>169</sup> Freilich sind damit zwei unterschiedliche Rollenverständnisse verbunden, von denen nur eines genuin transnational ist. Das transnationale Rollenverständnis entspricht der Idee, Privatrecht als vorstaatlich und damit transnational zu verstehen. Wenn etwa Mestmäcker in Nachfolge Kants die Privatrechtsgesellschaft als notwendige Weltgesellschaft zu etablieren sucht,<sup>170</sup> so ist der Bürger, insoweit es um Privatrecht geht, Weltbürger und folglich im Prinzip weltweit den gleichen Privatrechtsregeln zu unterwerfen.<sup>171</sup> Betrifft dieser Ansatz eher die Rolle des Rechtssubjektes, so findet sich ein explizit transnationales Rollenverständnis des Rechtswissenschaftlers im Vorschlag eines neuen *ius commune*, wie es insbesondere Reinhard Zimmermann propagiert hat.<sup>172</sup> Sein Ruf nach einer europäischen Rechtswissenschaft (nicht etwa einem inhaltlich europaweit einheitlichen Recht!), erfüllt alle Kriterien für eine europäische epistemische Gemeinschaft der Rechtswissenschaftler: ein gemeinsamer Glaube an ein inhaltlich neutrales, freiheitsorientiertes und relativ politikfernes Privatrecht; eine gemeinsame Methode juristischer Dogmatik; und das gemeinsame rechtspolitische Ziel eines europäisierten Privatrechts. Und auch für Richter ist eine solche transnationale Rolle entworfen worden (freilich als Kritik und im Rahmen des Verfassungsrechts): ein Gericht, das ausländisches Recht verwende, fühle sich nicht mehr als Organ seines Staates sondern statt dessen als Organ einer imaginären Weltgemeinschaft.<sup>173</sup>

Die Hauptkritik am rechtsvergleichenden Argument ist indes eine andere: Richter sollen Recht anwenden und nicht schaffen; das rechtsvergleichende Argument wird (vielleicht manchmal zu Recht) nicht als Ausdruck einer transnationalen Rolle angesehen, sondern vielmehr als Deckmantel für die eigenen Präferenzen des Richters. So gesehen

---

167 Joerges (Fn. 150) 337: „Vor allem in der Reformphase der 60er und 70er Jahre waren die Zusammenhänge zwischen Staatsfunktionen, dem materiellen Privatrecht und seiner Methodologie überaus deutlich.“ Zum Einfluss des Staates auf das Privatrechtsdenken instruktiv *Christiane Wendehorst*, *The State as a Foundation of Private Law Reasoning*, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 145 ff.

168 Jürgen Basedow, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht – Der hybride Kodex*, AcP 200 (2000) 445, 447 f; vgl. schon *Reiner Schulze*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, ZEuP 1993, 442, 463: „postkodifikatorisch“.

169 *Ton Koopmans*, *Comparative Law and the Courts*, ICLQ 45 (1996) 544; *Ulrich Drobnig/Sjef van Erp* (Hg.), *The Use of Comparative Law by Courts* (1998); vgl. aber auch das Ergebnis bei *Stefan Vogenauer*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent II* (2001) 1259: „Allerdings greifen [Richter] auf das komparative Kriterium nur selten zurück“.

170 *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, RJ 10 (1991) 177, 180, 190 (auch gekürzt in *Die Zeit*, 2.8.1991, S. 18); kritisch dazu *Thomas Vesting*, *Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht*, in *Thomas Vesting* (Hg.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996 – Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Augsburg* (1997) 183, 192 ff.

171 *Nuno Manuel Pinto Oliveira*, *The Private Law Society and Contract Law Application*, ERCL 5 (2009) 29 ff.

172 Dafür insbesondere *Reinhard Zimmermann*, *Savigny's Legacy – Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science*, L.Q.R. 112 (1996) 576 ff.; *ders.*, *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, in *Arthur Hartkamp u.a.* (Hg.), *Towards a European Civil Code* (3. Aufl. 2004) 21 ff.; vgl. auch *Michaels/Jansen* (Fn. 2) 89 f., 96 m.w.N.

173 *Kenneth Anderson*, *Foreign Law and the Constitution*, Policy Review 2005, 33, 49 f.

ist das rechtsvergleichende Argument zwar ein Ausdruck eines gewandelten Rollenverständnisses des Richters, aber der Wandel erfolgt nicht von einer staatlichen zu einer transnationalen Rolle, sondern von der bloßen *bouche de la loi* zum Ersatzgesetzgeber. Der Richter, der so rechtsvergleichend argumentiert, gibt also seine Staatsbürgerrolle nicht auf; er nutzt nur, wie seit jeher der Gesetzgeber, auch ausländische Erfahrungen, bleibt aber dabei explizit in seiner nationalen Rolle.

ii) *Soziologische Faktoren: Ausbildung und Berufsbild*

Wichtiger als dogmatische und rechtstheoretische sind vielleicht soziologische Faktoren. Insbesondere ist es die Nationalisierung der Rechtsausbildung, die zu einem jeweiligen nationalen Stil führte und die jungen Juristen sozialisiert.<sup>174</sup> Die Tradition des Privatrechtlers war früher insofern transnational, als es die wissenschaftliche Ausbildung war.<sup>175</sup> In England, wo die Juristenausbildung lange Zeit Aufgabe der Praxis war und stärker auf den Anwaltsberuf fokussiert war, entstand ein eher national orientierter Jurist.<sup>176</sup> Heute dagegen wird Recht überwiegend an staatlichen Universitäten gelehrt; das *Staatsexamen* in Deutschland vermittelt fast notwendig Staatsbezogenheit.<sup>177</sup> Der Jurist wird in Deutschland traditionell auf eine Rolle als Staatsdiener vorbereitet.

Dass diese nationale Sozialisierung teilweise vom Kodifikationspositivismus unabhängig war, zeigte sich beispielhaft an der Ablehnung der Leipziger juristischen Fakultät, das neue sächsische Zivilgesetzbuch zu lehren: man sei eine deutsche Fakultät und lehre „das Recht als Wissenschaft ... und ... das in Deutschland überhaupt zur Geltung gekommene positive Recht und seine Grundlagen.“<sup>178</sup> Ähnlich lehrt die US-amerikanische Elite-Lawschool seit jeher gerade im Privatrecht ein imaginäres US-weites Privatrecht, obwohl das Privatrecht weitgehend Sache der Einzelstaaten ist.<sup>179</sup> Die nationale Identität des Privatrechtlers war insoweit historisch das Gegenteil von provinziell: sie transzendierte die innerstaatliche Zersplitterung des Rechts, freilich um den Preis der Abgrenzung von anderen Nationen. Als das BGB in Deutschland bei seiner Einführung als Symbol der Privatrechtseinheit gefeiert wurde,<sup>180</sup> war das daher nicht Voraussetzung sondern Folge der nationalen Identifikation des Privatrechtlers.

Heute ist die Juristenausbildung internationaler geworden, was sich nicht nur im Lehrplan ausdrückt, sondern auch in der Menge an Möglichkeiten, für einige Zeit im Ausland zu studieren. Allerdings weist Filippo Ranieri richtig darauf hin, dass allein der Auslandsaustausch nicht eine transnationale epistemische Gemeinschaft erzeugt, wie sie im *ius commune* bestand.<sup>181</sup> Denn während im *ius commune* jedenfalls eine einheitliche Rechtsgrammatik gelehrt wurde, öffnet die heutige Juristenausbildung Märkte,

174 *Filippo Ranieri*, Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, JZ 1997, 801 ff.

175 *Daniel Thürer*, Europa zwischen Erfahrung und Experiment – eine rule-of-law-Perspektive, ZSE 2008, 7, 17 ff., im Rückgriff auf *Mireille Delmas-Marty*, *Vers un droit commun* (1998) 60.

176 Darauf weist hin *Ranieri* (Fn. 174) 803.

177 *Susanne Lepsius*, Taking the Institutional Context Seriously – A Comment on James Gordley, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 233, 234.

178 Stellungnahme von Carl Georg Wächter als Dekan, abgedruckt in *Christian AHCin*, Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65 (1996) 338 ff.; dazu *AHCin* ebenda 314 ff.; *Ranieri* (Fn. 174) 804.

179 Zum Vergleich schon *Lepsius* (Fn. 173) 241 f.

180 Vgl. die Nachweise bei *Nils Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität (2003) 19 f.

181 *Ranieri* (Fn. 174) 811.

lässt dabei aber die Pluralität des Rechts intakt: der moderne Jurist profitiert gerade von der Diversität der Privatrechte, zwischen denen er auswählen kann.<sup>182</sup>

Auch das Berufsbild des Privatrechtlers war lange Zeit staatlich. Anwaltliche Standesorganisationen waren und sind staatlich; Kanzleien waren lange Zeit in den meisten europäischen Staaten (mit Ausnahme Englands und Frankreichs) regional, allenfalls national. Richter waren auch im Privatrecht an das kodifizierte und damit nationale Recht gebunden und im nationalen Instanzenzug eingebunden. Zudem erfolgt auch ihre Einsetzung aufgrund staatlicher Strukturen; Auslandserfahrung gilt immer noch nur selten als Vorteil. All das gilt natürlich nicht nur für das Privatrecht, ist aber hier weniger selbstverständlich als anderswo.

Auch hier ändern sich die Bedingungen. Seitdem die Rechtsordnungen der meisten Staaten insoweit liberaler geworden sind, haben Kanzleizusammenschlüsse zu einem Zuwachs internationaler Kanzleien geführt, die – mit unterschiedlichem Erfolg – bemüht sind, ihre Mitarbeiter durch Austausch zwischen Standorten und andere Maßnahmen zu transnationalisieren. Selbst in Ländern, die wie etwa Japan den Anwaltsmarkt stark regulieren, führt die Möglichkeit der Partnerschaft zwischen inländischen und ausländischen Anwälten zu einer stärker transnationalen Rolle. In der Richterschaft ist die Transnationalisierung vielleicht noch am wenigsten weit fortgeschritten.<sup>183</sup> Anders als in der Verfassungsgerichtsbarkeit existiert hier noch kein weitreichender internationaler Austausch, der die Voraussetzung einer transnationalen epistemischen Gemeinschaft bilden würde. Allerdings gibt es eine Fülle von EU-Maßnahmen,<sup>184</sup> zu nennen ist insbesondere das Austauschprogramm des 2000 gegründeten Europäischen Justiziellen Fortbildungsnetzwerks (EJTN).<sup>185</sup> Auch der europäische Juristentag und das neu gegründete European Law Institute<sup>186</sup> müssen erst erweisen, inwieweit sie ein wahrhaft europäisches Rollenverständnis fördern werden. Die europäische Rechtsakademie in Trier widmet sich hauptsächlich dem Gemeinschaftsrecht.<sup>187</sup> Die Wissenschaft schließlich wird europäisiert durch neue Zeitschriften,<sup>188</sup> Netzwerke und Institute.

All diese Institutionen sind nun weder Selbstzweck noch direkte Antworten auf unmittelbare praktische Erfordernisse; sie sind, jedenfalls mittelbar, auf die Schaffung einer genuin europäischen epistemischen Gemeinschaft gerichtet. Die Europäisierung

---

182 Auch darin wird eine europäische Kultur aber gesehen von *Jan M. Smits*, *Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture?*, in *Thomas Wilhelmsson/Elina Paunio/Annika Poholainen* (Hg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007) 141, 147 ff.

183 Immerhin gibt es das europäische justizielle Netz; vgl. *Matteo Fornasier*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen*, ZEuP 2010, 477 ff. Siehe schon *Schepel/Wesseling* (Fn. 156).

184 [http://ec.europa.eu/justice/criminal/european-judicial-training/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice/criminal/european-judicial-training/index_de.htm).

185 Siehe <http://www.ejtn.net/Exchange-Programme/>; vgl. auch den vom Netzwerk herausgegebenen Praxisleitfaden, [http://www.ejtn.net/Documents/Exchange\\_programme\\_documents/Exchanges\\_documents\\_2010/Guide\\_2010\\_final\\_de.doc](http://www.ejtn.net/Documents/Exchange_programme_documents/Exchanges_documents_2010/Guide_2010_final_de.doc).

186 <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/about-eli/>; *Christiane Wendehorst*, *European Law Institute*, in *Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann*, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (2012) 617 ff.; *Vassilios Skouris*, *Towards a European Legal Culture*, ZEuP 2012, 1. Kritisch *Jürgen Basedow*, *Wer braucht ein European Law Institute?*, EuZW 2011, 41.

187 Zu dessen Beitrag zu einer europäischen Rechtskultur *Christian Müller-Graff*, *The Legal Professions in Europe and the Role of the Europäische Rechtsakademie: Back-of-an Envelope Reflections*, ERA Forum 12 (2011) 165, 176 f.

188 Ansätze dazu bei *Christian von Bar*, *Die Rolle der juristischen Zeitschriftenliteratur bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa*, *Juridica International* 17 (2010) 4 ff.

der Privatrechtler erfordert, so heißt es, „erhebliche und schmerzhaft Anpassungsleistungen.“<sup>189</sup> Eine europäische Identität ergibt sich also nicht automatisch evolutiv oder aufgrund einer offensichtlichen Überlegenheit; sie muss vielmehr aktiv institutionell hervorgebracht und abgesichert werden.

## b) Praktiker und Wissenschaftler

Privatrecht ist, anders als das internationale Schiedsrecht, eine alte Disziplin, und zur Rolle von Praktikern und Wissenschaft ist, nicht erst seit Savigny, viel gesagt worden. Von Raoul van Caenegem stammt die bekannte, etwas simplifizierte These, das Privatrecht sei in England von Richtern, Frankreich von Gesetzgebern und in Deutschland von Professoren maßgeblich bestimmt.<sup>190</sup> Nimmt man noch die von ihm vernachlässigte Gruppe der Rechtsanwälte hinzu, die die Rechtsentwicklung insbesondere in den USA maßgeblich bestimmt haben, so ergeben sich vier unterschiedliche Berufe, die im staatlichen Recht relevant sind, die aber auch hinsichtlich ihrer Bedeutung für das transnationale Privatrecht untersucht werden können.

Martijn Hesselink hat nun gemutmaßt, jeder dieser Berufe stehe nicht nur für eine bestimmte nationale Rechtskultur, sondern gleichzeitig für ein bestimmtes Konzept transnationalen Privatrechts und würde von jeweils diesem besonders profitieren.<sup>191</sup> Wissenschaftler stehen danach für ein *ius commune*, einen transnationalen Rechtsdiskurs, der sich durch Einigkeit zwar nicht über Lösungen, wohl aber über Strukturen und Begriffe definiert, und das Recht verwissenschaftlicht und damit gleichzeitig dem Gesetzgeber entzieht.<sup>192</sup> Parlamente umgekehrt stehen danach, neben der Sondergesetzgebung, insbesondere für Privatrechtskodifikationen, also in Europa ein europäisches Zivilgesetzbuch,<sup>193</sup> weltweit vielleicht ein Welthandelsgesetzbuch. Richter stehen für ein europäisches oder gar globales Richterrecht, das sich insbesondere durch stärkere Verwendung rechtsvergleichenden Materials auszeichnet.<sup>194</sup> Rechtsanwälte werden von Hesselink nicht erwähnt; man könnte aber erwägen, sie stünden für die *lex mercatoria*, die immer noch etwas nebelhafte Idee eines von der Wirtschaft selbst geschaffenen transnationalen Wirtschaftsrechts.

---

189 *Martin Schmidt-Kessel*, Einführung, in *ders.* (Hg.), *Der gemeinsame Referenzrahmen Entstehung, Inhalte, Anwendung* (2009) 1, 5.

190 *R.C. van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (1992).

191 *Martin W. Hesselink*, *The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe?*, in *Stefan Grundmann/Jules Stuyck* (Hg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), 181 ff.

192 *Zimmermann* (Fn. 172); kritisch *Ugo Mattei*, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 21 (1998) 883 ff.

193 Vgl. die diesbezüglichen Resolutionen des Europäischen Parlaments: OJ C 158 (28.6.1989); OJ C 205 (25.7.1994). Siehe auch European Parliament, *Resolution on European Contract Law and the revision of the acquis*, March 23, 2006, A6-0055/2006: „Whereas the decision to work towards and on such a code must be taken by the political authorities, since the very decision to opt for a Code is political and its content, albeit legal, is predicated on social and political objectives; whereas, given that in the future the political will may well exist to adopt such a Code, it is essential that the present work be done well and with the appropriate political input; Whereas the final product of the initiative should be open to amendment by the EC legislature and should be formally adopted by it.“

194 *Walter van Gerven*, *The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law*, *Eur. Rev. Priv. L.* 3 (1995) 367.

Betrachtet man die Debatten über europäisches Privatrecht, so bietet sich freilich ein diffuseres Bild. Insbesondere Wissenschaftler sind gespalten: das Ideal eines wissenschaftlichen europäischen Privatrechts wird seinerseits von Wissenschaftlern scharf kritisiert;<sup>195</sup> auch gibt es Wissenschaftler, die eine Kodifikation nicht bloß als quasi-wissenschaftliches Restatement fordern, sondern als ausdrücklich gesetzgeberisches Regelungsinstrument.<sup>196</sup> Andererseits ist es nicht klar, warum Parlamentarier notwendig der Kodifikation positiv gegenüber stehen sollten, die zwar der Form nach Gesetz ist, inhaltlich aber typischerweise relativ apolitisch, und im übrigen auch gar nicht notwendig vom Parlament erstellt wird.<sup>197</sup> Das Europäische Parlament jedenfalls hat sich beschwert, an der Erstellung des Draft Common Frame of Reference nicht genügend beteiligt zu sein.<sup>198</sup> Auch unter Praktikern scheint die Ablehnung eines europäischen Privatrechts nicht mehr so hoch zu sein;<sup>199</sup> freilich ist hier eine Gesamttendenz schwer zu erkennen. Einer echten *lex mercatoria* andererseits scheint die Praxis eher kritisch gegenüber zu stehen; jedenfalls als Wahlstatut taucht sie kaum noch auf, obwohl sie in der Schiedsgerichtsbarkeit wohl durchaus wirksam gewählt werden kann.<sup>200</sup> Das gleiche gilt für die Privatkodifikation.<sup>201</sup>

Wie verhalten sich also die Rollen von Wissenschaftler und Praktiker im transnationalen Privatrecht? Die Frage kann nicht umfassend behandelt werden. Ich beschränke mich daher auf den Teilbereich der Rechtspraxis, den schon Savigny im Auge hatte: die Rechtsproduktion. Wenn, wie eben angedeutet, Transnationalisierung und Entpolitisierung des Privatrechts Hand in Hand gehen, so mag man erwarten, dass auch Juristen zu Rechtserzeugern werden, die nicht als Gesetzgeber förmlich dazu ausersehen sind. Die Einzelanalyse fördert freilich komplexere Details und Konflikte zutage.

#### *i) Der Praktiker als Rechtserzeuger? Lex Mercatoria*

Die einflussreichste Idee eines von Praktikern erzeugten transnationalen Privatrechts ist die *lex mercatoria*.<sup>202</sup> Im Mittelalter, so der Ursprungsmythos, hätten Kaufleute aus Unzufriedenheit mit dem existierenden staatlichen und lokalen Privatrecht ihr eigenes transnationales System von materiellen und prozessualen Regeln geschaffen.<sup>203</sup> An diese Tradition soll eine neue *lex mercatoria* im 20. Jahrhundert anknüpfen, die ihrerseits

195 Neben *Hesselink* selbst (Fn. 191) etwa *Mattei* (Fn. 192); *Harm Schepel*, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, *Law & Social Inq.* 32 (2007) 183, 192 ff.

196 *Ugo Mattei*, *Hard Code Now!*, *Global Jurist Frontiers* 2/1 (2002) Article 1; *Hugh Collins*, *The European Civil Code: The Way Forward* (2008).

197 Siehe dazu *Michaels* (Fn. 157).

198 Nachweise bei *Alessandro Somma*, *Preface*, in *ders.* (Hg.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference* (2009), xv, xxi f.

199 Siehe *Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill* (Hg.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (2006).

200 *Felix Dasser*, *Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the lex mercatoria*, in *Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts* (2008) 129, 139 ff.

201 *Ralf Michaels*, *Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien – Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*, *RabelsZ* 73 (2009) 866, 870 ff.

202 *Klaus Peter Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), eine Weiterentwicklung des ursprünglich auf deutsch erschienenen Buches *Formalisierte oder ‚schleichende‘ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts* (1996).

203 Grundlegend *Harold J. Berman*, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983) 332 ff.

auch von Handelsleuten und Gesellschaften, freilich auch von Juristen – Anwälten und Schiedsrichtern – geschaffen sein und vom Staat relativ unabhängig existieren soll. Zwar ist der mittelalterliche Ursprungsmythos längst als solcher entlarvt,<sup>204</sup> und auch eine neue *lex mercatoria*, wenn man sie denn so nennen will, besteht nicht in Autonomie vom Staat, sondern allenfalls in einem Amalgam staatlicher und nichtstaatlicher Regeln und Institutionen.<sup>205</sup> Trotzdem ist die Bedeutung privat geschaffener Rechtsregeln hoch.<sup>206</sup> Das eröffnet die zweigeteilte Frage, ob Praktiker erstens eine Rolle als Rechtserzeuger haben und zweitens ihre Rolle auch so verstehen.

Erstens ist unzweifelhaft der Fall, jedenfalls wenn man einen soziologischen Begriff von Recht benutzt.<sup>207</sup> Freilich ist es ungenau, zu sagen, Handelsleute und -gesellschaften selbst erzeugten dieses Recht durch gewohnheitsmäßiges Handeln. Gewohnheitsrecht bildet sich am ehesten innerhalb relativ homogener Gruppen; diese sind aber auf dem Weltmarkt die Ausnahme.<sup>208</sup> Der Hauptgrund ist, dass modernes nichtstaatliches Recht typischerweise in schriftlicher Form entsteht, sei es in Verträgen und Vertragsklauseln, die standardisiert sind,<sup>209</sup> sei es in Quasikodifikationen von nichtstaatlichen oder halbstaatlichen Organisationen.<sup>210</sup> Die Formulierung dieser Regeln obliegt aber fast ausschließlich Juristen: Unternehmensanwälten, Wirtschaftskanzleien und, vielleicht vor allem, den sogenannten *formulating agencies*.

*Formulating agencies* sind nun von besonderem Interesse. Gemeint sind Institutionen, deren Regeln so weit verbreitet sind, dass sie effektiv wie Recht wirken, obwohl die Institutionen selbst formal nicht mit Rechtsetzungscompetenz ausgestattet sind. Unter den Begriff fasst man eine ganz heterogene Gruppe von Institutionen zusam-

---

204 Etwa *Oliver Volckaerts/Antje Mangels*, *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, S. Econ. J. 65 (1999) 427 ff.; *Albrecht Cordes*, *Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria*, *SavZ/GA* 118 (2000) 168 ff.; *Charles Donahue*, *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, *Chi. J. Int'l L.* 5 (2004) 21; *Emily Kadens*, *The Myth of the Customary Law Merchant*, *Texas L. Rev.* 90 (2012). Zur Nutzung des historischen Arguments in der Diskussion *Nikitas Hatzimihail*, *The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: An Essay on the Genealogy of International Business Law*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008) 169 ff.; *Ralf Michaels*, *Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship*, 90 *Texas L. Rev.* See also (2012)

205 *Michaels* (Fn. 3).

206 *David V. Snyder*, *Private Lawmaking*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003) 371 ff.; *Gregor Bachmann*, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung* (2006); *Anne Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaats?*, *JZ* 2007, 755 ff.; *Nils Christian Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* (2009); *Anne Peters* u.a. (Hg.), *Non-State Actors as Standard Setters* (2009); vgl. auch *Stephan Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung* (2. Aufl. 2009).

207 In der Diskussion werden beide Konzepte regelmässig nicht auseinandergelassen; das führt regelmässig zu Missverständnissen.

208 Ein Beispiel einer solchen homogenen Gruppe sind orthodoxe Juden, die traditionell den Diamantenhandel weitgehend beherrschen: *Barak D. Richman*, *Ethnic Networks, Extra-legal Certainty and Globalisation: Peering into the Diamond Industry*, in *Volkmar Gessner* (Hg.), *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges* (2009) 31 ff. Die Rechtspluralismuskategorie ist ganz überwiegend auf ethnisch homogene Gruppen fokussiert: *Ralf Michaels*, *Global Legal Pluralism*, *Ann. Rev. Law & Social Science* 5 (2009) 243, 252, im Rückgriff auf *Mitra Sharafti*, *M. Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008) 139, 145 f.

209 *Mitu Gulati*, *Innovation in Boilerplate Contracts: The Case of Sovereign Bonds*, *Emory L.J.* 53 (2004) 929 ff.

210 *Jürgen Basedow*, *The State's Private Law and the Economy*, in *Jansen/Michaels* (Fn. 2) 281, 287 ff.



men. Einige beruhen auf völkerrechtlichem Vertrag und können daher kaum nicht-staatlich genannt werden, so etwa UNCITRAL und UNIDROIT. Andere sind privater Natur, wie etwa die International Chamber of Commerce (ICC). In die Diskussion zum transnationalen Privatrecht wurde der Begriff der *formulating agency*, soweit ich sehen kann, von Clive Schmitthoff eingeführt,<sup>211</sup> UNCITRAL hat ihn aufgegriffen,<sup>212</sup> und in jüngerer Zeit hat er sich durchgesetzt.<sup>213</sup> Ursprünglich stammt der Begriff wahrscheinlich von Roscoe Pound.<sup>214</sup> Pound nun setzte ihn offenbar mit dem der Rechtsquelle gleich;<sup>215</sup> entsprechend seinem soziologischen Rechtsverständnis bezeichnet er damit diejenigen Institutionen – Gesetzgeber, Richter, Professoren – die soziologisch anerkannt sind, das geltende Recht nicht notwendig herzustellen, wohl aber zu formulieren.

Dass die Bezeichnung als „*formulating agency*“ sich nun hauptsächlich für das nicht-staatliche Recht durchgesetzt hat, ist bezeichnend: es geht nicht um Rechtsetzung sondern um Formulierung, in diesem Sinne also um Deskription, nicht Präskription. Die International Chamber of Commerce etwa will nicht Recht setzen, sondern lediglich „*best practices*“ kodifizieren. Sogar bei UNCITRAL heißt die relevante Institution zwar *legislative council*. Entscheidungen werden aber meist ohne Abstimmung getroffen;<sup>216</sup> ein Generalsekretär erklärte sogar, es gehe zu wie bei einem Quäkertreffen.<sup>217</sup> Dieses formlose Verfahren ist nun kürzlich unter Kritik geraten.<sup>218</sup> Insbesondere die französische Delegation kritisierte den Verzicht auf Abstimmungen einerseits und vollständigen Konsens andererseits, sowie die undurchsichtige Beteiligung von NGOs.<sup>219</sup> Die US-Delegation wies die Kritik zurück: jeder Staat könne jederzeit Abstimmung beantragen; die Beteiligung von Experten sei wegen der technischen Natur der Materie erforderlich.<sup>220</sup> Man kann das, im Rahmen von Völkerrecht und Internationalen Beziehungen, als Streit darüber ansehen, welche Rolle die souveränen Mit-

---

211 Clive M. Schmitthoff, *The Law of International Trade, its Growth Formulation and Operation*, in *ders.* (Hg.), *The Sources of the Law of International Trade* (1964) 37 ff.; wieder abgedruckt in *Chia-Jui Cheng* (Hg.), *Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law* (1988) 137 ff.; siehe auch ebenda 224 ff.

212 *Progressive development of the law of international trade: report of the Secretary-General, UNCITRAL Yearbook I: 1968-1970* (1971) 18, insb. 22 ff. Der Bericht beruhte auf der Studie von *Schmitthoff*; vgl. ebenda 20. Vgl. dazu auch *E. Allan Farnsworth, UNCITRAL – Why? What? How? When?*, *Am. J. Comp. L.* 20 (1972) 314 ff.

213 *Gerold Herrmann, Law, International Commerce and the Formulating Agencies – The Future of Harmonisation and Formulating Agencies: The Role of UNCITRAL* (2000); *Berger, Schleichende Kodifizierung* (Fn. 202) 63 ff.; *ders.*, *Creeping Codification* (Fn. 202) 88 ff.

214 *Roscoe Pound, Jurisprudence I* (1959) 413.

215 *Roscoe Pound, Readings in Roman law and the civil law and modern codes as developments thereof, an introduction to comparative law* (1914) 1 Fn. 1; *ders.*, *An introduction to American Law* (1919) 21.

216 *UNCITRAL Rules of Procedure and Methods of Work: Practice with the Implementation of the Applicable Rules of Procedure*, U.N. Doc. A/CN.9/638/Add.4 (2007); *UNCITRAL rules of procedure and methods of work*, U.N. Doc. A/CN.9/653 (2008) 3 ff.; *UNCITRAL rules of procedure and methods of work – Note by the Secretariat*, U.N. Doc. A/CN.9/697 (2010) 3.

217 *John Honnold, The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods*, *Am. J. Comp. L.* 27 (1979) 201 ff.

218 *Zum Folgenden Claire E. Kelly, The Politics of Legitimacy in the UNCITRAL Working Methods*, in *Tomer Broude u.a.* (Hg.), *The Politics of International Economic Law* (2011) 106 ff.

219 *France's Observations on UNCITRAL's Working Methods*, U.N. Doc. A/CN.9/635. Ein weiterer Kritikpunkt betraf den Verzicht auf Französisch als Verhandlungssprache.

220 *UNCITRAL Rules of Procedure and Methods of Work: Observations by the United States*, U.N. Doc. A/CN.9/639.

gliedstaaten haben sollen.<sup>221</sup> Man kann es aber auch als Streit über das Rollenverständnis erachten. Die französische Kritik weist darauf hin, UNCITRAL sei kein „Club“ mehr<sup>222</sup> und betont den legislativen Charakter von UNCITRAL.<sup>223</sup> Die US-Delegation dagegen charakterisiert UNCITRAL als unpolitisch: „By seeking to find solutions that are generally acceptable, UNCITRAL has avoided politicization and entrenched disagreement, remained technically focused, and established itself as an effective standard setting organization.“<sup>224</sup>

Damit ergibt sich für Rolle und Rollenverständnis ein ambivalentes Bild: formulating agencies spielen zwar unzweifelhaft eine Rolle als Rechtsetzer, verstehen sich aber weitgehend nicht so.

## ii) *Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger I: Privatkodifikationen*

Welche Rolle spielen nun Wissenschaftler in dieser neuen Rechtserzeugung? Gewiss sind sie auch bei Institutionen wie ICC und UNCITRAL vertreten, aber nur zum Teil. Andere Projekte dagegen sind fast ausschließlich das Werk von Professoren. Bei den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (im Folgenden PICC) sind in der Arbeitsgruppe, die die neueste Version erstellte, unter 20 Mitgliedern sieben Professoren (darunter sechs emeritierte), zwei Richter und ein Anwalt.<sup>225</sup> Noch extremer ist es bei den Principles of European Contract Law (die, als Lando-Prinzipien, schon nach einem Professor benannt sind): die 25 Mitglieder der Kommission, die Teil III erstellte, waren sämtlich Professoren (der einzige Anwalt war ausgeschieden.) Der mittlerweile etwas in Vergessenheit geratene Gandolfi-Code ist sogar ausdrücklich das Projekt einer Akademie von Privatrechtswissenschaftlern.<sup>226</sup>

Wenn nun solche Privatkodifikation regelmäßig auf das Vorbild des US Restatement of the Law zurückgeführt werden,<sup>227</sup> muss man daher auch auf die Unterschiede gerade hinsichtlich der Beteiligung von Wissenschaftlern und Praktikern hinweisen.<sup>228</sup> Für die Restatements des US-Rechts zeichnet zwar typischerweise ein Professor als leitender Autor. Dessen Entwürfe unterliegen aber schon früh und mehrfach der Kontrolle durch das Plenum des American Law Institute, das unter seinen Mitgliedern neben Professoren zahlreiche Praktiker zählt. In Kontinentaleuropa dagegen ist die Kodifikation traditionell eine Domäne der Wissenschaft gewesen. Weder Lando-Prinzipien

221 *Kelly* (Fn. 218) 119 ff.

222 France's Observations (Fn. 219) 2, 5.

223 France's Observations (Fn. 219) 3, 6.

224 Observations by the United States (Fn. 220) 3.

225 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/wg03/wg03-members.htm>. Für eine Auflistung aller Mitarbeiter für die Versionen von 1994 und 2004 siehe UNIDROIT (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, xix f., xxvi ff.

226 Académie des privatistes européens, Code européen des contrast: Avant-projet, 2 Bde (2007/2008); dazu *Hans Joachim Sonnenberger*, Der Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, 409 ff.; *Fritz Sturm*, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, JZ 2001, 1097 ff.; *Reinhard Zimmermann*, Der ‚Codice Gandolfi‘ als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa?, in *Heinz Peter Mansel u.a.* (Hg.), Festschrift für Erik Jayme (2004) 1401 ff.

227 Etwa *Michael Joachim Bonell*, An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (3. Aufl. 2005) 9 ff.; zuletzt *Hans Schulte-Nölke*, ‚Restatements‘ in Europe and the US: Some Comparative Lessons, in *Brownson* u.a. (Fn. 157) 11 ff.

228 Zum Folgenden auch *Michaels* (Fn. 22).

noch UNIDROIT-Prinzipien sind denn auch von der Praxis in nennenswertem Ausmaß angenommen worden, allen anderslautenden Behauptungen zum Trotz.<sup>229</sup>

Das wirft die Frage auf, inwieweit sich der Privatrechtswissenschaftler als Rechtserzeuger versteht. Die Antwort, soweit sie sich aus Selbstdarstellungen ergibt, fällt ausgesprochen ambivalent aus. So sollen Privatkodifikationen sowohl Restatement als auch Prestatement sein; sie sollen das geltende Recht zusammenfassen und kreativ beste Regelungen vorschlagen, ohne dass der Unterschied bei einzelnen Regelungen deutlich wird.<sup>230</sup> Der Privatkodifikator ist also Kompilator und Rechtsetzer zur gleichen Zeit. Die Privatkodifikation ist erforderlich, weil die staatlichen Vertragsrechte, die sie ersetzen will, so unterschiedlich sind und zu schwierigen Kollisionsrechtsfragen führen; sie ist andererseits machbar, weil die staatlichen Vertragsrechte, auf denen sie beruht, so ähnlich sind.

Das ist nicht die einzige Ambivalenz. Als Wissenschaftler ist der Privatkodifikator dem Praktiker überlegen: „law teachers ... are by temperament, training, and status especially fitted for the work of systematizing our law and socializing our legal traditions. Freed from the distractions and strain of active practice and the bias of advocacy in particular cases, they are able to view disinterestedly and critically the entire field of law.“<sup>231</sup> Andererseits ist die Privatkodifikation kein „product of a few law professors pottering in an ivory tower,“<sup>232</sup> weil der Wissenschaftler irgendwie doch die Bedürfnisse der Wirtschaft einbeziehen kann. Diese Bedürfnisse nun sind ihrerseits ambivalent. Anders als Modellklauseln und Modellverträge, die von privaten Interessengruppen entwickelt werden, vertritt die Privatkodifikation nicht die speziellen Interessen bestimmter Gruppen; anders als die staatliche Kodifikation vertritt die Privatkodifikation explizit die speziellen Interessen der internationalen Wirtschaft.

Diese Ambivalenzen sind nun allerdings kein spezifisches Charakteristikum der transnationalen Kodifikation; sie finden sich auch im Staat. Die europäische Privatrechtswissenschaft hat schon immer die Darstellung des geltenden Rechts mit dem Vorschlag neuer Lösungen verbunden. Und die staatlichen Kodifikationen, die in der europäischen Tradition maßgeblich Wissenschaftlerprodukte sind, zeigen dieselbe Ambivalenz auf.<sup>233</sup> Ein Vergleich zwischen der Legitimation der UNIDROIT Principles durch einen ihrer Verfasser, Allan Farnsworth, und der berühmten Legitimation des französischen Code Civil durch einen ihrer Hauptautoren, Portalis, zeigt überraschende Parallelen.<sup>234</sup>

Farnsworth nennt vier Gründe dafür, dass die Privatkodifikation legitim sei. Sein erster – der nichtbindende Charakter der Privatkodifikation – scheint beim staatlichen Gesetz mit seinem Anwendungsbefehl nicht einschlägig.<sup>235</sup>

---

229 *Michaels* (Fn. 201) 870 ff.

230 Siehe etwa *Bonell* (Fn. 227) 264 f.

231 Eugene Gilmore, zitiert in *N.E.H. Hull*, *Restatement and Reform: A New Perspective on the Origins of the American Law Institute*, *Law&Hist. Rev.* 8 (1990) 55, 68, zitiert in *Bonell* (Fn. 224) 31.

232 *Bonell* (Fn. 227) 264.

233 Vgl. auch *Ole Lando*, *Comparative Law and Lawmaking*, *Tul. L. Rev.* 75 (2000-2001) 1015 ff.

234 *E. Allen Farnsworth*, *Closing Remarks*, *Am. J. Comp. L.* 40 (1992) 699, 700 (zit. auch bei *Bonell* [Fn. 224] 24 f.); *Jean-Etienne-Marie Portalis*, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), hier zit. nach *ders.*, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (1844) 1 ff.

235 *Farnsworth* (vorige Fn.) 700.

One, we are drafting mere principles and not uniform law, so that whatever rules we write are only likely to be applied if they find favor with someone concerned with a particular transaction or dispute [...]

Tatsächlich sieht aber auch Portalis den Geltungsgrund der Gesetze primär nicht im Geltungsbefehl sondern in ihrer Ratio:<sup>236</sup>

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison.

Der zweite Grund ist für Farnsworth die Möglichkeit des Richters, zu gerechten Ergebnissen zu kommen, und zwar mit zwei Methoden:<sup>237</sup>

Two, most of our principles are unlikely to miscarry because they are framed with evident generality (e.g., ‘good faith and fair dealing’) or they have built-in safety valves (e.g., ‘unless the circumstances indicate otherwise’), giving them enough flexibility to permit a judge or arbitrator to use common sense in applying them so as to avoid an arbitrary or unfair result.

Die erste dieser Methoden – genügend allgemeine Regeln (“generality“) – findet sich schon bei Portalis:<sup>238</sup>

L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.

Und auch die zweite Methode – die Ausnahme im Sonderfall („safety valves“) – hat schon Portalis erlaubt:<sup>239</sup>

Or, c’est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d’une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l’on s’efforcera inutilement de prévoir, ou qu’une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger.

Farnsworth meint drittens, weitere Entwicklungen könnten berücksichtigt werden.<sup>240</sup>

Three, in some instances we have declined to deal with tough questions, as in the area [...] of invalidity on a variety of grounds under the applicable domestic law.

Ganz ebenso Portalis:<sup>241</sup>

C’est à l’expérience à combler successivement les vides que nous laissons.

Und schließlich meint Farnsworth, die PICC könnten später geändert werden:<sup>242</sup>

And four, [...] UNIDROIT is free to amend the Principles, as the International Chamber of Commerce amends its rules, from time to time to take care of problems that later surface.“

Auch Portalis sieht, implizit, den Code Civil offen für die weitere Entwicklung:<sup>243</sup>

Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.

---

236 Portalis (Fn. 234) 4.

237 Farnsworth (Fn. 234) 700.

238 Portalis (Fn. 234) 8.

239 Portalis (Fn. 234) 14f.

240 Farnsworth (Fn. 234) 700.

241 Portalis (Fn. 234) 15.

242 Farnsworth (Fn. 234) 700.

243 Portalis (Fn. 234) 15.

Der letzte Punkt benennt allerdings faktisch einen Unterschied. Staatliche Kodifikationen werden oft geändert, auch wenn die komplette Neukodifikation häufig auf Widerstand stößt. Der Text der PICC dagegen wurde seit der Erstaufgabe 1992 zwar erweitert aber fast nicht geändert,<sup>244</sup> mit dem eher allgemeinen Argument, „the UNIDROIT Principles have generally met with approval and have not given rise in practice to any significant difficulties of application.“<sup>245</sup> Weitreichende Änderungen würden wohl als Eingeständnis eigener Schwäche angesehen. Eine „schleichende Kodifizierung“<sup>246</sup> ist insofern jedenfalls nicht institutionalisiert.

Letzten Endes ist die genannte Rollenambivalenz zwischen Deskription und Präskription also typisch für das Privatrecht generell, nicht bloß für das außerstaatliche. Dass die Privatkodifikation zwischen Gesetz und wissenschaftlichem Traktat steht, unterscheidet sie also nicht von der staatlichen Kodifikation herkömmlicher Prägung. Was dagegen fehlt, ist das Bewusstsein und der Wille, auch regulierende Funktionen zu übernehmen. Im Nationalstaat wird diese Funktion vom Gesetzgeber miterfüllt. Außerhalb des Staates ist jedenfalls auf globaler Ebene keine entsprechende Institution vorhanden.

### *iii) Der Wissenschaftler als Rechtserzeuger 2: Der gemeinsame Referenzrahmen*

Wissenschaftliche und praktische Rolle stoßen nun direkt auf einander beim von der Study Group for European Contract Law erarbeiteten Draft Common Frame of Reference, kurz DCFR.<sup>247</sup> Der DCFR hat eine eigenartige Struktur und Vorgeschichte: er beruht in großen Teilen auf den Lando-Prinzipien, freilich mit Änderungen;<sup>248</sup> zudem umfasst er die so genannten Acquis Principles, die ihrerseits das bestehende Gemeinschaftsrecht systematisieren sollten.<sup>249</sup> Ebenso disparat sind die Funktionen: Der Common Frame of Reference soll das geltende Gemeinschaftsprivatrecht systematisieren, daneben aber auch als Toolbox dienen, also jedenfalls dem Gesetzgeber helfen, und schließlich (und vielleicht vor allem) als Vorlage für ein europäisches Zivilgesetzbuch dienen. Damit sind klassisch wissenschaftliche und klassisch gesetzgeberische Funktionen verbunden.

Trotz – oder vielleicht wegen – dieser Doppelfunktion weisen seine Autoren eine Rolle als Gesetzgeber oder gar Regulierer weit von sich. Der DCFR sieht aus wie eine

---

244 Zu den Änderungen in der Version von 2004, siehe Vogenauer/Kleinheisterkamp(-Vogenauer), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Introduction Rz. 25 m.w.N.; zu den Änderungen in der Version 2010, siehe UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, vii f.

245 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, xvi.

246 Berger (Fn. 202); vgl. auch Jerzy Rajski, For a Progressive Codification of European Private Law, in Liber Amicorum Alpa (Fn. 22) 20-24, auch in Juridica International 2006, 20 ff.

247 Der DCFR diene als Modell für ein optionales Instrument, für das mittlerweile ein Vorschlag vorliegt; auf dieses wird hier nicht eingegangen.

248 Christian v. Bar u.a., Introduction, in dies. (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2009) 30 ff.

249 Kritisch insoweit Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113 ff.

Kodifikation, soll aber, offiziell, keine sein.<sup>250</sup> Obwohl seine Erstellung von der Kommission ausdrücklich mit Hinblick auch auf die Gesetzgebung angefordert und gefördert wurde, sehen seine Autoren den DCFR explizit als wissenschaftliches Werk und bezeichnen ihn auch als akademischen Referenzrahmen: ob ein etwaiger politischer Common Frame of Reference jemals zustande kommen könnte und irgendwie mit dem akademischen CFR zusammenhänge, habe man nicht zu beurteilen.<sup>251</sup> Zudem soll der DCFR eine Fülle anderer Funktionen erfüllen, die typischer für Wissenschaftler sind: Information über das Recht in Europa, Anregung für Reformen. Bei der Bearbeitung war der Einfluss der Praxis dennoch gering: in der Study Group spielten Praxisvertreter keine Rolle; Diskussionen mit ausgewählten Stakeholders fanden erst nach Entwurfsabschluss statt und führten zu keinen großen Änderungen. Hierin spiegelt sich ein eher kontinentaleuropäisches Rollenverständnis der Wissenschaft als Hauptvertreterin des „richtigen“ Rechts.

Diese Behauptung reiner Wissenschaft erscheint nun nicht ganz glaubhaft. Wenn es etwa im Vorwort zum DCFR heißt: „what we refer to today as the DCFR originates in an initiative of European legal scholars,“<sup>252</sup> ist das allenfalls halbrichtig: jedenfalls in seiner heutigen Form entspringt der Text gerade nicht einer wissenschaftlichen Initiative sondern einem Auftrag der Europäischen Gemeinschaft. Gleichermaßen ist die betonte völlige Unabhängigkeit der Autoren nicht ganz überzeugend: die Kommission hat das Projekt mit mehreren Millionen Euro gefördert, und sie hat durchaus inhaltliche Anforderungen mit der Förderung verbunden.

Nicht überraschend sind die Autoren denn auch auf vielfache Kritik gestoßen. Einerseits wirft man ihnen vor, zu sehr Professoren zu sein: der DCFR sei Professorenrecht, mit dem sozialen und politischen Verständnis des Privatrechts im 20. und 21. Jahrhundert nicht vereinbar,<sup>253</sup> er sei zu dogmatisch.<sup>254</sup> Umgekehrt meint man aber auch, sie seien nicht genügend Professoren: insbesondere sei es ihnen nicht gelungen, einen in sich kohärenten und rechtsvergleichend grundierten Text zu schaffen.<sup>255</sup> Wolfgang Ernst hat den Mangel an Professionalismus scharf kritisiert, der die Produktion des DCFR begleitet habe.<sup>256</sup> Sein Vorschlag, derartige Projekte an einem zu gründenden European Law Institute anzusiedeln,<sup>257</sup> ist von Wissenschaftlern schon zuvor vor-

---

250 Zuletzt *Hans Schulte-Nölke*, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161, 2166. Vgl. dagegen das Zitat eines Koautors des DCFR: *Martijn Hesselink*, The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law, Tul. L. Rev. 83 (2009) 919, 923: „a European civil code in all but name.“ Aufgegriffen wird das Zitat im Titel der Kritik von *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, „A European civil code in all but name“ – Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, Cambridge Law Journal 69 (2010) 98 ff.; beruhend auf *dies.*, Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401 ff.

251 v. *Bar u.a.* (Fn. 248) 6; siehe aber auch *Eric Clive*, An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference, ERA-Forum 9 (2008) 813, 815.

252 v. *Bar u.a.* (Fn. 248) 6

253 *Hans-W. Micklitz/Fabrizio Cafaggi*, Introduction, in *dies.* (Hg.), European Private Law after the Common Frame of Reference ix, xxv-xxix.

254 *Nils Jansen*, The Authority of the Academic „Draft Common Frame of Reference“, in *Micklitz/ Cafaggi* (Fn. 253) 147 ff.

255 *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529 ff.

256 *Wolfgang Ernst*, Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008) 249, 278 ff.;

257 Ebenda 280 ff.

gebracht worden.<sup>258</sup> Er verweist auf ein stärker an die Gesetzgebung angenähertes Rollenbild. Reinhard Zimmermanns Bestreben andererseits, die Lando-Prinzipien eigenständig neben dem DCFR zu stärken, darf man wohl als Versuch ansehen, die Wissenschaftlerrolle zu stärken.

Letzten Endes macht die unvermeidbare Doppelfunktion auch der Privatkodifikation es ihren Autoren unmöglich, sich nur auf eine Rolle zurückzuziehen. Der Versuch, durch das Betonen einer reinen Wissenschaftlerrolle die Kritik mangelnder demokratischer Legitimation zu vermeiden, scheitert also auf beiden Seiten: die demokratische Legitimation wird weiter gefordert; die inhaltliche Qualität andererseits wird abgesprochen. Vieles spricht dafür, dass die Ambivalenz der Rolle unvermeidbar bleibt: auch ein „wissenschaftlicher“ Referenzrahmen ist notwendig politisch;<sup>259</sup> andererseits ist aber auch die staatliche Kodifikation, kraft ihrer Form, immer auch wissenschaftlich.

#### *iv) Der Privatkodifikator als Professioneller und Unternehmer*

Ein europäisiertes Privatrecht, zumal eine Privatrechtskodifikation, ist ein Großprojekt. Das betrifft sowohl die Produktion als auch die Vermarktung. Um mit der Produktion zu beginnen: die Anfänge wirken impressionistisch, auch (oder gerade) dort, wo sie, wie in der Lando-Gruppe, eine gewisse institutionelle Struktur aufwiesen. Trotzdem, oder gerade deshalb, schienen anfangs alle irgendwie am gleichen Strang zu ziehen: Innere Spannungen innerhalb der sich gründenden epistemischen Gemeinschaft der europäischen Privatrechtler waren nebensächlich verglichen mit den Unterschieden zu den noch nationalisierten Privatrechtlern. Bald jedoch zeigten sich Unterschiede zwischen den verschiedenen Projekten; die Abstimmung wurde schwieriger, auch kam es zu Konkurrenz (nicht zuletzt auch um Fördergelder.)<sup>260</sup> Diese Gefahr der Vervielfachung von Ansätzen ist keine europäische Spezialität; auch für die weltweite Rechtsharmonisierung hat man die Vielzahl sogenannter formulating agencies frühzeitig als Problem angesehen.<sup>261</sup> Auch das Verhältnis zwischen weltweiter und europäischer Ebene ist nicht geklärt.

Diese Pluralität – im Völkerrecht spricht man von Fragmentierung – ist spezifisch für das transnationale Recht. Sie führt zur Notwendigkeit, für das eigene Produkt zu wer-

---

258 Ähnliche Vorschläge schon bei *Werner Ebke*, Unternehmensrechtsangleichung in der EU: Brauchen wir ein European Law Institute?, in *Ulrich Hübner* u.a. (Hg.), Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag (1999) 189 ff.; *Eva-Maria Kieninger/Stefan Leible*, Plädoyer für einen „Europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht“, *EuZW* 1999, 37 ff.; *Christoph Schmid*, Desintegration und Neuordnungsperspektiven im europäischen Privatrecht. Plädoyer für ein Europäisches Rechtsinstitut und für „Restatements“ über europäisches Recht, in *Thomas Ackermann* u.a. (Hg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, (2000) 33 ff.; *Stefan Leible*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht – Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts (Habil. 2001) 615 f.; *Anthony Chamboredon/Christian Schmidt*, Pour la création d'un „Institut européen du droit“. Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *Rev. int. dr. comp.* 53 (2001) 685 ff.; *Collins* (Fn. 196) 216 ff. Zur Gründung eines solchen Instituts oben Fn. 186.

259 Dazu *Somma* (Fn. 198); *Jansen/Zimmermann* (Fn. 249).

260 Siehe jetzt auch *Stefan Vogenauer*, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, *ERCL* 6 (2010) 143 ff.

261 Jetzt *José Angelo Estrella Faria*, The Relationship between Formulating Agencies in International Legal Harmonization: Competition, Cooperation, or Peaceful Coexistence? A Few Remarks on the Experience of UNCITRAL, *Loy. L. Rev.* 51 (2005) 253 ff.

ben, weil es nun nicht mehr nur im Verhältnis zum nationalen Recht sondern auch im Verhältnis zu anderen Projekten bestehen muss. Schaut man auf die Veröffentlichungslisten von Michael Joachim Bonell (dem spiritus rector der UNIDROIT Principles), Ole Lando (dem Namensgeber der Lando-Prinzipien) und Christian von Bar (der die Study Group on a European Civil Code leitete), so scheint eine Hauptfunktion vieler Veröffentlichungen darin zu bestehen, das eigene Projekt überhaupt erst einmal bekannt zu machen. Die relativ geringere Aufmerksamkeit für andere Projekte wie den Gandolfi-Code mag auch darauf zurückzuführen sein, dass diese weniger beworben wurden.

Drei Typen solcher Werbliteratur sind ersichtlich. Der erste Typus stellt das eigene Projekt dar und weist dabei auf seine Vorzüge hin. Diese Literatur sieht aus wie Produktinformation; freilich ist sie als Selbstanalyse typischerweise nur positiv, weil die eigenen Entscheidungen beschrieben und gleichzeitig verteidigt werden. Der zweite Typus, oft nicht streng vom ersten getrennt, stellt das eigene Projekt in einen größeren Rahmen und erhöht damit seine Legitimation. Entweder wird das eigene Projekt als Vorbild für andere genannt: die Lando-Prinzipien etwa als Vorbild für ein Welthandelsgesetzbuch;<sup>262</sup> die UNIDROIT-Prinzipien als Vorbild für nationale und internationale Rechtsetzung.<sup>263</sup> Oder aber der Anwendungsbereich des eigenen Projekts wird von demjenigen anderer Projekte abgesteckt – so wollen etwa die UNIDROIT-Prinzipien nicht mit dem UN-Kaufrecht (CISG) konkurrieren. Explizit vergleichende Werbung ist also selten; es geht vielmehr darum, einerseits das eigene Produkt als Antwort auf bereits bestehende Bedürfnisse darzustellen, andererseits aber zu zeigen, warum diese Bedürfnisse nicht schon anderweitig befriedigt werden. Der dritte Typus schließlich weist auf die weite Verbreitung des eigenen Projekts hin, um eine solche weite Verbreitung zusätzlich zu fördern (ein wenig wie wenn ein Warenverkäufer seine Waren anpreist mit den Worten „Das hier wird besonders gern genommen.“) Jede noch so beiläufige Erwähnung der UNIDROIT-Prinzipien etwa wird in einer umfangreichen Urteilsbesprechung aufgegriffen und damit in ihrer Bedeutung erhöht.

Mit anderen Worten: der Privatkodifikator oszilliert nicht nur zwischen den Rollen des frei forschenden Rechtswissenschaftlers und des Gesetzgebers (für die er nicht formal legitimiert ist), sondern auch zwischen diesen beiden und der des Unternehmers, der sein eigenes Projekt bewirbt. Rechtswissenschaft wird zu Public Relations, oder wird so aufgefasst. Als Christian von Bar die Study Group for a European Civil Code in Paris vorstellte, erfuhr er heftigen Widerstand nicht zuletzt deshalb, weil er auf Englisch vortrug, wie Kritiker entrüstet anmerkten<sup>264</sup> – eine Stilkritik, die eher auf eine Werbeveranstaltung passt als auf ein wissenschaftlichen Vortrag.

#### v) *Der Privatrechtler als Träumer*

Letztlich zeigt sich also eine unklare Rolle des Privatkodifikators zwischen Praxis, Wissenschaft und Politik. Wie im Schiedsrecht wird der Ausweg nun auch hier interessanterweise in Glauben, Visionen, und Träumen gesucht.

---

262 *Ole Lando*, The European Principles in an Integrated World, ERCL 1 (2005) 3 ff.

263 *Bonell* (Fn. 224) 243 ff.

264 *Yves Lequette*, Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von Bar, Dalloz 2002, 2202 ff.; *Schepel* (Fn. 156) 148.



Schon Portalis sah den Gesetzgeber als eine Art Priester: „Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce.“ George Fletcher hat den französischen Code civil recht treffend als ein „almost sacred book“ bezeichnet.<sup>265</sup> Religiös deutet man nun das europäische Privatrecht nicht mehr;<sup>266</sup> aber der bloßen Vernunft will man doch nicht ganz trauen. In der Diskussion wird ein europäisches Zivilrechtsgesetzbuch so oft als Traum bezeichnet, dass das kein Zufall sein kann.<sup>267</sup> Peter Schlechtriem etwa sprach vom „Traum eines Euro Code“ und fragte, ob bei dessen Einführung wohl Freudenfeuer entzündet würden.<sup>268</sup> Nur manchmal erhält die Bezeichnung als Traum negative Konnotation, entweder als Utopie,<sup>269</sup> oder gar als Alptraum.<sup>270</sup>

Dabei ist man nicht immer konsequent. Basil Markesinis etwa hielt (jedenfalls vor zehn Jahren) einerseits ein europäisches Zivilgesetzbuch für „at best, a utopian dream“<sup>271</sup> Er selbst träumt aber auch von einer besseren Welt mit mehr Toleranz und Rechtsvergleichung, und zwar mit einem Zitat vom Grabstein von Graf Zeppelin in Konstanz: „First you dream; then you believe in your dream, and then it happens!“<sup>272</sup> Es mag kleinlich scheinen, darauf hinzuweisen, dass das nach Zeppelin benannte Luftschiff, ein wenig glückliches Ende nahm.<sup>273</sup> Wichtiger erscheint der Hinweis darauf, dass im Zitat zwischen Träumen und Wirklichkeit weder Denken noch empirische Forschung genannt werden – obwohl Markesinis selbst anderenorts häufig auf die Wichtigkeit von Methode und Empirie hinweist.

Träume werden so häufig genannt, dass die Wirklichkeit im Vergleich schal aussieht. Hans Schulte-Nölke hat sich kürzlich dagegen verwehrt, den von ihm mitverfassten DCFR mit irrationalen Träumen zu vergleichen: „das Recht“, so sagt er, „ist bekanntlich für die Wachen“, und „[a]uch für Menschen mit einem tiefen Gefühl für Recht und

---

265 *George P. Fletcher*, Three Nearly Sacred Books in Western Law, *Ark. L. Rev.* 54 (2001) 1 ff.

266 Vgl. aber allgemeiner *Paul Kahn*, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999).

267 *Claude Witz*, La longue gestation d'un code européen des contrats, *Rev. trim. dr. civ.* 2003, 447 ff.; *Louis Vogel*, Unifier le droit: un rêve impossible? (2001); *Brigitta Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002) 7 ff.; *Martijn Hesselink*, The Politics of a European Civil Code, *Eur. L. J.* 10 (2004) 675, 679; *Ewoud Hondius*, CISG and a European Civil Code. Some Reflexions, *RabelsZ* 71 (2007) 99, 104 („von Bar's Dream“); *Walter Pintens*, Europäisierung von Familienrecht und Personenstand – Traum oder Wirklichkeit?, *StAZ* 2008, 97 ff.; *Helmut Koziol*, Ein Europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit oder Traum, *JBl.* 2001, 32 ff.; vgl. auch *Oliver Remien*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, *EuR* 2005, 699, 699.

268 *Peter Schlechtriem*, Europäisierung des Privatrechts – vom Beruf unserer Zeit für ein Europäisches Privatrecht, *Juridica* 9 (2004) 24, 24.

269 *Friedrich Kübler*, Traumpfade oder Holzwege nach Europa?, Oder: Was wir uns von der Rechtsgeschichte wünschen sollten, *RJ* 12 (1993) 307 ff.

270 Z.B. *Marc Gjidara*, Le code civil français survivra-t-il à la construction européenne?, *Zbornik PFZ*, 56 (2006) 911, 912: „Le code civil français pris entre le rêve européen et le cauchemar de l'uniformisation juridique“.

271 *Basil Markesinis*, Always on the Same Path: Essays on Foreign Law and Comparative Methodology (2001) 7.

272 *Basil Markesinis*, Understanding American Law by Looking at It Through Foreign Eyes: Towards a Wider Theory for the Study and Use of Foreign Law, *Tul. L. Rev.* 81 (2006) 123, 185.

273 Noch kleinlicher wäre vielleicht der Hinweis darauf, dass der Grabstein des Grafen gar nicht in Konstanz sondern in Stuttgart steht – und im übrigen auch eine ganz andere Inschrift hat, nämlich „Dein Glaube hat dir geholfen.“ Siehe [http://www.stuttgart-im-bild.de/html/ferdinand\\_graf\\_von\\_zeppelin.html](http://www.stuttgart-im-bild.de/html/ferdinand_graf_von_zeppelin.html). Vielleicht hatte Markesinis statt dessen Anatole France's Ausspruch zum Bau des Suez-Kanals im Sinn: „pour accomplir de grandes choses il ne suffit pas d'agir, il faut rêver, il ne suffit pas de calculer, il faut croire.“ Séance de l'Académie française du 24 décembre 1896. Discours de réception de Anatole France (1897) 21.

Unrecht geht es doch weniger um Schönheit als um Funktionalität.<sup>274</sup> Freilich drückt das vielleicht das Problem aus: Der Privatrechtswissenschaftler, zumal der europäische, denkt immer noch ungern in Kategorien der Funktionalität. Der Traum des transnationalen und entpolitisierten Privatrechts ist ein Traum eines reinen Privatrechts, das im 20. Jahrhundert als Realität unplausibel geworden ist und gerade deshalb bewusst als Traum weitergetragen wird.

### c) Öffentliche und private Rolle

Damit ist auch die letzte Frage angedeutet, die ich stellen möchte: das Verhältnis zwischen privatem und öffentlichem Selbstverständnis. Ich beschränke mich hier auf den Privatkodifikator, weil bei diesem das Spannungsverhältnis am deutlichsten wird. Auch beim privaten Rechtsetzer stellt sich die Frage, ob seine Rolle eine quasi-öffentliche oder ein quasi-private ist. Quasi-öffentlich ist sie dann, wenn der Privatkodifikator sich als Gesetzgeber sieht. Quasi-privat ist sie dagegen, wenn er seine Rolle lediglich darin sieht, von neutraler, unbeteiligter Position aus den mutmaßlichen Willen privater Rechtsteilnehmer zu kodifizieren und politische Entscheidungen den politischen Institutionen zu überlassen.

#### i) Legitimation und Geltung

Die Rechtswissenschaft, die maßgeblich die genannten Privatkodifikationen verantwortet, sieht ihre Rolle ganz weitgehend privat, unpolitisch. Für die Frage nach dem Für und Wider eines europäischen Codes wird regelmäßig die Thibaut-Savigny-Debatte berufen, aber unter eigenartiger Weglassung ihres historischen politischen Hintergrunds, so als ob es im 19. Jahrhundert um eine bloße Formfrage gegangen sei. Die Privatkodifikation gilt als unproblematisch: Lando Principles und UNIDROIT Principles werden damit legitimiert, dass sie, als „soft codifications,“ nur zur Anwendung kommen, sofern sie gewählt oder von öffentlichen Stellen übernommen werden. Selbst die Verfasser des DCFR, obwohl mit öffentlichen Geldern gefördert, sehen ihre Funktion doch ganz primär privat: das Ergebnis sei rein akademisch; ob ein (so genannter) politischer Referenzrahmen die gefundenen Ergebnisse übernehme, habe man nicht zu befinden. Ganz richtig ist die private Rolle indes nicht, auch nicht für die anderen existierenden Privatkodifikationen:<sup>275</sup> ihre Autoren sind mehrheitlich bei staatlichen oder jedenfalls staatlich geförderten Universitäten angestellt, arbeiten mit öffentlichen Fördergeldern oder gar, wie bei den PICC, in einer völkerrechtlich gegründeten Institution.

Hier nun findet sich häufig ein von Hein Kötz in die Debatte geworfener und seitdem vielfach wiederholter Unterschied: Staatliche Kodifikationen gälten *ratione imperii*, also aufgrund der Herrschaft des Staates. Privatkodifikationen dagegen gälten *imperio*

---

274 Hans Schulte-Nölke, Wovon Europas Juristen träumen..., ZEuP 2009, 673, 674. Anderswo geht es indes auch Schulte-Nölke um Schönheit; vgl. *ders.*, Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen: Zu den Voraussetzungen einer ertragreichen Diskussion, in *Reiner Schulze, Christian von Bar and Hans Schulte-Nölke* (Hg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen: Kontroversen und Perspektiven (2008) 47, 67. Den Widerspruch zitieren zuerst *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, 3401, 3406 Fn 73.

275 *Jansen* (Fn. 5) 7.

*rationis*, also aufgrund der Überzeugungskraft ihrer inneren Vernunft und Qualität.<sup>276</sup> Der staatliche Gesetzgeber ist also Imperator, der Privatkodifikator dagegen ist nicht gleich ein Dienstleister wie der Schiedsrichter, wohl aber Produzent.<sup>277</sup> Eingeführt wird zugleich ein zur ordnungsgemäßen Setzung alternativer Geltungsgrund, nämlich die Richtigkeit, die Vernünftigkeit des Rechts.<sup>278</sup>

Indes ist diese Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Kodifikation ungenau. Einerseits werden inhaltlich Vernunft und Qualität auch von der staatlichen Kodifikation verlangt, wie das schon oben genannte Zitat von Portalis deutlich macht: „Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison.“<sup>279</sup> Die politische Präferenz eines Herrschers spielt hier für den Inhalt fast nie eine Rolle, wenn man von Napoleons Beteiligung am Code civil einmal absieht.<sup>280</sup> Insbesondere erfolgt nämlich beim Kodex, anders als beim Maßnahmengesetz, die inhaltliche Legitimation nicht aus der politischen Zielsetzung sondern der inneren Ausgewogenheit – das ist für die Natur- und Vernunftrechtskodifikation nicht anders als für das heutige Gesetzbuch.<sup>281</sup> Und formal findet die staatliche Kodifikation heute jedenfalls ihren Geltungsgrund nicht in der Laune eines Herrschers, sondern im demokratischen Verfahren seiner Verabschiedung; das galt übrigens schon für den Code Civil.

Andererseits reicht auch bei der Privatkodifikation die behauptete Ratio allein zur Geltung nicht aus. Um anwendbar zu sein, muss sie formal legitimiert werden, und zwar entweder öffentlich durch kollisionsrechtliche Berufung durch den Staat als anwendbares Recht, oder privat durch Rechtswahl oder Integration in den Vertrag. Damit verwandelt sich auch die behauptete Vernunft in Vermarktbarkeit. Anders gesagt: die Behauptung der Vernunft wird ihrerseits zum Werbungsargument. Staaten sind nun traditionell zögerlich mit der Anerkennung;<sup>282</sup> auch der europäische Gesetzgeber hat sich letztlich entschieden, eine Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts als anwendbares Recht nicht zuzulassen.<sup>283</sup> Das mag praktische Gründe haben: Staatlichkeit ist ein einfach zu handhabendes Kriterium zur Bestimmung wählbaren Rechts, Vernünftigkeit ist es nicht. Es mag aber auch an der strukturellen Ungleichheit zwischen Staat und Nichtstaat liegen; Staaten haben ein Interesse am Fortbestand ihres Rechtsetzungsmonopols.<sup>284</sup>

Schließlich ist die Trennung zwischen Vernunftkodifikation und Herrschaftskodifikation spätestens dort überwunden, wo der Text vom einen in den anderen Zustand über-

---

276 Hein Kötz, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, in *ders.* u.a. (Hg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag* (1981) 481, 492.

277 Bruce H. Kobayashi/Larry Ribstein, *Law as a ByProduct: Theories of Private Law Production* (2011), <http://ssrn.com/abstract=1884985>.

278 Vgl. Michaels (Fn. 5) im Rückgriff auf Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992) 139 ff.

279 Oben bei Fn. 263.

280 Wieacker (Fn. 166) 341; ausführlich Eckhart Maria Theewen, *Napoleons Anteil am Code civil* (1991); vgl. auch Jean-Louis Halpérin, *L'histoire de la fabrication du code. Le code: Napoléon?, Pouvoirs* 107 (2003/4) 11 ff.

281 Michaels (Fn. 157) 151 ff.

282 Umfassend zu den UNIDROIT-Prinzipien Vogenauer/Kleinheisterkamp(-Michaels) (Fn. 241), Preamble I, Rn. 49 ff.

283 Art. 3(2) Rom-I-Verordnung; vgl. Vogenauer/Kleinheisterkamp(-Michaels) (Fn. 244), Preamble I, Rn. 52-54.

284 Ralf Michaels, *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005) 1209, 1237 ff.

gehen soll, wie etwa beim optionalen Instrument. Insoweit als die Privatkodifikation geltendes Recht sein oder werden soll – sei es durch Umsetzung, sei es als Auslegungshilfe oder zur Lückenfüllung – erfüllt sie auch eine notwendig öffentliche Funktion. Das wiederum heißt, dass der Privatkodifikator sich nicht auf seine streng private (oder wissenschaftliche) Rolle zurückziehen kann, sondern sich den Legitimitätsanforderungen stellen muss, die wir an die Rechtserziehung generell stellen. Ob er auch genau wie ein Gesetzgeber agieren muss, ist damit freilich noch nicht gesagt.

## ii) *Zwingende Normen*

Dass dem Privatkodifikator bewusst ist, wie prekär seine Position ist, sieht man nun an einer spezifisch dogmatischen Frage, die schon im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit behandelt wurde, nämlich der Rolle zwingender Normen. Zwingende Normen drücken typischerweise öffentliche Interessen aus. Die Politikferne und Parteinähe, die die Verfasser der Privatkodifikation ansonsten als Vorteil empfinden, wird jedenfalls dort von Nachteil, wo es um öffentliche Interessen geht.

Der Privatkodifikator geht hier nun einen ähnlichen Weg wie der Schiedsrichter: er überlässt die Formulierung öffentlicher Interessen dem Staat. Das zeigt sich darin, dass sowohl die Lando-Prinzipien wie auch UNIDROIT Principles weitgehend auf die Formulierung zwingender Normen verzichten und statt dessen auf anderweitige, größtenteils staatliche zwingende Normen verweisen.<sup>285</sup> Dogmatisch ist umstritten, ob dieser Verweis nur auf sogenannte international zwingende Normen beschränkt ist (die sich auch gegenüber einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl durchsetzen würden) oder auch einfach zwingende Normen umfasst (so dass die Prinzipien nur im Rahmen des dispositiven Rechts in den Vertrag integriert werden können). Die Ansicht der Autoren der Regelwerke selbst ist demgegenüber relativ pragmatisch. Erstens sei der Unterschied relativ klein, weil einfach zwingende Normen ohne kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung ohnehin selten sind, jedenfalls im Recht der Handelsverträge.<sup>286</sup> Zweitens überlässt man die Entscheidung dem staatlichen Gesetzgeber, der in seinem Kollisionsrecht entscheidet, ob nichtstaatliches Recht gewählt werden könne.<sup>287</sup> Die Frage, ob sich also die Politik gegenüber dem neuen Vernunftrecht durchsetzt, wird also ihrerseits der Politik zur Entscheidung überantwortet.

Das scheint sich auch bei Erweiterungen der Privatkodifikationen nicht zu ändern. So sollte eine neue Vorschrift in den PICC über Widerrechtlichkeit ursprünglich auch regeln, wann ein Vertrag illegal ist.<sup>288</sup> Damit wäre man nicht nur formal in die Domäne

---

285 Art. 1.4 PICC 2010:

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

Art. 1:103 PECL:

(1) Where the law otherwise applicable so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable.

(2) Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.

286 Vgl. auch Vogenauer/Kleinheisterkamp(-*Michaels*) (Fn. 244), Preamble I Rn. 36.

287 So ausdrücklich Art. 1:103 PECL; PICC 2010, comments 3-5.

288 UNIDROIT 2006 Study L – Doc. 99, no. 19.

des Gesetzgebers eingedrungen – illegal bezieht sich auf *lex*<sup>289</sup> – sondern hätte auch inhaltlich öffentliche Interessen berücksichtigen müssen. Ausgeschlossen ist das natürlich nicht: man könnte sich innerhalb der PICC Gedanken darüber machen, was eigentlich illegal sein soll, oder aber versuchen, einen common core aller Rechtsordnungen zu finden, wie das auch ein früher Entwurf vorsah.<sup>290</sup> Letztlich entschied man sich, für die Voraussetzungen und sogar, jedenfalls im Prinzip, für die Rechtsfolgen ausdrücklich auf das geltende (meist staatliche) Recht zu verweisen (Art. 3.3.1 PICC 2010). Das zeigt, dass man hier lieber eine Lücke lassen als sich mit öffentlichen Fragen auseinandersetzen wollte.

Eine solche Zurückhaltung gegenüber Normen im öffentlichen Interesse zeigt sich sogar bei den Autoren des DCFR.<sup>291</sup> Diese hatten unter anderem die Aufgabe, das maßgeblich von öffentlichen Interessen motivierte Vertragsrecht der Europäischen Union zu ordnen – eine politisch heikle Aufgabe. Herausgekommen sind dabei in einem ersten Schritt die sogenannten Acquis Principles, die indes aus den gemeinschaftsrechtlichen Spezialregeln ein allgemeines System machen und sie damit scheinbar ihrer politischen Kontingenz entheben.<sup>292</sup> In einem zweiten Schritt wurden die Acquis Principles dann in den DCFR eingeführt und dort marginalisiert. Das Ergebnis ist ein unpolitischer Text, der zwar – teilweise<sup>293</sup> – mit dem bestehenden EU-Recht kompatibel ist, dieses aber gleichzeitig weiter benötigt. Das entspricht der Rolle reiner Wissenschaft, die die Autoren für sich selbst beanspruchen. Es bedeutet aber gleichzeitig, dass der DCFR unvollständig bleiben muss.

Es ergibt sich also, dass die bestehenden Privatkodifikationen auf (vermeintlich) unpolitisches Privatrecht beschränkt bleiben und die Entscheidung politisch relevanter Fragen weiterhin dem Staat überlassen. Anders gesagt: die Privatkodifikation beruht weiterhin auf privatrechtlicher Rationalität und überlässt die regulatorische Rechtsetzung dem staatlichen und europäischen Gesetzgeber. Das ist vielleicht nicht einmal eine schlechte Arbeitsteilung.<sup>294</sup> Freilich müsste sie sich dann in einer Selbstbeschränkung der Privatkodifikatoren ausdrücken. Zudem ist der Verweis auf den Staat insofern heikel, als ja gerade die ganze Rechtfertigung der Privatkodifikation in dem Argument liegt, der Staat könne im Rahmen der Globalisierung nicht mehr effizient Gesetze machen.

---

289 Vgl. *Michael Furmston*, Position Paper on Illegality (UNIDROIT 2007 Study L – Doc. 101) No. 2.2: „Many systems have a category of contracts prohibited by statute. Unidroit is not a sovereign state and does not have a legislature. Does this mean that we do not need this category?“

290 Draft Chapter on Illegality (UNIDROIT 2008 Study L – Doc. 106) Art. 1(1): „A contract is illegal if, whether by its terms, performance or otherwise, it is contrary to principles widely accepted as fundamental in legal systems throughout the world.“

291 Vgl. kritisch *Horatia Muir Watt/Ruth Sefton-Green*, Fitting the Frame: an optional instrument, party choice and mandatory/default rules, in *Micklitz/Cafaggi* (Fn. 253) 201 ff.

292 Vgl. auch die Kritik an der Systembildung bei *Jansen/Zimmermann* (Fn. 249).

293 Siehe die Beispiele bei *Ernst* (Fn. 256) 253.

294 *Michaels* (Fn. 155). Kritisch aber etwa *Florian Rödl*, Privatrecht, Demokratie, Kodifikation – Zur Kritik des Europäischen Privatrechts-Projekts, in *Christian Joerges/Tobias Pinkel* (Hg.), *Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?* (2011) 133, 137 ff. m.w.N. Zum Konflikt schon *Schepel* (Fn. 156).

## IV. Schluss

Ich möchte zum Schluss die Ergebnisse zum Rollenverständnis zusammenfassen und zugleich fragen, was die Ergebnisse uns über das Privatrecht jenseits des Staates sagen können.

Erstens entsteht eine echte transnationale epistemische Gemeinschaft sowohl im Schiedsrecht als auch in der Rechtswissenschaft und, in geringerem Umfang, bei Privatrechtspraktikern. Eine solche Gemeinschaft ist notwendige Voraussetzung für ein transnationales Privatrecht, weil nur sie die nationalstaatliche Sozialisierung des Juristen überwinden kann. Von selbst entsteht sie indes nicht: die epistemische Gemeinschaft wird aktiv gefördert – durch Ausbildung, moot courts, Netzwerke, usw. Lange Zeit spielten interne Unterschiede und Wettbewerbe eine geringe Rolle; mittlerweile sind beide epistemischen Gemeinschaften so etabliert, dass der interne Konkurrenzkampf stärker wird. Gleichzeitig besteht weiterhin ein gemeinsames Interesse daran, das eigene Feld gegen den Staat zu behaupten.

Zweitens sehen wir, wie die Rollen von Praktiker und Wissenschaftler einander überlagern. Ganz deutlich ist das im internationalen Schiedsrecht: der Schiedsrichter ist Parteivertreter, Schiedsrichter und Wissenschaftler zugleich. Aber auch im transnationalen Privatrecht kommt es zur Überlagerung: der Privatkodifikator ist zugleich Wissenschaftler und Gesetzgeber. Das ist nur zum Teil darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der Globalisierung die vom Staat her bekannte Rollenteilung fraglich wird. Daneben spiegelt sich auch die Identität des Privatrechts als einer Disziplin, die inhaltlich nicht auf staatlichem Kommando beruht und bei der die Feststellung des Geltenden und die Schaffung des Neuen fließend in einander übergehen. Die dogmatischen Grundlagen zur privaten Streitschlichtung und zur privaten Rechtsetzung (jedenfalls als Vertrags- und Satzungsautonomie) sind alt; insofern kann das transnationale Privatrecht hierauf aufbauen. Was neu ist, sind die institutionellen Formen: sowohl Schiedsgerichtsbarkeit als auch private Rechtsetzung existieren nicht mehr nur im Zweiparteienverhältnis sondern potentiell universal. Dadurch erklärt sich, dass diese neuen Institutionen aktiv beworben werden; freilich ist das auch beim staatlichen Recht mittlerweile der Fall.<sup>295</sup>

Drittens wird das Privatrecht jenseits des Staates überraschend häufig auf Glauben und Vision gestützt; der transnationale Privatrechtler ist Gläubiger und Visionär. Darin zeigt sich die bislang erfolglose Suche nach einer Legitimitätsgrundlage für das Privatrecht jenseits des Staates: der Gesetzespositivismus kann sie nicht erfüllen, Natur- und Vernunftrecht sind überwunden, die Privatautonomie allein reicht nicht aus. Dass das transnationale Privatrecht auf Visionskraft beruht, war lange Zeit seine Stärke; langfristig wird man die Geltungsfrage nicht vermeiden können.

Damit zusammenhängend weisen viertens sowohl Schiedsrichter als auch Privatkodifikator weitgehend eine öffentliche Funktion von sich: sie sehen sich als nur den Privaten verpflichtet. Das damit vertretene reine Privatrecht, das streng vom öffentlichen Recht und Interesse getrennt sein soll, ist innerhalb des Staates im 20. Jahrhundert als Chimäre enttarnt worden. Dass es außerhalb des Staates möglich sein sollte, erscheint als zweifelhaft. Tatsächlich ergibt sich auch nicht ein autonomes nichtstaatliches Privatrecht, sondern vielmehr eine Rollenteilung: der Privatrechtler kümmert sich um

---

295 Dazu Eidenmüller (Fn. 73) 641; siehe jetzt auch <http://www.kontinentalesrecht.de>.

den nur den Parteien verpflichteten Teil des Rechts, der staatliche und der europäische Gesetzgeber steuern Regeln zum öffentlichen Interesse bei. Freilich erscheint die Gefahr der Unterregulierung real. Der transnationale Privatrechtler ist nicht demokratisch legitimiert; das mag ein Grund dafür sein, dass er vor einer regulatorischen Rolle zurückschreckt, und es ist auch ein Problem. Nur hat Nichtregulierung, wie wir vom Rechtsrealismus wissen, auch regulatorische Auswirkungen. Der Privatrechtler kann also seiner Aufgabe gar nicht entkommen, ob er das will oder nicht.

Um damit zum Schluss zu Savigny zurückzukommen: Viele Fragen des transnationalen Privatrechts sind neu; die Zeit mag noch nicht reif sein, sie umfassend anzugehen. Das erlaubt aber nicht ein Zurückgehen ins 19. Jahrhundert. Dass jenseits des Staates ein unpolitisches Privatrecht möglich sei, wie es teilweise propagiert wird, ist nach der Erfahrung des 20. Jahrhunderts mit dem staatlichen Privatrecht mehr als unwahrscheinlich. Die Selbstprivatisierung und Entpolitisierung des transnationalen Privatrechts sind damit nur ein erster Schritt, der notwendig unvollständig bleibt. Bislang zögern die Akteure des transnationalen Privatrechts noch davor, das anzuerkennen: Der Sprung in die Irrationalität und in den Glauben hilft einstweilen davor, den zweiten Schritt zu gehen: Religion ist Opium auch für den Privatrechtler. Irgendwann aber wird der transnationale Privatrechtler auch den zweiten Schritt machen und die öffentliche transnationale Regulierungsfunktion annehmen müssen, die er ganz notwendig auch hat. Erst dann hat er den Beruf auch unserer Zeit erfüllt.

## Thesen

*zum Referat von Prof. Dr. Ralf Michaels, Durham, NC*

1. Die Frage nach dem Rollenverständnis des Privatrechtlers ist mit dem Paradigma und der Dogmatik des Privatrechts verbunden: Denn die Rollen, die Rechtsakteure für sich beanspruchen, sind konstitutiv für das jeweilige Verständnis des Rechts und seine Dogmatik. Umgekehrt nimmt das herrschende Verständnis des Rechts notwendig Einfluss auf das jeweilige Rollenverständnis.
2. Rollen und Rollenverständnisse sind orts- und zeitabhängig. Die wichtigste Herausforderung für das Privatrecht ist seine Herauslösung aus dem Staat, die sich in Globalisierung, Europäisierung, und Privatisierung des Privatrechts ausdrückt.
3. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bildet eine transnationale epistemische Gemeinschaft, innerhalb derer dieselben Akteure verschiedene funktionelle Rollen übernehmen: Parteivertreter, Schiedsrichter, Wissenschaftler, Werbende.
4. Der internationale Schiedsrichter ist Kosmopolit; seine nationale Herkunft ist weitgehend irrelevant und wird bewusst marginalisiert. Diese kosmopolitische Rolle ist Folge, aber auch Voraussetzung der Eigenständigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.
5. Die staatliche Rechtsprechung dagegen transnationalisiert sich nur zögerlich: während sie die Angleichung an ausländische Rechtsprechung fördert, schreckt sie vor der unilateralen Ausweitung des staatlichen Regelungsanspruchs dort zurück, wo Einheit nicht besteht oder geschaffen werden kann.
6. Die Rolle des Schiedsrichters hat sich im 20. Jahrhundert gewandelt von der eines Rechtshonoratioren, der durch Erfahrung und Weisheit überzeugt, zu der eines Professionellen und werbenden Unternehmers. Freilich sind beide Typen und Zwischentypen noch zu beobachten.
7. Die Rolle des Wissenschaftlers ist im Schiedsrecht von der des Interessenvertreters regelmäßig nicht zu trennen. Die Wissenschaft wird mehrheitlich von Praktikern betrieben; Schiedsrechtswissenschaftler sind oft auch praktisch im Schiedsrecht tätig. Weil die Schiedsrechtswissenschaft zur Werbung für den Namen des Autors und die Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt genutzt wird, ist die inhaltliche Qualität sehr unterschiedlich, die Ausrichtung weitgehend schiedsrechtsfreundlich.
8. Anders als staatliches Recht, das seine Begründung und Legitimation vom Staat herleitet, besteht eine solche Fundierung für die Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Anstelle einer Theorie findet man die Letztbegründung des Schiedsrechts oft in Glauben und Vision.
9. Im Schiedsrecht konkurriert traditionell ein privates Verständnis des Schiedsrichters als nur den Parteien verpflichteter Dienstleister mit einem öffentlichen Verständnis des Schiedsrichters als der Allgemeinheit verpflichteter Quasi-Richter. Versuche, beide Rollen zu verbinden, scheitern an der Unmöglichkeit, die in beiden Verständnissen enthaltene Spannung zwischen privater und öffentlicher Rolle zu überwinden. Nötig wird ein neues Rollenverständnis.



10. Während die Anwaltschaft sich recht unproblematisch transnationalisiert, ist der Prozess in der Wissenschaft noch im Gange. Er führt weitgehend zu einem staats- und politikfernen Rollenverständnis.
11. Die Rechtspraxis ist faktisch aktiv an der Erzeugung nebenstaatlichen Privatrechts beteiligt, insbesondere in sogenannten formulating agencies. Die Rolle des Rechtsetzers weist sie aber meist zurück.
12. Privatkodifikationen wie die Lando- und UNIDROIT-Prinzipien werden zwar mit dem Bedürfnis der Praxis erklärt; ihre Autoren verstehen sich aber als neutrale Wissenschaftler, weder als Praktiker noch als Gesetzgeber. Das gilt sogar für die Autoren des Common Frame of Reference. Das unklare Verhältnis zwischen Rechtserkenntnis und -schöpfung entspricht der Tradition staatlicher Kodifikationen.
13. Da die Privatkodifikation, anders als das staatliche Gesetz, der Annahme bedarf, betätigen sich auch Privatkodifikatoren in beträchtlichem Maße als Werbende.
14. Auch im materiellen Privatrecht werden Letztbegründungsprobleme mit Hinweis auf Glauben und Vision, letztlich also irrational, überwunden.
15. Der Privatkodifikator legitimiert sich als Dienstleister gegenüber Gesetzgebern und Parteien; eine governance-Rolle lehnt er ab. Sein Recht soll rationis imperio gelten, nicht imperio rationis, ein zweifelhafter Gegensatz. Auch hier ersetzt der Hinweis auf die Parteiautonomie eine andere, etwa inhaltliche oder demokratische Legitimation.
16. Für Fragen des öffentlichen Interesses verweist der Privatrechtssetzer noch regelmäßig auf den staatlichen Gesetzgeber. Es kommt damit zur Aufgabenteilung.

## Summary

### *Roles and Role Perceptions in Transnational Private Law*

*by Prof. Ralf Michaels, Durham, NC*

1. The private lawyer's role is inseparably connected with the paradigms and doctrines of private law. This is so because the role played by private lawyers constitutes a large part of their understanding of the discipline. At the same time, the shared understanding of the discipline has necessary consequences for the roles played by lawyers in it.
2. Roles and role perceptions in private law are contingent upon space and time. The most important factor affecting private lawyers today is the growing detachment of private law from the state, through globalization, Europeanization, and privatization of law.
3. International commercial arbitration creates a transnational epistemic community. Within this community, the same individuals perform different functional roles: party representatives, arbitrators, scholars, advertisers.
4. The international arbitrator is cosmopolitan; his or her national origin is considered largely irrelevant and is marginalized. This cosmopolitan role is both a consequence of and a prerequisite for the autonomy of international commercial arbitration.
5. The states' courts, by contrast, are only slowly becoming transnationalized. They favor convergence but shy away from unilateral regulation where such convergence does not exist or cannot be brought about.
6. The arbitrator's role has evolved in the 20th century, from that of a legal notable whose authority rests in experience and wisdom, to that of a professional and entrepreneur. However, both types, as well as intermediate types, still exist.
7. In arbitration, the scholar's role is regularly inseparable from that of a stakeholder. Most scholarship is produced by practitioners; university professors who write on arbitration frequently also practice. Arbitration scholarship is used as advertisement for its practitioner author's name and for international arbitration in general. The resulting scholarship is therefore of mixed quality; it tends to present arbitration in a favorable light.
8. Whereas domestic law rests in and finds its legitimacy in the state, such a foundation is lacking for international arbitration. Instead of an alternative theory, scholars and practitioners frequently resort to faith and visions instead of rationality.
9. Two theories of international arbitration compete: a private theory of the arbitrator as a service provider whose only obligations are to the parties, and a public understanding of the arbitrator as a quasi-judge with obligations towards the world at large. Attempts to combine both theories usually fail in their attempt to transcend the public/private tension inherent in both theories. A new theory will be necessary.
10. Other than legal practice, which is already transnationalized, private law scholarship is still in a process towards such transnationalization. The process largely leads to a role perception detached from both the state and politics.

11. Effectively, legal practice takes part in the creation of law beyond the state, in particular in so-called formulating agencies. Officially, however, such a lawmaking role is regularly rejected.
12. Private codifications like the Lando and UNIDROIT Principles are justified with a view to the needs of practice. Their authors, however, view themselves as disinterested scholars, neither as practitioners nor as lawmakers. This is true even for the authors of the European Common Frame of Reference. The ensuing unclear relation between restatement and prestatement of law is not a peculiarity of transnational private law, it is commensurate with the experience from state codifications.
13. Private codifications, other than state laws, need to be recognized by their users in order to claim any validity. As a consequence, private codifiers frequently act as advertisers for their products.
14. In transnational private law, ultimate foundations are often sought with reference to faith and vision, not rationality.
15. The private codifier legitimizes herself as a service provider vis-à-vis lawmakers and parties; she rejects a governance role. Her code is supposed to gain its validity from reason rather than state power, a doubtful juxtaposition. The reference to private autonomy is meant to substitute for other legitimacy, based on substantive quality or democratic process.
16. Private codifiers regularly defer to the state for questions of public interests. The consequence is a division of responsibilities.



# Diskussion

*zu den Referaten de Wet, Peters und Michaels*

**Frau Coester-Waltjen:** Ich denke, wir sollten jetzt die Diskussion, für die wir nur eine knappe Stunde haben, möglichst gut nutzen, indem wir alle Vortragenden ansprechen. Ich bitte diejenigen, die sich jetzt zur Fragestellung und zu Kommentaren melden, sich möglichst kurz zu fassen, damit wir möglichst viele hören können. Als Ersten möchte ich Herrn Wolfrum bitten.

**Herr Wolfrum:** Vielen Dank Frau Vorsitzende, vielen Dank auch dem Vorstand für drei sehr interessante Themen, die auch genauso interessant vorgetragen worden sind. Sie erlauben mir, dass ich zu Erika de Wet und Anne Peters meine Bemerkungen mache.

Zunächst zu Erika de Wet: Ich stimme These 9 und 10 gerne zu, würde sie aber bitte ergänzen. Ich denke, dass beispielsweise die Menschenrechte oder Umweltrecht, vor allem über Blankettnormen in andere Rechtsgebiete hineinwirken. Unter Blankettnormen verstehe ich offene Normen, wie beispielsweise in Art. 20 lit. a GATT „Morality“, oder in 20 lit. g den Verweis auf „Ressources“ oder in der Seerechtskonvention „significant environmental damage“. Was ein „significant environmental damage“ ist, bestimmt sich nach anderen Rechtsnormen, aber teilweise auch nach Beschlüssen internationaler Organisationen; „morality“ nach Wertvorstellung, die in kulturell unterschiedlichen Vorstellungen wurzeln und in nationalen Rechtsordnungen präzisiert werden. Die verschiedenen Normebenen greifen also ineinander. Dies führt zu einer Weiterentwicklung der Rechtsordnung als Ganzes gesehen.

Ich habe meine Probleme mit These 8. Ich würde schon zustimmen, dass die *lex specialis*-Norm keine besondere Bedeutung in der Praxis entfaltet, aber vielleicht könnte man diese These anreichern durch den Verweis auf Konkurrenzklauseln in bestimmten völkerrechtlichen Verträgen. Zum Beispiel in der Biodiversitätskonvention gibt es eine derartige Konkurrenzklausel oder durch die Einschränkung der Kompetenz internationaler Gerichte auf bestimmte Normenkataloge. Nicht alle sind so breit formuliert wie im IGH-Statut; z.B. in der Seerechtskonvention gibt es Einschränkungen.

Zu Anne Peters: Ich will mich auf den Rechtsberater konzentrieren, weniger auf die Doppelrolle. Zu letzterer nur eine Bemerkung: Ich stimme völlig zu, dass der Rechtsberater vor allen eindeutigen Rechtsverletzungen warnen soll; wenn es denn so klar wäre, was eine eindeutige Rechtsverletzung ist. Aber das möchte ich nicht betonen, sondern ich glaube, dass bei seiner Warnung seine Aussage „dies ist völkerrechtswidrig“, der Rechtsberater auch folgendermaßen argumentieren kann: „Herr Außenminister, wenn Sie dies tun, ist das vielleicht völkerrechtswidrig oder aber Sie setzen einen Punkt in der Praxis, der zur Entwicklung eines neuen Völkergewohnheitsrechts führt.“ Das heißt, der Völkerrechtsberater ist nicht nur Ratgeber, Warner, sondern möglicherweise Mitgestalter, und ich glaube diesen Gesichtspunkt könnte man stärker betonen.

Zu der Doppelrolle nur eins. Als ich in Köln Referendar am Verwaltungsgericht war, war ich Beobachter eines Verfahrens, in dem Professor Redeker den Kläger vertrat. Der klägerische Schriftsatz war in einigen Punkten der Zulässigkeit, sagen wir mal,

etwas dünn. Als dies gerügt wurde, formulierte Redeker: „Unfassbar, damit mache ich alle meine Schriftsätze zur Zulässigkeit von verwaltungsprozessualen Klagen zum Gegenstand dieses Verfahrens.“ Sehen Sie, die Doppelrolle kann sich auch positiv auswirken. Was ich damit sagen will, die Doppelrolle ist nicht sehr typisch für das Völkerrecht, sie ist sehr viel typischer noch für die Bereiche des nationalen Rechts, wo diese Verbindung immer wieder vorkommt und ich finde sie durchgängig befruchtend. Aber ich stimme Ihnen zu, dass im Völkerrecht, in internationalen Bereichen, die Transparenz, die Inkompatibilitäten eine wesentliche Rolle spielen oder spielen sollten und in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird die Frage der Inkompatibilität in der letzten Zeit sehr viel stärker behandelt und sehr viel deutlicher abgefragt, aber dies ist nur eine Anregung zu diesem Punkt. Vielen Dank.

**Herr Kälin:** Zu den drei Referaten, die wirklich faszinierend waren, herzlichen Dank und drei Kommentare. Erstens, Herr Fassbender erwähnte heute Morgen, dass wichtige Teile des Naturrechts ins positive Recht integriert worden sind. Ihr Referat, Frau de Wet, hat das eigentlich schön illustriert, hat mich allerdings auch zur Schlussfolgerung geführt, dass die These vom Ende des Schulenstreits vielleicht zu früh kommt und der Streit fröhlich weitergeht, sich verlagert hat und jetzt einfach im Rahmen des weit offenen und dogmatisch eben in puncto Hierarchien u.s.w. nicht genügend festgelegten positiven Rechtes ausgetragen wird.

Zweite Bemerkung ebenfalls zu Frau de Wet: Sie haben die Menschenrechtsgerichtshöfe herausgehoben, als jene, die, das ist völlig richtig, bewusst mit Hierarchien argumentieren und sich dadurch abheben von anderen Streitentscheidungsorganen. Allerdings, wenn ich mir etwa WTO-Panels anschau, scheint es mir, dass auch dort den „eigenen“ Regeln, d.h. jenen des Welthandelsrechtes eher Vorrang zukommt und dies nicht einfach ein Ergebnis systematischer Interpretationen ist, sondern auch etwas mit Hierarchisierung zu tun hat. Frage: Haben wir es hier nicht mit einem Teilaspekt der Fragmentierung des Völkerrechts zu tun, nämlich mit der Tatsache, dass die verschiedenen Vertragsorgane ihre je spezifischen Mandate haben und diese nicht erfüllen können, ohne das Vertragswerk, mit dessen Überwachung und Durchsetzung sie betraut sind, in den Vordergrund zu rücken?

Schließlich zu Frau Peters: Frau Peters, Ihre Ausführungen haben mir als „Double Hatted Expert“, als Experte mit den beiden Hüten, sehr gut gefallen. Zwei Bemerkungen oder Ergänzungen nur: Sie haben gesagt, die Zuordnung von Special Rapporteurs, von Leuten, die für NGOs arbeiten, sei schwierig. Ich denke, wir haben sie der Rechtsdurchsetzung zuzuordnen. Völkerrecht wird ja häufig außerhalb gerichtlicher Verfahren durchgesetzt, etwa mit Methoden der Diplomatie und des „blaming and shaming“, und das sind genau die Rollen dieser Leute. Zweitens haben Sie zu Recht die Problematik der Wichtigkeit der politischen Legitimation und ihres Fehlens erwähnt sicher kein Problem für Parteigutachter, ich denke auch nicht für Regierungsberater, aber sonst eine reale Herausforderung. Legitimationsfördernd sind hier v.a. Wahlen in Expertengremien und vergleichbare Verfahren. Wenn ich bei den Wahlen in den Menschenrechtsausschuss jeweils die Stimmen von Staaten, die mehr als die Hälfte der Weltbevölkerung vertreten haben, bekam, hatte ich jeweils das Gefühl, mindestens so gut legitimiert zu sein, wie viele Politiker, die nicht auf solche Repräsentanz verweisen können. Aber mit dem Hinweis auf die Legitimationsschwäche haben Sie ein wichtiges Problem angesprochen. Ich denke, in diesen Bereichen liegt international vieles im

Argen. Verfahren, die intransparent sind, Verfahren, die nicht immer fair sind, wären ein interessanter Gegenstand für empirische abgestützte weitere Forschung. Danke.

**Herr Michaels:** Die Fragmentierung wird im Völkerrecht als Problem angesehen. Im internationalen Privatrecht stellt sie dagegen geradezu die Voraussetzung des Feldes dar. Ohne Pluralität von Rechtsordnungen hätten wir kein Kollisionsrecht. Warum muss man sich im Völkerrecht auf die Wiener Konvention beschränken, die häufig nicht passt, anstatt spezifisch völkerrechtliche Kollisionsnormen auszubilden?

**Herr Tomuschat:** Auch ich möchte mich für drei exzellente Vorträge bedanken, die uns Einblicke eröffnet haben, auch in soziologische Tatbestände, die nicht so ohne weiteres einsichtig sind. Lassen Sie mich einen Aspekt aufgreifen, vor allem von den letzten beiden Vorträgen. Ist es nicht ein sehr enger Kreis von Spezialisten, die hier in dem Bereich von Rechtschöpfung, Rechtsgestaltung und auch Gerichtsbarkeit kreisen? In der Wissenschaft werden bestimmte Projekte vorbereitet, dann gibt es Gremien, z.B. – ich beziehe mich jetzt auf das Völkerrecht - das Institut de droit international. Dann wird ein solches Vorhaben weiter getrieben, etwa in der Völkerrechtskommission, und schließlich gibt es die internationale Gerichtsbarkeit. Die Richter des IGH sind bekanntlich in großer Zahl auch in der Schiedsgerichtsbarkeit tätig, es findet sich also immer derselbe Kreis von Personen zusammen. Es ist eine sehr enge „community“. Und die Frage lautet in der Tat, ob es hier nicht in gewisser Weise an Legitimität fehlt. Sind wir nicht letzten Endes auch ein gewisser Stand? Ich würde ja nicht sagen, dass wir als Juristen, als Völkerrechtsjuristen zur Oberschicht gehören. Nachdem wir wissen, was Banker verdienen, müssen wir uns wohl eine gute, starke Stufe absenken. Vielleicht gehören wir noch zur oberen Mittelschicht, so kann man das vielleicht nennen. Aber letztes Endes gehören wir doch einer „bourgeoisie bien pensante“ an, einem Mittelstand, der eher an traditionellen Werten hängt. Kommen wir da nicht zu einem etwas einseitigen „top-down approach“? Ist es dann nicht eine Mittel- und Oberschicht, die die Rechtsbegriffe formt und dann auch umsetzen kann, weil sie so präsent ist, gerade in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit? Wir haben das eben in dem beeindruckenden Vortrag von Herrn Michaels gesehen. Sie sagten zu Recht, die Juristen würden in der Europäischen Gemeinschaft als Menschen mit hohem Status angesehen: sie begreifen sich als unpolitisch, aber sie üben letzten Endes doch „governance“ aus. Also ich sehe, dass es hier doch ein gewisses Legitimitätsproblem gibt. Ich habe keine Lösung anzubieten, ich möchte nur auf diesen Punkt aufmerksam machen. Das ist ein soziologischer Tatbestand, den man vielleicht einmal näher untersuchen sollte.

**Herr Nolte:** Auch von mir herzlichen Dank für exzellente Referate. Ich habe eine Frage zum Rollenverständnis von Hochschullehrern, und zwar in der Doppelrolle, die insbesondere Anne Peters angesprochen hat, aber auch an Ralf Michaels. In Hinblick auf die kulturelle Konditionierung der Problematik der Doppelrolle habe ich mich immer gefragt, ob wir, je nach dem woher wir kommen, als Hochschullehrer unterschiedlichen Maßstäben ausgesetzt sind.

Auf der einen Seite die europäischen Hochschullehrer, da denke ich an den Roman von Jaan Kross, „Professor Marten’s Abreise“, in dem die tiefe Identitätskrise geschildert wird, in die der Rechtsberater der russischen Regierung stürzt, der die russische Regierung vor kurzem gegen eine fremde Intervention verteidigt hat, der dann aber

seinerseits von einem jungen Wissenschaftler angegriffen wird, der zeigt, dass er, Martens, die gegenteilige Position als junger Professor vertreten hat. Er wird dadurch erledigt. Wenn man andererseits mit dem jüngst verstorbenen Kollegen Ian Brownlie gesprochen und ihm die Frage gestellt hat, ob er es als ein Problem empfinde, dass er in einem Schiedsverfahren oder einem Verfahren vor dem IGH eine These vertritt, die er nicht in seinem Lehrbuch vertreten hat, so hat dieser sich auf das Ethos der englischen Anwälte berufend gesagt, dass das überhaupt kein Problem sei. Meine Frage ist: Dieser Unterschied, den es sicher mal gegeben hat, schleift der sich heute ab?

Und wenn ja, in welche Richtung?

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank. Frau de Wet wollen Sie anfangen, und dann Frau Peters?

**Frau de Wet:** Im Wesentlichen geht es um die Frage, inwiefern Streitbeilegungsmechanismen wie WTO-Panels, die innerhalb eines Paradigmas mit einem anderen funktionalen Schwerpunkt tätig sind, überhaupt Rücksicht nehmen auf die für die Parteien verbindlichen Menschenrechtsverträge. Inwiefern sind sie z.B. bereit, diese Normen über „offene“ Normen (Generalklauseln) in die Auslegung mit einzubeziehen? Genau diese Frage haben wir zu untersuchen versucht. Bezüglich der WTO-Panels gab es bisher noch keinen direkten Konflikt zwischen einer Norm, die sich auf den freien Handel bezieht und einer anderen Norm, die z.B. Kinderarbeit oder Zwangsarbeit betrifft. Es gibt zwar Schiedssprüche, die sich auf Normkonflikte zwischen Eigentumsrechten indigener Völker und Investitionsschutzansprüchen bezogen. Allerdings waren die Schiedsrichter bisher nicht bereit, den Menschenrechten einen klaren Vorrang einzuräumen.

Ob diese Entwicklungen zu einer Fragmentierung des Völkerrechts führen, ist umstritten. Denn die Streitbeilegungsmechanismen bemühen sich, über eine harmonische Auslegung eine systemische Einheit zu bewirken. Obwohl es einerseits keine klare Hierarchiebildung im Völkerrecht gibt und „ius Cogens“ in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle spielt, scheint andererseits das Problem der Fragmentierung in der Praxis ebenfalls nicht sehr weit verbreitet zu sein.

Außerdem fällt auf, dass die Wiener Vertragsrechtskonvention nicht geeignet ist, Normkonflikte zwischen spezialisierten Sub-Regimen des Völkerrechts zu lösen. Deswegen stellt sich die Frage, ob die Anerkennung einer menschenrechtsbasierten Hierarchie im Völkerrecht die Herausbildung einer neuen Kollisionsregel bedeutet. Bisher haben sich die Streitbeilegungsorgane im Bezug auf diese Frage zurückhaltend verhalten und eher Ausgleich und Harmonisierung (d.h. eine systemischen Einheit) angestrebt.

**Frau Peters:** Vielen Dank für die interessanten Fragen und Hinweise. Erstens zu Herrn Wolfrums Bemerkung, dass die Legal Adviser auch gestalten sollen: Dies scheint tatsächlich von den US-amerikanischen Legal Advisern stärker betont zu werden. John Bellinger III sagte in einem Interview, das Harvard Studenten kürzlich mit ihm führten, dass der Legal Adviser dem Minister nicht immer sagen dürfe, dieses gehe nicht und jenes gehe nicht. *Dass* eine Maßnahme ergriffen werden soll, sei klar. Der Legal Adviser müsse dann sagen *wie*, und müsse unter Umständen die entsprechende Rhetorik liefern. Andererseits sagte Ian Sinclair, ein früherer britischer Adviser, in einem Interview:



„Sie können sich nicht vorstellen, wie ich meine Zeit verbringe. In 90% meiner Zeit sage ich dem Minister, dies können Sie leider nicht machen, jenes können sie leider nicht machen.“

Zur Rolle der Rechtswissenschaftler bei der Bildung neuer Gewohnheitsrechtsnormen: Das Problem des Umschlagens vom Bruch der alten völkergewohnheitsrechtlichen Normen zu neuen Normen, auf das Hans Kelsen klar hingewiesen hat, scheint mir rechtstheoretisch noch nicht gelöst zu sein. Denn die erste Praxis zur neuen Norm ist der Bruch der alten. Die Rolle der Rechtswissenschaftler ist es, diesen Punkt „dingfest“ zu machen. Ihre Äußerungen stellen aber keine Praxis und auch keine *opinio iuris* im Sinne des Gewohnheitsrechts dar.

Walter Kälin hat den wichtigen Punkt der Richter- und Expertenwahlen angesprochen. Es gibt eine soziologische, empirische Studie von 2006, welche die Zahl von insgesamt 213 internationalen Richtern nennt. Dieses Buch behandelt die hochpolitisierten Wahlen als Hauptthema des gesamten Berufsstandes.

Herr Tomuschat wies auf den sehr engen Kreis von Spezialisten hin, welche die Rolle der Counsels vor dem IGH wahrnehmen. Mir haben in den Interviews zwei Personen, die selber als Counsel agieren, mitgeteilt, dass sie es nachteilig fänden, dass so ein ganz kleiner Kreis (im Prinzip hauptsächlich einige Anglophone und ein Franzose) die meisten Fälle betreut. Das hat sicherlich auch Sprachgründe. „Native speakers“ der offiziellen Sprachen, der Plädoyersprachen, genießen einen Wettbewerbsvorteil. Vor allem sind die Staaten extrem risikoavers. Sie wollen auf jemanden zugreifen, der bekannt und bewährt ist und nicht jemanden neues ausprobieren.

Damit hängt auch die Tatsache zusammen, dass der IGH praktisch nie Lehrmeinungen zitiert. Alain Pellet, der als der Doyen des „invisible bar“ gilt, meinte, dass diese Zitierpolitik darin begründet liege, dass im Fall häufigerer Zitierungen herauskommen könnte, dass in Wirklichkeit nur Autoren aus ganz wenigen Kulturen maßgeblich sind, und gerade nicht solche aus allen Rechtskreisen der Welt, wie es Art. 38 IGH-Statut fordert. Diese Offenlegung könnte wiederum nach hinten losgehen und das Gericht selbst delegitimieren.

Georg Nolte fragte, ob man auch „Schurken-Staaten“ vertreten darf oder soll. Tatsächlich gibt es in der englischen Barristerkultur die so genannte „Yellow Cab Rule“. Diese besagt offenbar, dass der Advokat wie ein Taxifahrer jeden Kunden, der ihm winkt, auch aufnehmen muss und ihn nicht abweisen darf. Die Begründung hierfür ist, dass jedermann Anspruch auf seinen „day in court“ habe und dass unter Umständen der Jurist, der dem Betroffenen nicht wohlgesonnen ist, die betreffende Rechtsposition sogar besser vertreten könne. Mir hat einer meiner Interviewpartner gesagt, dass Ian Brownlie ständig die „Yellow Cab Rule“ angerufen habe, weil er immer „die Bösen dieser Welt“ vertrat.

**Herr Michaels:** Kurz zu Georg Nolte: Für Kandidaten für den US Supreme Court ist es wichtig, vorher in seinem ganzen Leben möglichst nichts gesagt zu haben. Wer das Völkerrecht gelobt hat, scheidet sofort aus. Richterin Elena Kagan, wie Sie vielleicht wissen, hat seit ihrer Master's Thesis in Oxford vor fast dreißig Jahren praktisch überhaupt keine Meinung mehr vertreten. Also haben die Kritiker diese Master's Thesis herausgekrant um etwas gegen sie zu finden. Ich sehe das nicht als Abschleifen des Rollenunterschieds; ich sehe das als Gefahr, dass Menschen, die als Rechtspraktiker

berufen werden wollen, immer mehr davor zurückschrecken werden, als Wissenschaftler überhaupt Meinungen zu vertreten.

Zu Herrn Tomuschat: Das ist genau das Problem, das ich ansprechen wollte. Freilich reicht es nicht, zu sagen, diese kleine Gruppe sei nicht legitimiert. Wir denken bei Legitimation meist an demokratische Legitimation. Das klappt hervorragend im Staat, das klappt nicht mehr gut außerhalb des Staates. Was wir wahrscheinlich finden müssen, sind andere Legitimitätskriterien, zum Beispiel ethische Kriterien. Das heißt aber eben nicht, dass diese Gruppe ihre Rolle zurückfahren kann, weil sie weiterhin faktisch Herrschaft ausübt, wenn ich das so ausdrücken darf.

**Frau Coester-Waltjen:** Ich habe jetzt eine Reihe von Wortmeldungen. Herr Bothe, Sie sind der Nächste.

**Herr Bothe:** Meinen herzlichen Dank zunächst für die drei wunderbaren Referate. Was Frau de Wet der Sache nach behandelt hat, hat sie zunächst gar nicht so benannt. Der Begriff der Fragmentierung ist, wenn ich das richtig mitbekommen habe, erst später gekommen, aber das, was Sie behandelt haben, gehört in diesen Bereich. Mit der Fragmentierung sind die besagten Normenkonflikte programmiert. Ich frage mich, ob mit dem Wort „Hierarchie“ das Phänomen des Ausgleichs zwischen den fragmentierten Teilen wirklich richtig beschrieben ist. Es geht sicher um Wertorientierung. Sie ist nicht nur eine Frage der Menschenrechte, sondern betrifft auch den Schutz der Umwelt. Wir haben eine neue Gerechtigkeitsdebatte. Sie gehört zum Thema. Warum ist das so? Das ist so, weil die Adressaten der internationalen Ordnung offenbar in dieser Wertorientierung eine wesentliche Legitimation und damit eine Bedingung der Akzeptanz dieser Ordnung sehen. Das scheint mir ein Befund zu sein, der mit einer Normenhierarchie, die eine vertikale Rangordnung bezeichnet, nur teilweise erfasst ist. Der Wertbezug wirkt sich auch horizontal zwischen verschiedenen Regelungsregimen aus. Wir haben für dieses Phänomen im deutschen Verfassungsrecht einen wunderbaren Ausdruck: praktische Konkordanz. Das mag als eine deutsche verfassungsrechtliche Geheimwissenschaft erscheinen. Es gibt aber auch einen schönen angelsächsischen Ausdruck: „mutual supportiveness“. Er bezeichnet gerade in der umweltrechtlichen Debatte etwas ganz Ähnliches.

In diesem Zusammenhang das „ius cogens“ zu bemühen, habe ich Bedenken. „Ius Cogens“ ist eine vertikale Regelung von Normkonflikten und es schließt, wenn man es ernst nimmt, den Vertrag gerade aus. Doch der Vertrag bietet in vielen Fällen eben eine vernünftige Lösung für solche Normenkonflikte. Ich sage das auch mit einem Seitenblick die Rechtsprechung zur Staatenimmunität, die das Argument des „ius cogens“ vielfach gebraucht hat. Anders als mein Nachbar halte ich *Ferrini* für richtig, aber dazu braucht man nicht „ius cogens“.

Zur Verbindung von Frau de Wet zu Frau Peters. Mir scheint ein wesentliches Element des Ausgleichs zwischen verschiedenen Regimen eben zu sein, dass wir überlappende „Epistemic Communities“ haben. Früher hat man mal Fachbruderschaft auf Deutsch gesagt. Jetzt muss man wohl Fachbruderschaft und Fachschwesternschaft sagen. Dann bleiben wir also besser bei „Epistemic Communities“, das ist kürzer. Diese Vereine sind nicht so klein ist, weil verschiedene „Epistemic Communities“ sich immer wieder überlappen. Das ist ein wesentlicher Beitrag zu dem Ausgleich der besagten Normenkonflikte.

**Herr Basedow:** Was die Beratung bei der Gestaltung von Rechtsbeziehungen, also ex ante betrifft, auf die Herr Wolfrum hinwies, so würde ich auch gern aus der Sicht des Privatrechts etwas ergänzen. Es gibt eine ganze Reihe von Situationen, in denen größere Unternehmen oder Verbände, sei es im Hinblick auf eine bevorstehende Gesetzgebung, sei es im Hinblick auf eigene Aktivitäten wie etwa Zusammenschlüsse und dergleichen, Beratung brauchen, ohne dass sie ihre eigene Position schon ganz klar formuliert haben. Die Beratung dient den Auftraggebern manchmal gerade dazu, die eigenen Interessen zu erkennen und ihre Position zu formulieren. Insofern gibt es, so glaube ich, ein ziemlich weites Spektrum der Beratungszwecke, und man sollte die Gelegenheit nicht immer nur im Hinblick auf die Beratung bei der Entscheidung eines Streitfalles diskutieren.

Noch ein Wort zum Schiedsrichter. Man darf nie vergessen, dass der Schiedsrichter es anders als der Gutachter nicht nur mit einem, wie soll man sagen, besonders schönen und intellektuell attraktiven Rechtsproblem zu tun hat. Er muss vielmehr, wenn Sie mir alle Einzelheiten eines Prozesses von der Prozesseinleitung über die Formalien und die Vertretungsfragen bis hin zu den Zustellungen mit bedenken. Das ist doch eine ganz andere Perspektive auf das Recht, als sie sich für den Gutachter oder für den Wissenschaftler ergibt.

Herr Michaels, was das von Ihnen angesprochene Legitimationsproblem privater Regelbildung betrifft, so sollte man auch sehen, dass wir in der staatlichen oder auch der suprastaatlichen Gesetzgebung eine Tätigkeitslücke feststellen können. Ich möchte mal den Politiker sehen, den Sie mit einer Diskussion über die Dauer von Verjährungsfristen oder das Formbedürfnis bestimmter Verträge zu irgendwelchen Aktivitäten animieren können. Es gibt einfach eine große Zahl von Rechtsfragen, die für den Einzelnen in seinem alltäglichen Leben vielleicht von Bedeutung sind, aber sich nicht für politische Debatten eignen. Sie haben auch keinen Unterhaltungswert, und so findet Politik auf diesen Gebieten nicht statt. Ich glaube, hier hat die Wissenschaft sehr wohl eine Funktion, und ich sehe den Ursprung des Engagements von Lando und anderen gerade an dieser Stelle. Ihm zugrunde liegt die wissenschaftliche Erkenntnis, dass die Geltungsräume für Rechtsnormen, Privatrechtsnormen, besonders auch Vertragsrechtsnormen, viel kleiner sind, als die wirtschaftlichen Betätigungsräume der Unternehmen. In dem Maße, wie die Märkte größer geworden sind, bleiben einfach die Geltungsbereiche der Rechtsnormen dahinter zurück. Das führt immer wieder zu Friktionen. Und hier gibt es, glaube ich, durchaus eine Parallele zu der Zeit von Savigny, jedenfalls um die Mitte des 19. Jahrhunderts, als ja in Deutschland auf engstem Raum nebeneinander ganz verschiedene Privatrechtsregelungen in Kraft standen. Wenn Sie etwa von Hamburg aus nach Altona einen Vertrag geschlossen haben, waren zwei ganz verschiedene Privatrechte beteiligt, obwohl auch damals schon zwischen beiden Städten praktisch eine durchgehende Bebauung bestand. Gleiches gilt übrigens auch für die amerikanischen „Restatements“. Sie sind entstanden seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts, nachdem die Eisenbahnen in den USA die Wirtschaftsräume weit über die einzelstaatlichen Grenzen hinaus vergrößert hatten. Diese Situation ist auch unsere heutige in Europa; wenn man dazu die erwähnte Tätigkeitslücke in der staatlichen Gesetzgebung sieht, dann ist es glaube ich ganz legitim, dass sich Wissenschaftler darum kümmern.

Darf ich noch eine Frage an Frau de Wet stellen?

**Frau Coester-Waltjen:** Ja.

**Herr Basedow:** Wir haben ja in den Konventionen des Völkerrechts eine ganze Reihe von Regelungen, die uns Privatrechtler beschäftigen, eine Fülle von Regelungen über Konventionskonflikte. Das heißt, dort ist das Problem gewissermaßen im Detail geregelt. Das ist offenbar bei dem „Ius Cogens“, von dem Sie sprechen – und das ist vielleicht auch was anderes als mein privatrechtliches „Ius Cogens“ – nicht der Fall. Ich denke dabei durchaus an Regelungen des zwingenden Privatrechts oder zwingenden Prozessrechts, von dem die Parteien nicht abweichen können. Könnte es sein, dass es vielleicht für Ihre Forschung von Vorteil wäre, wenn Sie sich zunächst einmal mit solchen Dingen beschäftigen, die politisch weniger brisant und weniger heikel sind als Menschenrechte. Dort geht es um kleine Münze wie beispielsweise die Frage, ob die internationale Zuständigkeit in irgendeinem Schadenersatzprozess nach einer Konvention X oder nach einer Konvention Y behandelt wird. Ich glaube, diesbezüglich wird man ziemlich viel Material finden und möglicherweise auch Ausführungen der Gerichte zu Fragen, die eher ins allgemeine Völkerrecht hineingehen.

**Herr Tichy:** Danke, mein Name ist Tichy. Ich möchte, obwohl wir drei sehr interessante Vorträge gehört haben, als Rechtsberater eines Außenministeriums nur zum Vortrag von Frau Professor Peters Stellung nehmen. Ich weiß, dass die Titel der Vorträge von den Veranstaltern vorgegeben sind. Ich weiß auch, dass die Veranstalter genug Probleme haben, wenn ich nur an die Änderung der Satzung der Gesellschaft denke. Ich möchte diese Probleme nicht vermehren, aber doch den Titel des Beitrags von Frau Professor Peters ein bisschen kritisieren. Ich möchte als Praktiker, als Rechtsberater eines Außenministeriums, schon auch für meine Kollegen und mich in Anspruch nehmen, dass auch wir Denker sind. – Lachen – Ich danke für die Unterstützung aus akademischen Kreisen, das tut gut. Ich sehe den Gegensatz zwischen Theorie und Praxis, nicht zwischen Denkern und Praktikern. Denn wir Praktiker sind schon auch Denker. Wir denken z.B., wenn wir uns bemühen, die generellen Rechtsnormen zunächst einmal aufzufinden, was schwierig genug ist im Völkerrecht, und dann anzuwenden auf konkrete Fälle. Das ist eine denkerische Tätigkeit, würde ich meinen. Und ich unterstütze völlig, was Sie gesagt haben, Frau Professor, über die gegenseitige Abhängigkeit von Theorie und Praxis, Sie haben es so schön zusammengefasst in einem Punkt 19, wo Sie sagen, wie die beiden Bereiche einander befruchten, und dass die Völkerrechtsreflexion ihren praktischen Nutzen durch die Praxis erhält und sich in der Praxis bewähren muss. Das unterstütze ich völlig.

Noch einen zweiten Punkt, der aus meiner Sicht auch sehr wichtig ist. Ich stimme Ihnen ganz zu, ich möchte nur etwas unterstreichen: Wer Sie und Ihre Arbeiten kennt, weiß, dass für Sie die politische Legitimation eine große Rolle spielt, und wir haben auch heute schon mehrfach über die politische Legitimation gehört. In dem Zusammenhang fällt mir auf, dass Sie die Praxis eigentlich als etwas Negatives beschreiben. Etwas, das die Freiheit der Wissenschaft einschränkt. Da gibt es also die einen, die Theoretiker, die frei forschen dürfen, und auf der anderen Seite die armen Praktiker, die eingeschränkt sind und mit den Realitäten des völkerrechtlichen Lebens fertig werden müssen. Und da aber, glaube ich, kommt etwas dazu, das genau mit der politischen Legitimation zu tun hat. Wir Praktiker dürfen für uns in Anspruch nehmen, wenn schon nicht die politische Legitimation auf unserer Seite zu haben, so doch, uns immerhin ständig um diese Legitimation bemühen zu müssen. Als Rechtsberater eines demokratischen Staates, dessen Entscheidungen in einem parlamentarischen Gremium zu rechtfertigen

sind. Wenn es etwa darum geht, ob Überfluggenehmigungen zu gestatten sind oder nicht, oder ob wir meinen, dass ein bestimmtes Datenweitergabeabkommen in unsere Rechtsordnung passt oder nicht, da haben wir schwierige Entscheidungen zu treffen, die demokratisch legitimiert werden müssen. Aber auch bei diesen Entscheidungen ziehen wir das heran, was wir für die Vorgaben unseres Gesetzgebers halten. Das heißt, die Praxis ist nicht nur als ein Bereich mit eingeschränkter Wissenschaftsfreiheit zu sehen, sondern auch als ein Bereich mit stärkerer demokratischer Legitimation. Das wollte ich betonen. Danke.

**Herr Meessen:** Herr Michaels, ich würde mich gerne vergewissern zu Ihrem Verständnis des Begriffs „transnational“. Dieser Begriff wird ja zum Teil als eine Art Rechtsquelle verstanden. Philip Jessup und Andy Lowenfeld würde ich in dieser Richtung interpretieren. Ich habe Sie aber eher so verstanden, dass Sie „transnational“ rein faktisch, als auf grenzüberschreitende Sachverhalte bezogenes Recht verstehen – das hat insofern für das Privatrecht eine besondere Bedeutung. Ich bitte um Erläuterung zu meiner Vergewisserung.

Zu dem unpolitischen Selbstverständnis der Schiedsrichtergemeinschaft: Die Schiedsrichtergemeinschaft befasst sich ja, das haben Sie kaum thematisiert, sehr oft mit Verträgen asymmetrischer Natur, das heißt, mit Verträgen zwischen einzelnen privaten Investoren und Staaten oder staatlichen Einrichtungen. In diesen Verträgen, die meist langfristig angelegt sind, wird Politik gebunden in den Gaststaaten. Die erstaunliche Entwicklung, vor allem der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, aber auch der ICC führt dazu, dass derartige Verträge tatsächlich schiedsgerichtlich durchgesetzt werden können und dann sogar leichter als nationale Gerichtsurteile vollstreckt werden können. Diese schiedsgerichtliche Aufgabe kann ich mir eigentlich nicht sehr unpolitisch vorstellen, da sie ja gerade den politischen Prozess in dem staatlichen Partner des Vertrages bindet. Insofern scheint mir das vielleicht eine wichtige Frage, vielleicht sogar wichtiger als die Frage, ob die Setzung des privaten Vertragsrechts nun mehr von Ole Lando oder von staatlichen oder europäischen Einrichtungen ausgeht. Dies führt zu der Feststellung, dass hier private Verträge den politischen Prozess binden. Diese Schiedsrichter sind im Grunde genommen, wenn man das von der „principle-agent Theorie“ her sieht, die Agenten, die für oder gegen ihre Prinzipale entscheiden, zu denen eben oft genug auch ein Staat als Partner des Schiedsvertrags gehört.

**Frau Rusinova:** Danke schön. Ich habe drei Bemerkungen, beziehungsweise Fragen zum Vortrag von Professor de Wet. Und zwar geht es um die von Ihnen erwähnte Möglichkeit, die menschenrechtsorientierte Hierarchie der völkerrechtlichen Normen *inter alia* auch aus den Entscheidungen der nationalen Gerichte zu ziehen.

Erstens, die Entscheidungen der nationalen Gerichte in diesen Fragen sind doch sehr von den entsprechenden Verfassungen geprägt und daraus ergibt sich die Frage, inwieweit man die Obligationen, die aus der Verfassung stammen – und ich spreche über die Menschenrechte – von den Obligationen, die aus dem Völkerrecht kommen, trennt?

Zweitens, hinter dem, was Sie als eine Tendenz beschreiben, würde ich doch ein Fragenzeichen setzen. Und zwar haben Sie ein paar nationale Entscheidungen erwähnt, wo sich die nationalen Gerichte zur Frage der Konkurrenz zwischen Völkerrechtsnormen geäußert haben. Kann man hier schon von einer Tendenz sprechen? Und wenn ja, – vielleicht sollte man damit ziemlich vorsichtig sein – dann deshalb, weil es verschiedene Ar-

ten der Kollisionen gibt, verschiedene Konflikte zwischen völkerrechtlichen Normen. Und was z.B. die Immunität „ratione personae“ angeht, ist es doch ziemlich umstritten, ob die menschenrechtlichen Pflichten den Vorrang über die Immunitäten der Staatsoberhäupter schon erreicht haben.

Und drittens, meine letzte Frage: Wie stark könnten die internationalen Gerichte von der Stellungnahme der nationalen Gerichte zu Fragen der Konkurrenz zwischen völkerrechtlichen Normen geprägt sein? Danke.

**Herr Krisch:** Meine Fragen gehen im Wesentlichen an Anne Peters und Ralf Michaels und handeln vor allem von dem Glauben – der Mission, der Berufung – von der Ihr beide als der Profession zu Grunde liegend gesprochen habt. Mich würde vor allem interessieren: *Woran* glauben die Leute, die hier praktisch und akademisch tätig sind? Bei Ralf Michaels schien stark der Glaube an eine bestimmte Form von Privatautonomie im Vordergrund zu stehen – ein Glaube, der abgekoppelt zu sein schien von sonstigen ideologischen Orientierungen. Ich würde hier gerne etwas mehr wissen. Du hast zum Schluss gesagt, „es kann ja nie etwas nicht regulatorisch sein“ – eigentlich ist alles, was man macht, politisch, selbst wenn man meint, man sei eigentlich nur ein Dienstleister. Welche normativen Grundverständnisse liegen diesen ‚politischen‘ Praktikern zu Grunde – es muss ja Entscheidungen geben, etwa zur Risikoverteilung, die von einer generellen Tendenz zur Privatautonomie noch nicht beantwortet sind.

Der zweite Punkt zu Anne Peters' Vortrag: mich würde interessieren, inwieweit der Glaube der Praktiker sich von dem der Wissenschaftler unterscheidet. Daran anknüpfend eine kritische Nachfrage zum Einfluss, den die Praxisorientierung auf den Wissenschaftler ausübt. Du hast das Verhältnis der Sphären schließlich relativ positiv beschrieben, wenn auch mit Hinweis auf die Risiken des Distanzverlustes zwischen ihnen. Was ich dabei vermisst habe, ist eine Analyse der sozialen Prozesse, die dazu führen, dass möglicherweise eine breitere Gruppe derer, die vielleicht nie praktisch relevant werden, es aber immer sein wollten, sich vom Leitbild der Praxis beeinflussen lassen. Dies greift in gewisser Weise Ralf Michaels' Bemerkung zum amerikanischen Supreme Court auf – die Idee, dass jeder, der irgendwann einmal Kandidat sein möchte, nichts mehr sagen und keine klare Meinung mehr äußern darf. Inwieweit ist dieser vorgelagerte Effekt einer, der ganze Professionen erfassen kann, in denen alle irgendwann mal Praktiker, Richter, „Arbitrators“ werden wollen und möglicherweise daher vom Ethos der Praxis von vorn herein ergriffen sind? Danke.

**Herr Türk:** Danke sehr. Nur einen kurzen Kommentar zu den Ausführungen von Helmut Tichy, zum Verhältnis Völkerrechtsdenker-Völkerrechtspraktiker: Ich glaube, er hat diesen Punkt sehr gut erläutert. Hinzufügen möchte ich, dass die sogenannten Völkerrechtsdenker sehr häufig als Berater der sogenannten Völkerrechtspraktiker fungieren. Ich halte es für außerordentlich wichtig, dass ein Völkerrechtsberater einer Regierung, eines Ministeriums, auch seine Glaubwürdigkeit im akademischen Bereich behält.

Er muss auch in der Lage sein alle Entscheidungen, die er trifft, vor seinen Kollegen an den Universitäten, an den juristischen Fakultäten, entsprechend glaubwürdig zu vertreten. Der Völkerrechtsberater hat insofern eine herausragende Rolle, als er zwar ein weisungsgebundener Beamter ist, die Weisungsgebundenheit aber in gewissen Be-

reichen endet. Kein Minister kann einem Völkerrechtsberater die Weisung erteilen, eine bestimmte Frage oder eine Vorgangsweise für völkerrechtswidrig oder völkerrechtsgemäß zu erklären. Ich würde das mit der Rolle des Arztes vergleichen. Kein Spitalsdirektor kann einem Arzt die Weisung geben, bei bestimmten Patienten festzustellen, er sei krank oder nicht krank. Daher ist aber die Rolle des Völkerrechtsberaters sowohl in der unmittelbaren Rechtsanwendung, als auch in der Rechtssetzung von großer Bedeutung, denn die Völkerrechtsberater und ihre Mitarbeiter wirken an der internationalen Rechtssetzung mit, bei der Ausarbeitung nicht nur bilateraler, sondern auch multilateraler Verträge, wobei sie von der politischen Ebene, wenn überhaupt, nur sehr wenige Weisungen erhalten.

Vielleicht noch ein Punkt: Natürlich ist es nicht immer einfach, die eigene Position gegenüber der politischen Ebene zu vertreten und auf politischer Ebene wird sicherlich nicht alles akzeptiert, was der Völkerrechtsberater vorschlägt, aber das muss er hinnehmen. Daran führt kein Weg vorbei. Sebastian Haffner hat einmal gesagt: „Politik ist Geschichte im Werden und Geschichte ist geronnene Politik“. Gilt das nicht auch für das Völkerrecht?

**Herr Michaels:** Herzlichen Dank an alle, die etwas gesagt haben. Ich versuche, meine Antworten so zu ordnen, dass sie vielleicht einen kohärenten Gedankengang ergeben.

Ich fange mit Herrn Meessen an: Der Begriff des transnationalen Privatrechts ist insofern enger als der des „transnational law“, als er auf Privatrecht beschränkt ist, wobei ich Privatrecht verstehe als Kombination von klassischem staatlichen Privatrecht und dem neuen außerstaatlichen Privatrecht, das, faktisch, transnationale Beziehungen in dem Bereich umfasst. Deshalb erfasse, wie am Anfang gesagt, gerade nicht die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die irgendwo zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, und damit wahrscheinlich auch zwischen Anne Peters' und meinem Thema liegt. Da ist es sehr viel komplizierter; da ist es für die Teilnehmer sehr viel schwieriger, zu sagen, sie hätten keine politische Rolle. Ich glaube auch, dass das letzten Endes dort weniger geschieht, als in der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Privaten, die ich hier behandelt habe.

Damit zur Frage nach der gesellschaftlichen Relevanz dieses Privatrechts: Das ist ja eine Position, mit der Sie rechnen müssen, wenn Sie jemanden aus Amerika einladen, aber das ist keine politisch gebundene Position. Es gibt progressive und konservative Positionen und Stellungnahmen. Vieles von dem, was ich vortrage, können Sie bei Richard Posners Ideen dazu finden, was Gerichte tun und was das Recht tun soll, aus ökonomischer Sicht. Dass Privatrecht auch regulierende Funktion hat, setze ich sozusagen voraus. Das Spezialproblem, das sich dazu stellt, ist, wie sich das außerhalb des Staates auswirkt. Das ist die Frage, die ich spezifisch anzugehen versucht habe.

Und in dem Zusammenhang steht Nico Krischs interessante Frage: Was glauben die eigentlich? Mein Gefühl ist dieses: Wenn die amerikanische Theorie stimmt, dass letztlich Privatrecht immer öffentliches Recht ist, weil es irgendwelche Verteilungsfunktionen hat, dann wäre der Privatrechtler, der anders argumentiert, bösgläubig. Das ist aber zu kurz gedacht. Es gibt natürlich auch Privatrecht, das spezifisch privatrechtlich argumentiert, ohne Fragen als öffentlich-rechtlich direkt anzugehen. Das ist die Eigenheit des Privatrechts gerade kontinental-europäischer Herkunft, und als solches führt es zu sehr hohen Leistungen der Ausdifferenzierung und auch der Gerechtigkeit.

Was mir fehlt, ist nicht, dass Privatrechtler wirklich öffentlich-rechtlich argumentieren, sondern das Bewusstsein dieser gesellschaftlichen Funktion, die sie innerhalb dieser Argumentation erfüllen, und die Gebundenheit dieser Argumentation innerhalb eines weiteren Rechtssystems. Im Staat haben wir das. Dort sind das Privatrecht und das öffentliche Recht wechselseitige Auffangordnungen. Jenseits des Staates wird das schwieriger, wenn das öffentliche Recht, jedenfalls das regulative, im Staat verbleibt und das Privatrecht transnational wird. Und da vermute ich nun, dass dieser Sprung in den Glauben tatsächlich wie bei Kierkegaard weniger von einer normativen Vorstellung her kommt als von der Unsicherheit über die eigene Position. Da soll etwas neu begründet werden, was letzten Endes schwierig zu begründen ist. Und man rettet sich, indem man das Objekt, das man herstellen will, nicht mehr rational herstellt, sondern stattdessen als Traumbild, als Wunschbild darstellt. Eine bestimmte normative Überzeugung ist dafür aber nicht notwendig, sondern das ist schlicht nur ein Begründungsmangel.

Zu Herrn Basedow schließlich: Das entspricht ziemlich genau dem, was ich auch sagen wollte. Vieles regelt der Gesetzgeber nicht. Das ist jenseits des Staates noch extremer. In den USA benennt der Kongress im Irakkrieg „French Fries“ in „Freedom Fries“ um, aber sonst kommt nicht viel Gesetzgebung zustande. Die Aufgabe der Wissenschaft ist also eindeutig da; das habe ich auch zu thematisieren versucht. Das Problem ist nun aber, dass die Wissenschaft diese Aufgabe nicht, wie Anne Peters das sehr schön sagt, verantwortungslos erfüllen kann, indem sie sagt, wir sind eigentlich nur Wissenschaftler. Die Wissenschaft ist eben in dem Sinne als Wissenschaft auch Praxis. Wenn die Wissenschaft auch an der Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung beteiligt ist, dann muss sie diese Rolle meines Erachtens auch anerkennen. Was daraus konkret für den Inhalt des Rechts folgt, ist eine ganze andere Frage.

Damit komme ich zuletzt zur von Ihnen genannten Parallele zu Savigny, die natürlich genau richtig ist; deshalb habe ich mit dem Savigny-Zitat begonnen. Die Krise des Privatrechts im frühen 19. Jahrhundert kommt auch von der beginnenden Industrialisierung und Transnationalisierung und damit einer Art früher Globalisierung. Verwunderlich ist aber, wie die Parallele gezogen wird: Die historische Savigny-Thibaut-Debatte zur Kodifikation war eine eminent politische Debatte über die Frage, wer Entscheidungen trifft, wie Entscheidungen zu treffen sind, ob organischer oder regulatorischer Zugang zum Privatrecht adäquat ist. In der Rezeption der Savigny-Thibaut-Debatte im 20. Jahrhundert dagegen, wo es um die europäische Kodifikation geht, wird das diskutiert, als ob es nicht um Politik gegangen wäre, als ob Savigny einfach abstrakt gegen die Kodifikation und Thibaut dafür gewesen wären – als Ideen, die irgendwo im Raum stehen, ohne politische und gesellschaftliche Bedingtheit. Da fehlt etwas. Da müsste der Vergleich einen Schritt weitergehen und anerkennen, dass diese Themen damals gesellschaftlich-politisch relevant waren und es heute auch sind, nur eben unter anderen Bedingungen.

**Frau Peters:** Vielen Dank für die Kritik an der Formulierung des Themas („Denker und Praktiker“), die mir allerdings vorgegeben wurde. Die Anekdote am Anfang sollte zeigen, dass Praktiker auch denken, und zwar sogar besonders scharf. Ich glaube, dass das Thema so formuliert wurde um den Begriff „Theorie“, der eigentlich der Gegenbegriff zu „Praxis“ wäre, zu vermeiden. Denn „Rechtstheorie“ ist zu eng konnotiert. Es geht in meinem Vortrag um Reflexion, nicht nur um rechtstheoretische Reflexion *über*



das Recht, sondern auch *im* Recht. Deswegen habe ich die Formulierung des Themas übernommen und von „Denkern“ gesprochen. Die „Denkerinnen“ habe ich aus Zeitgründen jeweils weggelassen.

Zu Herrn Basedow: Die Beratung ist nicht nur im Streitfall relevant. Das ist im Völkerrecht sogar besonders wichtig. Die Compliance-Kontrolle ist hier ja meist nicht adversatorisch oder kontroversiell, in Form von Gerichtsverfahren. Diese fehlen vor allem im Bereich Umwelt- und Menschenrechte weitgehend.

Zu Herrn Bothe: Die Denker und Praktiker bilden überlappende Systeme oder Felder oder „Epistemic Communities“. Manche agieren in der Doppelrolle und bilden somit eine Schnittmenge. Daneben gibt es immer noch die vielen anderen reinen Denker und reinen Praktiker. Viele Probleme der Doppelrollenträger werden durch die die Tätigkeit dieser vielen anderen relativiert.

Zu Nico Krischs Frage, woran die Völkerrechtler eigentlich glauben: Es gibt ein humanitäres, kosmopolitisches Ideal, das gerade in den letzten Jahren von den „Critical Legal Studies“ verteufelt wurde als eine der letzten Bastionen eines verfehlten Optimismus, Liberalismus, Humanismus und Kosmopolitanismus. Auf der anderen Seite sei, so die Crits, Zynismus unvermeidlich. Dazwischen gäbe es keinen richtigen Weg, und deswegen sei letztlich jeder Doppelrollenträger Dr. Jekyll und Mr. Hyde, so jedenfalls Martti Koskeniemi.

Zum Schluss möchte ich noch sagen, dass ich auf keinen Fall die Praxis, wie Herr Tichy andeutete, negativ darstellen wollte. Im Gegenteil habe ich eher ausgeführt, dass die Praktiker, wie Sie auch betont haben, eine institutionelle Autorität innehaben, welche die Wissenschaftler nicht besitzen. Dieser Unterschied besteht, obwohl – wie Ralf Michaels betonte und auch ich versuchte anzudeuten – die Wissenschaftler ebenfalls eine *politische* Tätigkeit ausüben. Jedoch sind sie nicht formell rechenschaftspflichtig, wie Amtsträger in einem demokratischen Staat. Deshalb sind sie nicht unmittelbar zur Rechtserzeugung befugt. Dabei bleibe ich.

**Frau de Wet:** Hierarchiebildung wurde in meinem Vortrag nicht als eine Methode des Ausgleichs betrachtet, sondern als eine Kollisionsregel, die von der der Praxis nur selten anerkannt wird. „Ius Cogens“ mag in vielerlei Hinsicht ein problematischer Begriff sein, bildet aber trotzdem den Ansatz für die Anerkennung einer Hierarchiebildung und die Entwicklung weiterer Kollisionsregeln im Völkerrecht. Bisher beschränkt sich diese Entwicklung auf die formale Ebene. Ihre praktische Bedeutung ist zudem gering.

Im Vortrag wurde aus zeitlichen Gründen nicht eingegangen auf die Fälle, in denen nationale Gerichte den innerstaatlich garantierten Grundrechten einen Vorrang vor einer völkerrechtlichen Verpflichtung einräumen. Dieses Vorgehen kann unter Umständen als Konfliktvermeidungsstrategie bezeichnet wird, wenn nationale Gerichte sich hinter dem formalen Argument des Dualismus verstecken (z.B. wie im *Kadi*-Fall des EuGH). Andererseits ist nicht zu übersehen, dass nationale Gerichte häufig die nationale Verfassung und die Grundrechte im Lichte der konkurrierenden völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates auslegen. In einem monistischen Land wie die Niederlande können Individuen sich außerdem unmittelbar auf die EMRK berufen. Es kommt dann immer wieder vor, dass Verpflichtungen aus der EMRK (z.B. das Refoulementverbot) unmittelbar gegen Verpflichtungen aus unter anderem Auslieferungsverträgen abgewogen werden müssen.

Die im Vortrag erläuterten Fallbeispiele sind unterschiedlicher Art. Allerdings sind klare Muster der Konfliktvermeidung bemerkbar, egal um welche Normkonflikte es sich im Völkerrecht handelt. Selbst wenn die Methodik der Streitbeilegungsorgane dazu führt, dass im Ergebnis Menschenrechte begünstigt werden, geschieht dies in der Regel ohne eine eindeutige Anerkennung einer menschenrechtsbasierten Hierarchie. Die Streitbeilegungsorgane bemühen sich, eine systemische Einheit im Völkerrecht aufrechtzuerhalten, selbst wenn die Konfliktvermeidungsstrategien sehr formalistisch sind und nicht immer zu überzeugen vermögen.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank. Ich glaube, der Dank gilt vor allen Dingen den Rednern des heutigen Nachmittags, aber auch den Rednern des Vormittags, – Applaus – allen Diskutanten und Ihnen allen, die sie so brav ausgehalten haben. Ich schließe hiermit die Sitzung und hoffe, dass wir uns in Kürze in der Wolkenburg wiedersehen.

# Architektur der Weltfinanzordnung

*Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), Halle (Saale)\**

- I. Einleitung
  - II. Von 1929 bis 2009: Entwicklungslinien des internationalen Finanz-, Währungs- und Staatsschuldensystems
    - 1. Ursprünge
      - a) Währungssystem
      - b) Staatsschulden
      - c) Finanzmärkte
    - 2. Der intellektuelle Hintergrund von Bretton Woods: Keynes und White
    - 3. Bretton Woods und das internationale Wirtschaftssystem
    - 4. Das System (er-)findet sich: 1970 bis 2007
      - a) Ansätze
      - b) New International Financial Architecture I (NIFA I)
  - III. Die heutige internationale Finanzarchitektur (New International Financial Architecture II?)
    - 1. Fortentwicklung der NIFA I
    - 2. Erweiterung der Mitgliedschaft zentraler internationaler Finanzinstitutionen
    - 3. G20
  - IV. Grundlinien einer Fundierung einer Weltfinanzordnung
    - 1. Die Ordnungsfunktion des Weltfinanzsystems
    - 2. Inhaltliche Grundstrukturen einer Weltfinanzordnung
      - a) Finanzmarktstabilität und innerstaatliche Eingebundenheit von Finanzinstrumenten
      - b) Integrierte Makro- und Mikroperspektive
      - c) Verfassungsrechtliche Perspektive: Art. 1 Ziff. 3, 55, 56 UNC
    - 3. Elemente einer institutionellen Struktur einer Weltfinanzordnung
      - a) Integration von Realwirtschaft, Finanzmärkten und Staatsschuldenproblematik
      - b) Koordination und Kooperation
      - c) Gubernative
  - V. Ausblick
- Thesen  
Summary

## I. Einleitung

Sie war einige Jahre und ist seit nunmehr drei Jahren wieder in politischen und wissenschaftlichen Diskussionen allgegenwärtig: die internationale Finanzarchitektur. Das Bemühen um die Architektur der Weltfinanzordnung ist dabei, rein deskriptive Darstellungen unzähliger Akteure und Regulierungsstandards außer Betracht lassend, ex-

---

\* Der Verf. dankt Christoph Ohler (Jena) sowie Jasper Finke, Karsten Nowrot und Dana Ruddigkeit (alle Halle) für kritische und hilfreiche Anmerkungen und Gespräche im Rahmen der Ausarbeitung dieses Beitrages. Das Manuskript wurde im Rahmen des von der „Stiftung Geld und Währung“ finanzierten Graduiertenkollegs „Konstitutionelle Grundlagen globalisierter Finanzmärkte – Stabilität und Wandel“ erstellt. Der Text wurde auch veröffentlicht in der Reihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“, Heft 109, Halle 2011.

plizit oder implizit regelmäßig mit ihrer Reform verbunden. Der Reformaspekt wurde indes bewusst nicht mit in den Titel dieses Beitrages aufgenommen. Schon begrifflich ist nämlich eine Verengung auf eine Reform der internationalen Finanzarchitektur problematisch, da hierdurch die Existenz einer solchen als Prämisse vorausgesetzt wird; das ist aber zunächst genau zu analysieren. Auch vor diesem Hintergrund hat *Paul Krugman* in seiner ihm eigenen, direkten und wenig diplomatischen Art in der Nachfolge der Asien-Krise 1997/98 hervorgehoben, dass der erste Schritt einer Reform der internationalen Finanzarchitektur „is to find out who is responsible for that pompous phrase, and punish him“.<sup>1</sup> So weit soll hier nicht gegangen werden, zumal sich durchaus mit einiger Sicherheit feststellen lässt, von wem das erste Mal der Begriff öffentlich benutzt wurde: Es war dies (wohl) der damalige US-amerikanische Finanzminister *Robert E. Rubin* in einer Rede am 14. April 1998 an der Brookings Institution in Washington D.C. mit dem Titel „Strengthening the Architecture of the International Financial System“.<sup>2</sup> Schon kurze Zeit nach der Etablierung des Begriffes durch *Rubin* erschienen mehrere Veröffentlichungen angesehener Thinktanks, die sich mit der „international financial architecture“ befassten;<sup>3</sup> in der politischen, politikberatenden und wissenschaftlichen Diskussion ist der Begriff seither fester Bestandteil des einschlägigen Wortschatzes.<sup>4</sup>

Was mit der internationalen Finanzarchitektur konkret gemeint ist, bleibt allerdings oftmals unklar. Schon eine Definition des Begriffes ist nicht einfach. Im wissenschaftlichen Schrifttum werden, soweit es sich um eine Konkretisierung des Begriffes bemüht, zunächst vier Elemente der internationalen Finanzarchitektur ausgemacht: Im engeren Sinne geht es hiernach (1) um eine bestimmte Anzahl internationaler Standards für globale Finanzmärkte (International Financial Standards – IFSs), die Finanzkrisen, insbesondere solche mit sog. systemischen Auswirkungen, verhindern oder jedenfalls entschärfen sollen, sowie (2) um die verschiedenen internationalen staatlichen, nicht-staatlichen und intermediären Organisationen, die mit der Ausarbeitung der entsprechenden Standards befasst sind und sich um ihre innerstaatliche Implementierung bemühen. In einem weiteren Sinne kommen zu diesen beiden Elementen noch (3) die Maßnahmen und Akteure hinzu, deren Aufgabe es ist, internationale Finanzkrisen zu lösen. Schließlich sind in diesem Sinne auch (4) die Maßnahmen und internationalen Standards erfasst, die sich auf die Integrität und Transparenz der Finanzmärkte beziehen, u.a. mit Blick auf die Bekämpfung der Geldwäsche und die Finanzierung terroristischer Aktivi-

1 *Krugman*, Analytical Afterthoughts on the Asian Crisis, in: Negishi/Ramachandran/Mino (Hrsg.), *Economic Theory, Dynamics and Markets: Essays in Honor of Ryuzo Sato*, Boston u.a. 2001, 243 (244).

2 Eine Mitschrift der Rede ist verfügbar unter: <http://www.brookings.edu/events/1998/0414global-economics.aspx>.

3 Siehe z.B. *Eichengreen*, *Toward a New International Financial Architecture*, Institute for International Economics, Washington 1999; *Mussa*, *Reforming the International Financial Architecture: Limiting Moral Hazard and Containing Real Hazard*, in: Gruen/Gower (Hrsg.), *Capital Flows and the International Financial System*, Economic Group, Reserve Bank of Australia, Sydney 1999, 216 ff.; aus dem wissenschaftlichen Bereich siehe frühzeitig z.B. *Behrens*, *The Institutional Architecture of Global Financial Markets*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 6 (1999), 271 ff.; *Gramlich*, *Eine neue internationale „Finanzarchitektur“ oder: Der IMF in der Krise?*, *AVR* 38 (2000), 399 ff.

4 Umfassend zu den einzelnen Etappen der Diskussion über die internationale Finanzarchitektur *Norton*, *NIFA-II or ‚Bretton-Woods-II‘? The G-20 (Leaders) summit process on managing global financial markets and the world economy – quo vadis?*, *Journal of Banking Regulation* 11 (2010), 261-301.

täten sowie im Hinblick auf einen möglichst umfassenden Informationsaustausch in Steuerangelegenheiten.<sup>5</sup>

Als erste, grobe Umschreibung eines wie auch immer konkret ausgestalteten internationalen Finanzsystems wird man diesem Ansatz zustimmen können. Allerdings ist es notwendig zu betonen, dass es einer internationalen Finanzarchitektur nicht nur um Krisenprävention und Krisenmanagement gehen kann, sondern dass die Ermöglichung von Finanzmarkttransaktionen zwischen Wirtschaftssubjekten als Ausdruck individueller Freiheitsverwirklichung und Grundbedingung von Wohlfahrtsgewinnen immer im Vordergrund stehen sollte. Schon hieran erkennt man, dass die weitverbreitete Umschreibung der Elemente der internationalen Finanzarchitektur darunter leidet, dass analytische und/oder normative Aussagen zu den strukturell organisierten Beziehungen der genannten Elemente, also Aussagen zur Architektur,<sup>6</sup> regelmäßig fehlen. In diesem Beitrag soll es daher im Schwerpunkt um genau diese Gesichtspunkte gehen. Dabei soll allerdings die dargelegte Umschreibung in gewisser Weise nochmals erweitert werden. Diese beschränkt sich nämlich, und das entspricht dem bislang wohl vorherrschenden Begriffsverständnis, weitgehend auf Finanzmärkte im engeren Sinne, auf Märkte also, auf denen Finanzinstrumente gehandelt werden. Als Finanzinstrumente werden dabei im Wesentlichen „Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten sowie Derivate“ verstanden,<sup>7</sup> so wie es für die deutsche Rechtsordnung in § 1 Abs. 11 KWG legal definiert ist. Damit bleibt sowohl das gesamte internationale Währungsrecht als auch das Recht der Staatsschulden bzw. der Staateninsolvenz außer Betracht. Hierin liegt ein zentrales Problem in der bisherigen Auseinandersetzung mit einer internationalen Finanzarchitektur. Wie im Einzelnen noch aufzuzeigen ist, sind es gerade die Wechselwirkungen der drei Bereiche Finanzen, Währungen und Staatsschulden, die heute in einem hochintegrierten Weltwirtschaftssystem die eigentlichen systemischen Herausforderungen bedingen. Nur eine holistische, alle drei genannten Bereiche umfassende Betrachtung kann im Übrigen auch die Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2007 bis 2009 erklären; hierauf ist zurückzukommen.

Im Sinne des dargelegten Begriffsverständnisses soll im Folgenden *de lege lata* und *de lege ferenda* untersucht werden, ob systematische und normative Aussagen zu einer Weltfinanzordnung getroffen werden können. Hierzu ist es unumgänglich, in einem ersten Schritt einige historische Entwicklungslinien aufzuzeigen, da nur die historische Betrachtung die eigentlichen Schwachstellen und strukturellen Defizite des gegenwärtigen internationalen Finanzsystems verdeutlichen kann (II.). Anschließend folgt eine analytische Beschreibung der gegenwärtigen Struktur dessen, was regelmäßig als internationale Finanzarchitektur bezeichnet wird (III.). In dritten Teil der Untersuchung geht es dann im eigentlichen Sinne um die Fundierung einer Weltfinanzordnung sowie um Ansätze einer Fortentwicklung (IV.).

5 Giovanoli, The International Financial Architecture and its Reform after the Global Crisis, in: ders./Devos (Hrsg.), International Monetary and Financial Law – The Global Crisis, Oxford 2010, 3 (4).

6 Zu Umschreibungen von Architektur und Bauen siehe z.B. Ottow/Stahl, Bauen, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Erster Band, 7. Aufl., Freiburg/Basel/Wien 1985/1995, Sp. 536 (537 f.).

7 Siehe beispielhaft den Bericht der von der Bundesregierung eingesetzten Expertengruppe „Neue Finanzarchitektur“: New Financial Order, Recommendations by the Issing Committee, Preparing G-20 – London, April 2, 2009 (February 2, 2009), verfügbar unter: [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2009/02/2009-02-09-finanzexpertengruppe.property=publicationFile.pdf](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2009/02/2009-02-09-finanzexpertengruppe.property=publicationFile.pdf).

## II. Von 1929 bis 2009: Entwicklungslinien des internationalen Finanz-, Währungs- und Staatsschuldensystems

### 1. Ursprünge

#### a) Währungssystem

In der historischen Perspektive lohnt zunächst ein Blick auf die Entwicklung des Währungsrechts. Währungsmonopole im Sinne der exklusiven Verbindung von Hoheitsgewalt, Territorium und Währung sind eine relativ neue Erscheinung. Der größte Teil der Geschichte ist von zahlreichen rivalisierenden Währungen innerhalb eines Herrschaftsverbandes geprägt. Erst mit der Etablierung staatlicher Souveränität durch den Westfälischen Frieden von 1648 begann sich dies langsam zu ändern, wobei tatsächliche Fortschritte in der Begründung staatlicher Währungsmonopole erst im 18. Jahrhundert zu beobachten sind. Im 19. Jahrhundert kommt es dann im Vereinigten Königreich im Zusammenhang mit den Napoleonischen Kriegen und später mit dem Banking Charter Act 1844 erstmals zu einem tatsächlichen und effektiven Währungsmonopol. Diese Entwicklung setzte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mehr oder weniger weltweit fort. Spätestens gegen Ende des 2. Weltkrieges wird man von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des staatlichen Rechts auf ein Währungsmonopol sprechen können.<sup>8</sup>

#### b) Staatsschulden

Weit in der Geschichte zurückverfolgen lässt sich das Phänomen der Staatsverschuldung bzw. Staateninsolvenz, insbesondere mit Blick auf die Aussetzung von Schuldentilgungen und/oder Zinsleistungen durch Staaten gegenüber ausländischen Gläubigern. So ist beispielsweise dokumentiert, dass in der Zeit zwischen dem 16. und dem 19. Jahrhundert allein Spanien dreizehn Mal seine Schuldverpflichtungen aussetzte. In der selben Zeit erklärten Frankreich acht Mal sowie Portugal und die deutschen Staaten jeweils sechs Mal, dass sie ihre Schulden nicht mehr erfüllen könnten. Auch die lateinamerikanischen Staaten sowie das Osmanische Reich erklärten im 19. und 20. Jahrhundert mehrfach, dass eine Erfüllung ihrer Schulden nicht mehr möglich sei.<sup>9</sup> Überhaupt ist das 20. Jahrhundert nahezu kontinuierlich von bis zu 10 Fällen einer Staateninsolvenz pro Jahrzehnt geprägt, wobei es allerdings in den 1930er Jahren als Folge der Weltwirtschaftskrise von 1929 über 20 Staateninsolvenzen gab. Diese Entwicklung setzte sich auch nach dem 2. Weltkrieg fort.

Trotz der empirischen Relevanz staatlicher Finanzkrisen im Sinne eines Staatenbankrotts konnte sich ein eigenständiges Recht hierzu nicht entwickeln. Im klassischen Bereich des Völkerrechts blieb es bis zur Etablierung des Gewaltverbotes oftmals beim Einsatz militärischer Gewalt zur Erzwingung einer Schuldentilgung bzw. auf geringerer

---

8 *Cohen*, Monetary Governance and Capital Mobility in Historical Perspective, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), *The Regulation of International Financial Markets – Perspective for Reform*, Cambridge 2006, 27 (32 f.).

9 *Porzecanski*, *Dealing with Sovereign Debt: Trends and Implications*, in: Jochnick/Preston (Hrsg.), *Sovereign Debt at the Crossroads*, 2005, erhältlich im Internet: [http://www.law.georgetown.edu/international/documents/Porzecanski\\_000.pdf](http://www.law.georgetown.edu/international/documents/Porzecanski_000.pdf).

Eskalationsstufe bei sonstigen Maßnahmen im Rahmen des diplomatischen Schutzes.<sup>10</sup> Dieser auf klassische völkerrechtliche Instrumentarien begrenzten Staatenpraxis standen allerdings, das sei angemerkt, gerade mit Blick auf die Rechtsbeziehungen zwischen privatem Gläubiger und staatlichem Schuldner im wissenschaftlichen Schrifttum frühzeitig innovative Ansätze u.a. zur Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte im Hinblick auf Privatpersonen gegenüber.<sup>11</sup> Durchsetzen konnten sich entsprechende Lehrmeinungen jedoch nicht, und auch im innerstaatlichen Recht blieb unklar, ob insbesondere Schulden aus internationalen Staatsanleihen überhaupt rechtlich verbindlich waren.<sup>12</sup> Insgesamt stellte *Georg Schwarzenberger* noch 1988 fest: „Analyses of State bankruptcy ... in international law may lead to the perhaps oversimplified conclusion that, at least for the purpose of international law, the problem does not exist. More searching minds may conclude, that ... the problem exists, but is insoluble“.<sup>13</sup>

### c) Finanzmärkte

Während Währungsfragen und Staatsschulden also schon immer eine, allerdings sehr unterschiedlich ausgestaltete und mit kaum spezifischem Völkerrecht versehene internationale Dimension hatten, ist dies im Hinblick auf rein private Finanzmärkte anders. Die Internationalisierung von Finanzmärkten als solches lässt sich zwar weit in die Geschichte zurückverfolgen.<sup>14</sup> Auch private Finanzkrisen, insbesondere in der Form von Banken Krisen sind, letztlich noch mehr als Staatsschuldenkrisen, empirische Normalität in der Wirtschaftsgeschichte. Sie betrafen entwickelte und weniger entwickelte Staaten gleichermaßen.<sup>15</sup> Allerdings ist zu beachten, dass sich Finanzmärkte nicht primär als rein private Finanzmärkte entwickelt haben. Vielmehr dienten grenzüberschreitende Finanztransaktionen in erheblichem Umfang der Finanzierung von Staatshaushalten.<sup>16</sup> Überdies waren Banken Krisen lange Zeit von einer innerstaatlichen Dimension charakterisiert, hatten also keine globalen systemischen Auswirkungen. Insgesamt bestand so wenig Notwendigkeit für Regelungen für internationale Finanzmärkte.

Trotz der weitgehend fehlenden Relevanz rein privater internationaler Finanzmärkte, gab es enge faktische Verflechtungen von internationalem Kapitaltransfer und Krisen

---

10 Mit Blick auf diplomatischen Schutz siehe PCIJ, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Ser. A No. 20, 17 ff.; zum Einsatz militärischer Gewalt siehe z.B. *Pflug*, Staatsbankrott und internationales Recht, München 1898.

11 Zu entsprechenden Nachweisen und Zitaten siehe *Nowrot*, Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht – Konsequenzen der Beteiligung transnationaler Unternehmen an den Rechtssetzungsprozessen im internationalen Wirtschaftssystem, Berlin 2006, 347 ff.

12 Siehe die berühmte Aussage von *Sir George Jessel* in *Twycross et al. v. Dryfuss Brothers et al.*, [1874–1880] All E.R. Rep. 133: „... The result, therefore, is that these so-called bonds amount to nothing more than engagements of honour, binding so far as engagements of honour can bind, the government that issued them, but are not contracts ...“.

13 *Schwarzenberger*, State Bankruptcy and International Law, in: Heere (Hrsg.), International Law and Its Source - Liber Amicorum Maarten Bos, The Hague 1988, 137 (144); insgesamt zur Entwicklung auch *Szodrich*, Staateninsolvenz und private Gläubiger – Rechtsprobleme des Private Sector Involvement bei staatlichen Finanzkrisen im 21. Jahrhundert, Berlin 2008, 72 ff. m.w.N.

14 Ausführlicher Überblick bei *Held/McGrew/Goldblatt/Perraton*, Global Transformations, Stanford 1999, 190 ff.

15 Ausführlich *Reinhart/Rogoff*, Dieses Mal ist alles anders – Acht Jahrhunderte Finanzkrisen, 3. Aufl., München 2010, 218 ff.; *Kindleberger*, Manien – Paniken – Crashes, Die Geschichte der Finanzkrisen dieser Welt, Kulmbach 2001.

16 *Held/McGrew/Goldblatt/Perraton* (Anm. 14), 191 f.

auf privaten Finanzmärkten. Diese Verflechtungen hatten ihren Grund insbesondere darin, dass spätestens ab Ende des 19. Jahrhunderts faktisch kaum Kapitalverkehrskontrollen existierten und dementsprechend Kapitalflüsse in Länder, die man in heutiger Terminologie als Schwellenländer bezeichnen würde, in großem Ausmaße stattfanden. Juristisch handelte es sich dabei allerdings primär um Kapitaltransfer in der Form von Staatsanleihen. Insgesamt wird die Zeit vor dem Ersten Weltkrieg auch als „golden age for emerging market bonds and international capital flows to emerging markets“ bezeichnet.<sup>17</sup> Im Gegensatz zur heutigen Situation, auf die noch näher einzugehen ist, waren die schon damals, insbesondere über den Finanzplatz London abgewickelten, Anleihetransaktionen allerdings auf eine überschaubare Anzahl von Gläubigern begrenzt, hatten also nicht die Dimension tatsächlich globaler Finanzmärkte. Das änderte sich indes nach dem Ersten Weltkrieg und der damaligen Verlagerung des Kapitalmarktes von London nach New York. Ende der 1920er Jahre hielten ca. 800.000 US-Staatsangehörige ausländische Staatsanleihen als Teilschuldverschreibungen mit sehr geringen Nennwerten. Staatsanleihen waren überhaupt das mit Abstand wichtigste grenzüberschreitende Finanzinstrument; der grenzüberschreitende Kapitalverkehr bezog sich insofern – so wie schon in den Jahrhunderten zuvor – nahezu ausschließlich auf Staaten als Schuldner bzw. Kapitalempfänger. Ein auf beiden Seiten privater internationaler Kapitalmarkt war also kaum vorhanden.<sup>18</sup> Internationale Regulierungsanstrengungen für Finanzmärkte, die über den Bereich der Staatsanleihen hinausgingen, gab es daher nicht. Die engen faktischen Verflechtungen von Staatsanleihen, Staatsinsolvenzen und Krisen auf dem privaten innerstaatlichen Kapitalmarkt, insbesondere Banken Krisen, waren indes schon offensichtlich.

## 2. Der intellektuelle Hintergrund von Bretton Woods: Keynes und White

Vor diesem historischen Hintergrund erfolgten die konzeptionellen Vorbereitungen dessen, was später als Bretton-Woods-System bekannt wurde. Ergänzend zum geschilderten historischen Rahmen waren dabei mehrere Faktoren für die mit dem Namen „Bretton Woods“ angestrebte Neuordnung des Weltwirtschaftssystems entscheidend. Ein zentraler Punkt ist rein personeller Natur: Bis heute inhaltlich bestimmend wirkten der US-amerikanische Verhandlungsführer *Harry Dexter White* und der britische Wirtschaftswissenschaftler *John Maynard Keynes*. Trotz gewisser Unterschiede im Vorverständnis und in den konkreten Verhandlungspositionen,<sup>19</sup> einte beide die traumatische Erfahrung der Weltwirtschaftskrise von 1929 und die zentrale – heute verkürzt oftmals als „Keynesianismus“ bezeichnete – Befürwortung antizyklischer Wirtschafts- und Fiskalpolitik mit dem Ziel der Vollbeschäftigung. Weiterhin bestand zwischen beiden Einigkeit darüber, dass es fester, aber anpassbarer Wechselkurse bedürfe, um einen freien Welthandel mit Gütern und Dienstleistungen zu ermöglichen. Dieser, so eine weitere, jedenfalls dem Grunde nach von beiden geteilte Überzeugung, müsse durch prinzipielle (so *Keynes*) oder jedenfalls mögliche (so *White*) Kapitalverkehrsbeschrän-

---

17 *Mauro/Sussmann/Yafeh*, Emerging Market Spreads: Then versus Now, IMF Working Paper WT/00/190, November 2000, erhältlich unter: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00190.pdf>, 3; *Szodruch* (Anm. 13), 73.

18 Zu Einzelheiten und Nachweisen siehe *Szodruch* (Anm. 13), 73 f.

19 Hierzu ausführlich z.B. *Boughton*, Why White, not Keynes? Inventing the Postwar International Monetary System, IMF Working Paper, WP/02/52, March 2002.



kungen geschützt werden.<sup>20</sup> Kapitalverkehrsbeschränkungen waren dabei auch der einzige auf Finanzmärkte bezogene Gesichtspunkt, der bei den Bretton-Woods-Verhandlungen eine Rolle spielte. Ansonsten galt umfassend die 1933 veröffentlichte Aussage von *Keynes*: „... above all, let finance be ... national“.<sup>21</sup>

Neben diesen Gemeinsamkeiten gab es zahlreiche unterschiedliche Positionen von *Keynes* und *White*, die letztlich aber alle zugunsten von *White* und damit den USA entschieden wurden. Im vorliegenden Zusammenhang vielleicht am wichtigsten ist dabei, dass *Keynes* sich mit einer eher protektionistisch orientierten Vorstellung primär bilateraler Wirtschaftsbeziehungen der USA und des Vereinigten Königreiches nicht durchsetzen konnte. Vielmehr dominierte in Bretton Woods die von *White* nachdrücklich unterstützte Idee eines multilateralen Wirtschaftssystems im Handels-, Finanzierungs- und Währungsbereich.<sup>22</sup> Diese auf dezidierten Multilateralismus in einem integrierten Handels- und Währungssystem setzende Position von *White* und den USA insgesamt steht im Übrigen in Übereinstimmung damit, den zu gründenden Internationalen Währungsfonds (IWF) nicht umfassend als *lender of last resort* auszugestalten, so wie es *Keynes* wollte. Der IWF wurde vielmehr im Hinblick auf seine finanziellen Möglichkeiten bewusst klein gehalten.<sup>23</sup>

### 3. Bretton Woods und das internationale Wirtschaftssystem

Vor diesem historischen, intellektuellen und machtpolitischen Hintergrund kam es im Juli 1944 auf der Konferenz von Bretton Woods zur Gründung der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung<sup>24</sup> (im Folgenden vereinfacht als Weltbank bezeichnet) und des IWF. Auf Einzelheiten der Ausgestaltung der beiden Organisationen muss hier nicht eingegangen werden.<sup>25</sup> Wichtig sind im vorliegenden Kontext nur die folgenden Gesichtspunkte:

Die Weltbank sollte als Bank im eigentlichen Sinne primär durch Bürgschaften, subsidiär auch durch Kredite zum Wiederaufbau der kriegszerstörten Wirtschaft weltweit beitragen.<sup>26</sup> Ihr sollte im Drei-Säulen-Modell des Weltwirtschaftssystems, bestehend aus Handel, Finanzen und Auslandsinvestitionen sowie Währungsfragen, zusammen mit Art. 12 der Havanna-Charta u.a. die Finanz-/Investitionssäule zukommen.<sup>27</sup> Da allerdings die USA die Aufgabe des Wiederaufbaus der europäischen Wirtschaft mit dem Marshall-Plan (European Recovery Program)<sup>28</sup> ab 1948 vollständig übernahmen und

20 *Boughton* (Anm. 19), 11; zur Position von *Keynes* im Hinblick auf möglichst weitreichende Kapitalverkehrskontrollen und -beschränkungen siehe auch z.B. *Cohen* (Anm. 8), 45 f.; insgesamt hierzu auch *Moschella*, *Governing Risk – The IMF and Global Financial Crises*, Basingstoke/Hampshire 2010, 5.

21 *Keynes*, *National Self-Sufficiency*, *Yale Review* 22 (1933), 755 (769).

22 *Boughton* (Anm. 19), 13 f.

23 *Boughton* (Anm. 19), 16 f.

24 Abkommen über die Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung vom 22. Juli 1944, BGBl. 1952 II, 664.

25 Siehe hierzu z.B. *Schlemmer-Schulte*, *Internationales Währungs- und Finanzrecht*, in: Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, § 9 Rdnr. 26 ff. und 77 ff.; *Lowenfeld*, *International Economic Law*, 2. Aufl., Oxford 2008, 593 ff.

26 Zu Einzelheiten statt vieler *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 77 ff. m.w.N.

27 *Arner/Buckley*, *Redesigning the Architecture of the Global Financial System*, *Melbourne Journal of International Law* 11 (Nr. 2, 2010), 1 (6).

28 Hierzu *de Zayas*, *Marshall Plan (European Recovery Program)*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, verfügbar unter: <http://mpepil.com>.

hierzu die Organization for European Economic Cooperation (OEEC) – ab 1961 unter dem Namen „Organisation for Economic Co-operation and Development“ (OECD) bekannt – ins Leben gerufen wurde,<sup>29</sup> hatte die Weltbank letztlich nie eine Chance, die ihr ursprünglich zugewiesene Aufgabe im internationalen Wirtschaftssystem wahrzunehmen. Wohl nicht entgegen, aber doch in sehr weitgehender teleologischer Auslegung ihres Gründungsabkommens,<sup>30</sup> wandelte sich der Aufgabenbereich der Weltbank sehr schnell nach ihrer Gründung hin zu einer der wichtigsten Entwicklungsorganisationen, die sich heute u.a. mit Fragen des Gesundheitsschutzes, der Erziehung, der Ernährung, des Umweltschutzes und der Verhinderung von Kinderarbeit befasst.<sup>31</sup> Ein Bezug zu den ursprünglichen Bretton-Woods-Ideen ist hier kaum noch zu erkennen.

Der IWF als zweite Bretton-Woods-Organisation war im Wesentlichen auf Gesichtspunkte der Währungsstabilität im Sinne einer konditionalen Verknüpfung mit der Liberalisierung des Welthandels im Güter- und Dienstleistungsbereich beschränkt.<sup>32</sup> Umfassend konnte diese Zielsetzung vom IWF nie tatsächlich verfolgt werden, da die von vornherein geplante und konzeptionell notwendige Rechtsordnung zur Liberalisierung des Welthandelssystems in der Form einer International Trade Organisation (ITO) nicht verwirklicht wurde.<sup>33</sup> Dessen ungeachtet war der IWF durchaus im Sinne seines Mandates funktionsfähig und jedenfalls bis zu Beginn der 1970er Jahre auch erfolgreich. Auf das internationale Finanzsystem bezogen muss jedoch nochmals betont werden, dass sich die Rechtsordnung des IWF auf Kapitalverkehrskontrollen durch die Staaten beschränkte. Indem nach Art. VI Abschn. 3 IWF-Abkommen „[d]ie Mitglieder ... die zur Kontrolle internationaler Kapitalbewegungen notwendigen Maßnahmen treffen [dürfen]“, wurde der gesamte Finanzmarktbereich in der souveränen Entscheidungsgewalt der Staaten belassen. Durch Kapitalverkehrskontrollen, so die damalige, maßgeblich auf *Keynes* zurückgehende Vorstellung, würden Instabilitäten im internationalen Finanzsystem, insbesondere durch spekulative Finanzgeschäfte, umfassend vermieden.<sup>34</sup> Es lag in der Konsequenz u.a. dieser Auffassung, dass einhergehend mit der Errichtung von Weltbank, IWF und ITO die Auflösung der im Jahre 1930 gegründeten Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)<sup>35</sup> erfolgen sollte. Hierzu ist es bekanntlich nie gekommen, was ein weiterer Hinweis auf die Unzulänglichkeiten der Bretton-Woods-Konstruktion ist.<sup>36</sup>

---

29 Norton (Anm. 4), 270.

30 Zu Einzelheiten siehe z.B. *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 81; *Shihata*, *The World Bank in a Changing World, Selected Essays and Lectures*, Vol. III, Dordrecht u.a. 2000, 3 ff.

31 *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 81 m.w.N.

32 Siehe nur Art. 1 ii) und iii) IWF-Abkommen: „Der IMF hat folgende Ziele: ... Die Ausweitung und ein ausgewogenes Wachstum des Welthandels zu erleichtern und dadurch zur Förderung und Aufrechterhaltung eines hohen Beschäftigungsgrads und Realeinkommens sowie zur Entwicklung des Produktionspotentials aller Mitglieder als oberste Ziele der Wirtschaftspolitik beizutragen; die Stabilität der Währungen zu fördern, geordnete Währungsbeziehungen unter den Mitgliedern aufrechtzuerhalten und Währungsabwertungen aus Wettbewerbsgründen zu vermeiden“.

33 Statt vieler zum Scheitern der durch die sog. Havanna-Charta geplanten ITO *Tietje*, WTO und Recht des Weltwarenhandels, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, § 3 Rdnr. 4 ff. m.w.N.

34 Insbesondere *Keynes* führte die Weltwirtschaftskrise 1929 auf spekulative Finanzgeschäfte zurück und sah in Kapitalverkehrskontrollen eine effektive Möglichkeit, dies in Zukunft zu verhindern, siehe *Moschella* (Anm. 20), 5; *Boughton* (Anm. 19), 10.

35 Zur BIZ siehe *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 7 ff.

36 *Arner/Buckley* (Anm. 27), 5 f.

Schließlich muss beachtet werden, dass die ursprünglich geplanten drei Bretton-Woods-Organisationen umfassend in das übergeordnete System der Vereinten Nationen eingebunden werden sollten. Schon die Atlantik Charta zielte hierauf ab.<sup>37</sup> Insofern sollte, der Grundidee der Art. 57 und 63 UN-Charta entsprechend, die politische Leitfunktion für die Bretton-Woods-Organisationen von den VN, insbesondere dem Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC) wahrgenommen werden.<sup>38</sup> Auch hierzu kam es bekanntlich nie. Der Ost-West-Konflikt verhinderte, dass ECOSOC zu einer effektiven Aufgabewahrnehmung fand; IWF, Weltbank und heute noch deutlicher die WTO stehen dem VN-System traditionell sehr reserviert gegenüber.<sup>39</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass Bretton Woods aus Gründen der tatsächlichen politischen Gegebenheiten und der wirtschaftspolitischen Vorstellungen der damaligen Zeit sowie der juristischen Konstruktion nie eine umfassende Weltfinanz- oder gar Weltwirtschaftsordnung begründete: Die internationale Integration von Handel, Investitionen, Finanzen und Währungen gelang nicht; ein tatsächlicher *lender of last resort* wurde nicht geschaffen; Finanzmarktstabilität wurde nur im Lichte von Kapitalverkehrskontrollen durch die Staaten selbst gesehen; die gesamte Staatsschuldenproblematik wurde, von Regelungen zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten und Kapitalverkehrsbeschränkungen abgesehen, nicht behandelt; zu einer effektiven Einbindung der Finanz- und Wirtschaftsorganisationen in ein übergeordnetes politisches System der Vereinten Nationen kam es ebenfalls nicht. Schon vor diesem Hintergrund wird klar, wie problematisch die politische Rhetorik von einem Bretton Woods II, die sehr schnell während der Finanzkrise 2008 aufkam,<sup>40</sup> ist.

#### 4. Das System (er-)findet sich: 1970 bis 2007

##### a) Ansätze

Trotz aller Unzulänglichkeiten im Zeitpunkt ihrer Gründung gelang es den Bretton-Woods-Organisationen, ihren Platz im internationalen Wirtschaftssystem zu finden. Die Weltbank widmete sich der Entwicklungspolitik, die insbesondere im Zuge der Dekolonialisierung vor großen Herausforderungen stand und bis heute steht. Der IWF arbeitete im Sinne seines Mandates in den 1950er und 1960er Jahren relativ erfolgreich in einem internationalen Währungssystem fester Wechselkurse. Der Welthandel wurde im Rahmen der provisorischen Rechtsordnung des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) fortschreitend liberalisiert und verzeichnete beachtliche Zuwachsraten. Kaum Bedeutung hatten hingegen internationale private Finanzmärkte. Aufgrund von Kapitalverkehrsbeschränkungen in vielen Staaten bestand wenig Mög-

37 Hierzu z.B. *Bennouna*, Atlantic Charter (1941), in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, verfügbar unter: <http://mpepil.com>.

38 *Arner/Buckley* (Anm. 27), 4 f.

39 Die WTO ist keine Sonderorganisation der VN, hierzu *Tietje*, Die institutionelle Ordnung, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, A.III. Rdnr. 75 ff.; zum besonderen Verhältnis von Weltbank und IWF als Sonderorganisationen und den VN siehe z.B. *Bradlow*, The Governance of the IMF: The Need for Comprehensive Reform (2006), 20, verfügbar unter: <http://www.g24.org/brad0906.pdf>; siehe in diesem Zusammenhang auch das Special high-level meeting of ECOSOC with the Bretton Woods institutions, the World Trade Organization and the United Nations Conference on Trade and Development, 10-11 March 2011, <http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/springmeetings/2011/index.htm>.

40 Siehe hierzu u.a. „European call for ‚Bretton Woods II‘“, Financial Times online v. 16.10.2008, verfügbar unter: <http://www.ft.com/cms/s/0/7cc16b54-9b19-11dd-a653-000077b07658.html#axzz1JVHxDIyG>.

lichkeit zu nicht staatlich kontrollierten internationalen Finanztransaktionen. In diesem Sinne beschrieben *Fred Hirsch* und *Peter Oppenheimer* das internationale (private) Finanzsystem in den 1960er als „like a mini-golf course, with some hole or other always accessible, but others shut off and a variety of shifting obstacles to be negotiated“.<sup>41</sup>

Diese Situation änderte sich erst Ende der 1960er, Anfang der 1970er Jahre, als private Finanzmärkte erstmals eine sichtbare internationale Dimension erlangten. Das ist in erster Linie auf die im Jahre 1963 aufkommende neue Anleiheform der sog. Eurobonds zurückzuführen. Es handelt sich hierbei um Anleihen in einer Währung, die nicht der Währung des Staates, in dem sie platziert werden, entsprechen und die oftmals an mehreren nationalen Kapitalmärkten gleichzeitig und von Großbanken oder Bankenkonsortien abgewickelt werden. Eurobonds gelten als „genuin entterritorialisierte Finanzierungsform“.<sup>42</sup> Das bis in die 1960er Jahre dominierende Bild mehr oder weniger vollständig staatlich kontrollierter internationaler Finanzmärkte löste sich so langsam auf. Der private Finanzsektor wurde langsam zum tatsächlichen Akteur auf den Finanzmärkten, allerdings – und das ist wichtig zu betonen – damals und dann eine lange Zeit lang primär in der Form von wenigen Großbanken oder Bankenkonsortien.

Strukturelle Änderungen im internationalen Währungs- und Finanzsystem größeren Ausmaßes gab es dann in den 1970er Jahren. Bekannt ist dabei natürlich der Übergang von festen zu freien Wechselkursen durch die am 15. August 1971 von den USA erklärte Loslösung des US-Dollars vom Goldstandard. Wichtig ist hierbei, gerade auch mit Blick auf die heutigen Herausforderungen, nicht den Hintergrund dieser Entwicklung zu vergessen. Die Entkopplung des US-Dollars vom Goldstandard, die faktisch den Übergang zu freien Wechselkursen einleitete, war in erster Linie in einem drastischen Handelsbilanz- und einem kriegsbedingten Staatsdefizit der USA begründet.<sup>43</sup>

Für den IWF ergab sich aus dem Übergang zu freien Wechselkursen die Herausforderung, seine Aufgaben in gewisser Weise neu zu definieren. Diese Entwicklung war bereits 1968 durch die erste Änderung des IWF-Abkommens im Hinblick auf die Einführung von Sonderziehungsrechten eingeleitet. Mit der zweiten Abkommensänderung des Jahres 1976 und der Erweiterung des Mandates des IWF durch eine nahezu vollständige Neufassung des Art. IV des IWF-Übereinkommens wurde dem IWF nunmehr auch die Aufgabe übertragen, das internationale Währungssystem im Lichte makroökonomischer Strukturfragen zu überwachen, um sein wirksames Funktionieren sicherzustellen.<sup>44</sup> Mit dieser Mandatserweiterung von reinen Währungsfragen hin zu makroökonomischen Strukturfragen insgesamt geht der Beginn der Konditionalitätspolitik des IWF einher. Das wiederum hatte seinen Grund darin, dass seit Beginn der 1970er Jahre im Wesentlichen nur noch Entwicklungsländer Kreditnehmer des IWF waren. Damit war auch der maßgebliche Schritt hin zu einer Entwicklungshilfeinstitution getan.<sup>45</sup> Bestandteil des sog. Washington Consensus, der die Inhalte der Kondi-

---

41 *Hirsch/Oppenheimer*, *The Trial of Managed Money: Currency, Credit, and Prices, 1920-70*, in: Cipolla (Hrsg.), *Fontana Economic History of Europe: The Twentieth Century*, Part 2, London 1976, 661, zitiert nach *Helleiner*, *States and the Reemergence of Global Finance – From Bretton Woods to the 1990s*, Ithaca/London 1994, 81 f., dort auch allgemein zu dieser Situation.

42 Szodruich (Anm. 13), 52 m.w.N.

43 Insgesamt hierzu im Überblick *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 46.

44 Hierzu z.B. *Arner/Buckley* (Anm. 27), 10.

45 *Schlemmer-Schulte* (Anm. 25), § 9 Rdnr. 50 ff. m.w.N.

tionalitätspolitik der Bretton-Woods-Organisationen zusammenfasst, sind zwar auch Gesichtspunkte des Welthandels, von Auslandsinvestitionen und der Finanzmärkte, allerdings nur als Politik- bzw. Rechtsanforderungen an Nehmerländer formuliert. Eine eigenständige internationale Aufgabenwahrnehmung durch IWF oder Weltbank fand nicht statt.

Die Aufgabenänderung des IWF in den 1970er Jahren geht einher mit einem fundamentalen Wandel der Strukturen der internationalen Staatsschulden. Die Finanzierung der Staatshaushalte wurde insbesondere für Schwellenländer lange Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ausschließlich durch Entwicklungshilfekredite von industrialisierten Staaten sowie die Bretton-Woods-Organisationen realisiert. Wie bereits angedeutet, kam es nur langsam dazu, dass privates Portfoliokapital zur internationalen Staatsfinanzierung eingesetzt wurde. Erst Anfang der 1970er Jahre hatten private Portfolioinvestitionen in Staatshaushalte das Niveau der staatlichen und internationalen Entwicklungshilfefinanzierung erreicht.<sup>46</sup> Dann indes kam es, durch die Ölkrise Anfang der 1970er Jahre bedingt, zu erheblichen Devisengewinnen der Erdöl exportierenden Staaten. Diese sog. Petrodollars wurden auf dem Eurodollarmarkt, also auf Konten von britischen Filialen großer US-Banken, angelegt. Die Banken ihrerseits investierten mit diesem Geld insbesondere in die Staaten Lateinamerikas, und zwar in bis dahin unbekanntem Größenordnungen. Risikovorsorge wurde dabei weder auf Kreditnehmer- noch auf Kreditgeberseite getroffen. Im Jahre 1982 hatten Erdöl importierende Schwellenländer gegenüber ausländischen privaten Gläubigern Schulden i.H.v. 300,8 Milliarden US-Dollar. Zugleich hatten US-amerikanische Banken 211% ihres Eigenkapitals in Kredite für Schwellenländer investiert.<sup>47</sup>

Das Bretton-Woods-System blieb von diesen Entwicklungen weitgehend unberührt. Vielmehr begann sich eine informelle Parallelstruktur zu Bretton Woods zu entwickeln, und zwar zunächst unter dem Dach der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich. Hier kam es 1974, ausgelöst durch Insolvenzen der deutschen Herstatt Bank, der US-amerikanischen Franklin National Bank und der Israeli-British Bank in London durch die Zentralbankchefs der G10 und der Schweiz zur Gründung des „Standing Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices“, das seit 1990 „Basel Committee on Banking Supervision“ genannt wird.<sup>48</sup> Allerdings waren die genannten Bankeninsolvenzen nur der Auslöser für die Gründung des Baseler Bankenausschusses. Der eigentliche Grund lag in der bereits beschriebenen intensiven Erweiterung des Volumens und des Kreises der maßgeblichen Akteure auf den internationalen Finanzmärkten, also in heutiger Terminologie der Globalisierung des Finanzsektors, und der Erkenntnis, dass es hierauf bezogen keine international abgestimmten Standards gab.<sup>49</sup>

Zeitgleich zum Baseler Bankenausschuss entwickelten sich auch im Bereich der Wertpapierregulierung erste Strukturen einer informellen internationalen Regulierungskoordination. Im Jahre 1974 wurde von der Weltbank und der Organisation amerikanischer Staaten die regionale „Inter-American Association of Securities Commissions

---

46 Szodruch (Anm. 13), 88 f.

47 Szodruch (Anm. 13), 89 m.w.N.

48 Ausführlich hierzu Rost, Basel Committee on Banking Supervision, in: Tietje/Brouder (Hrsg.), Handbook of Transnational Economic Governance Regimes, Leiden/Boston 2009, 319 ff.

49 Norton (Anm. 4), 266.

and Similar Organizations“ als informelles Gesprächsforum<sup>50</sup> gegründet.<sup>51</sup> Hieraus entstand im Jahre 1983/84 die „International Association of Securities Commissions“ als heute wichtigstes Forum für die globale Wertpapierregulierung.<sup>52</sup> Ebenfalls Mitte der 1970er Jahre, um ein weiteres Beispiel zu geben, begannen Bemühungen in der OECD und im Rahmen der Vereinten Nationen um eine Harmonisierung der Rechnungslegung. Zugleich kam es am 29. Juni 1973 zur Gründung des privatrechtlich organisierten „International Accounting Standards Committee“, dessen Aufgaben im April 2001 vom „International Accounting Standards Board“ (IASB) übernommen wurden.<sup>53</sup>

Mit der Gründung der genannten Institutionen setzt insgesamt eine intensive Entwicklung der Etablierung zahlreicher privater oder intermediärer Foren der Standardisierung, Kooperation und Koordinierung in Einzelbereichen der internationalen Finanzmärkte ein. Ohne hier auf Details eingehen zu müssen, kann konstatiert werden, dass mit dem zunehmenden Internationalisierungsgrad der Finanzmärkte ab den 1970er Jahren die quantitative und inhaltliche Komplexität informeller intermediärer und nicht-gouvernementaler Kooperations- und Koordinationsforen im Finanzmarkt-bereich stetig zunahm.<sup>54</sup> Es entstand damit ein beachtliches sektorales globales Steuerungsnetzwerk im Sinne dessen, was heute u.a. als „Global Administrative Law“ (GAL) bezeichnet wird.<sup>55</sup>

Allerdings war die Entwicklung von Netzwerkstrukturen im internationalen Finanzsystem außerhalb der Bretton-Woods-Organisationen nicht nur durch typische administrative Koordinations- und Kooperationsstrukturen geprägt. Vielmehr kam es auch auf politischer Ebene zur Herausbildung entsprechender Strukturen, und zwar beginnend mit einem Treffen der Finanzminister der USA, des Vereinigten Königreiches, der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs am 25. März 1973 in der Bibliothek des Weißen Hauses in Washington D.C. Anlass und Gegenstand des Treffens der „Library Group“ war das internationale Finanz- und Währungssystem, das damals u.a. durch den *de facto* Übergang zu flexiblen Wechselkursen erheblichen Herausforderungen ausgesetzt war. Die von nun an periodisch zusammentreffende Gruppe wurde mit dem Beitritt Japans als G5 bekannt. Überdies erweiterte sich im Laufe der Jahre das Themenspektrum, mit dem sich die G5 befassten. Zu Finanz- und Währungsfragen kamen

---

50 Möllers, Transnationale Behördenkooperation: Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), 351 (360); Zaring, Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers 12/2006, 11 f.

51 Rost, Die Herausbildung transnationalen Wirtschaftsrechts auf dem Gebiet der internationalen Finanz- und Kapitalmärkte – Konsequenzen für die normative Struktur der internationalen Rechtsordnung, Berlin 2007, 138.

52 Einzelheiten bei Rost (Anm. 51); Alexander, International Organization of Securities Commissions, in: Tietje/Brouder (Hrsg.), Handbook of Transnational Economic Governance Regimes, Leiden/Boston 2009, 439 ff.

53 Ausführlich Rost (Anm. 51), 169 ff.; dies., International Accounting Standards Board, in: Tietje/Brouder (Hrsg.), Handbook of Transnational Economic Governance Regimes, Leiden/Boston 2009, 367 ff.

54 Ausführlich zu der gesamten Entwicklung Norton (Anm. 4), 266 ff.

55 Zu GAL siehe z.B. Kingsbury/Krisch/Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, Law & Contemporary Problems 68 (2005) 15 ff.; Cassese/Carotti/Casini/Macchia/MacDonald/Savino (Hrsg.), Global Administrative Law – Cases, Materials, Issues, 2. Aufl., 2008, verfügbar unter: <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALCasebook2008.pdf>; einen umfassenden Überblick bietet Global Administrative Law: Bibliographical Resources, verfügbar unter: <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALBibliographyMDeBellisJune2006.pdf>.

verschiedene sonstige Themen hinzu, die für das internationale System von Bedeutung waren. Entscheidend war dabei zunächst die Erkenntnis, dass die vorhandenen Foren internationaler institutioneller Kooperation nicht in der Lage waren, effizient und effektiv auf die neuen Herausforderungen im internationalen Wirtschaftssystem zu reagieren. Diese Erkenntnis wurde im Laufe der Geschichte der späteren G7 und G8 auf andere Sachbereiche des internationalen Systems ausgedehnt, wobei spezifische Finanz- und Währungsfragen zum Teil aus dem Fokus der Diskussionen gerieten.<sup>56</sup>

b) *New International Financial Architecture I (NIFA I)*

Insgesamt bildete sich so im Zusammenspiel technischer (administrativer) und politischer (gubernativer)<sup>57</sup> Steuerungsinstitutionen und -instrumentarien in den 1970er und 1980er Jahren eine Struktur heraus, die die Grundlage für die Etablierung der so genannten „New International Financial Architecture I“ (NIFA I) ab ungefähr den 1990er Jahren bildete.<sup>58</sup> Diese hat ihren Ausgangspunkt darin, dass die G7 ab 1992 in Reaktion auf verschiedene Finanzkrisen in zunehmender Intensität das Thema der Finanzmarktstabilität in den Mittelpunkt ihrer Bemühungen rückten. Zum G7-Gipfel in Birmingham im Mai 1998 legten dann die G7-Finanzminister einen Bericht mit dem Titel „Strengthening the Architecture of the Global Financial System“ vor.<sup>59</sup> In Ergänzung zu dem bereits eingangs genannten Vortrag des US-amerikanischen Finanzministers *Robert E. Rubin* im April 1998 war damit, so jedenfalls die Vorstellung der G7, auch terminologisch eine neue Dimension der multilateralen Zusammenarbeit mit Blick auf globale Finanzmärkte etabliert.<sup>60</sup> Den tatsächlichen Hintergrund bildete freilich weniger analytische Einsicht, als vielmehr sehr konkret insbesondere die „Tequila-Krise“ in Mexiko 1994, die Asienkrise 1997 sowie die Brasilien- und die Russlandkrise 1998/99. Auch vor dem Hintergrund dieses tatsächlichen Handlungsdrucks konnten bis ca. zum Jahr 2000 durchaus Erfolge in der Ausformung der ersten neuen internationalen Finanzarchitektur verzeichnet werden u.a. im Bereich der Überwachung, der Standardisierung, der Transparenz und des Informationsaustausches. Institutionell sind hierbei insbesondere die Gründung des „Financial Stability Forum“ (jetzt „Financial Stability Board“ (FSB)),<sup>61</sup> des „Financial Sector Assessment Program“ (FSAP) und die „Reports of the Observance of Standards and Codes“ (ROSCs) als gemeinsamer Einrichtungen bzw. Initiativen von Weltbank und IWF<sup>62</sup> sowie die Erweiterung der G7 zur G20 der Finanzminister zu nennen.<sup>63</sup> Auch der IWF wurde auf der Arbeitsebene an

56 Hierzu und zur Entwicklung insgesamt *Hajnal*, *The G8 System and the G20 – Evolution, Role and Documentation*, Aldershot/Burlington 2007, 11 ff.; *Brouder*, G8, in: Tietje/Brouder (Hrsg.), *Handbook of Transnational Economic Governance Regimes*, Leiden/Boston 2009, 95 (96 ff.) m.w.N.

57 Zur Terminologie und Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Gubernative und Administrative siehe v. *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen 2000, 107 ff.; *Tietje*, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin 2001, 188 ff. m.w.N.

58 Zur Begrifflichkeit, zeitlichen Einordnung und Entwicklung *Norton* (Anm. 4), 272 ff.

59 Verfügbar unter: <http://www.g8.utoronto.ca/summit/1998birmingham/g7heads.htm>.

60 Ausführlich *Norton* (Anm. 4), 273 ff.

61 Ausführlich hierzu *Porter*, *Financial Stability Board*, in: Tietje/Brouder (Hrsg.), *Handbook of Transnational Economic Governance Regimes*, Leiden/Boston 2009, 345 ff.

62 Gegründet 1999. Informationen hierzu verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/fsap/fsap.asp>.

63 *Norton* (Anm. 4), 275 ff.

verschiedenen Stellen reformiert, so dass die Organisation zunehmend selbst zu einer Standardisierungsorganisation für Finanzmarktfragen wurde.<sup>64</sup>

Damit ist die Struktur der ersten neuen internationalen Finanzarchitektur im Sinne von Aufsichts- und Regulierungsanstrengungen für private Finanzmarktakteure und -transaktionen bereits skizziert. Auf weitere Details muss schon deshalb nicht eingegangen werden, weil der durchaus ambitionierte Versuch, durch politische Führung der G7/G8 und später G20 in Verbindung mit der eher technischen Arbeit verschiedener Foren der Standardisierung und des Informationsaustausches globale Finanzmarktstabilität zu gewährleisten, scheiterte, und zwar lange vor der Finanzkrise 2007/2008, und überdies unvollständig war. Das lag zunächst daran, dass bereits ab dem Jahr 2000, spätestens aber nach dem 11. September 2001 die Finanzmarktstabilität nicht mehr auf der Tagesordnung der G7/G8 stand. Das sollte sich als fatal erweisen, denn genau in dieser Zeit liegen die eigentlichen Ursachen der Finanzkrise 2007/2009. Die Finanzkrise ab dem Jahr 2007 ist sicherlich auf ein Ursachenbündel zurückzuführen. Eine jedenfalls erhebliche Bedeutung wird man jedoch der nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 einsetzenden Niedrigzinspolitik der Federal Reserve beimessen müssen. Diese wiederum, so die Ergebnisse zahlreicher wirtschaftswissenschaftlicher Analysen, war nur möglich oder wurde jedenfalls dadurch deutlich erleichtert, dass China seine beachtlichen Devisenreserven u.a. in den USA anlegte und damit im Ergebnis Liquidität auf dem US-amerikanischen Finanzmarkt zur Verfügung stand.<sup>65</sup> Die Devisenreserven Chinas, heute noch weit über 2000 Milliarden US-Dollar,<sup>66</sup> sind auch auf die Liberalisierung des chinesischen Außenhandels und den WTO-Beitritt zum 11. Dezember 2001 zurückzuführen.

Damit ist bereits angedeutet, dass die Verflechtungen von Handels-, Währungs- und Finanzfragen von erheblicher Bedeutung waren und sind, in der Konstruktion der Finanzarchitektur der späten 1990er Jahre aber kaum beachtet wurden. Die Ausgestaltung nationaler Währungssysteme in Wechselwirkung zur Handelsbilanz und damit zur Bildung von Devisenreserven ist zwar kein ganz neues Thema in den Wirtschaftswissenschaften.<sup>67</sup> Politische und rechtliche Aufmerksamkeit im internationalen Wirtschaftssystem haben die damit zusammenhängenden Probleme allerdings erst ab ca. 2002, und dann auch nur auf nationaler Ebene, erfahren. Damals kam es zu ersten Gesetzesvorschlägen im US-amerikanischen Senat, die mögliche Sanktionen gegen China mit Blick auf behauptete „Währungsmanipulationen“ zum Gegenstand hatten. Obwohl auch der IWF damals auf Wechselkurs- und damit zusammenhängende Handelsbilanzprobleme Chinas hinwies, wurde das Thema auf internationaler Ebene kaum

---

64 Norton (Anm. 4), 280.

65 Zu den Ursachen der Krise siehe z.B. Hellwig, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? – Finanzkrise und Reformbedarf –, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, E 365 ff.; Ohler, International Regulation and Supervision of Financial Markets After the Crisis, European Yearbook of International Economic Law 1 (2010), 3 (6 ff.); ausführlich Obstfeld/Rogoff, Global Imbalances and the Financial Crisis: Products of Common Causes (2009), verfügbar unter: [http://www.frbsf.org/economics/conferences/aepc/2009/09\\_Obstfeld.pdf](http://www.frbsf.org/economics/conferences/aepc/2009/09_Obstfeld.pdf).

66 Siehe z.B. faz.net v. 14. Mai 2010 „China schwimmt in Devisenreserven“, verfügbar unter: <http://www.faz.net/s/Rub58BA8E456DE64F1890E34F4803239F4D/Doc~EB01A130055C241D3BF62A59200308563~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

67 Siehe im Überblick z.B. Wagner, Einführung in die Weltwirtschaftspolitik, 6. Aufl., München 2009, 47 ff.



– und wenn dann mit Fokus auf das Leistungsbilanzdefizit der USA – thematisiert.<sup>68</sup> In dieses Bild passt es im Übrigen, dass zwar nach Art. III:5 des zum 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Übereinkommens zur Gründung der WTO diese „[i]m Interesse einer kohärenten Gestaltung der weltweiten wirtschaftspolitischen Entscheidungen ... gegebenenfalls mit dem internationalen Währungsfonds und mit der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung und den mit ihr verbundenen Institutionen zusammen[arbeitet]“, tatsächlich aber die WTO-Mitglieder einer zu intensiven Kooperation der Bretton-Woods-Organisationen immer wieder Einhalt geboten haben.<sup>69</sup> Eine tatsächliche Verknüpfung von Handels-, Finanz- und Währungsfragen wurde trotz wiederholter politischer Rhetorik zu „greater coherence in global economic policymaking“<sup>70</sup> nicht realisiert.<sup>71</sup>

Durchaus intensiv, im Ergebnis aber deutlich zu einseitig diskutiert wurde indes die Staatsschuldenproblematik. Als Konsequenz der faktischen Staateninsolvenzen in den 1990er Jahren in u.a. Mexiko, Russland, Brasilien und 2001 in Argentinien sah der IWF durchaus die systemischen Verbindungen von Staatsinsolvenzen gerade von Schwellenländern und der Stabilität des internationalen Finanzsystems. Die damals stellvertretende Generaldirektorin des Internationalen Währungsfonds, *Anne Krueger*, hat hierauf zu verschiedenen Anlässen im Jahre 2001 deutlich hingewiesen und daraus die Notwendigkeit der Schaffung eines „Sovereign Debts Restructuring Mechanism“, also eines strukturierten Umschuldungsmechanismus für Staatsschulden, gefolgert.<sup>72</sup> Zu politischen oder rechtlichen Konsequenzen führte dieser Vorschlag indes nicht. Schon auf der IWF-Frühjahrstagung 2003 wurde ihm eine Absage erteilt.<sup>73</sup> Der Umgang mit einem Zahlungsausfall eines Staates als Schuldner in einem komplexen Geflecht innerstaatlichen und internationalen Rechts blieb damit eine Sachmaterie, die nahezu vollständig von Gesichtspunkten der internationalen Finanzmarktstabilität losgelöst war.<sup>74</sup> Zu einer Integration der Problematik in die internationale Finanzarchitektur kam es nicht.

Die Vernachlässigung der Staatsschuldenproblematik in der Konstruktion der Finanzarchitektur der späten 1990er Jahre ist weniger vor dem Hintergrund einiger spektakulärer Staateninsolvenzen der damaligen Zeit relevant. Vielmehr ist es das strukturelle Phänomen des so genannten „private sector involvement“ und damit eine historisch

---

68 Insgesamt hierzu *Franke*, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, Halle 2008, 13 ff. m.w.N.

69 Zu Einzelheiten siehe *Tietje* (Anm. 39), A.III. Rdnr. 75 ff.; *ders.*, Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law, *Journal of World Trade* 36 (No. 3, 2002), 501 ff.

70 Siehe z.B. Declaration adopted by the Trade Negotiations Committee on 15 December 1993, Contribution of the WTO to achieving greater coherence in global economic policymaking, verfügbar unter: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/32-dcohr.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/32-dcohr.pdf).

71 Zu einer ausführlichen Bestandsaufnahme siehe *Auboin*, Fulfilling the Marrakesh Mandate on Coherence: Ten Years of Cooperation between the WTO, IMF and World Bank, WTO Discussion Paper 13 (2007), verfügbar unter: [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/discussion\\_papers13\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers13_e.pdf).

72 Siehe insbesondere: International Financial Architecture for 2002: A New Approach to Sovereign Debt Restructuring, Address by Anne Krueger, First Deputy Managing Director, International Monetary Fund, Given at the National Economists' Club Annual Members' Dinner American Enterprise Institute, Washington DC, November 26, 2001, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/speeches/2001/112601.htm>.

73 *Ohler*, Der Staatsbankrott, *JZ* 2005, 590 (598).

74 Hierzu im Überblick z.B. *Ohler* (Anm. 73), 590 ff.; auf den Fall Argentinien bezogen ausführlich *Tietje*, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Halle 2005.

gesehen völlig neue Dimension der Verflechtung von privaten internationalen Finanzmärkten und faktischen Staateninsolvenzen, das die eigentlichen Herausforderungen bedingte und bis heute bedingt.<sup>75</sup> Im Wesentlichen geht es hierbei darum, dass sich ab ungefähr 1989 immer deutlicher zeigte, dass der bis dahin immerwährende Kreislauf von großvolumigen Konsortialkrediten einer begrenzten Anzahl internationaler Großbanken an insbesondere Schwellenländer, Zahlungsausfall des Schuldnerstaates, Hilfsmaßnahmen durch den IWF und Umschuldung mit neustrukturierten Konsortialkrediten, wiederum Zahlungsausfall etc. durchbrochen werden musste. Das geschah durch eine radikale Neustrukturierung der globalen Staatsschuldenmärkte auf der Grundlage des nach dem damaligen US-Finanzminister benannten Brady-Plans. Nach dem Brady-Plan wurden, vereinfacht ausgedrückt, bestehende Konsortialkredite an Schwellenländer verbrieft und die entstandenen sog. Brady-Bonds wurden auf den Kapitalmärkten breit gestreut und gehandelt. Damit änderte sich die Gläubigerstruktur für Schwellenländer radikal. Während früher in erster Linie wenige Großbanken auf der Gläubigerseite auftraten, dominierten von nun an Staatsanleihen, die über die großen Kapitalmarktplätze der Welt breit bestreut wurden.<sup>76</sup> Seither sind Staatsschuldenkrisen immer auch unmittelbare und nur noch schwer zu begrenzende Finanzmarktkrisen. Von vereinzeltten Regelungsanstrengungen wie der Ermöglichung von Collective Action Clauses (CAC)<sup>77</sup> in innerstaatlichen Rechtsordnungen abgesehen, blieben internationale Regulierungsreaktionen auf diese neue Herausforderung aus.

Es zeigt sich damit, dass die so genannte NIFA I fragmentarisch blieb. Die Möglichkeit der Schaffung eines tatsächlichen *lender of last resort* wurde nicht thematisiert, im Gegenteil: der IWF bewegte sich nach der Asien-Krise zunehmend in Richtung Bedeutungslosigkeit; seine Aufgaben wurden zum Teil durch G20 und FSF übernommen. Das hing auch damit zusammen, dass die dem IWF zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel damals und letztlich auch heute im Verhältnis zum Volumen der privaten Kapitalmärkte nur noch als marginal bewertet werden können; der IWF ist insofern einer eigenen Liquiditätskrise ausgesetzt.<sup>78</sup> Weiterhin wurden kaum Anstrengungen unternommen, Handels-, Finanz- und Währungsfragen tatsächlich enger zu verknüpfen. Auch die Staatsschuldenproblematik blieb weitgehend ungelöst. Da schließlich auch die übergeordnete politische Leitungsebene in der Form der G8 bzw. G20 spätestens nach dem 11. September 2001 die Weltfinanzordnung zunehmend aus dem Fokus verlor, blieb es im Wesentlichen bei technisch-administrativen Gesichtspunkten der Standardisierung, Überwachung und Koordination von Einzelaspekten zu Akteuren und Instrumenten der privaten, im Wesentlichen auf Entwicklungsländer und Transformationsstaaten bezogenen Finanzmärkte.<sup>79</sup> Es verwundert insofern auch nicht, worauf bereits hingewiesen wurde, dass die internationale Finanzarchitektur zu einem belie-

---

75 Umfassend hierzu *Szodruich* (Anm. 13), *passim*.

76 Statt vieler *Szodruich* (Anm. 13), 103 ff. m.w.N.

77 Hierzu statt vieler *Koch*, *Collective Action Clauses – The Way Forward*, *Georgetown Journal of International Law* 35 (2004), 665 ff.; weitere Nachweise bei *Schill*, *Der völkerrechtliche Staatsnotstand in der Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen – Anachronismus oder Avantgarde?*, *ZaöRV* 68 (2008), 45 (65).

78 *Moschella* (Anm. 20), 125, die auch darauf hinweist, dass der IWF im Jahre 2000 kaum noch „Kunden“ hatte.

79 *Norton* (Anm. 4), 281.

ten Forschungsgegenstand der Forschungsrichtung des „Global Administrative Law“<sup>80</sup> wurde.

### III. Die heutige internationale Finanzarchitektur (New International Financial Architecture II?)

#### 1. Fortentwicklung der NIFA I

Der unvollständige und letztlich fragmentarische Charakter der ersten internationalen Finanzarchitektur zeigte sich in aller Deutlichkeit spätestens mit Ausbruch der globalen Finanzkrise 2007. Es war daher nur konsequent, dass mit Ausbruch der Finanzkrise die international koordinierten Regelungsanstrengungen schnell auf eine „neue neue“ internationale Finanzarchitektur – eine „New International Financial Architecture“ II – abzielten. Zur konkreten Formulierung dieser Zielsetzung bediente man sich der eigentümlichen Governance-Struktur, die sich mit der ersten neuen internationalen Finanzarchitektur in Gestalt eines Patchworks technisch-administrativer Standardisierungs- und Koordinierungs- bzw. Überwachungsforen unter dem politischen Dach der G20- Finanzminister herausgebildet hatte.<sup>81</sup> Inhaltlich bestimmten dabei Erkenntnisse zu den Defiziten der bisherigen Struktur die Debatte. Zunächst wurde bereits beim ersten G20-Treffen nach dem Zusammenbruch von Lehman Brothers am 15. November 2008 in Washington D.C. deutlich gemacht, dass es nicht nur auf Finanzmarktfragen im engeren Sinne ankommt, sondern vielmehr umfassend um „market principles, open trade and investment regimes and effectively regulated financial markets“ geht, da diese insgesamt „essential for economic growth, employment, and poverty reduction“ seien.<sup>82</sup> Es gelang den G20 mit dieser Aussage zunächst, die Schnittstellenproblematik im Hinblick auf die Einzelbereiche des internationalen Wirtschaftssystems hervorzuheben.<sup>83</sup> Überdies konnten die G20 mit dem Blick auf das gesamte internationale Wirtschaftssystem und der damit verbundenen Absage an Protektionismus insgesamt auf dem Höhepunkt der Finanzkrise eine durchaus nachhaltige politische Führungsrolle einnehmen. Sichtbarer Erfolg ist insofern, dass sich der Einsatz protektionistischer Instrumente im Handels- und Investitionsbereich während der Finanzkrise relativ moderat darstellte.<sup>84</sup>

Weiterhin ging es nach entsprechenden Vorbereitungen durch die G20-Finanzminister ebenfalls auf dem ersten Gipfeltreffen im November 2008 darum, konkrete Schritte im Hinblick auf eine Neuordnung der internationalen Finanzarchitektur einzuleiten.<sup>85</sup>

---

80 Siehe z.B. *Pan*, Challenge of International Cooperation and Institutional Design in Financial Supervision: Beyond Transgovernmental Networks, *Chicago Journal of International Law* 11 (2010), 243 ff.

81 Zu dieser Charakterisierung siehe *Moschella* (Anm. 20), 127.

82 Declaration – Summit on Financial Markets and the World Economy, November 15, 2008, para. 2, verfügbar unter: [http://www.g20.org/Documents/g20\\_summit\\_declaration.pdf](http://www.g20.org/Documents/g20_summit_declaration.pdf).

83 *Norton* (Anm. 4), 284.

84 Zu Einzelheiten, insbesondere mit Blick auf die von der WTO diesbezüglich ergriffenen Transparenzmechanismen, siehe *Wolfe*, Did the protectionist dog bark?, Transparency, accountability, and the WTO during the global financial crisis, *entwined Policy Report* March 2011, verfügbar unter: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1802783](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802783).

85 Siehe Declaration – Summit on Financial Markets and the World Economy (Anm. 82), para. 5 ff.; hierzu z.B. auch *Arner/Buckley* (Anm. 27), 25 ff.

Das entspricht insgesamt der später im *de Larosière*-Bericht formulierten Einsicht, dass „the key failure in the past was not so much a lack of surveillance, although the message emerging from the surveillance could have been sharpened, but a lack of policy action“.<sup>86</sup>

Die G20 haben sich auf ihren bislang (Stand: April 2011) fünf Gipfeltreffen<sup>87</sup> und den korrespondierenden Zusammenkünften der G20-Finanzminister und Zentralbankchefs im Wesentlichen an den so formulierten Zielen orientiert und insgesamt zahlreiche konkrete Aktivitäten initiiert. Neben verschiedenen Standardisierungs- und verbesserten Kooperations- sowie Überwachungsinstrumentarien, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, sind für die Architektur der Weltfinanzordnung im vorliegenden Kontext die folgenden Aspekte wichtig: Zunächst wurde institutionell das Mandat des ehemaligen FSF – nunmehr in „Financial Stability Board“ (FSB) umbenannt – gestärkt,<sup>88</sup> was unabhängig von Finanzmarktgesichtspunkten ein interessantes, durchaus mit der Entwicklung von der KSZE zur OSZE,<sup>89</sup> in gewisser Weise auch mit der organisationsrechtlichen Verfestigung des GATT 47<sup>90</sup> vergleichbares Beispiel für das völkerrechtliche Erstarken einer ehemals reinen „soft law institution“ ist.<sup>91</sup> Hiermit einhergehend wurde die Aufgabentrennung von IWF und FSB unter der Auflage enger Kooperation beider Institutionen klarer geregelt. Der IWF soll sich primär mit der makroökonomischen Finanzmarktüberwachung befassen, während dem FSB Aufgaben der mikroökonomisch orientierten Standardisierung zukommen.<sup>92</sup> Die G20 wiesen dem IWF dabei die „leading role in drawing lessons from the current crisis, consistent with its mandate“ zu, was mit einer verbesserten Ressourcenausstattung des Währungsfonds, aber ggf. auch anderer internationaler Währungs- und Finanzinstitutionen einhergehen soll.<sup>93</sup> Schließlich wurde die bisherige institutionelle Basis der internationalen Finanzarchitektur dahingehend modifiziert, dass in allen wichtigen Institutionen zur G20 und zum FSB spiegelbildliche und damit deutlich erweiterte Mitgliedschaftsstrukturen eingeführt wurden.<sup>94</sup> In diesem Zusammenhang einer verbesserten, die heutige Struktur des Weltwirtschaftssystems angemessener repräsentierenden Mitgliedschaftsstruktur steht auch die von den G20 im November 2010 in Seoul beschlossene, auf eine

---

86 The High-Level Group on Financial Supervision in the EU (De Larosière Report), 2009, 63, verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf).

87 Washington (2008), London (2009), Pittsburgh (2009), Toronto (2010) und Seoul (2010).

88 Zu Einzelheiten siehe *Carrasco*, Global Financial and Economic Crisis Symposium: The Global Financial Crisis and the Financial Stability Forum: The Awakening and Transformation of an International Body, *Transnational Law & Contemporary Problems* 19 (2010), 203 ff.; *Ruddigkeit*, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Halle 2011.

89 Siehe hierzu im Überblick *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, 4. Aufl., München 2009, § 4 Rdnr. 19 ff.

90 Hierzu z.B. *Benedek*, Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht, Berlin/Heidelberg u.a. 1990, 248 ff.

91 *Tietje/Lehmann*, The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision, *Journal of International Economic Law* 13 (2010), 663 (676 f.).

92 Siehe hierzu IMF, The Fund's Mandate – An Overview, January 22, 2010, para. 11.

93 G-20 Summit on Financial Markets and the World Economy, Washington, DC, November 15, 2008, Action Plan to implement principles for reform, „Reforming international financial institutions“, verfügbar unter: <http://www.pittsburghsummit.gov/resources/125137.htm>.

94 Das betrifft u.a. den Baseler Bankenausschuss und IOSCO, siehe *Arner/Buckley* (Anm. 27), 25 f.

Entscheidung während der IWF-Frühjahrstagung 2008 zurückgehende Modifikation der Quoten- und Stimmrechte im IWF.<sup>95</sup>

In der Bewertung stellen sich die skizzierten Maßnahmen im Kontext der Finanzkrise 2007/2009 zunächst als eine eher moderate Fortentwicklung der Strukturen der ersten neuen internationalen Finanzarchitektur der späten 1990er Jahre dar. Das ist zum Teil sicherlich zutreffend. Allerdings sind zwei miteinander in Verbindung stehende fundamentale Neuerungen zu beachten: erstens die bewusste Erweiterung des Kreises der an wichtigen Entscheidungen beteiligten und in den maßgeblichen internationalen Gremien vertretenen Staaten sowie zweitens die Rolle der G20.

## 2. Erweiterung der Mitgliedschaft zentraler internationaler Finanzinstitutionen

Die Erweiterung der Mitgliedschaft nicht nur mit Blick auf die G20, sondern im FSB, in IOSCO und in anderen internationalen Standardisierungs-, Überwachungs- und Koordinierungsinstitutionen geht im Wesentlichen auf den realpolitischen Umstand zurück, dass sich die globalen wirtschaftspolitischen Machtverhältnisse in den letzten Jahren insbesondere zugunsten der so genannten BRIC-Staaten (Brasilien, Russland, Indien und China, jetzt auch Südafrika) sowie einiger weiterer Länder, die ein jährliches Wirtschaftswachstum von 5 bis 10% verzeichnen, verschoben haben. Die internationale Finanzarchitektur wurde insofern – mit einigen Jahren Verspätung – den Erfahrungen und Modifikationen der Macht- und informellen Entscheidungsstrukturen in der WTO, insbesondere im Rahmen der Doha-Runde, angepasst.<sup>96</sup> Hierbei mag auch die historische Erfahrung im internationalen Finanz- und Währungssystem eine Rolle gespielt haben, dass insbesondere Entscheidungen von „G-Institutionen“, von denen es in den letzten knapp 50 Jahren zahlreiche gab, mit absteigender Zahl hinter dem G an nachhaltiger Wirkung einbüßten.<sup>97</sup> Diesen empirischen Befund könnte man natürlich, so denn gewollt, unmittelbar in Legitimationskategorien übertragen.<sup>98</sup>

---

95 Siehe The G 20 Seoul Summit Leaders' Declaration, November 11 – 12, 2010, The Seoul Summit Document, para. 16; sowie z.B. *Puglisi*, Die Reform des IWF, *aussenpolitik.net* v. 13.10.2010; zu den Änderungen von 2008 siehe Gesetz zu den Änderungen vom 28. April und 5. Mai 2008 des Übereinkommens über den Internationalen Währungsfonds (IWF), BGBl. 2009 II, 206 ff.

96 Hierzu ausführlich z.B. *Schott*, America, Europe, and the New Trade Order, *Business and Politics* 11 (No. 3, 2009), 1 ff.

97 Zu einer entsprechenden historischen Analyse siehe *Boughton*, A New Bretton Woods?, *Finance & Development*, March 2009, 44 („History shows that reforming the international financial system requires both leadership and inclusiveness“).

98 Zur Inklusion als Legitimitätskriterium siehe z.B. *Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1999, 317 (377); *Pache*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 66 (2007), 106 (140); *Groß*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 66 (2007), 152 (172 f.); *Cassese*, Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation, *New York University Journal of International Law & Politics* 37 (2005), 663 (688 f.); *Nowrot*, Towards ‚Open‘ Transnational Administrative Networks: Emerging Structural Features, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Transnational Administrative Rule-Making*, Oxford/Portland 2011, 255 (272); *ders.*, Netzwerke im transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Halle 2007, 34 m.w.N.

### 3. G20

Die in struktureller Perspektive möglicherweise bedeutungsvollste Entwicklung im internationalen Finanzsystem im Zusammenhang mit der Krise 2007/2009 ist Aufgabe und Funktion der G20. Im bislang vorliegenden Schrifttum, das sich intensiver mit den Auswirkungen der Krise 2007/2009 auf die Struktur des internationalen Systems befasst, wird vielfach die Auffassung vertreten, dass die G20 das Zentrum einer tatsächlich neuen internationalen Finanzarchitektur darstellen.<sup>99</sup> Gestützt wird diese Erkenntnis im Wesentlichen auf den rein empirischen Befund, dass es den G20 seit dem ersten Gipfeltreffen im November 2008 effektiv gelungen ist, mit hoher Autorität versehene politische Leitentscheidungen und zum Teil auch technische Detailregelungen im Interesse der Wiederherstellung und der Gewährleistung der Stabilität der internationalen Finanzmärkte zu formulieren. Auch die G20 selbst sehen sich als, wie es der indische Finanzminister *Palaniappan Chidambaram* nach dem ersten Gipfeltreffen ausdrückte, „the single most important forum to address the financial and economic issues of the world“.<sup>100</sup>

Um die Rolle und Bedeutung der G20 im gegenwärtigen internationalen Finanzsystem bewerten zu können, ist zunächst kurz in Erinnerung zu rufen, dass die Existenz eines informellen Forums von 20 Staaten, das sich mit der internationalen Finanzmarktstabilität befasst, kein neues Phänomen ist. Die G20 wurden als G20 der Finanzminister und Zentralbankchefs in der Nachfolge der Asien-Finanzkrise 1997 gegründet. Das Gremium, das erstmals im Jahre 1999 in Berlin zusammenkam,<sup>101</sup> kann durchaus auf Erfolge seiner Arbeit verweisen, insbesondere mit Blick auf Krisenmanagement. So geht z.B. die auch heute wieder aktuelle Forderung zur globalen Einführung von „Collective Action Clauses“ (CAC) in den Bedingungen von Staatsanleihen auf die „Finance G20“ zurück.<sup>102</sup> Mit der Erweiterung des Aufgabenbereiches in verschiedene politische Bereiche hinein, nahm allerdings auch die Arbeitseffektivität der Gruppe ab.<sup>103</sup>

Institutionell hatte die G20 der Finanzminister und Zentralbankchefs ihre Grundlage in den G7/G8, deren eher exklusive Zusammensetzung bereits im Zusammenhang mit der Asien-Krise als problematisch angesehen wurde.<sup>104</sup> Allerdings fanden Vorschläge, z.B. des ehemaligen kanadischen Premierministers *Paul Martin*, die G20 der Finanzminister zu einer L20 der Staats- und Regierungschefs aufzuwerten, nie Unterstützung.<sup>105</sup> Insofern bedurfte es tatsächlich erst der Krise, damit es zu einer Aufwertung der G20 von der Fachminister- auf die Regierungschefebene kam.<sup>106</sup>

Die analytische Charakterisierung der Stellung und Bedeutung der G20 im internationalen System fällt nicht leicht. Eine immer wieder bemühte Analogie zur Charakterisierung der G20 verweist auf das europäische Konzert der Mächte des 19. Jahrhun-

---

99 Siehe u.a. *Woods*, *The G20 Leaders and Global Governance*, GEG Working Paper 2010/59; *Norton* (Anm. 4), 281 ff.; *Arner/Buckley* (Anm. 27), 38 f.

100 World Economic Forum, *G20 replaces G7 as the most important global forum on economic issues*, says Indian finance chief, Press Release, 18 November 2008, verfügbar unter: [www.weforum.org](http://www.weforum.org).

101 *Martin*, *A Global Answer to Global Problems*, *Foreign Affairs* 84 (2005), 2.

102 *Woods* (Anm. 99), 3.

103 *Woods* (Anm. 99).

104 *Brouder* (Anm. 56), 99 f.

105 *Brouder* (Anm. 56), 114; ausführlich: *G20, The Group of Twenty: A History*, 51 f., verfügbar unter: <http://www.g20.utoronto.ca/docs/g20history.pdf>.

106 *Norton* (Anm. 4), 281.

derts.<sup>107</sup> Allerdings ist das, was gerne unterschlagen wird, kein besonders innovativer Vergleich. Schon die G7/G8 wurden frühzeitig als neuzeitliches Äquivalent des europäischen Konzerts charakterisiert.<sup>108</sup> Zugleich zeigen diese und ähnliche Umschreibungen, wie schwer es fällt, die G20 präzise zu erfassen. Über die allgemeine Einordnung in Global-Governance-Strukturen hinausgehend, finden sich zwar verschiedene politikwissenschaftliche Erklärungsansätze,<sup>109</sup> ob diese hilfreich sind, soll hier indes offen bleiben.

Auch völkerrechtlich bereitet es Schwierigkeiten, die G20 zu erfassen. Es handelt sich, so scheint es zunächst, nicht um eine internationale Organisation, da es an den hierfür konstitutiven Merkmalen fehlt.<sup>110</sup> Insofern liegt es nahe, so wie es *Jan Klabbers* einmal versucht hat, in Entsprechung zur Kategorie des „soft law“ von einer „soft organization“ zu sprechen.<sup>111</sup> Mit dieser Begrifflichkeit ist unmittelbar noch nicht viel gewonnen. Aber immerhin wird so der Blick dafür frei, über die reine Kategorie des Politischen hinausgehend auch für die G20 und andere Institutionen der internationalen Finanzarchitektur rechtliche Erklärungsansätze zu suchen. Einen Ansatzpunkt hierfür liefert ein erweitertes Konzept des völkerrechtlichen Vertrages, so wie es der IGH in seiner Zulässigkeitsentscheidung in *Qatar v. Bahrain* postuliert hat.<sup>112</sup> Auf die Lehre der internationalen Organisationen bezogen, kann überdies auf die stark rechtssoziologische Betrachtungsweise des IGH zur Feststellung von Völkerrechtssubjektivität im *Injuries*-Gutachten<sup>113</sup> sowie damit zusammenhängend die auch völkerrechtlich vermehrt vertretene Lehre von, über den Kreis der Völkerrechtssubjekte hinausgehend, rechtsrelevanten Akteuren im internationalen System verwiesen werden. Da die z.B. von *Rosalyn Higgins* vertretene Lehre von Akteuren („participants“) dezidiert darauf abzielt, die Rechtskategorie der Völkerrechtssubjekte aufzugeben,<sup>114</sup> bleibt allerdings fraglich, wie dann noch völkerrechtlich Verantwortungs- und Rechtspositionen insgesamt bestimmt werden können. Der Akteursbegriff in der Lehre völkerrechtlicher Handlungseinheiten ist insofern zunächst nur beschreibend; das gilt übrigens auch für den, gerade für die G20 immer wieder bemühten Begriff des Netzwerkes<sup>115</sup> oder den von *Anne-Marie Slaughter* im vorliegenden Zusammenhang geprägten Begriff des „network of networks“.<sup>116</sup> Insgesamt erscheint es daher überzeugender, von einem erweiterten Verständnis von Völkerrechtssubjekten auszugehen – das übrigens auch vor dem Hintergrund, dass *Hermann Mosler* die Richtung hierfür vor genau 50 Jahren in einem Referat auf der Zweijahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht

---

107 Siehe z.B. *Zaring*, *International Institutional Performance in Crisis*, *Chicago Journal of International Law* 10 (2010), 475 (477).

108 Siehe die Nachweise bei *Brouder* (Anm. 56), 101.

109 Im Überblick *Brouder* (Anm. 56), 104; *Hajnal* (Anm. 56), 4 f.

110 So z.B. *Brouder* (Anm. 56), 101 f.; zu den völkerrechtlichen Merkmalen einer internationalen Organisation statt vieler *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl., Berlin 2002, § 105.

111 *Klabbers*, *International Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, *Nordic Journal of International Law* 70 (2001), 403 ff.

112 IGH, *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility)*, ICJ Reports 1994, 112 ff.; ausführlich hierzu *Klabbers*, *Qatar v. Bahrain: the concept of „treaty“ in international law*, AVR 33 (1995), 361 ff.

113 IGH, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*, ICJ Reports 1949, 174 ff.

114 *Higgins*, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford 1994, 49 f.; weitere Nachweise bei *Nowrot* (Anm. 11), 570 Fn. 2376.

115 Zum Netzwerkbegriff siehe *Nowrot*, *Netzwerke* (Anm. 98).

116 *Slaughter*, *A New World Order*, Princeton 2004, 16, 19, 54.

gewiesen hat.<sup>117</sup> Ausgangspunkt der völkerrechtlichen Erfassung einer Handlungseinheit ist dabei deren tatsächliche Bedeutung im internationalen System<sup>118</sup> sowie damit zusammenhängend die Erkenntnis, dass Völkerrechtssubjektivität nicht zwingend auf einen bestimmten Katalog von Rechten und Pflichten im Völkerrecht abzielt. Vielmehr kann es genügen, wenn dem entsprechenden Völkerrechtssubjekt Pflichten im Sinne von Verantwortlichkeit zugewiesen werden.<sup>119</sup> Dies korrespondiert mit dem funktionalen methodischen Ansatz im internationalen Wirtschaftsrecht, im Sinne eines erweiterten Verständnisses von Völkerrechtssubjektivität umfassend auf Wirkungseinheiten und damit Steuerungssubjekte abzustellen.<sup>120</sup>

Damit spricht vieles dafür, die G20 ihrem Selbstverständnis und ihrer Bedeutung entsprechend als rechtserhebliches Steuerungssubjekt und damit Völkerrechtssubjekt im internationalen Wirtschaftssystem einzuordnen. Mit Blick auf ihre Aufgaben stellen sich die G20 dabei gegenwärtig als funktionales Substitut des ECOSOC in seiner ursprünglichen, 1944 in Bretton Woods noch vorgesehenen Rolle dar. Materiell sind die G20 im Sinne eines erweiterten Verständnisses von Völkerrechtssubjektivität auf internationale Gemeinwohlbelange, wie sie insbesondere in der Charta der Vereinten Nationen zum Ausdruck kommen, verpflichtet; hierauf ist zurück zu kommen.

#### IV. Grundlinien einer Fundierung einer Weltfinanzordnung

Wendet man sich nunmehr auf der Grundlage der bisherigen Überlegungen Begriff und Inhalt einer Weltfinanzordnung zu, so ist im Wesentlichen auf die theoretischen Grundlagen derselben im Sinne einer Ordnungsfunktion, auf ihre inhaltliche Ausrichtung sowie auf die institutionelle Struktur einzugehen. Dabei deutet sich als Ergebnis der bisherigen Überlegungen bereits an, dass es schwer fällt, unter den Begriffen „Finanzarchitektur“ und „Weltfinanzordnung“ ein umfassendes, normativ fundiertes und kohärentes Regel- und Ordnungssystem zu verstehen. Das gegenwärtige internationale Finanzsystem ist fragmentarisch und eher durch Neben- als durch Miteinander gekennzeichnet. Als internationales Finanzsystem soll dabei zunächst das Beziehungsgefüge der unterschiedlichen Akteure, die mit internationalen Finanz- und Währungsfragen befasst sind oder deren Tätigkeit sich hierauf auswirkt, verstanden werden, und zwar so wie es durch die ihnen obliegenden Aufgaben, die von ihnen jeweils verfolgten Ziele und Interessen sowie die dadurch entstehenden Konflikte und Konfliktlösungsmechanismen bestimmt wird.<sup>121</sup> Wie auch immer ein solches internationales Finanzsystem rechtlich ausgestaltet ist, man kann recht sicher konstatieren, dass

117 Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 4, Karlsruhe 1961, 39 ff.

118 Ausführlich hierzu Nowrot (Anm. 11), 562 ff., der auch nachweist, dass es auch an anderen Stellen in der Völkerrechtsdogmatik (z.B. Aufständische; *de-facto*-Regime) entsprechende Ansätze gibt.

119 Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, § 375; Verdross, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964, 188 („Eine Person kann durch das VR berechtigt und verpflichtet oder aber nur berechtigt oder bloß verpflichtet werden.“) (Hervorhebung im Original).

120 Siehe Nowrot, Steuerungssubjekte und -mechanismen im Internationalen Wirtschaftsrecht (einschließlich regionale Wirtschaftsintegration), in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, § 2 Rdnr. 1 m.w.N.

121 Hierzu mit Blick auf das internationale System insgesamt Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin/New York 1989, 3 m.w.N.



seine Konstruktion in der Nachfolge der Asien-Krise in den 1990er Jahren die globale Finanzkrise 2007/2009 nicht verhindern konnte.<sup>122</sup> Ob die Neuorganisation der so genannten Finanzarchitektur ab dem Jahr 2008 dazu geeignet ist, eine systemische Krise im erfahrenen Ausmaße zu verhindern oder jedenfalls zu managen, muss vorerst auch noch fraglich bleiben. Das ergibt sich schon daraus, dass bislang nahezu ausschließlich Gesichtspunkte der Finanzmarktregulierung und -aufsicht auf internationaler Ebene thematisiert wurden. Die Staatsschuldenproblematik sowie die Verflechtungen von Realwirtschaft und Finanzmärkten und daraus folgende Konsequenzen in der rechtlichen Kooperation von Handels- und Finanzmarktrecht standen bislang, von ersten Ansätzen auf dem G20 Treffen der Finanzminister und Zentralbankchefs in Paris im Februar 2011<sup>123</sup> und daran anschließend dem Frühjahrstreffen von IMF und Weltbank Mitte April 2011<sup>124</sup> abgesehen, nicht oder kaum auf der Tagesordnung. Ebenso wenig wurden Anstrengungen unternommen, den IWF tatsächlich zu einem *lender of last resort* auszugestalten.

Vor dem Hintergrund dieses eher ernüchternden Befundes sollen nachfolgend einige übergeordnete Strukturprinzipien aufgezeigt werden, an denen sich eine Weltfinanzordnung ausrichten muss. Es geht also weniger um das konkrete Detail, als vielmehr um gerade für die Völkerrechtswissenschaft wichtige systematische Zusammenhänge.

## 1. Die Ordnungsfunktion des Weltfinanzsystems

Die Ordnungsfunktion des Weltfinanzsystems im Sinne einer Weltfinanzordnung erschließt sich wie insgesamt im internationalen Wirtschaftsrecht, wenn man erkennt, dass sich jede wirtschaftliche Tätigkeit ganz oder zumindest zum Teil immer als freie Betätigung einer natürlichen oder juristischen Person auf der einen Seite oder als hoheitliche Intervention in Wirtschaftsprozesse auf der anderen Seite darstellt.<sup>125</sup> Insofern geht es auch bei der Weltfinanzordnung darum, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen individueller wirtschaftlicher Betätigung und hoheitlicher Intervention zu bestimmen. Hier ist kein Grund erkennbar, nicht, wie auch sonst im Wirtschaftsrecht, von individueller Freiheitsverwirklichung als Regelfall und innerstaatlicher, supranationaler oder internationaler hoheitlicher Intervention als rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme auszugehen.<sup>126</sup> Damit erschließt sich dann auch die Ordnungsfunktion des Rechts im hier interessierenden Sinne einer rechtlich fundierten Weltfinanzordnung. Aufgabe des Rechts auf allen Regelungsebenen im heutigen Mehrebenensystem des Wirtschafts- und Finanzsystems ist es nicht, eine bestimmte Ordnung abschließend vorzubestimmen, sondern „Bedingungen zu schaffen, unter denen sich eine solche Ordnung bilden

---

122 Arner/Buckley (Anm. 27), 37.

123 Communiqué, Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, Paris, 18-19 February 2011, para. 3, verfügbar unter: [http://www.g20.org/Documents2011/02/COMMUNIQUE-G20\\_MGM%2018-19\\_February\\_2011.pdf](http://www.g20.org/Documents2011/02/COMMUNIQUE-G20_MGM%2018-19_February_2011.pdf).

124 Siehe IMF, G-20 Moves Forward to Tackle Global Imbalances, IMF Survey online, April 16, 2011, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2011/NEW041611A.htm>; G20 Communiqué, Meeting of Finance Ministers and Central bank Governors, Washington DC, 14-15 April 2011, verfügbar unter: <http://www.g20.org/Documents2011/04/G20%20Washington%2014-15%20April%202011%20-%20final%20communiqué.pdf>.

125 Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd I, München 1983, 4; Tietje, Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, § 1 Rdnr. 12.

126 Ausführlich Tietje (Anm. 125), § 1 Rdnr. 13 ff.

und immer wieder erneuern kann“.<sup>127</sup> Als Weltfinanzordnung ist damit die Ordnung zu verstehen, die die Bedingungen schafft, unter denen sich die spontane Ordnung von globalen Finanz- und Währungsbeziehungen bilden kann.<sup>128</sup>

## 2. Inhaltliche Grundstrukturen einer Weltfinanzordnung

### a) Finanzmarktstabilität und innerstaatliche Eingebundenheit von Finanzinstrumenten

Neben der eher abstrakten Ordnungsfunktion des Rechts im Weltfinanzsystem muss in einem weiteren Schritt geklärt werden, anhand welcher normativen Vorgaben die Formulierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für das internationale Finanzsystem erfolgen sollte. Zwei Ausgangspunkte sind dabei von zentraler Bedeutung: Zunächst gilt es zu erkennen, dass die Finanzmarktstabilität, um die es in einer Weltfinanzordnung geht, ein globales öffentliches Gut ist.<sup>129</sup> Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Finanzinstrumente immer in innerstaatliche Rechtsordnungen eingebunden sind. Im Gegensatz zu Waren, ist die Existenz von Finanzinstrumenten zwingend rechtlich bedingt. Nur durch Recht, und zwar, von vereinzelt Ansätzen im EU-Recht abgesehen, durchgehend innerstaatliches Recht, kann es überhaupt Finanzinstrumente geben. Diese Erkenntnis der innerstaatlichen Eingebundenheit von Finanzinstrumenten steht natürlich in auffälligem Kontrast zur Internationalität der Finanzmärkte.<sup>130</sup> Schon hieraus ergeben sich Herausforderungen und, mit Blick auf ökonomisch notwendigen und sinnvollen Systemwettbewerb, Grenzen internationaler Harmonisierungsanstrengungen im Bereich der Regulierung und Aufsicht von Finanzinstrumenten und -märkten.<sup>131</sup> Überdies muss ebenfalls von der Erkenntnis der innerstaatlichen Eingebundenheit von Finanzinstrumenten ausgehend beachtet werden, dass es bei der Regulierung und Aufsicht von Finanzmärkten regelmäßig nicht nur um Finanzmarktstabilität geht. Vielmehr kommen in allen Staaten in ganz unterschiedlicher Gewichtung weitere Gesichtspunkte wie Verbraucherschutz, Gläubigerschutz, staatliche Fiskalinteressen etc. hinzu.<sup>132</sup> Es handelt sich hierbei um politische Ziele, die aus ökonomischer Sicht nicht zwingend an öffentliche Güter geknüpft sind. Daher fällt es schwer und ist auch vor dem Hin-

127 v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, 194.

128 Siehe entsprechend für die Rechtsordnung des Welthandels bereits Tietje, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, Berlin 1998, 110 m.w.N.

129 Zur (internationalen) Finanzmarktstabilität als (globales) öffentliches Gut siehe Dieter, The Stability of International Financial Markets: A Global Public Good?, in: Schirm (Hrsg.), New Rules for Global Markets – Public and Private Governance in the World Economy, Basingstoke/Hampshire 2004, 23 ff.; Camdessus, International Financial and Monetary Stability: A Global Public Good, in: Kenen/Swoboda (Hrsg.), Reforming the International Monetary and Financial System, Washington 2000, 9 ff.; Underhill, The Public Good versus Private Interests and the Global Financial and Monetary System, in: Drache (Hrsg.), The Market or the Public Domain? Global Governance and the Asymmetry of Power, London 2001, 274 ff.

130 Tietje/Lehmann (Anm. 91), 668 f.; ausführlich Weber, Multilayered Governance in International Financial Regulation and Supervision, Journal of International Economic Law 13 (2010), 683 ff.

131 Hierzu insbesondere mit Blick auf Systemwettbewerb Tietje/Lehmann (Anm. 91), 663 ff.; ähnlich Weber (Anm. 130), 684: „International regulation and supervision is not ‚naturally superior‘ to regional or national rules and supervisory practices or vice versa“; ausführlich auch Trachtman, The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation, Journal of International Economic Law 13 (2010), 719 ff.

132 Garicano/Lastra, Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles, Journal of International Economic Law 13 (2010), 597 (599).

tergrund des jedenfalls in gewissem Umfang gegebenen Rechts auf Selbstbestimmung über die Ausgestaltung einer staatlichen Wirtschafts- und Sozialordnung<sup>133</sup> problematisch, umfassende internationale Harmonisierungsmaßnahmen durchzusetzen. Das hat zwangsläufig Auswirkungen auf die institutionelle Struktur der Weltfinanzordnung, die immer durch ein bedeutendes dezentrales Element gekennzeichnet sein wird und sein muss.

#### b) Integrierte Makro- und Mikroperspektive

Ein weiterer inhaltlicher Gesichtspunkt, der Auswirkungen auf die Architektur der Weltfinanzordnung hat, ist die zwischenzeitlich weit verbreitete Erkenntnis, dass es zunehmender Anstrengungen zur Integration von Regulierungs- und Aufsichtsinstrumentarien auf der Makro- und der Mikroebene bedarf.<sup>134</sup> Die Neuordnung der Regulierung und Aufsicht der Finanzmärkte in der Europäischen Union ist Ausdruck dieses Ansatzes, indem drei auf mikroökonomische Risiken fokussierte Institutionen<sup>135</sup> durch den übergeordneten Europäischen Ausschuss für Systemrisiken („European Systemic Risk Board“ – ESRB), der sich mit makroökonomischen Gesichtspunkten der Finanzmarktstabilität befasst, ergänzt werden.<sup>136</sup>

Im internationalen Bereich bereitet die Integration von mikro- und makroökonomischen Ansätzen rechtliche Probleme. Das liegt in erster Linie daran, dass das IWF-Abkommen Aufsichts- bzw. Überwachungsmaßnahmen der Organisation nur in Bereichen zulässt, die einen Bezug zum internationalen Währungssystem haben. Wie sich aus dem IWF-Abkommen klar ergibt, gehört die Finanzmarktstabilität im hier interessierenden Sinne indes gerade nicht zum Währungsbereich im Sinne des Mandates des IWF.<sup>137</sup> Trotz Neufassung des Art. IV IWF-Übereinkommen im Jahre 1976 und der dadurch nunmehr vorgesehenen Aufgabe des IWF zur Überwachung des Währungs-

---

133 Eine vollständige Regelungsfreiheit im Sinne der ursprünglichen Vorstellungen der Neuen Weltwirtschaftsordnung (hierzu *Weiß*, Shift in Paradigm: From the New International Economic Order to the WTO, German Yearbook of International Law 46 (2003), 171 ff.) kann es schon angesichts menschenrechtlicher Freiheitsverbürgungen nicht geben. Hierzu und zu weiteren Aspekten einer Fundierung der internationalen Wirtschaftsordnung als Determinante staatlicher Regelungsfreiheit siehe *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht und Recht auf Entwicklung als Elemente einer konstitutionalisierten globalen Friedensordnung, in: *Dicke/Hobe/Meyn u.a.* (Hrsg.), *Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin 2005, 783 ff.

134 Zu einer gängigen Definition siehe House of Lords' European Union Committee, *The Future of EU Financial Regulation and Supervision*, 14th Report of Session 2008-09, 17 June 2009, verfügbar unter: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/lddeucom/106/106i.pdf>, para 27 f.: „Macroprudential supervision is the analysis of trends and imbalances in the financial system and the detection of systemic risks that these trends may pose to financial institutions and the economy. The focus of macroprudential supervision is the safety of the financial and economic system as a whole, the prevention of systemic risk. Micro-prudential supervision is the day-to-day supervision of individual financial institutions. The focus of micro-prudential supervision is the safety and soundness of individual institutions as well as consumer protection. The same or a separate supervisor can carry out these two functions. If different supervisors carry out these functions they must work together to provide mechanisms to counteract macro-prudential risks at a micro-prudential level“.

135 Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA) mit Sitz in London; Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) mit Sitz in Frankfurt; Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) mit Sitz in Paris.

136 Insgesamt hierzu z.B. *Lehmann/Manger-Nestler*, Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, *EuZW* 2010, 87 ff.

137 Ausführlich IMF, *The Fund's Mandate – The Legal Framework*, February 22, 2010, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/022210.pdf>.

systems, folgt insofern das weiterhin nur begrenzte Mandat des Fonds der historischen Konzeption, die Fragen der Finanzmärkte, wie dargelegt, vollständig ausklammerte.

Der IWF hat allerdings insbesondere nach der Asien-Krise verschiedene Anstrengungen unternommen, um vermehrt mikro- und makroökonomische Risiken der nationalen Finanzmärkte der IWF-Mitglieder mit in seine Arbeit einzubeziehen. Zu nennen sind hier insbesondere das im Jahre 1999 zusammen mit der Weltbank eingeführte „Financial Sector Assessment Program“ (FSAP) sowie das aus demselben Jahr stammende neue Instrument der „Reports on the Observance of Standards and Codes“ (ROSCs), das sich auf die innerstaatliche Implementierung internationaler Standards der Finanzmarktregulierung und -aufsicht bezieht.<sup>138</sup> Allerdings sind diese Ansätze nur von begrenzter Reichweite, da die Teilnahme an den Programmen für die Staaten freiwillig ist, individuelle Unternehmensdaten zum Beispiel von großen Investmentbanken nach Art. VIII, Abschnitt 5, lit. b) IWF-Übereinkommen nicht an den IWF übermittelt werden müssen und schließlich nur länderspezifische Analysen in jedenfalls mittelbarer Beziehung zur Währungsstabilität erfolgen können. Die Beobachtung und Analyse der globalen Finanzmarktstabilität ist nicht mehr vom IWF-Mandat nach Art. IV IWF-Übereinkommen gedeckt.<sup>139</sup> Letztlich könnte die notwendige Integration einer mikro- und einer makroökonomischen Risikoanalyse auf globalisierte Finanzmärkte bezogen nur durch eine Änderung des IWF-Übereinkommens realisiert werden. Es erscheint insofern auch fraglich, ob die Entscheidung des Exekutivdirektoriums des IWF vom 21. September 2010 zur Erweiterung des FSAP<sup>140</sup> rechtlich haltbar ist. Nach dieser Entscheidung soll die Teilnahme am FSAP für 25 systemrelevante Mitgliedstaaten des IWF verpflichtend sein. Inhaltlich bezieht sich FSAP dabei auf eine umfassende Analyse der Finanzmarktstabilität eines Landes.<sup>141</sup>

Da eine formelle Aufgabenzuweisung an den IWF gegenwärtig nicht gewollt und als rechtlicher Prozess für zu schwerfällig erachtet wird, besteht die Alternative darin, außerhalb des IWF auf das Financial Stability Board (FSB) zurückzugreifen. Das ist durch eine entsprechende Mandatserteilung in der FSB-Charta (Art. 2 Abs. 1 lit. a))<sup>142</sup> auch geschehen und entspricht der allgemeinen Einschätzung, dass das FSB neben WTO, IWF und Weltbank die vierte Säule einer *global economic governance* ist.<sup>143</sup> Ob das FSB die Aufgabe der systemischen makroökonomischen Überwachung des Weltfinanzsystems indes effektiv erfüllen können, erscheint fraglich. Diese Skepsis

---

138 Alexander/Dhumale/Eatwell, *Global Governance of Financial Systems – The International Regulation of Systemic Risk*, Oxford 2006, 259: „... marks a turning point in the Fund’s surveillance activities ...“.

139 Zu Einzelheiten des Mandats siehe IMF, *The Fund’s Mandate – The Legal Framework*, February 22, 2010, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/022210.pdf>.

140 Siehe IMF *Expanding Surveillance to Require Mandatory Financial Stability Assessments of Countries with Systemically Important Financial Sectors*, Press Release No. 10/357, September 27, 2010, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2010/pr10357.htm>.

141 Zu den rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Erweiterung von FSAP siehe IMF, *Integrating Stability Assessments Under the Financial Sector Assessment Program into Article IV Surveillance*, Prepared by the Monetary and Capital Markets, Legal, and Strategy, Policy, and Review Departments, Approved by José Viñals, Reza Moghadam, and Sean Hagan, August 27, 2010, verfügbar unter: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/082710.pdf>.

142 Verfügbar unter: [http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_090925d.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925d.pdf).

143 Ausführlich hierzu die Beiträge in: *Griffith-Jones/Heilleiner/Woods* (Hrsg.), *The Financial Stability Board: An Effective Fourth Pillar of Global Economic Governance?*, The Centre for International Governance Innovation, Waterloo June 2008, verfügbar unter: <http://arts.uwaterloo.ca/~bmani/documents/FSBeditedspecialreport.pdf>.

begründet sich darin, dass alle Berichte und sonstigen Arbeitsergebnisse des FSB von dessen Vollversammlung angenommen werden müssen und diese im Konsensus<sup>144</sup> entscheidet. Wie die Erfahrung mit der Verhinderung von Berichten und ähnlichem des IWF gerade in Wahlkampfzeiten zeigt, ist zu befürchten, dass die damit im FSB gegebene Vetomöglichkeit eine effektive Aufgabenwahrnehmung des Boards erschweren wird.<sup>145</sup>

c) *Verfassungsrechtliche Perspektive: Art. 1 Ziff. 3, 55, 56 UNC*

Die zuvor genannten, in erster Linie ökonomisch orientierten materiellen Eckpunkte einer Fundierung der Weltfinanzordnung werden rechtlich zusammengefasst und ergänzt durch eine verfassungsrechtliche Dimension. Sie findet ihre Grundlage in Art. 1 Ziff. 3, 55 und 56 UN-Charta. Hiernach besteht für die Vereinten Nationen selbst und ihre Mitgliedstaaten u.a. die Verpflichtung zur Förderung der „Verbesserung des Lebensstandards, [der] Vollbeschäftigung und [der] Voraussetzungen für wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt und Aufstieg“ sowie zur „Lösung internationaler Probleme wirtschaftlicher, sozialer, gesundheitlicher und verwandter Art sowie [der] internationale[n] Zusammenarbeit auf den Gebieten der Kultur und der Erziehung“. In diesen Bestimmungen, die unmittelbar auf entsprechende Festlegungen zur internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit in der Atlantik-Charta von 1941 zurückgehen,<sup>146</sup> kommt das internationale Verfassungsprinzip des positiven Friedens im Sinne der Konstitution des Friedens als Rechtsordnung, orientiert u.a. an internationaler Wohlfahrt, sozialer Sicherheit i.w.S., den Menschenrechten sowie dem Gebot internationaler Kooperation, zum Ausdruck.<sup>147</sup>

Der Verweis auf die UN-Charta im Kontext einer möglichen Weltfinanzordnung erfolgt zunächst unabhängig von der Frage, welche Rolle die Vereinten Nationen selbst im institutionellen Gefüge der Akteure des internationalen Finanzsystems spielen. Wichtig erscheint vielmehr, an eine rechtlich fundierte Verantwortung insbesondere der Staaten bei ihren Bemühungen um die Ausgestaltung einer Weltfinanzordnung zu erinnern. Wie auch in sonstigen Bereichen des internationalen Lebens, sind Staaten und andere rechtlich relevante internationale Akteure nicht frei in ihren für eine bestimmte Sachmaterie des internationalen Systems relevanten Handlungen. Das wird im Hinblick auf das internationale Finanzsystem von den Staaten selbst auch so gesehen, wie das Abschlussdokument der „*Conference of the World Financial and Economic Crisis and Its Impact on Development*“, die, hochrangig besetzt, Ende Juni 2009 in New York anlässlich der internationalen Finanzkrise stattfand, zeigt. In dem von der UN-General-

---

144 Zum Konsensus im Gegensatz zum Konsens siehe *Tietje*, Willensbildung und Entscheidungsfindung in internationalen Wirtschaftsorganisationen, in: Dicke/Fröhlich (Hrsg.), *Wege multilateraler Diplomatie – Politik, Handlungsmöglichkeiten und Entscheidungsstrukturen im UN-System*, Baden-Baden 2005, 12 (18 f.).

145 Zu diesem Problem *Siebert*, Zur Reform des Internationalen Währungsfonds, Kieler Diskussionsbeiträge Nr. 438, Januar 2007, 7.

146 Siehe *Wolfrum*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, Vol. II, 2. Aufl., Oxford 2002, Art. 55 (a) and (b) Rn. 3.

147 Zur Konstitution des Friedens als Rechtsordnung siehe die Abhandlungen in *Delbrück*, Die Konstitution des Friedens als Rechtsordnung, herausgegeben von Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl-Ulrich Meyn, Eibe Riedel und Hans-Joachim Schütz, Berlin 1996; sowie *ders./Dicke*, Zur Konstitution des Friedens als Rechtsordnung, in: Nerlich/Rendtorff (Hrsg.), *Nukleare Abschreckung – Politische und ethische Interpretation einer neuen Realität*, Baden-Baden 1989, 797 ff.

versammlung mit der Resolution 63/303 vom 9. Juli 2009 im Konsensus – was zu Fragen des internationalen Wirtschafts- und Finanzsystems selten vorkommt – angenommenen Dokument, heißt es wie folgt:

We reaffirm the purposes of the United Nations, as set forth in its Charter, including „to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character“ and „to be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends“. The principles of the Charter are particularly relevant in addressing the current challenges. The United Nations, on the basis of its universal membership and legitimacy, is well positioned to participate in various reform processes aimed at improving and strengthening the effective functioning of the international financial system and architecture.<sup>148</sup>

Insgesamt besteht also eine völkerrechtlich determinierte Gemeinwohlverpflichtung der Vereinten Nationen selbst und ihrer Mitgliedstaaten mit Blick auf eine Weltfinanzordnung. Dieser Verpflichtung kann als Rechtsprinzip verfassungsrechtlicher Charakter beigegeben werden. Inhaltlich lässt sich die aus Art. 1 Ziff. 3, 55 und 56 UN-Charta folgende Verpflichtung, dabei auf die hier interessierende Architektur der Weltfinanzordnung bezogen, insbesondere im Hinblick auf eine Kooperationspflicht aller maßgeblichen Akteure mit dem Ziel der Kohärenz im internationalen Wirtschaftssystem konkretisieren.

Durch die notwendige Einbeziehung der verfassungsrechtlichen Perspektive in die Diskussion über die Architektur einer Weltfinanzordnung wird im Übrigen in wissenschaftstheoretischer Hinsicht deutlich, dass der methodische Ansatz des „Global Administrative Law“ (GAL), der bislang vielfach genutzt wurde, um Struktur und Inhalt des internationalen Finanzsystems als Netzwerk oder gar Netzwerk von Netzwerken zu erklären,<sup>149</sup> nicht überzeugen kann. Der methodische und inhaltliche Ansatz von GAL mag interessant sein, um zum besseren Verständnis der Funktion und Arbeitsweise globaler und regionaler Institutionen und Netzwerke im Finanzbereich beizutragen. Durch das mehr oder weniger vollständige Ignorieren völkerrechtlicher Prinzipien und Regeln kann es GAL allerdings nicht gelingen, tatsächliche rechtsnormative Ordnungsstrukturen aufzuzeigen. Es verwundert insofern auch nicht, dass es nicht die administrativen internationalen Netzwerke waren, die im Management der globalen Finanzkrise 2007/2009 engagiert waren, sondern die gubernativ organisierten G20. Auch hierin ist ein Indiz dafür zu sehen, dass *global governance* nach mehr verlangt als technisch-administrativen Netzwerkstrukturen.<sup>150</sup>

### **3. Elemente einer institutionellen Struktur einer Weltfinanzordnung**

Will man nunmehr Elemente einer institutionellen Struktur einer Weltfinanzordnung aufzeigen, ist von der genannten verfassungsrechtlichen Perspektive auszugehen. Sie ist, um es nochmals zu unterstreichen, von der Pflicht zu Kooperation im Hinblick auf globale Gemeinwohlbelange gekennzeichnet. Auf die Weltfinanzordnung bezogen, sind

---

148 UN Doc. A/RES/63/303, 13 July 2009, Annex para. 2; zum Abstimmungsergebnis siehe UN Doc. A/63/PV.95, S. 3.

149 Siehe z.B. *De Bellis*, Global Standards for Domestic Financial Regulations: Concourse, Competition and Mutual Reinforcement between Different Types of Global Administration, *Global Jurist Advances*, 6 (2006), Article 6, verfügbar unter: <http://www.bepress.com/gj/advances/vol6/iss3/art6>.

150 In diese Richtung auch *Zaring* (Anm. 107), 500.

dabei zusätzlich die Finanzmarktstabilität als globales öffentliches Gut sowie die innerstaatliche Eingebundenheit von Finanzmarktinstrumenten zu beachten.

Da die institutionelle Struktur der Weltfinanzordnung den genannten Parametern entsprechen muss, steht zunächst fest, dass es kein vollständig zentralisiertes und inhaltlich durch Vollharmonisierung geprägtes System der internationalen Finanzmärkte geben kann. Aufsicht und Regulierung der internationalen Finanzmärkte werden immer durch das Mit- und Nebeneinander von internationalen und innerstaatlichen Regelungsanstrengungen geprägt sein.<sup>151</sup> Die Schwierigkeiten bei der Schaffung und Ausgestaltung der neuen, verstärkt zentralisierten Finanzmarktaufsicht innerhalb der EU<sup>152</sup> sind insofern systemisch bedingt und nicht nur auf partikuläre staatliche Interessen zurückzuführen.

#### a) *Integration von Realwirtschaft, Finanzmärkten und Staatsschuldenproblematik*

Die über das rein Faktische hinausgehende Notwendigkeit eines Mehrebenensystems einer Weltfinanzordnung hat nicht nur eine vertikale, sondern, wie schon mehrfach angedeutet, auch eine horizontale Dimension. Konkret geht es hierbei um die Integration von Realwirtschaft, Finanzmärkten und Staatsschuldenproblematik als rechtspolitischer Herausforderung für die Architektur der Weltfinanzordnung. Trotz der zunehmenden politischen Einsicht zu Stabilitätsgefahren im Hinblick auf den Zusammenhang von Handelsbilanzungleichgewichten und Finanzmärkten sowie – gerade als Erfahrung aus der Krise 2007/2009 – allgemein zu den Verflechtungen von Realwirtschaft und Finanzmärkten, gibt es kaum Anstrengungen, hierauf im institutionellen Gefüge der internationalen Wirtschafts- und Finanzordnung zu reagieren. Ein erster Ansatzpunkt zu einer Verbesserung dieser Situation könnte, über die Befassung mit der Thematik auf der gubernativen Ebene der G20 hinausgehend, darin bestehen, die Kooperation von IWF, Weltbank, WTO und FSB zu intensivieren. Dazu müssten allerdings die Mitglieder bzw. Mitgliedstaaten den Exekutivorganen der Organisationen vermehrte Eigenständigkeit gewähren. Das ist gerade auf die WTO bezogen, deren Sekretariat noch nicht einmal Organ der Organisation ist, problematisch.<sup>153</sup> Solange die Mitglieder der WTO nicht bereit sind, den von *John H. Jackson* als Mantra bezeichneten Hinweis, dass die WTO eine „*member driven organization*“ sei,<sup>154</sup> aufzugeben, wird es keine internationale institutionelle Struktur einer Integration von Realwirtschaft und Finanzmärkten geben.

Darüber hinaus ist nochmals daran zu erinnern, dass die Staatsschuldenproblematik in der gegenwärtigen internationalen Finanzarchitektur völlig offen ist. Ohne ihre Integration in die Gesamtstruktur der internationalen institutionellen Zusammenarbeit in Finanz- und Wirtschaftsfragen kann nicht von einer umfassenden, von Kohärenz geprägten Weltfinanzordnung gesprochen werden.<sup>155</sup>

151 *Weber* (Anm. 130), 683 ff.; *Tietje/Lehmann* (Anm. 91), 663 ff.

152 Zu Einzelheiten siehe *Lehmann/Manger-Nestler* (Anm. 136), 87 ff.

153 Zur Rechtsstellung des WTO-Sekretariats siehe *Tietje* (Anm. 39), A.III. Rdnr. 33 ff.

154 *Jackson*, *The WTO „Constitution“ and Proposed Reforms: Seven ‘Mantras’ Revisited*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), 67 ff.

155 Hierzu aus jüngerer Zeit nochmals *Buckley*, *The Bankruptcy of Nations: An Idea Whose Time Has Come*, *International Lawyer* 43 (2009), 1189 ff.

### b) Koordination und Kooperation

Neben der Notwendigkeit eines integrativen Ansatzes für alle Sachbereiche mit Relevanz für die Weltfinanzordnung, stellt die Koordination und Kooperation im Mehrebenenensystem des internationalen Wirtschafts- und Finanzsystems eine zentrale Herausforderung dar. Insofern ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass das gegenwärtige globale Finanzsystem durch eine Vielzahl von Akteuren und Steuerungsinstrumenten auf zwischenstaatlicher, regionaler und globaler Ebene gekennzeichnet ist. Die hieraus erwachsenden Kooperations- und Koordinationsprobleme sind weitgehend ungelöst, auch wenn die völkerrechtliche Verpflichtung zur Kooperation auch im interinstitutionellen Verhältnis dem Grunde nach feststeht.<sup>156</sup> Allerdings gilt diese, u.a. auf Art. 56 UN-Charta zurückzuführende Kooperationspflicht zunächst nur für Staaten und internationale Organisationen im klassischen völkerrechtlichen Sinne. Rechtlich problematischer zu begründen ist eine Kooperations- und Koordinationspflicht mit und zwischen den gerade im internationalen Finanzsystem zahlreichen intermediären und privaten Institutionen, denen jedenfalls in herkömmlicher Perspektive keine Völkerrechtssubjektivität zukommt. Auf dieses Problem wird pragmatisch dadurch reagiert, dass dem FSB eine umfassende Kooperations- und Koordinierungsaufgabe auf alle maßgeblichen Akteure des internationalen Finanzsystems bezogen zugewiesen wird (Art. 2 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 FSB-Charta). Ob das FSB diese Aufgabe effektiv wahrnehmen können, bleibt abzuwarten. Fraglich erscheint insbesondere, ob das FSB, dem letztlich – in Anspielung auf die Befugnisse der britischen Krone – nur die Aufgabe zukommt „to advise, encourage and to warn“,<sup>157</sup> hinreichend politisches Gewicht darstellt, um bei zentralen Kooperations- und Koordinationsaufgaben die notwendige Autorität aufbringen zu können. Ein ganz ähnliches Problem ist mit Blick auf die Arbeit des Exekutivdirektoriums des IWF seit längerem bekannt.<sup>158</sup>

### c) Gubernative

Damit ist bereits angedeutet, dass zentrale Herausforderungen einer Weltfinanzordnung, wie u.a. die Gewährleistung effektiver Koordinations- und Kooperationsstrukturen, nicht nur durch wie auch immer rechtlich einzuordnende technisch-administrative Institutionen bewältigt werden können. Vielmehr verlangt die Architektur einer Weltfinanzordnung in institutioneller Hinsicht nach administrativen *und* gubernativen Strukturen in horizontaler und vertikaler Verflechtung und Kooperation. Das gubernative Element erscheint dabei problematisch oder jedenfalls noch nicht hinreichend gewürdigt. Ihrem Selbstverständnis und ihrer politischen Bedeutung nach ist die G20 die gegenwärtige Gubernative in der internationalen Finanzarchitektur. Allerdings kann durchaus hinterfragt werden, ob die G20 dauerhaft die Stabilität und Entscheidungsakzeptanz garantieren kann, die für politische Leitentscheidungen, die die internationale Finanzmarktstabilität sichern sollen, notwendig ist. Das hängt weniger mit der Legiti-

156 Ausführlich hierzu *Tietje*, *Global Governance* (Anm. 69), 501 ff.; *ders.*, *The Duty to Cooperate in International Economic Law and Related Areas*, in: Delbrück (Hrsg.), *International Law of Cooperation and State Sovereignty*, Berlin 2002, 45 ff.

157 *Arner/Taylor*, *The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation?* (June 1, 2009), 11, AIIFL Working Paper No. 6, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1427084>.

158 *Bergthaler/Bossu*, *Recent Legal Developments in the International Monetary Fund*, *European Yearbook of International Economic Law* 1 (2010), 391 (402 f.).



mität der G20 zusammen, die nach eigenen Angaben zwei Drittel der Weltbevölkerung, fast 90 Prozent der weltweiten Wirtschaftskraft und rund 80 Prozent des Welthandels repräsentieren.<sup>159</sup> Fraglich erscheint vielmehr, ob das Fehlen jeglicher Organstruktur nicht dazu führt, dass insbesondere compliance-Aspekte zu kurz kommen. Schon die G7/8 hatten ein erhebliches, ihre Glaubwürdigkeit und Akzeptanz deutlich beeinträchtigendes compliance-Problem.<sup>160</sup> Durch eine gewisse institutionelle Verfestigung der Strukturen der G20 könnte man diesem Problem jedenfalls zum Teil begegnen. Es verwundert daher nicht, dass von einigen G20-Mitgliedstaaten bereits die Einrichtung eines G20-Sekretariats gefordert wird.<sup>161</sup>

Weitaus problematischer indes als die Binnenstruktur der G20 erscheint der Umstand, dass die Vereinten Nationen insbesondere in der gubernativen Struktur der Weltfinanzordnung keine Rolle spielten und spielen. Wie bereits mehrfach hervorgehoben, waren die VN insbesondere in der Funktion des ECOSOC ursprünglich mit einer klaren Aufgabenzuweisung im so genannten Bretton-Woods-System versehen. Die VN sollten auf die drei Bereiche der institutionellen internationalen Kooperation im internationalen Wirtschaftssystem – Handel, Finanzen/Investitionen, Währungen – bezogen eine politische Führungsrolle und Koordinationsfunktion einnehmen.<sup>162</sup> Dieses Konzept passte sich natürlich insgesamt in das VN-System ein, so wie es durch die VN-Charta vorgesehen und auf Grundlage bereits im Völkerbund intensiv geführter Diskussion – erinnert sei nur an den wegweisenden Bruce-Bericht vom 22. August 1939<sup>163</sup> – ausgestaltet wurde. Wichtig ist dabei zu sehen, dass hiernach keine strikte Trennung „politischer“ und „administrativer“ Aufgabenerfüllung vorgesehen war, sondern vielmehr eine inhaltliche Verflechtung mit organisatorischen Aufgabenschwerpunkten das Konzept bestimmte.<sup>164</sup> Es waren insofern eng verbundene Koordination und politische Planung, die den VN und spezifisch dem ECOSOC auch in der Bretton-Woods-Konzeption einer Weltfinanzordnung zugewiesen waren.

Hiervon ist wenig übriggeblieben. In der gegenwärtigen Architektur der Weltfinanzordnung, so wie sie in den letzten ca. drei Jahren geschaffen wurde, gibt es keine einheitliche oder jedenfalls eng verbundene Stelle für Koordinationsaufgaben und die politische Führung, jedenfalls nicht mit Blick auf die notwendige Integration von Sachproblemen aus den Bereichen Finanzen, Währungen, Staatsschulden und Handel. Die G20 nehmen zwar durchaus und zum Teil mit beachtlichem Erfolg eine politische Führungsrolle ein und haben im Abschlussbericht ihrer Arbeitsgruppe 2 zu „Reinforcing International Cooperation and Promoting Integrity in Financial Markets“<sup>165</sup> vom März 2009 weitreichende Vorschläge für bessere vertikale und horizontale internationale Kooperationsstrukturen im internationalen Finanzmarktbereich vorgelegt. Es fehlt den G20 aber letztlich an Infrastruktur, um Koordinationsfunktionen im Hinblick auf die Tätigkeit zahlreicher Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen sowie interme-

---

159 [http://www.g20.org/about\\_what\\_is\\_g20.aspx](http://www.g20.org/about_what_is_g20.aspx).

160 Differenziert zum Problem *Brouder* (Anm. 56), 113 m.w.N.

161 The Chosunilbo, Who Would Host a G20 Secretariat?, 15 November 2010, verfügbar unter: [http://english.chosun.com/site/data/html\\_dir/2010/11/15/2010111500563.html](http://english.chosun.com/site/data/html_dir/2010/11/15/2010111500563.html).

162 Siehe *supra* II.3.

163 Ausführlich hierzu *Dicke*, Effizienz und Effektivität internationaler Organisationen, Berlin 1994, 71 ff.

164 *Dicke* (Anm. 161), 70 f.

165 Verfügbar unter: [http://www.minefe.gouv.fr/directions\\_services/dgtpe/international/g20/090403gr2\\_en.pdf](http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/dgtpe/international/g20/090403gr2_en.pdf).

diären Einrichtungen effektiv selbst wahrnehmen zu können. Andere Organisationen, wie z.B. FSB und IWF, verfügen zwar über die notwendige Infrastruktur, sie haben aber kein hinreichendes politisches Gewicht und rechtliches Mandat für komplexe gubernative Aufgaben im Mehrebenensystem der Weltfinanzordnung.

Die so genannte Stiglitz-Kommission, die der Präsident der 63. VN-Generalversammlung Ende 2008 einberufen und die am 21. September 2009 ihren Abschlussbericht „[O]n Reforms of the International Monetary and Financial System“ vorgelegt hat, schlug zur Behebung des beschriebenen strukturellen Defizits als mittel- bis langfristiges Projekt die Schaffung eines *Global Economic Coordination Council* vor. Dieser sollte als kurzfristige Maßnahme durch ein internationales Expertenpanel ergänzt werden.<sup>166</sup> Im Ergebnis zielen diese Vorschläge entweder auf eine Ersetzung oder eine Revitalisierung von ECOSOC, jedenfalls in funktionaler Perspektive, ab. Der Stiglitz-Report umgeht das alte und wohl kaum zu lösende Problem einer Reform des ECOSOC<sup>167</sup> dadurch, dass der neu zu schaffende „*Global Economic Coordination Council*“ ein Mandat erhalten soll, das über die eher technisch-administrative Koordinationsrolle von ECOSOC im gegenwärtigen VN-System deutlich hinausgeht. Im Ergebnis soll der neue Council ein Mandat erhalten, das eine auch politische Führungsrolle gegenüber u.a. den Bretton-Woods-Organisationen, einschließlich der WTO, die keine Sonderorganisation der VN ist, umfasst.<sup>168</sup>

Die Vorschläge der Stiglitz-Kommission zielen präzise auf ein zentrales Problem der gegenwärtigen internationalen Finanzarchitektur. Allerdings ist es auf der Grundlage aller bislang vorliegenden Erfahrung mit dem Bretton-Woods-System, einschließlich der WTO, nicht realistisch, dass die Staaten dieses politisch einem VN-Gremium unterstellen werden. Dessen ungeachtet bleibt auch fraglich, warum nicht doch eine tatsächliche Reform des ECOSOC als Alternative in Betracht kommt bzw. worin der – über die von der Stiglitz-Kommission rein zahlenmäßig bewertete Frage der repräsentativen Vertretung<sup>169</sup> hinausgehend – Vorteil eines „*Global Economic Coordination Council*“ gegenüber den G20 liegen soll. Was allerdings ungeachtet aller realpolitischen Bedenken für eine institutionelle Einbindung eines möglichen „*Global Economic Coordination Council*“ spricht, ist die unmittelbare materiellrechtliche Eingebundenheit in die Verfassungsstruktur der VN-Charta. Zwingend erscheint freilich auch das nicht, da die Bedeutung der Finanzmarktstabilität und aller damit zusammenhängender sonstiger globaler Gemeinwohlbelange auch im rechtlichen Sinne als Maxime des Handelns der G20-Staaten angesehen werden kann und die Bindung an die VN-Charta ohnehin gegeben ist. Damit ist es letztlich schwer, wirklich überzeugende Argumente der Skepsis gegenüber der Fähigkeit der VN entgegenzusetzen, in Wirtschaftsfragen eine von globalem Konsens getragene Rolle einzunehmen. Zu viele Versuche in diese Richtung sind in der Vergangenheit gescheitert.<sup>170</sup>

---

166 Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System, September 21, 2009, verfügbar unter: [http://www.un.org/ga/econcrisissummit/docs/FinalReport\\_CoE.pdf](http://www.un.org/ga/econcrisissummit/docs/FinalReport_CoE.pdf); hierzu *Schröder/Stetten*, Mythos Weltwirtschaftsrat, VN 2010, 104 ff.

167 *Schröder/Stetten* (Anm. 164), 107 m.w.N.

168 Stiglitz-Report (Anm. 164), 91.

169 Stiglitz Report (Anm. 164), 90.

170 Sehr kritisch z.B. auch *Schröder/Stetten* (Anm. 164), 106 f.

Im Ergebnis bleibt damit auf die gubernative Ebene bezogen festzuhalten, dass die Wahrnehmung dieser Funktion durch die G20 als zweitbeste Lösung gewertet werden kann. Eine intensivere Rolle der VN in gubernativen Fragen des internationalen Wirtschaftssystems ist zwar wünschenswert, mittel- und wohl auch langfristig aber nicht realistisch. Dessen ungeachtet zeigt aber die Bedeutung der G20 in der Weltfinanzordnung, dass sich auch das Völkerrecht verstärkt gubernativen Strukturen im internationalen System widmen muss.

## **V. Ausblick**

Der Ausblick kann nur verhalten optimistisch sein. Zwar hat die Finanzkrise der letzten Jahre in Fortführung von Regelungsanstrengungen der 1990er Jahre zu Ansätzen einer Architektur einer Weltfinanzordnung geführt, die – im Sinne einer „Architektur“ – von strukturell organisierten Beziehungen der maßgeblichen Akteure und Steuerungsinstrumenten gekennzeichnet ist und auch Ordnungsansätze erkennen lässt. Einen umfassenden Ordnungsanspruch kann diese Weltfinanzordnung allerdings noch nicht erheben, da es insbesondere an der notwendigen Integration der für die Finanzmarktstabilität maßgeblichen Bereiche des Handels, der Währungspolitik, der Finanzen und der Staatsschuldenproblematik fehlt. Insofern bleibt die gegenwärtige Architektur der Weltfinanzordnung fragmentarisch. Sie wird inhaltlich Einzelprobleme der internationalen Finanzmärkte lösen können, die dem notwendigen Ausgleich individueller Freiheit und Sicherung von Stabilität als globalem öffentlichem Gut sowie unumgänglicher innerstaatlicher Eingebundenheit von Finanzmarktinstrumenten und notwendiger internationaler Harmonisierung gerecht werden. Eine neue systemische globale Finanzkrise, insbesondere wenn sie ihre Ursache im Bereich von Handelsbilanzungleichgewichten oder einer Staateninsolvenz haben sollte, wird die gegenwärtige Finanzarchitektur aber nicht verhindern können. Jedenfalls fraglich ist auch, ob das System Instrumentarien bietet, mit einer solchen Krise im Interesse der effektiven Wahrung globaler Gemeinwohlbelange umgehen zu können. Um, mit anderen Worten, im Bild der Architektur zu bleiben: Das Haus ist statisch nicht sicher und kann jederzeit (wieder) einstürzen.

Wie auch immer man im Ergebnis die Stabilität der internationalen Finanzarchitektur bewertet, aus der Sicht des Völkerrechts und des internationalen Wirtschaftsrechts steht jedenfalls fest, dass ihre analytische Durchdringung und rechtspolitische Fortentwicklung mit dem Ziel einer umfassenden, ihrem Anspruch gerecht werdenden Weltfinanzordnung nur gelingen kann, wenn eine erweiterte Akteursperspektive, die globale gubernative und administrative Strukturen integriert, eingenommen wird und materiell die Ordnungsvorgaben der VN-Charta Beachtung finden.

# Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), Halle (Saale)

## I. Einleitung

1. Die internationale Finanzarchitektur wird im wissenschaftlichen Schrifttum häufig mit den folgenden vier Elementen umschrieben: (1) Standards für globale Finanzmärkte, die insbesondere systemische Finanzkrisen verhindern oder entschärfen sollen; (2) die maßgeblichen staatlichen, nicht-staatlichen und intermediären Standardisierungsorganisationen; (3) Maßnahmen und Akteure, deren Aufgabe es ist, internationale Finanzkrisen zu lösen sowie (4) solche Maßnahmen und Standards, die sich auf die Integrität und Transparenz der Finanzmärkte beziehen, z.B. Bekämpfung der Geldwäsche.
2. Es kann aber nicht nur um Krisenprävention und Krisenmanagement gehen. Vielmehr müssen hinzukommen (5) Rahmenbedingungen für die Ermöglichung individueller Finanzmarkttransaktionen sowie (6) die Wechselwirkungen zwischen Handel, Finanzen, Währungen und Staatsschulden.

## II. Von 1929 bis 2009: Entwicklungslinien des internationalen Finanz-, Währungs- und Staatsschuldensystems

3. Alle Teilbereiche des heutigen Finanzsystems haben lange Zeit kein internationales Regelungsinteresse erfahren. Das gilt gerade auch für private Finanzmärkte. *John Maynard Keynes*, 1933: „... above all, let finance be ... national“.
4. Bretton Woods begründete keine umfassende Weltfinanzordnung.
5. Die eigentliche Herausforderung des Bretton-Woods-Systems war nicht der Übergang zu flexiblen Wechselkursen Anfang der 1970er Jahre, sondern die zunehmende Finanzierung von Staatshaushalten durch (private) Portfolioinvestitionen.
6. Mit u.a. den G5 (1973) und dem heutigen Baseler Bankenausschuss (1974) begann sich eine Parallelstruktur zu Bretton Woods zu entwickeln.
7. Im Mai 1998 wurden von den G7 Finanzministern die Grundlagen für die „New International Financial Architecture I“ (NIFA I) gelegt. NIFA I war allerdings nicht nachhaltig; nach dem 11. September 2001 war die Finanzmarktstabilität kein vordringliches Thema mehr. Überdies blieb NIFA I fragmentarisch. Insbesondere auf das radikal neue internationale Staatsschuldensystem durch den Brady-Plan wurde nicht reagiert. Auch die neue Dimension der Verflechtungen von Realwirtschaft und Finanzmärkten blieb international unberücksichtigt.

## III. Die heutige internationale Finanzarchitektur (New International Financial Architecture II) (NIFA II)

8. Wichtigste Merkmale von NIFA II sind die zentrale Funktion der G20 als Gubernative des internationalen Finanz- und Wirtschaftssystems sowie Ansätze einer Berücksichtigung der Schnittstellenproblematik im internationalen Wirtschaftssystem.

9. Es spricht vieles dafür, dass die G20 – als funktionales Substitut des ECOSOC in seiner ursprünglich vorgesehenen Rolle – bereits als Völkerrechtssubjekt eingestuft werden kann.

#### **IV. Grundlinien einer Fundierung einer Weltfinanzordnung**

##### *1. Die Ordnungsfunktion des Weltfinanzsystems*

10. Als Weltfinanzordnung ist die Ordnung zu verstehen, die die Bedingungen schafft, unter denen sich die spontane Ordnung von globalen Finanz- und Währungsbeziehungen bilden kann.

##### *2. Inhaltliche Grundstrukturen einer Weltfinanzordnung*

11. Eine Weltfinanzordnung muss auf Finanzmarktstabilität als globales öffentliches Gut ausgerichtet sein.

12. In einem inhärenten Spannungsverhältnis hierzu steht die Erkenntnis, dass Finanzmarktinstrumente immer auch in innerstaatliche Rechtsstrukturen eingebunden sind.

13. Es bedarf weiterhin einer inhaltlichen und einer institutionellen Integration von mikro- und makroökonomischen Risikoanalysen als Aufgaben des IWF und – als vierte Säule des internationalen Wirtschaftssystems – des Financial Stability Board (FSB).

14. Eine Weltfinanzordnung muss sich an den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 1 Ziff. 3, 55 und 56 VN-Charta orientieren.

##### *3. Elemente einer institutionellen Struktur einer Weltfinanzordnung*

15. Es kann kein vollständig zentralisiertes und inhaltlich durch Vollharmonisierung geprägtes System der internationalen Finanzmärkte geben. Die Weltfinanzordnung ist ein notwendiges Mehrebenensystem.

16. Eine intensive Kooperation von IWF, Weltbank, WTO und FSB als horizontale Dimension des Mehrebenensystems der Weltfinanzordnung ist notwendig.

17. Die Verpflichtung zur Kooperation folgt u.a. aus Art. 56 VN-Charta. Für Akteure ohne Völkerrechtssubjektivität hat man durch den Kooperationsauftrag in der FSB-Satzung eine pragmatische Lösung gefunden. Ob das FSB diese übertragene Aufgabe effektiv wahrnehmen können wird, ist allerdings fraglich.

18. Die Weltfinanzordnung verlangt nach administrativen und gubernativen Strukturen in horizontaler und vertikaler Verflechtung und Kooperation. Die gegenwärtige Problematik des gubernativen Elements liegt weniger in der Struktur der G20. Weitaus problematischer erscheint der Umstand, dass die Vereinten Nationen in der gubernativen Struktur der Weltfinanzordnung keine Rolle spielen. Hierauf zielen die inhaltlich überzeugenden, aber wenig realistischen Vorschläge der sog. *Stiglitz-Kommission* zu einem *Global Economic Coordination Council* ab.

#### **V. Ausblick**

19. Die gegenwärtige Architektur der Weltfinanzordnung bleibt fragmentarisch. Nachhaltige Stabilität kann sie nicht bieten.

20. Eine überzeugende Fortentwicklung der Weltfinanzordnung kann in völkerrechtlicher Perspektive nur gelingen, wenn eine erweiterte Akteursperspektive, die globale gubernative und administrative Strukturen integriert, eingenommen wird und materiell die Ordnungsvorgaben der VN-Charta Beachtung finden.

## Summary

*The architecture of the world financial order*

by Prof. Christian Tietje, LL.M. (Michigan)

### I. Introduction

1. The “international financial architecture” is commonly described as being consistent with the following four elements: (1) international financial standards aimed at preventing or at least mitigating systemic global financial crises; (2) a certain number of relevant governmental, non-governmental and intermediate standard setting organizations; (3) actors and mechanisms being responsible and aimed at solving international financial crises; and (4) mechanisms and standards aiming at ensuring integrity and transparency of the international financial markets with regard to, e.g., money laundering.

2. However, it is not sufficient and not convincing to only look at the prevention and management of international financial crisis in order to define the architecture of the international financial order. Instead, it is necessary to add to the list above (5) those rules establishing the legal framework which enables individual economic transaction on the international financial markets, and (6) to also focus on the interrelationship between trade, finance, monetary issues and state debts.

### II. From 1929 to 2009: The development of the international financial, monetary and state debt system

3. For a long time, none of the three parts of the international financial order (financial, monetary and state debt system) received much international regulatory attention. Namely, the private international financial market has largely been ignored by international regulatory attempts. As John Maynard Keynes put it in 1933: “... above all, let finance be ... national”.

4. It was thus consequent that Bretton Woods did not establish a comprehensive world financial order.

5. The main challenge for the Bretton Woods system was not the change from fixed to flexible exchange rates at the beginning of the 1970s, but rather the dramatic increase in private portfolio investment financing state budgets.

6. With the establishment of the G5 (1973) and the Basel Banking Committee (1974), a parallel structure to Bretton Woods emerged.

7. The foundations of the “New Financial Architecture I” (NIFA I) were laid down by G7 finance ministers in May 1998. NIFA I was, however, not sustainable: after September 11, 2001, the international financial stability was no longer a priority of the international agenda. Moreover, NIFA I was fragmented. Namely, the radically new system of state debts that emerged out of the Brady Plan, did not receive attention. The (new) interrelationship between real economy and financial markets was also not addressed.

### **III. Today's international financial architecture (New International Financial Architecture II) (NIFA II)**

8. Main characteristics of NIFA II are, first, the central role of G20 as the real “gubernative” of the international financial and economic system, and, second, increased attention to the interface problems between trade, finance, state debts and monetary issues.

9. One could argue that the G20 – as a functional substitute to ECOSOC in its original design – is already a subject of public international law.

### **IV. Elements of a world financial order**

#### *1. The normative function of a world financial order*

10. A world financial order could be defined as a legal order that establishes the framework that is necessary so that a spontaneous order of global financial and currency relations may evolve.

#### *2. Substantive elements of a world financial order*

11. A world financial order must focus on financial stability as a global public good.

12. However, one must also realize that financial market instruments are always embedded in domestic legal orders.

13. Moreover, what is necessary is an institutional and substantive integration of micro- and macro-economic risk assessments in the tasks and mandates of the IWF and the Financial Stability Board (FSB) as the fourth pillar of the international economic system.

14. A world financial order must be based on the constitutional values laid down in Art. 1 (3), 55 and 56 of the UN Charter.

#### *3. Element of the institutional structure of the world financial order*

15. A world financial order can never be based on a concept of full-harmonisation. Instead, it is by necessity a multilayered system.

16. An intensive cooperation between IMF, World Bank, WTO and FSB is important. It represents the horizontal dimension of the multilayered system of the world financial order.

17. The duty to cooperate as an important element of the world financial order follows from Art. 56 of the UN Charter. Actors without international legal personality which are thus not formally bound by the UN Charter are covered by the cooperation task as laid down in the FSB Charter. Whether the FSB will be able to in fact accomplish this task remains to be seen.

18. A world financial order must be based on administrative and gubernative structures in horizontal and vertical integration and cooperation. The current problem of the gubernative structure is only to a certain extent due to the design of the G20. More important is the fact that the United Nations is hardly playing any role in the gubernative structure of the world financial order. This lack of involvement explains why the Stiglitz Commission called for the establishment of a Global Economic Coordination Council, a substantially convincing proposal albeit unrealistic solution.



## **V. Outlook**

19. The current architecture of the world financial order remains fragmented.

20. A convincing way towards a real world financial order must be based on a broad perspective of relevant actors, global administrative and gubernative structures, and constitutional values as laid down in the UN Charter.



# Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht: Unternehmens- und kapitalmarktrechtliche Kontrollmechanismen

von Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago), Freiburg

- I. Einleitung
  - II. Zur Rolle der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
  - III. Bedeutsame regulierungsmethodische Kategorien des modernen Unternehmens- und Kapitalmarktrechts
    - 1. Materielle Regelung durch Ge- und Verbote und Publizitätspflichten
    - 2. Hoheitliche und private Regelsetzung und -durchsetzung
    - 3. Aufsicht und Verfahren (Reorganisation, Insolvenz) und materielle Regulierung
    - 4. Regelungsebene: Einheit und Vielfalt der Regelungsmodelle
    - 5. Präventive und reaktive Regulierung
    - 6. Branchen-, segmentspezifische bzw. krisenveranlasste Regulierung
    - 7. Pfadabhängigkeit und die Rolle von Konvergenz
    - 8. Thematische Eingrenzung
  - IV. Unternehmens- und Kapitalmarktrechtliche Ansatzpunkte
    - 1. Ursachen der Finanzmarktkrise
    - 2. Ansatzpunkte im Bereich der Corporate Governance
      - a) Interne Corporate Governance
        - aa) Stärkung der Verantwortung des Vorstands
        - bb) Verbesserung der Compliance und des Risikomanagements
        - cc) Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit
        - dd) Eigenkapitalausstattung und Liquiditätssicherung
        - ee) Kontrolle durch die Aktionäre
      - b) Externe Corporate Governance
        - aa) Bilanzrecht
        - bb) Abschlussprüfung
        - cc) Regulierung von Ratings
    - 3. Ansatzpunkte bei der Regulierung von Transaktionen und Produkten
      - a) Verbot von Mehrfachverbriefungen
      - b) Finanz-TÜV
      - c) Verbot spekulativer Leerverkäufe
  - V. Fazit
- Thesen  
Summary

## I. Einleitung

Im Folgenden soll es um die privatrechtlichen Instrumente des Unternehmens- und Kapitalmarktrechts gehen, die vor dem Hintergrund der Weltfinanzkrise als Kontrollmechanismen des internationalen Handels, insbesondere der globalen Unternehmen und der Finanzmärkte, in Frage kommen. Die konkreten Fragen lauten: Welche privatrechtlichen Instrumente sind bereits vorhanden, welche sind denkbar und geeignet?

## II. Zur Rolle der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Die Frage nach spezifischen Instrumenten des Privatrechts wirft allerdings Gegenfragen auf. Denn modernes Unternehmens- und Kapitalmarktrecht kann nur noch sehr bedingt den klassischen Kategorien des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zugeordnet werden. Vielmehr ist es gerade das moderne Wirtschaftsrecht, das die traditionelle Einteilung des Rechtssystems in privates und öffentliches Recht überwindet, indem es privatautonome und hoheitliche Regelungen zusammenspielen lässt, wenn auch in unterschiedlichen Jurisdiktionen auf sehr unterschiedliche Weise.<sup>1</sup>

Dieses Ineinanderfließen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regulierung lässt sich am Beispiel des Bilanzrechts zeigen. Es ist bis heute umstritten, ob es sich bei diesem Gebiet um Privatrecht<sup>2</sup> oder um öffentliches Recht<sup>3</sup> handelt.<sup>4</sup> Das öffentlich-rechtliche Verständnis wird mit dem Argument begründet, Bilanzrecht diene weder dem Schutz von privaten Individualinteressen noch regele es in sonstiger Hinsicht das Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten. Ebenso lässt sich die inhaltliche und funktionale Nähe des Bilanzrechts zum Steuerrecht anführen. Nach wie vor übernimmt der Jahresabschluss des Einzelunternehmens eine kardinale Rolle als Bemessungsgrundlage für die Besteuerung des Unternehmens (Maßgeblichkeitsprinzip, § 5 Abs. 1 S. 1 EStG). Andererseits gewinnt das Bilanzrecht im Zuge seiner Internationalisierung an Bedeutung für die Information der Marktteilnehmer (International Financial Reporting Standards), weshalb es stärker an das – wenn auch zwingende – Privatrecht heranrückt. Zutreffend wird man dem Bilanzrecht daher mit der modernen Sichtweise eine Doppelfunktion zuweisen, Institutionenschutz bzw. Funktionenschutz einerseits und Individualschutz andererseits.<sup>5</sup>

Weitere Beispiele lassen sich nennen: So bildet das gesamte Kapitalmarktrecht eine bunte Gemengelage von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen. Und auch im Gesellschaftsrecht finden sich zunehmend öffentlich-rechtliche Einsprengsel.

Dabei soll nicht übersehen werden, dass die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht auch im Wirtschaftsrecht nach wie vor bedeutsam ist und ein Thema für grundsätzliche Reformfragen bildet. So fällt auf, dass Deutschland inzwischen das einzige Industrieland der Welt ist, dessen Börsen noch hoheitlich verfasst sind. Alle anderen Länder haben heute eine privatrechtliche Börsenverfassung. Die Frankfurter Wertpapierbörse hingegen ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts, getragen von einer privatrechtlichen Unternehmung, der Deutsche Börse AG, die für diesen Zweck beliebig ist. Ob und wieweit dieses Modell international vermittelbar ist und welche Vor- und Nachteile mit dieser wirklich völlig singulären Lösung verbunden sind, war

---

1 *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008, § 1 Rdnr. 50.

2 So etwa *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, 252.

3 So hingegen etwa *Canaris*, Handelsrecht, § 12 III. *Mülbert*, AG 1986, 3; *Weimar*, DB 1987, 521, 525.

4 Näher *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, 252.

5 *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, 252 ff.

und ist bis in die jüngste Gegenwart Gegenstand intensiver Diskussion,<sup>6</sup> die zusätzlich befeuert wurde durch die Fusion der Frankfurter Wertpapierbörse mit dem New York Stock Exchange.<sup>7</sup>

Wir wollen uns der Frage nach spezifisch privatrechtlichen Kontrollmechanismen des Unternehmens- und Kapitalmarktrechts zur Vermeidung krisenhafter Entwicklungen auf den Weltfinanzmärkten in zwei Schritten nähern: In einem ersten Abschnitt soll die Regulierungsmethode im Vordergrund stehen. Welche Regelungsmethoden, welche Regelungstechniken stehen in der aktuellen Diskussion im Vordergrund. In einem zweiten Schritt werden dann konkrete inhaltliche Ansatzpunkte des Unternehmens- und Kapitalmarktrechts behandelt.

### **III. Bedeutsame regulierungsmethodische Kategorien des modernen Unternehmens- und Kapitalmarktrechts**

In dem Maße, in dem im modernen Unternehmens- und Kapitalmarktrecht die klassische Kategorisierung in Privatrecht und öffentliches Rechts als Systematisierungs- und Differenzierungskriterium an Relevanz verliert, gewinnen andere regulierungsmethodische Kategorien an Bedeutung.

#### **1. Materielle Regelung durch Ge- und Verbote und Publizitätspflichten**

An erster Stelle zu nennen ist hier die Gegenüberstellung des materiellrechtlichen Ge- und Verbots und der Publizitätspflicht. Die längste Erfahrung mit dem modernen Konzept der Unternehmenspublizität haben die US-Amerikaner gesammelt. Dort stand man nach dem schwarzen Donnerstag am 24. Oktober 1929, dem Zusammenbruch des Finanzmarktes und der anschließenden großen Depression, vor der Frage, wie man das Anlegerpublikum zukünftig wirksam vor dem unkritischen massenweisen Erwerb riskanter Anlagen auf Kreditbasis schützen könnte. Denkbar wäre gewesen, nach dem Vorbild mancher US-Gliedstaaten solche Geschäfte schlicht zu verbieten und flankierend eine Behörde einzurichten, die den Wert von Kapitalanlagen vor deren Zulassung zum Handel prüft. Erstere schien eine zu drastische Maßnahme zu sein, zweiteres wurde als zu teuer und wenig wirksam erachtet. Selbst wenn eine aufwändige Prüfung zu dem Schluss käme, dass eine bestimmte Anlage hinreichend werthaltig ist, wäre keine Gewähr dafür getragen, dass dieses Urteil auch richtig ist und dass es darüber hinaus auch zutreffend bleibt. Der US-Bundesgesetzgeber entschied sich in den beiden Grundgesetzen des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts, dem Securities Act von 1933 und dem Securities Exchange Act von 1934 für einen grundsätzlich anderen Ansatz, die sogenannte disclosure-philosophy. Die Botschaft von Präsident Roosevelt an den Kongress bei Einbringung des Gesetzes von 1933 hob als gesetzgeberisches Ziel den Schutz des Publikums hervor, das fungible Kapitalmarktpapiere (securities) kauft. Die Idee war, die alte Regel „caveat emptor“ durch die Verpflichtung des Verkäufers zur Offenlegung zu modifizieren. Nur das sah der Staat als seine Aufgabe an: für un-

---

<sup>6</sup> Etwa *Merkt*, Gutachten G zum 64. Deutschen Juristentag, Berlin 2002, 81 ff. sowie monographisch *Schönemann*, Die Organisationsstruktur der Börse – Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Börsenverfassung, Berlin 2010, jeweils m.w.N.

<sup>7</sup> Siehe den Bericht in der Börsen-Zeitung vom 18. Februar 2011.

geschminkte Offenlegung der Fakten zu sorgen, nicht aber die Bonität der zu emittierenden Papiere zu garantieren. Der Akzent des Kapitalanlegerschutzes ist gegenüber Deutschland insoweit verschoben, als die Publizität zum Selbstzweck wird. Der frühere SEC-Commissioner Sommer hat das so ausgedrückt: Das Gesetz von 1933 verbietet es nicht, „faule Eier“ zu verkaufen, wenn nur offengelegt wird, dass sie faul sind.<sup>8</sup>

Das Konzept der Unternehmenspublizität statt materieller Vorschriften hat seither einen wahren Siegeszug durch alle westlich orientierten Wirtschaftsrechtsordnungen angetreten.<sup>9</sup> Insbesondere die EU hat das Publizitätskonzept im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts in vielfältige Regelungen umgesetzt. Mit der 1. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie aus dem Jahr 1968, der sogenannte Publizitätsrichtlinie,<sup>10</sup> wurden die Publizität der Unternehmens- bzw. Handelsregister angeglichen. Gut zwanzig Jahre später wurde dieses Publizitätskonzept erweitert durch die 11. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie von 1989, die sogenannte Zweigniederlassungsrichtlinie,<sup>11</sup> die Vorgaben macht für die Offenlegung bestimmter Angaben ausländischer Kapitalgesellschaften aus EG- sowie Drittstaaten bei der Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung. Mit der Offenlegungsrichtlinie von 2003 wurden dann beide Richtlinien modernisiert.<sup>12</sup> Und auch im Kapitalmarktrecht hielt das Publizitätskonzept Einzug. Exemplarisch genannt sei hier die Transparenzrichtlinie von 2004, mit der die Offenlegung von Beteiligungsverhältnissen als wichtiges Instrument des Anlegerschutzes eingeführt wurde.<sup>13</sup> Mit einer ergänzenden Richtlinie von 2007 wurde die Offenlegung der Halbjahresberichterstattung vorgeschrieben.<sup>14</sup> Man wird daher das Publizitäts- bzw. Transparenzprinzip als einen, vielleicht sogar als den Grundbaustein des Europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrechts bezeichnen können. Flankiert wird das Publizitätsprinzip durch neuere Ansätze in der Regulierung wie etwa das Prinzip des „comply or explain“ (§ 161 AktG). Danach müssen Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich im Jahresabschluss eine Erklärung offenlegen, dass den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum

---

8 Sommer, *New Approaches to Disclosure in Registered Security Offerings*, A Panel Discussion, *Bus. Lawyer* 28 (1972/73) 505.

9 Grundlegend *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001.

10 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, *Amtsblatt Nr. L 065 vom 14/03/1968 S. 0008 – 0012*.

11 Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, *Amtsblatt Nr. L 395 vom 30/12/1989 S. 0036-0039*.

12 Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, *Amtsblatt Nr. L 221 vom 04/09/2003 S. 0013-0016*.

13 Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG; *Amtsblatt Nr. L 390 vom 31/12/2004 S. 0038- 0057*, zur Reform etwa *Fleischer/Schmolke*, NZG 2010, 241.

14 Richtlinie 2007/14/EG der Kommission vom 8. März 2007 mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, *ABl. L 69/27 v. 9.3.2007*.

nicht. Der dahinter stehende, im Kern liberale Gedanke ist, dass es den Unternehmen frei stehen soll, ob sie sich an diese Empfehlungen halten oder nicht, und dass der Kapitalmarkt über den Aktienkurs entscheiden soll, wie das Verhalten des Einzelunternehmens zu bewerten ist. Befolgung soll danach durch Kursanstieg belohnt, Nichtbefolgung durch Kursverlust bestraft werden. Allerdings sind sich die empirischen Forscher uneins darüber, ob diese Erwartung des Gesetzgebers tatsächlich erfüllt wird.<sup>15</sup>

Auch im Zuge der jüngsten globalen Finanzmarktkrise wurden zahlreiche Maßnahmen gefordert bzw. ergriffen, die mit dem Instrument der Publizität für größere Transparenz und bessere Aufklärung der Marktteilnehmer, insbesondere der Kleinanleger und Verbraucher, sorgen wollen, worauf im Weiteren näher einzugehen sein wird.

Natürlich sind Publizitätspflichten kein Allheilmittel. Denn Publizität setzt immer voraus, dass die Adressaten der offengelegten Unternehmensinformation in der Lage sind, die Informationen aufzunehmen, zu verstehen und auszuwerten. Das ist keineswegs immer der Fall. Und es hat sich auch gezeigt, dass die Gefahr besteht, durch zuviel Information kontraproduktive Effekte zu erzielen. Man spricht vom „information overload“.<sup>16</sup> Daher ist es bei der Schaffung neuer Publizitätsanforderungen immer wichtig, auf die Abstimmung mit bereits geltenden Publizitätsregeln zu achten.<sup>17</sup>

## 2. Hoheitliche und private Regelsetzung und -durchsetzung

Die zweite hier zu nennende regulierungsmethodische Kategorie ist die private Regelsetzung (private ordering). Dazu gehört auch die private Regeldurchsetzung (private enforcement). Es geht um die Verlagerung der Regelungsverantwortung vom hoheitlichen Gesetzgeber auf private Einrichtungen bzw. auf die betroffenen Privatparteien.<sup>18</sup>

Auf internationaler Ebene sind hier zunächst die OECD Principles on Corporate Governance in der aktuellen Fassung von 2004 zu nennen. Die Grundsätze behandeln 6 zentrale Themen, nämlich die Sicherung der Grundlagen eines effektiven Corporate-Governance-Rahmens, Aktionärsrechte und Schlüsselfunktionen der Kapitaleigner, die Gleichbehandlung der Aktionäre, die Rolle der verschiedenen Unternehmensbeteiligten, Offenlegung und Transparenz sowie die Pflichten des Aufsichtsorgans. Sie haben bei der Ausarbeitung der nationalen mitgliedstaatlichen Corporate Governance Kodizes durchaus Vorbildfunktion und tragen in gewissem Umfang zur Vereinheitlichung dieser Kodizes bei.

Auch die Internationalen Bilanzierungsstandards (früher IAS, heute IFRS), die vom International Accounting Standards Board (IASB), einem international besetzten unabhängigen Gremium von Rechnungslegungsexperten, erlassen werden, führen innerhalb der EU zur Rechtsangleichung. Allerdings ist der Mechanismus hier insoweit

---

15 *Drobetz/Schillhofer/Zimmermann*, European Financial Management 2004, 267; *Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252; *von Werder/Talaulicar*, DB 2005, 841; *Bassen/Kleinschmidt/Prigge/Zöllner*, DBW 66 (2006) 387.

16 *Möllers/Kernchen*, Information Overload am Kapitalmarkt – Plädoyer zur Einführung eines Kurzfinanzberichts auf empirischer, psychologischer und rechtvergleichender Basis, ZGR 2011, 1.

17 *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, passim; ein anschauliches Beispiel aus dem Bereich der Schuldverschreibungen, die durch AGB-Recht, Schuldverschreibungsgesetz und Prospektrecht gleich dreifacher Transparenz unterworfen sind, findet sich bei *Otto*, WM 2010, 2013, 2014 ff.

18 Grundlegend etwa *Bachmann*, Private Ordnung, 2006; ferner *Buck-Heeb/Dieckman* (Hrsg.), Selbstregulierung im Privatrecht, 2010; *Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, 2003.

deutlich zwingender, weil die EU mit der IAS-Verordnung, wie bereits gesagt, ein sogenanntes Endorsement-Verfahren geschaffen hat, durch das die einzelnen Standards nach einer Vereinbarkeitsprüfung unmittelbar für alle börsennotierte Muttergesellschaften in der EU gelten. Seit 2009 prüft die EU, ob man in vergleichbarer Weise mit den internationalen Standards für die Abschlussprüfung, den International Standards on Auditing (ISA), verfahren soll.<sup>19</sup>

Speziell für den Bereich der Kreditinstitute ist der sogenannte Basel II Accord zu nennen. Es handelt sich um Eigenkapitalvorschriften, die vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht in den letzten Jahren vorgeschlagen wurden. Der Basler Ausschuss ist ein supranationales Gremium aus Vertretern der Zentralbanken der G 10-Staaten und deren nationaler Bankaufsichtsbehörden. Methodisch wichtig ist, dass die Verlautbarungen des Basler Ausschusses rechtlich nicht bindend sind. Es handelt sich nur um die Formulierung von Richtlinien und Empfehlungen. Die Empfehlungen werden aber in der Regel in nationales Recht in passender Form übernommen. In den EU-Mitgliedstaaten müssen diese Regeln seit dem 1. Januar 2007 für alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute angewendet werden.<sup>20</sup>

Von ganz anderer Qualität, aber durchaus vergleichbar im Harmonisierungseffekt, sind die Anforderungen an gute Corporate Governance, die von großen institutionellen Investoren aufgestellt und veröffentlicht werden. Gesellschaften, die an entsprechenden Eigen- oder Fremdmitteln interessiert sind, kommen als Kapitalnehmer dieser Investoren nur in Betracht, wenn sie sich an diesen Grundsätzen orientieren. So hat etwa das California Public Employees' Retirement System (CalPers), also der Rentenversicherungsfonds der kalifornischen Staatsangestellten, der zu den größten institutionellen Kapitalanlegern weltweit gehört, auf seiner Homepage für eine Reihe von Ländern, darunter zahlreiche EU-Mitgliedstaaten, landesrechtsspezifische Grundsätze guter Corporate Governance veröffentlicht. Ähnliches gilt für den Teachers Insurance and Annuity Association College Retirement Equity Fund (TIAA-CREF), einen privaten US-amerikanischen Rentenversicherer, und ebenso für den deutsche Kreditversicherer Euler-Hermes. Auch auf diese Weise wird Angleichungsdruck erzeugt. Der positive Effekt, den diese privaten Investoren auf die Corporate Governance und die Performance dieser Unternehmen haben, ist inzwischen durch verschiedene empirische Studien nachgewiesen. Man spricht in der Ökonomie vom sogenannten CalPers-Effekt.<sup>21</sup>

Aus England sind erfolgreiche Beispiele des private ordering bekannt. So hat das Londoner „Panel on Takeovers and Mergers“, ein auf private Initiative hin im Jahre 1968 geschaffenes Expertengremium aus Vertretern der Finanzbranche, mit dem „Takeover Code“ Regeln im Bereich des Übernahmerechts geschaffen, für die ein sehr hoher Befolgungsgrad verbürgt ist. Australien ist diesem Vorbild mit dem Australian Takeover Panel gefolgt. In England wird angesichts der Erfolge der privaten Regulierung inzwi-

---

19 Köhler/Böhm/Merkt, Evaluation of the Possible Adoption of International Standards on Auditing (ISAs) in the EU – Gutachten erstattet für die EU-Kommission, 2009, abrufbar auf der Homepage des EU Directorate General for Internal Market and Services sowie unter der URL: <http://duepublico.uni-duisburg-essen.de/servlets/DocumentServlet?id=21502>, 2009.

20 EU-Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG.

21 Näher Orth, in: Böcking u.a. (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Ergänzungslieferung 2005, B 735 Rdnr. 18.



schen das Thema des „Constitutionalizing“ der Self-Regulation diskutiert, also der Frage, ob und inwieweit private Regelsetzung mit dem Verfassungsrecht kompatibel ist.<sup>22</sup>

Anders sind die Erfahrungen in Deutschland, wo der Versuch, das Problem des Insider-Handels auf privater Ebene durch Insider-Richtlinien zu lösen, denen sich die Unternehmen vertraglich unterwerfen mussten, in den siebziger Jahren gescheitert ist.<sup>23</sup> Und auch die Regulierung des Übernahmerechts nach englischem Vorbild durch einen Übernahmekodex, der als Empfehlung von Verhaltensnormen konzipiert war, blieb wegen inhaltlicher Defizite (fehlende Sanktionsmöglichkeiten) und mangels hinreichender Akzeptanz weit hinter den Erwartungen zurück.<sup>24</sup>

Auf europäischer Ebene schließlich deutet sich an, dass sich neben der Privatrechtsangleichung durch die Gemeinschaft ein privat geschaffenes Unternehmensvertragsrecht entwickelt,<sup>25</sup> das allerdings stark von der US-amerikanischen Praxis beeinflusst ist.<sup>26</sup>

### **3. Aufsicht und Verfahren (Reorganisation, Insolvenz) und materielle Regulierung**

Die dritte regulierungsmethodische Kategorie ist das Gegenüber von materiellrechtlicher Regulierung einerseits und verfahrensrechtlicher sowie aufsichtsrechtlicher Regulierung andererseits.<sup>27</sup> Ähnlich wie die Unternehmenspublizität sind das Verfahrensrecht und das Aufsichtsrecht in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker neben die klassische materiellrechtliche Regulierung durch Ge- und Verbotsnormen getreten.

Dabei spielt Verfahrensrecht auf zwei unterschiedlichen Ebenen eine bedeutsame Rolle: Zunächst ist in den Unternehmen selbst die Bedeutung verfahrensrechtlicher Vorkehrungen immer klarer hervorgetreten. Bereits die Business Judgement Rule, die erst vor wenigen Jahren förmlichen Eingang in das deutsche Recht gefunden hat (§ 93 Abs. 2 AktG), belegt, dass die Beachtung bestimmter verfahrensmäßiger Anforderungen, etwa die Entscheidungsvorbereitung, die Objektivität bei der Entscheidungsfindung oder die Dokumentation des Entscheidungsverfahrens, von erheblichem Gewicht für die Frage sind, ob die Entscheidung gegenüber Angriffen, etwa aus dem Kreis unzufriedener Aktionäre, standhält. Ferner haben die rechtspolitischen Diskussionen und Reformbemühungen im Bereich der Überwachungsarbeit des Aufsichtsrats und der Abschlussprüfung gezeigt, welche bedeutende Funktion das Verfahren im Rahme guter Corporate Governance hat.

Auf der zweiten Ebene, der Ebene außerhalb der Unternehmen, wurde im Bereich des Aufsichtsrechts durch zahlreiche Reformen, nicht zuletzt durch die grundlegende Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die früher dreigeteilte Aufsicht von Bun-

22 *Black, Julia*, Constitutionalising Self-Regulation, *The Modern Law Review* 59 (1996), 24 ff.

23 *Schwark/Zimmer*, in: *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., 2010, Vor § 12 WpHG Rdnr. 2.

24 *Baums/Rieder*, in: *Baums/Thoma* (Hrsg.), *WpÜG-Kommentar*, Köln, Loseblatt (Stand 1/2011) Einleitung Rn. 1.3.

25 *Winkler*, Private Ordering: Harmonisierung des Unternehmensvertragsrechts ohne Europäischen Regelleiber? Eine Analyse am Beispiel von Joint Venture Verträgen, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts*, 2008, 43 ff.; *Merkt*, Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht, *ZHR* 171 (2007) 490 ff.

26 Näher *Merkt*, in: *Merkt/Göthel* (Hrsg.), *Internationaler Unternehmenskauf*, 3. Aufl. 2011, 119 ff.; *Merkt*, Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht, *ZHR* 171 (2007) 490 ff.

27 Aktuell dazu *Otto*, *WM* 2010, 2013, 2018 ff.

desaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen zur Bundesanstalt für Finanzmarktaufsicht zusammenzulegen, die Wirksamkeit der Kapitalmarktaufsicht optimiert. Die immer wieder aufkommende Diskussion über eine europäische Superbehörde für die EU-weite Kapitalmarktaufsicht zeigt weiter, dass im Bereich der Koordination der nationalen Aufsichtsbehörden noch erheblicher Handlungsbedarf gesehen wird.

Zu nennen ist schließlich auch das Zivilverfahrensrecht. Hier geht es einerseits um die Verfolgung von Ansprüchen aus Fehlern des Managements und andererseits um die Bündelung der Interessen von Klägergruppen meist im Zusammenhang mit Klagen aus der Emission von Kapitalanlageprodukten.<sup>28</sup> Solche prozessualen Instrumente zur reaktiven Regulierung der Unternehmen und Kapitalmärkte spielen in den USA seit jeher eine wichtige Rolle. Die shareholder's derivative action, also die Klage von Aktionären aus abgeleitetem Recht der Gesellschaft gegen das eigene Management,<sup>29</sup> gehört dort zu den integralen Bestandteilen des Gesellschaftsprozessrechts. Aber auch die class action, also eine für unser Verständnis sehr schneidige Form der Gruppenklage, hat besonders im Bereich der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung etwa für unzutreffende oder lückenhafte Prospektangaben oder sonstige Irreführung im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anlagen große Bedeutung. Die Erfahrungen bei uns sind nicht ganz so umfangreich. Die Aktionärsklage in ihren unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltungen ist eine Art Dauerbaustelle der Gesetzgebung, wobei bis heute diese Klage keine der derivative action vergleichbare praktische Bedeutung erlangt hat, was auch daran liegt, dass man in Deutschland aus Furcht vor missbräuchlichen Klagen relativ hohe Hürden errichtet hat. Mit dem Kapitalanlegermusterverfahren hat der deutsche Gesetzgeber vor wenigen Jahren ein Instrument zur Bündelung von Klein- und Kleinstklagen der Anleger geschaffen, das aber in seinem Bündelungs- und Rationalisierungseffekt sowie in seiner praktischen Bedeutung ebenfalls weit hinter der class action zurück bleibt.

#### **4. Regelungsebene: Einheit und Vielfalt der Regelungsmodelle**

Ein weiteres regulierungsmethodisch bedeutsames Kriterium ist die Wahl der „richtigen“ Regelungsebene, national, europäisch oder international. Die Kernfrage lautet hier: Wieviel Einheitlichkeit braucht man im Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, wieviel Vielfalt sollte erhalten bleiben? Während die Frage der internationalen bzw. weltweiten Regulierung vergleichsweise neu ist und Rufe nach internationalen Regeln zur Flankierung der Kapitalmärkte und der unternehmerischen Aktivitäten ihrer Marktteilnehmer eigentlich erst im Zuge der jüngsten globalen Finanzmarktkrise laut wurden, hat die Suche nach dem rechten Maß an Einheit für das Europäische Unternehmens- und Kapitalmarktrecht eine gewisse Tradition.<sup>30</sup> Das dokumentiert sich sehr sinnfällig in der schieren Masse der Regulierung, die wir heute in diesem Bereich beobachten. Wir sprechen hier allein im Kern über nicht weniger als gut 70 regulatorische Maßnahmen der EU im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht aus den vergangenen

---

28 Dazu rechtsvergleichend die zahlreichen Länderberichte in Basedow/Hopt/Kötz (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999.

29 Näher *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2006, Rdnrn. 1031 ff.

30 Dazu *Merkt*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Unternehmensrechts – Die Perspektive des Gesellschaftsrechts (erscheint demnächst).

43 Jahren. Und so wird man diesen Bereich wohl als das Rechtgebiet bezeichnen können, in dem die europäische Rechtsharmonisierung und -vereinheitlichung am intensivsten und am flächendeckendsten gearbeitet hat und arbeitet. Bekanntlich hat es in der Frage, ob das Unternehmensrecht in den Mitgliedstaaten möglichst vollständig angeglichen werden soll, nach wachsenden Schwierigkeiten in den neunziger Jahren eine radikale Wende gegeben. Seither wird Harmonisierung nur noch in bestimmten Einzelfragen und -themen betrieben. In der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Lösungen gesellschaftsrechtlicher Fragen sieht man heute nicht mehr primär einen Grund für Wettbewerbsverzerrungen, sondern vielmehr ein variantenreiches Angebot an die Unternehmen, das sie nach ihren eigenen Präferenzen nutzen können. Daraus entwickelt sich zunehmend eine Orientierung an der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften und der Beseitigung von Mobilitätshindernissen. Mit der Betonung der transaktionsbezogenen Angleichungsthemen ist der Weg seit langem vorgezeichnet. Die daraus wachsende Akzeptanz des Nebeneinanders unterschiedlicher aber gleichwertiger Gesellschaftsformen verstärkt einerseits die Vielfalt, erzeugt aber andererseits Druck auf die einzelstaatlichen Gesetzgeber, ihre nationalen Formen zu modernisieren und möglichst attraktiv zu gestalten. Insofern kommt es dadurch immerhin mittelbar zu einer Angleichung.

## 5. Präventive und reaktive Regulierung

Eine weitere regulierungsmethodische Unterscheidung betrifft die präventive und die reaktive Regulierung. Inzwischen setzt sich die Erkenntnis durch, dass die meisten Verhaltenspflichten, und zwar gleichviel, ob materielle Ge- und Verbotsnormen oder bloße Publizitätspflichten, nur effektiv durchgesetzt werden können, wenn sie haftungsrechtlich sanktioniert sind. Allerdings gibt es begreiflicherweise vielfache Widerstände gegen Haftungsverschärfungen. So ist der Plan eines Kapitalmarktinformationshaftungsgesetzes (KapInHaG),<sup>31</sup> das eine allgemein für den Finanzmarkt Deutschland wichtige Haftung des Managements der Emittentin für fehlerhafte oder unvollständige Kapitalmarktinformation vorsehen sollte, im Gesetzgebungsverfahren im Jahre 2004 am politischen Widerstand des BDI und zahlreicher deutscher Großunternehmen gescheitert, weil man die Haftungsregelung als völlig überzogen ablehnte.

Die offene Flanke in der Informationshaftung kann gegenwärtig nur durch die Rechtsprechung geschlossen werden. Hier hat der BGH im Jahre 2004 in den sog. Infomatec-Entscheidungen festgestellt, dass Vorstände, die wissentlich falsche Ad-hoc-Meldungen herausgeben, im Grundsatz auf Schadensersatz nach § 826 BGB haften.<sup>32</sup> Und auch bei der Haftung für unternehmerische Fehlentscheidungen war es der Bundesgerichtshof, der im Jahre 1997 mit der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung den Anstoß für eine gesetzliche Regelung der business judgement rule im heutigen § 93 Abs. 2 AktG gab.<sup>33</sup>

Aus neuerer Zeit zu nennen ist schließlich die Regelung im Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG),<sup>34</sup> das eine Eigenbeteiligung des haftenden Managers in Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds zwingend vorsieht, nachdem eine nahezu textidentische Empfehlung

31 Unveröffentlichter zweiter Referentenentwurf vom 7. Oktober 2004.

32 BGH NJW 2004, 2664, 2666 ff.; 2668 ff. (Infomatec).

33 BGHZ 135, 244.

34 Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509.

im Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziffer 3.8 Satz 4) nach Einschätzung des Gesetzgebers zu geringe Resonanz zeigte.

## 6. Branchen-, segmentspezifische bzw. krisenveranlasste Regulierung

Ebenfalls bedeutsam ist regulierungsmethodisch das Phänomen der branchen- bzw. segmentspezifischen Regulierung und das Phänomen der krisenveranlassten oder krisengetriebenen Regulierung.<sup>35</sup> Schon der Begriff der kriseninduzierten Regulierung zeigt, dass wirtschaftsrechtliche Regulierung heutzutage nolens volens vielfach nur noch nacheilende bzw. reaktive Regulierung sein kann. Ob das so sein muss, wie jüngst mit dem Hinweis vertreten wurde, dass erst „Unfälle“ Regelungslücken aufzeigen würden,<sup>36</sup> mag dahinstehen. Krisengetriebene Regulierung ist regelmäßig zwei Gefahren ausgesetzt: Erstens neigt sie zur Überreaktion. Das zeigt das US-amerikanische Beispiel des Sarbanes-Oxley Act.<sup>37</sup> Und zweitens neigt sie dazu, den Regelungsanlass auch dann zu überdauern, wenn die Krise bewältigt ist.<sup>38</sup> Die Erfahrung jedenfalls lehrt, dass branchen-, sektor- oder krisenspezifische Regelungen eine gewisse Tendenz zur gegenständlichen und zeitlichen Ausdehnung über ihr ursprüngliches Anwendungsfeld hinaus haben.

Exemplarisch für krisengetriebene Gesetzgebung bei uns in Deutschland steht die spezifische Regulierung des Bankensektors im Zuge der globalen Finanzmarktkrise.<sup>39</sup> Es handelt sich um gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Sonderregelungen für Kreditinstitute aus Anlass tatsächlichen oder vermuteten Versagens bestehender Regelungen.

Mit solcher krisengetriebener Regulierung geht – wie schon angedeutet – ein sehr grundsätzliches Problem einher: Es geht um die Frage, ob bzw. in welchem Umfang diese Regelungen auch außerhalb der Branche bzw. des Sektors oder nach Bewältigung der Krise sinnvoll erscheinen. Oftmals bilden solche in ihrem objektiven bzw. zeitlichen Anwendungsbereich klar begrenzten regulatorischen Maßnahmen für den Regelungsgeber einen willkommenen Anlass, die Regelung in einem zweiten Schritt auszudehnen und ihr auf diesem Weg Allgemeingültigkeit zu verleihen. Als konkretes Beispiel nennen ließe sich die Befreiung der Kreditinstitute mit krisenbedingter Staatsbeteiligung von den Beschränkungen bei der Aufnahme bedingten Kapital durch § 7a Abs. 3 des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes. Diese Beschränkungen haben den Zweck, die Aktionäre vor unangemessener Kapitalerhöhung mit der Gefahr des Einflussverlusts der Hauptversammlung und der mangelnden Transparenz der Machtverhältnisse zu schützen.<sup>40</sup> Sollte sich die Beseitigung dieser Beschränkung bei der technischen Durchführung der Reorganisation bewähren, besteht die Gefahr, dass die Schutzvorschrift im AktG für alle Gesellschaften abgeschafft wird. Man sollte nicht übersehen, dass für die Corporate Governance der Kreditinstitute die Interessenlage

35 Dazu *Otto*, WM 2010, 2013, 2021.

36 *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 2.

37 Dazu *Hopt*, NZG 2009, 1401, 1402; *Windbichler*, JZ 2008, 840; *Fleischer*, in: Festschrift für Priester, 2007, 75 ff.

38 *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 2.

39 Zur krisengetriebenen Gesetzgebung im Aktien- und Kapitalmarktrecht generell *Fleischer*, in: Festschrift für Priester, 2007, 75 ff.

40 *Fuchs*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz 3. Aufl., 2011, § 192 Rdnr. 145.

durch das Nebeneinander von Aktionären und Einlegern in einem ganz entscheidenden Punkt von der Interessenlage in der sonstigen AG unterscheidet.<sup>41</sup>

Hierher gehört aber auch die Frage, inwieweit es sinnvoll erscheint, Empfehlungen des Corporate Governance Kodex, die entgegen der Erwartung des Gesetzgebers bei den Unternehmen keinen hinreichenden Anklang finden, in zwingendes Recht zu fassen. In der Literatur zum Deutschen Corporate Governance Kodex wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass soft law eine Tendenz zur schleichenden Verrechtlichung inne- wohne, was im Übrigen dagegen spreche, einen von manchen geforderten eigenen Corporate Governance Kodex speziell für Kreditinstitute (Banken Kodex) zu schaffen.<sup>42</sup> Als Beispiel dafür lässt sich die Pflicht zur Offenlegung individueller Vorstandsvergütungen nennen, die, nachdem eine entsprechende Empfehlung im Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziffer 4.2.4) nach Ansicht des Gesetzgebers nicht hinreichend befolgt wurde, zwingend im Bilanzrecht verankert wurde (§ 285 Nr. 9 a) und b) HGB). Natürlich leidet darunter auch die Glaubwürdigkeit des „comply or explain“-Ansatzes. Denn wenn der Corporate Governance-Kodex nur eine Art Versuchslabor für Einzelregelungen ist, die früher oder später in zwingendes Gesetzesrecht überführt werden, dann ist es mit dem liberalen, marktförmigen Grundkonzept der freien Entscheidung zwischen Befolgung oder Offenlegung der Nichtbefolgung nicht weit her.

## 7. Pfadabhängigkeit und die Rolle von Konvergenz

Schließlich sei kurz auf ein letztes hier zu erwähnendes regulierungsmethodisches Phänomen eingegangen: die wachsende Bereitschaft der Regelgeber zum Import fremder Regelungsinstrumente und -institute. Manche sprechen hier bildhaft von „legal transplants“.<sup>43</sup> Als Beispiel ließe sich die bereits angesprochene business judgement rule des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts nennen. Allerdings ist hier in doppelter Hinsicht Vorsicht geboten. Zum anderen bedarf es bei der Übertragung großer Sorgfalt. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Übernahme der business judgement rule aus dem US-Recht die dort geltende Beweislastregelung zugunsten des Managers, dem vom Kläger ein Verstoß gegen die Regelung nachgewiesen werden muss,<sup>44</sup> umgekehrt und vorgesehen, dass der Manager seinerseits im Prozess dazutun und beweisen muss, dass er die Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG erfüllt hat, was ihm in der Praxis erfahrungsgemäß relativ schwer fallen wird. Dadurch hat die Regelung im deutschen Recht nach Einschätzung mancher viel von ihrem Schutzeffekt verloren.<sup>45</sup> Letztlich geht es hier um die Pfadabhängigkeit nationaler Rechtssysteme in ihre Fortentwicklung.<sup>46</sup> Diese Pfadabhängigkeit verlangt Berücksichtigung, denn eine scharfe

41 Mülberr, Editorial, ZHR 174 (2010) 375, 378.

42 Bachmann, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010,4.

43 Etwa Fleischer, Legal Transplants in European Company Law – The case of Fiduciary Duties, ECFR 2 (2005) 378 unter Bezugnahme auf Watson, Legal Transplants – An Approach in Comparative Law, 2. Aufl. 1993, 21 f.

44 Aronson v. Lewis 473 A.2d 805 (Del. Supr. 1984); dazu Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2006, Rdnr. 844.

45 Etwa Paefgen, AG 2004, 245.

46 Dazu näher Hopt, Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa? Überlegungen zum Einfluss der Wertpapiermärkte auf Unternehmen und ihre Regulierung und zum Zusammenwachsen von common law und civil law im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2000, 779, 798 ff.

Korrektur der Entwicklungsrichtung wird sich in aller Regel durch Friktionen und Widersprüche mit dem Gesamtsystem bemerkbar machen.

## 8. Thematische Eingrenzung

Die nachfolgende Untersuchung zum erreichten Stand und zu weiteren Optionen in der wirtschaftsrechtlichen Bewältigung der Finanzmarktkrise muss sich aus Gründen der Themenstellung, aber auch des beschränkten Raums, auf das Gesellschafts- und das Kapitalmarktrecht konzentrieren. Öffentlich-rechtliche Bereiche wie das Aufsichtsrecht<sup>47</sup>, das Kartell- und Wettbewerbsrecht<sup>48</sup>, das Übernahmerecht<sup>49</sup> und das Insolvenzrecht (Reorganisations- und Sanierungsrecht)<sup>50</sup> bleiben ausgespart.<sup>51</sup> Aber auch das Zivilverfahrensrecht ist im Weiteren auszublenden, obgleich – wie oben bereits angeklungen – gerade im Bereich des Kapitalmarktrechts seit längerem intensiv darüber diskutiert wird, ob und inwieweit man in Deutschland und Europa spezifische prozesuale Instrumente für die Durchsetzung von Gesellschafter- und Kapitalanlegerinteressen benötigt.

# IV. Unternehmens- und Kapitalmarktrechtliche Ansatzpunkte

## 1. Ursachen der Finanzmarktkrise

Ursachen der Finanzmarktkrise waren zunächst makroökonomische Rahmenbedingungen, nämlich überreichlich vorhandene Liquidität und niedrige Zinssätze sowie die daraus resultierende Blase im amerikanischen Immobilienmarkt. Hinzu kam die Verbriefung von Kreditforderungen, insbesondere von Subprime Debt, also Kreditforderungen gegen Schuldner von zweifelhafter Bonität. Begünstigt wurde die krisenhafte Entwicklung sodann durch Investoren, die angesichts des allgemein niedrigen Zinsniveaus auf der Suche nach höheren Renditen die Risiken nicht mehr angemessen bewerteten. Zur Unterschätzung der Risiken trugen Rating-Agenturen bei, indem sie bei Verbriefungen durch positive Ratings den Eindruck vermittelten, bestimmte private Anlagen seien sicher wie Staatsanleihen. Diese Risiken wurden aber auch deshalb eingegangen, weil auf der Ebene der Kreditinstitute die Anreize der Vergütungssysteme falsch gesetzt waren mit Belohnungen durch hohe Bonuszahlungen für kurzfristige aber höchst riskante Erfolge statt für langfristige Ertragssicherung. Schließlich versagte auch die Aufsicht, weil sie das systemische Gesamtrisiko außer Betracht ließ.

---

47 Speziell hierzu aber *Möllers*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Finanzmarktaufsichtsstruktur, NZG 2010, 285-290.

48 Zu der wichtigen Frage, ob man Banken-Zusammenschlüsse untersagen sollte, um das Entstehen von übergroßen Kreditinstituten („too big to fail“) zu erschweren, siehe *Spindler*, AG 2010, 601, 603.

49 Dazu *Hopt*, Die internationalen und europarechtlichen Rahmenbedingungen der Corporate Governance, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance – Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., 2009, 39, 47.

50 Dazu aber *Zimmer*, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010 G 49 ff. (mit Referat *Bachmann*); *Spindler*, AG 2010, 601, 613 ff.

51 Zu diesen Bereichen siehe aber etwa die Gutachten von *Hellwig*, Höfling und Zimmer für den 68. Deutschen Juristentag, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, 2010 sowie den Beitrag von *Spindler*, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsrecht, AG 2010, 601 jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen.

Die internationale Finanzmarktkrise hat ein ganzes Feuerwerk von internationalen Studien und Dokumenten ausgelöst, die sich mit der Analyse der Ursache und der Frage nach Abhilfe und insbesondere nach regulatorischem Handlungsbedarf auseinandersetzen. Deren wichtigste sind:

- (1) die Erklärung der G-20-Staaten auf dem Pittsburgh-Gipfel im November 2008,<sup>52</sup>
- (2) der „Report of the Group of Thirty“ vom Januar 2009,<sup>53</sup>
- (3) der sogenannten Larosière-Report einer von der EU eingesetzten Expertengruppe aus dem Februar 2009,<sup>54</sup>
- (4) den sogenannten Walker-Report mit dem Titel „A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities“, der von Sir David Walker im Auftrag der britischen Regierung verfasst und in November 2009 veröffentlicht wurde,<sup>55</sup>
- (5) der sogenannten Turner-Review der britischen Financial Services Authority (FSA) vom März 2009,<sup>56</sup>
- (6) die Vorschläge der OECD vom Februar 2010 mit dem Titel „Corporate Governance and the Financial Crisis“,<sup>57</sup>
- (7) das Grünbuch der EU Kommission vom Juni 2010 zum Thema „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“,<sup>58</sup>
- (8) das weitere EU-Grünbuch vom Oktober 2010 mit dem Titel „Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise“,<sup>59</sup>
- (9) die „Principles for enhancing corporate Governance“ des Baseler Ausschusses zur Bankenregulierung vom Oktober 2010,<sup>60</sup>
- (10) das „Guidebook on International Governance“, das ebenfalls im Oktober 2010 vom Committee of European Banking Supervisors (CEBS) vorgestellt wurde,<sup>61</sup>
- (11) sowie schließlich die Gutachten des 68. Deutschen Juristentages vom vergangenen Sommer, dessen wirtschaftsrechtliche Abteilung sich das Thema gestellt hatte

---

52 Leaders' statement: The Pittsburgh Summit, September 24-25, 2009, abrufbar auf der Homepage der G20 unter [http://www.g20.org/pub\\_communiqes.aspx](http://www.g20.org/pub_communiqes.aspx).

53 Financial Reform: A Framework for Financial Stability Working Group on Financial Stability 2009, Special Report, abrufbar auf der Homepage der Group of Thirty unter [http://www.group30.org/rpt\\_03.shtml](http://www.group30.org/rpt_03.shtml).

54 The High-Level Group of Financial Supervision in the EU, Chaired by Jacques de Larosière, Brüssel, 25. Februar 2009, Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf).

55 Abrufbar unter [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/walker\\_review\\_information.htm](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/walker_review_information.htm)

56 The Turner Review: a regulatory response to the global banking crisis, abrufbar unter <http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Corporate/turner/index.shtml>.

57 Abrufbar auf der Homepage der OECD unter [http://www.oecd.org/document/48/0,3746,en\\_2649\\_34813\\_42192368\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/48/0,3746,en_2649_34813_42192368_1_1_1_1,00.html)

58 Grünbuch „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“, KOM(2010) 285 endgültig, KOM(2010) 286 endgültig, SEK(2010) 669.

59 Grünbuch „Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise“, KOM(2010) 561 endgültig.

60 Abrufbar unter <http://www.bis.org/press/p100316.htm>.

61 Abrufbar unter <http://www.eba.europa.eu/Publications/Consultation-Papers/All-consultations/CP41-CP50/CP44.aspx>.

„Finanzmarktregulierung: Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?“<sup>62</sup>

- (12) Zudem hat die EU Kommission im Frühjahr 2011 ein weiteres Grünbuch zur Corporate Governance börsennotierter Gesellschaften allgemein und insbesondere zur Stellung und Rolle der Aktionäre, zur Aufteilung der Aufgaben zwischen Aktionären und Management im Hinblick auf die Beaufsichtigung der Geschäftsführung, zur Zusammensetzung der Leitungsorgane sowie zur sozialen Verantwortung von Unternehmen veröffentlicht.<sup>63</sup>

Wir sehen zunächst: Grün ist momentan allerorten eine äußerst trendige Farbe.

Damit liegt eine ganze Reihe von Vorschlägen zur regulatorischen Bewältigung der Krise und zur Vermeidung einer Wiederholung auf dem Tisch. Dass es zu den hier zu diskutierenden Fragen nicht ein oder zwei, sondern gleich ein ganzes Dutzend von Vorschlägen gibt, macht die Sache nicht einfacher, zeigt, dass die Ansichten über das, was an Schlüssen aus der Krise zu ziehen ist, doch nicht unerheblich auseinanderklaffen, und ist möglicherweise auch ein Teil des Problems.<sup>64</sup>

Betrachtet man nun den gesamten Bereich der spezifisch privatrechtlichen unternehmens- und kapitalmarktrechtlichen Regulierungsoptionen, so lassen sich im Wesentlichen drei größere Themenfelder ausmachen, in denen Regulierungsbemühungen festzustellen sind: Der Bereich der sogenannten internen Corporate Governance, also der unternehmensinternen, vor allem aber nicht nur unternehmensstrukturellen Maßnahmen, der zweite Bereich der sogenannten externen Corporate Governance, also jener Regulierung, die sich auf die Außenbeziehungen des Unternehmens zu Dritten bezieht, und schließlich als dritten Bereich die Regulierung von Transaktionen und Produkten auf den Kapitalmärkten.

## **2. Ansatzpunkte im Bereich der Corporate Governance**

### *a) Interne Corporate Governance*

Zentraler Ansatzpunkt der Diskussion um die Ursachen der Finanzmarktkrise sind die Bankenmanager, insbesondere die verantwortlich handelnden Mitglieder der Geschäftsführungsorgane von der Krise betroffenen Unternehmen, im anglo-amerikanischen Raum die Board-Mitglieder, in Deutschland die Vorstände. Als eine der wesentlichen Ursachen der Finanzmarktkrise wird Managementversagen genannt. So hätten die Verantwortlichen der Investmenthäuser und Banken versäumt, tatsächlich die Risiken der von ihnen erworbenen verbrieften Papiere zu analysieren. Über die UBS wurde berichtet, dass es nie eine systematische und umfassende Analyse der mit dem Geschäftsmodell der Verbriefung von nachrangigen hypothekengesicherten Papieren verbundenen Risiken gegeben habe.<sup>65</sup>

---

62 Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010 Bd. I: Gutachten Teil E/F/G: Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? München 2010.

63 EU Kommission, Grünbuch Europäischer Corporate Governance Rahmen, 2011, KOM(2011) 164/3.

64 In diese Richtung auch *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 2 ff.

65 *Hellwig*, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, E 18 ff.; *Heun*, Der Staat und die Finanzkrise, JZ 2010, 53, 55 f.



Verstärkt wurde dies dadurch, dass die Rating-Agenturen als gleichzeitige Beratungsinstanzen für die Verbriefung einem klassischen Interessenkonflikt unterlagen.<sup>66</sup> Dass aufgrund der vorausgegangenen Beratung bei der nachfolgenden Bewertung Befangenheit bestehen musste, störte offensichtlich nicht.<sup>67</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass Rating Agenturen nach US-amerikanischem Recht im Normalfall vor einer Haftung für Bewertungsfehler geschützt sind, weil Ratings als bloße Meinungsäußerung unter dem Schutz des First Amendment stehen. Anders liegt es nur, wenn ein Rating auf einer nachweisbar falschen Tatsachenbehauptung beruht.<sup>68</sup> Verschärfend hinzu kam, dass in dem Verhältnis zahlreicher Banken zu ihren für das Anlagegeschäft zuständigen Mitarbeitern Anreize so gesetzt waren, dass eine übermäßige Risikoneigung bestand.

In der rechtspolitischen Diskussion wird nun zunächst vorgeschlagen, das Entstehen von systemischen Risiken zu unterbinden, indem solche Risiken nach Möglichkeit internalisiert werden. Riskante Transaktionen und Geschäftsaktivitäten sollen verteuert werden, und den Urhebern dieser Risiken sollen die volkswirtschaftlichen Kosten ihrer Aktivität auferlegt werden, damit sie diese Kosten in ihrem Entscheidungsprozess berücksichtigen.<sup>69</sup> Dabei werden im Wesentlichen vier Maßnahmenkomplexe diskutiert.

#### *aa) Stärkung der Verantwortung des Vorstands*

Eine Stärkung der Verantwortung des Vorstands soll zunächst durch eine Änderung des Vergütungssystems erreicht werden. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass das deutsche Recht schon jetzt den internationalen Vorgaben genügt, die sich in der EU aktuell in der Eigenkapital-Richtlinie II<sup>70</sup> und demnächst in der zu Basel III geplanten Eigenkapital-Richtlinie III niederschlagen.

Vorgeschlagen wurde, dass von Anfang an die eingegangenen Risiken geschätzt und deren Kosten bei der Fixierung der Höhe von Bonuszahlungen berücksichtigt werden. Ferner sollten Bonuszahlungen nicht mehr kurzfristig, sondern über mehrere Jahre hinweg festgelegt werden und durch Malus-Abzüge ergänzt werden.<sup>71</sup> Hierzu wurden bereits sehr rasch konkrete Maßnahmen auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene ergriffen. So hat der deutsche Gesetzgeber im Anschluss an Empfehlungen des Financial Stability Board und des G-20 Gipfels von Pittsburgh im September 2009 sowie in Umsetzung verschiedener Regelungen europäischer Institutionen<sup>72</sup> im Juli 2010 das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen erlassen.<sup>73</sup> Danach müssen im Rahmen der Risikomanagementanforderungen die Vergütungen angemessen, transparent und auf nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausgerichtet sein, wobei feste und variable

---

66 Spindler, AG 2010, 601, 602.

67 Hellwig, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, E 36.

68 Etwa Jefferson County School District No. R-1 v. Moodys Investor Services, 175 F.3d 848 (10th Cir. 1999).

69 Zimmer, Gutachten G zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, G 42.

70 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Weiterverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik SEK(2009) 974 endgültig, SEK(2009) 975 endgültig.

71 Hellwig, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, E 51.

72 Übersicht bei Spindler, AG 2010, 601, 607.

73 BGBl. I 2010, 950.

Vergütungsbestandteile in einem angemessenen Verhältnis stehen müsse, damit keine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung bei gleichzeitiger Anreizsetzung besteht.<sup>74</sup> Die Rechtsverordnung zur Ausführung dieser Vorgaben sieht zahlreiche Faktoren vor, die dabei zu berücksichtigen sind, etwa die Risikoausrichtung des Unternehmens, die Komplexität und Internationalität der Tätigkeit oder die Größe und Unternehmensstruktur.<sup>75</sup> Flankiert werden diese Vorschriften durch aufsichtsbehördliche Eingriffsbefugnisse, etwa die Befugnis zur Untersagung der Auszahlung, wenn dadurch die Liquidität oder die Eigenmittel angegriffen werden. In der rechtspolitischen Diskussion werden diese Maßnahmen als angemessen und ausreichend bewertet.<sup>76</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gestaltungsphantasie der Vergütungspraxis groß ist und bisher jedenfalls jede Einschränkung der Vergütungsmöglichkeiten durch neue Gestaltungen zu umgehen wusste.

Hingegen steht die rechtswissenschaftliche Debatte den vielfach von politischer Seite speziell für den Bankensektor geforderten Einkommensbegrenzungen eher skeptisch gegenüber. So werden Einkommensbegrenzungen bei Gesellschaften mit einem Großaktionär aus Gründen der Vertragsautonomie abgelehnt. Darüber hinaus könnten starre Gehaltsbegrenzungen, wie das US-amerikanische Beispiel belege, kontraproduktiv wirken, weil die Beteiligten dann auf flexible Gehaltselemente ausweichen. Diesem Phänomen könnte der Gesetzgeber dadurch abhelfen, dass erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile erst am Ende der Anstellungszeit ausgezahlt werden dürfen. Für Aktienoptionen wäre zu erwägen, sie nicht wie bislang bereits nach zwei Jahren, sondern erst nach vier Jahren einlösbar zu machen.<sup>77</sup>

Schließlich geht es auch um die Sanktionierung von Manager-Fehlverhalten durch Haftung.<sup>78</sup> Allerdings fehlt es nach verbreiteter Einschätzung nicht an Haftungstatbeständen, die in den Bestimmungen des § 93 Abs. 1 und 2 AktG vorhanden sind und sich im Fall der business judgement rule kaum konkreter fassen lassen als es der deutsche Gesetzgeber getan hat.<sup>79</sup> Moniert wird die mangelhafte Durchsetzung. Die bestehende Klagemöglichkeit nach § 148 AktG (Aktionärsklage) wird bislang nur selten genutzt. Daher wird vorgeschlagen, zumindest für Krisensituationen und für staatlich gestützte Unternehmen eine entsprechende Verfolgungsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde, also BaFin oder SoFFin, zu eröffnen.<sup>80</sup> In diesem Sinn sieht das Restrukturierungsgesetz die Möglichkeit der Einsetzung eines Sonderbeauftragten vor, der Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder prüfen darf (§ 45c Abs. 2 Nr. 10 KWG). Gefordert wird, diese Kompetenz zu erweitern und auch die Verfolgung solcher Ansprüche durch den Sonderbeauftragten zu ermöglichen.<sup>81</sup> Eine weitere Maßnahme im Bereich Haftung

---

74 Siehe § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 4 KWG, § 64b Abs. 1 VAG.

75 Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich (Versicherungs-Vergütungsverordnung – VersVergV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Oktober 2010 (BGBl. I S. 1379).

76 Spindler, AG 2010, 601, 608.

77 Möschel, ZRP 2009, 129, 131.

78 Hopt, Editorial, EuZW 2010, 561; Spindler, AG 2010, 601, 608; Bachmann, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 10.

79 Kritisch zu Haftungsverschärfungen etwa Möschel, ZRP 2009, 129, 131; ähnlich Bachmann, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 9; Kindler, NJW 2010, 2465, 2466.

80 Spindler, AG 2010, 601, 608.

81 Bachmann, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 10.

wurde mit der Verlängerung der Verjährungsfrist für die Organhaftung auf 10 Jahre (§ 93 Abs. 6 AktG, § 52a KWG) bereits implementiert.<sup>82</sup>

*bb) Verbesserung der Compliance und des Risikomanagements*

Ein weiterer Ansatzpunkt in der internen Corporate Governance ist die Verbesserung der Compliance und des Risikomanagements. Konkret wird vorgeschlagen, das Risikomanagement noch unabhängiger auszugestalten und den Unternehmen die Besetzung der Position eines Chief Risk Officers auf der obersten Managementebene vorzuschreiben. Außerdem soll das Informationsmanagement in Unternehmensgruppen nicht mehr für jedes Unternehmen isoliert, sondern konzernweit organisiert werden. Die konzernweite Erlangung und Sammlung von Information und die Durchsetzung von Weisungen im Wege des Vorrangs des Aufsichts- gegenüber dem Konzernrecht wäre ein Weg in diese Richtung. Allerdings ist zu bedenken, dass das Risikomanagement jedenfalls in Deutschland bereits vor der Finanzkrise in starkem Maße verrechtlicht war.<sup>83</sup> Und vieles von dem, was hier international gefordert wird, ist bei uns durch das Zusammenspiel von Aufsichts- und Aktienrecht schon vorgegeben.<sup>84</sup> So verpflichtet § 31 Abs. 2 AktG den Vorstand, ein Früherkennungs- und Überwachungssystem einzurichten. Darüber hinaus sehen speziell für den Bankbereich § 25a Abs. 1 KWG und die dazu von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) veröffentlichten „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk)<sup>85</sup> detaillierte Anforderungen vor, die in vielerlei Hinsicht über das nunmehr international vorgeschlagene hinausgehen. Mit der deutlichen Trennung der Bereiche Markt und Marktfolge im Kreditgeschäft bzw. der Bereiche Handel und Risikocontrolling für das Handelsgeschäft bis hinauf zur Ebene des Vorstands ist die Position des Chief Risk Officer im deutschen Recht bereits angelegt. Er ist wegen der Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder für die Leitung und die Geschäftsführung einem Finanzvorstand gleichgestellt. Problematisch wäre aus deutscher Sicht hingegen das vom Committee of European Banking Supervisors vorgeschlagene Vetorecht des Chief Risk Officers für bestimmte Risikoentscheidungen. Nach § 77 Abs. 1 S. 2 AktG ist es nämlich unzulässig, dass die Satzung einzelnen Vorständen Entscheidungsbefugnisse gegen die Mehrheit einräumt.<sup>86</sup>

Auch die Risikokontrollfunktion ist schließlich im geltenden Aktienrecht bereits enthalten. So verlangen die MaRisk von den Kreditinstituten eine funktionsfähige Innenrevision, die als Instrument der Geschäftsleitung die Wirksamkeit des Risikomanagements und des internen Kontrollsystems prüfen und beurteilen muss. Gleichmaßen verlangen § 33 WpHG und die dazu von der BaFin erlassenen „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion (MaComp)“, dass Banken eine wirksame Compliance einrichten.<sup>87</sup>

82 Kritisch dazu *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 10.

83 *Vogeler/Engelhard/Gundert*, DB 2000, 1425 ff.; *Spindler*, in *Fleischer* (Hrsg.), *Handbuch Vorstandsrecht*, 2. Aufl., 2010, § 19 Rdnr. 16 ff.

84 *Wittig*, WM 2010, 2337 ff., 2341.

85 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen, *Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk*, Rundschreiben 15/2009 (BA).

86 *Wittig*, WM 2010, 2337, 2341.

87 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen, *Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations und Transparenzpflichten nach §§31 ff. WpHG (MaComp)*, Rundschreiben 4/2010 (WA) vom 7. Juni 2010. *Das Risikomanagement – MaRisk*, Rundschreiben 15/2009 (BA).

### cc) Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit

Ein Dauerthema der Corporate Governance-Diskussion war, ist und bleibt der Aufsichtsrat. Das war vor der Finanzkrise so und hat sich danach noch verstärkt. In der Sache geht es gegenwärtig um drei Einzelvorschläge.

Zunächst geht es um die sachgerechte personelle Besetzung der Aufsichtsorgane von Kreditinstituten. Gefordert wird verbreitet bessere Qualifikation und Vielfalt der Persönlichkeiten in puncto Geschlecht (Stichwort: Mit Lehman-Sisters wäre das nicht passiert)<sup>88</sup> sowie kultureller und sozialer Herkunft.<sup>89</sup> Ob eine solche Diversifikation tatsächlich abhilft, ist unklar. So konnte eine empirische Studie für die 25 größten europäischen Banken keinen Zusammenhang zwischen der finanzindustriespezifischen Sachkunde der Mitglieder der Aufsichtsorgane und dem am Aktienkurs gemessenen Erfolg der Kreditinstitute feststellen. Es verhielt sich im Gegenteil so, dass einige Kreditinstitute mit einer großen Diversifikation und einem hohen Anteil an Experten in den Aufsichtsorganen besonders schlecht abgeschnitten haben.<sup>90</sup> Indessen hat der deutsche Gesetzgeber in Reaktion auf die Krise schon im Jahre 2009 in § 36 Abs. 3 KWG vorgesehen, dass Mitglieder der Aufsichtsorgane von Kreditinstituten die erforderliche Sachkunde besitzen müssen, was an sich eine Selbstverständlichkeit sein sollte. Parallel dazu schreibt § 100 Abs. 5 AktG seit 2009 vor, dass mindestens ein Mitglied über Sachverstand in Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügen muss (accounting literacy).

Umgekehrt erscheint die ebenfalls 2009 neu eingeführte „cooling off“-Periode von zwei Jahren, während der ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied nicht in den Aufsichtsrat desselben Unternehmens wechseln darf, fragwürdig. Denn die soeben zitierte Studie belegt auch, dass gerade jene Unternehmen, bei denen der Vorsitzende des Aufsichtsorgans der frühere CEO war, die Finanzkrise besonders gut bewältigt haben. Gleichwohl hat das Postulat der Diversifikation bereits im Jahre 2010 Eingang in den Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziff. 5.4.1 Satz 2) gefunden.

Der zweite Vorschlag zur Verbesserung der Effizienz der Aufsichtsorgane betrifft die Zahl der Aufsichtsratsmandate.<sup>91</sup> Ferner soll die Rolle des Vorsitzenden gestärkt<sup>92</sup> und im Aufsichtsorgan ein Risikoüberwachungs- und ein Prüfungsausschuss eingerichtet<sup>93</sup> sowie schließlich die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit einer zwingenden externen Evaluierung unterworfen werden.<sup>94</sup> Eine Begrenzung der Anzahl der Aufsichtsratsmandate auf höchstens zehn findet sich bei uns bereits in § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG. Für börsennotierte Gesellschaften empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex sogar höchstens drei Mandate (Ziff. 5.4.5). Auch den Risikoüberwachungsausschuss hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz<sup>95</sup> in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG bereits eingeführt. Ein solcher Ausschuss, dessen Einrichtung allerdings optional

88 Mary Iskenderian, zitiert nach *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 5.

89 EU-Kommission, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, 2010, Ziffer 5.1.; zustimmend *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin, 2010, 6.

90 *Lapido/Nestor*, Bank Boards and the Financial Crisis, 2009, 27 f.

91 EU-Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010, Ziff. 5.1.

92 Basel Committee, Principles for enhancing corporate Governance, Abschnitt III, Ziff. 44 ff.

93 Committee of European Banking Supervisors (CEBS), Guidebook on International Governance, Oktober 2010, Ziff. 72 ff.

94 EU-Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010, Ziff. 1.5.

95 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25. Mai 2009, BGBl. I 1102.

ist, soll sich auch mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des Systems der Internen Revision befassen. Eine Effizienzprüfung schließlich wird vom Corporate Governance Kodex in der Form der Selbstprüfung empfohlen (Ziff. 5.3.2). Gegen eine Fremdprüfung durch Externe, die es nach einer aktuellen Untersuchung nur in knapp 17 % aller DAX-Unternehmen gibt, werden allerdings Informationsprobleme, Akzeptanzprobleme und Vertrauensprobleme eingesetzt. Zudem ständen Kosten und Nutzen besonders bei kleineren Gesellschaften außer Verhältnis.<sup>96</sup> Und bei der Forderung nach Stärkung der Stellung des Vorsitzenden muss man sehen, dass das deutsche Recht bereits heute von einer recht machtvollen Stellung des Vorsitzenden ausgeht (§§ 107, 90 Abs. 1 S. 3, 109 Abs. 2 AktG). Soweit ferner verlangt wird, der Vorsitzende solle nicht zugleich CEO sein,<sup>97</sup> was in Deutschland nach § 105 AktG ohnehin unzulässig wäre, ist der empirische Befund wiederum paradox. So wird aus der Schweiz berichtet, dass eine Untersuchung ergeben habe, dass Aktiengesellschaften mit einer Personalunion von Verwaltungsratsvorsitzendem und CEO sowohl zu den erfolgreichsten als auch zu den erfolglosesten gehörten.

Der dritte Vorstoß geht dahin, das Aufsichtsorgan nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch im Interesse Dritter tätig werden zu lassen. Im Einzelnen wird vorgeschlagen, dass das Aufsichtsorgan bei wesentlichen bzw. systemischen Risiken an die Aufsichtsbehörde berichten solle oder auch bei seiner Entscheidungsfindung die Interessen der Einleger und anderer stakeholder zu berücksichtigen habe.<sup>98</sup> Das ist in Deutschland wiederum bereits geltendes Recht, denn gemäß §§ 116, 93 AktG haben die Aufsichtsratsmitglieder ihr Mandat zum Wohl der Aktiengesellschaft und gerade nicht allein zum Wohl der Aktionäre auszuüben.

#### *dd) Eigenkapitalausstattung und Liquiditätssicherung*

Im Mittelpunkt der Diskussion um Maßnahmen im Bereich der internen Corporate Governance stehen die Eigenkapitalausstattung und die Liquiditätssicherung der Kreditinstitute. Eine dauerhafte Stabilisierung, darin ist man sich weitgehend einig, lässt sich nur durch eine Erhöhung der Eigenkapitalquote erreichen.<sup>99</sup> Abgesehen von dem damit realisierten besseren Schutz der Gläubiger verteuern höhere Eigenkapitalerfordernisse die Eingehung systemischer Risiken und führen damit zu deren Internalisierung. Dieses Ziel lässt sich auf unterschiedlichen Wegen erreichen: Vorgeschlagen wird etwa, stärker auf die bilanzielle Eigenkapitalquote abzustellen oder die Kernkapitalquote oder die Risikogewichtung deutlich zu erhöhen. Im Ergebnis wird eine Verdopplung der gegenwärtigen Eigenkapitalquote für angemessen gehalten.<sup>100</sup> So würde eine Eigenkapitalquote von 20 bis 30 % der ungewichteten Bilanzsumme zu Werten zurückführen, wie sie zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts üblich waren.<sup>101</sup> Ferner

<sup>96</sup> *Fleischer*, ZGR 2011, 155.

<sup>97</sup> EU-Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010, Ziff. 5.1

<sup>98</sup> Basel Committee, Principles for enhancing corporate Governance, Abschnitt III, Ziff. 23.

<sup>99</sup> OECD, The Financial Crisis – Reform and Exit Strategies, 2009, 41 f.; Financial Services Authority, The Turner Review – A regulatory response to the global banking crisis, 2009, 53 ff.; International Monetary Fund, Lessons of the Financial Crisis for Future Regulation of Financial Institutions and Markets and for Liquidity Management, 2009, 12 ff.; US Department of Treasury, Financial Regulatory Reform, 2009, 27 ff.; *Heun*, JZ 2010, 53-61; *Spindler*, AG 2010, 601, 605.

<sup>100</sup> De Larosière Group, Report of the High Level Group on Financial Supervision in the EU, 25. Mai 2009, Ziff. 59; Sinn, 301 ff.

<sup>101</sup> *Hellwig*, Gutachten, 2010, E 50.

weist man darauf hin, dass eine eventuelle Risikoverlagerung nicht allein von internen Berechnungsmodellen abhängen darf, sondern von der Bankenaufsicht aufgrund eigener Modelle und Berechnungen kontrolliert werden muss. Verletzungen von Eigenkapitalquoten müssten sanktioniert werden. Eine weitere wichtige Maßnahme wird darin gesehen, die Eigenkapitalanforderungen dadurch zu erweitern, dass ausgelagerte Zweckgesellschaften und Hedgefonds der Banken den Eigenkapitalquoten zu unterwerfen seien. Das ist heute bereits in Spanien und Italien geltendes Recht, während sich vor allem die deutschen Landesbanken durch die Auslagerung in Special Purpose Vehicles, die nicht in den Bilanzen der Muttergesellschaft auftauchen, in die Schiefelage manövriert haben.<sup>102</sup> Vorgeschlagen wird außerdem, Hedge Fonds insgesamt zu regulieren und ihnen bestimmte Eigenkapitalquoten aufzuerlegen.<sup>103</sup> Befürwortet wird schließlich, die Verbesserung der Eigenkapitalausstattung mit einer Verschärfung der Einlagensicherung bei systemischen Risiken zu kombinieren, was in der Sache eine Art Pflichtversicherung darstellt.<sup>104</sup>

#### *ee) Kontrolle durch die Aktionäre*

Der letzte hier im Rahmen der internen Corporate Governance zu behandelnder Vorschlag geht dahin, die Aktionäre stärker in die Verantwortung für die Corporate Governance und ein angemessenes Risikoprofil ihrer Finanzinstitute zu nehmen.<sup>105</sup> Dieses Petitum ist nicht neu. Letztlich kämpft die Aktiengesellschaft seit einem halben Jahrhundert gegen das schwindende Interesse vieler Investoren und Kleinaktionäre an dem, was man gemeinhin in leicht euphemistischer Überhöhung als „Aktionärsdemokratie“ bezeichnet, also die Bereitschaft, sich durch Ausübung des Stimmrechts an der Willensbildung vor allem auf der Hauptversammlung zu beteiligen. Bezeichnend ist, dass die Hauptversammlungspräsenz stetig nachlässt. Lag sie für die Dax 30 Unternehmen im Jahre 1998 im Durchschnitt noch bei 60 %, so fiel sie bis 2005 bereits auf 47 %.<sup>106</sup> Bei Gesellschaften ohne Großaktionär und mit breitem Streubesitz liegt dieser Wert sogar bei nur 39 %. Aktionäre, die nur an kurzfristigem Kursgewinn und nicht an langfristiger Unternehmensstrategie interessiert seien und die ihr Stimmrecht nicht ausübten und ihrer Verantwortung als Mitglied der unternehmenstragenden Aktiengesellschaft nicht nachkämen, seien, so der Befund, vielfach selbst Triebkräfte übermäßiger Risikoneigung. Abhilfe schaffen soll hier eine Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Aktionären in Diskussionsforen, institutionelle Anleger zur Offenlegung ihres Abstimmungsverhaltens in der Hauptversammlung zu zwingen, für solche institutionellen Anleger die Offenlegung etwaiger Interessenkonflikte einschließlich der Vergütungspraktiken vorzuschreiben und ihnen eine Selbstverpflichtung auf Verhaltenskodizes („Stewardship Codes“)<sup>107</sup> aufzugeben.<sup>108</sup>

Hierzu ist angemerkt worden, dass eine solche Inpflichtnahme von Kleinaktionären (also nicht etwa von Mehrheitsaktionären) mit dem bisherigen Verständnis der mit-

<sup>102</sup> Heun, JZ 2010, 53, 61.

<sup>103</sup> Heun, JZ 2010, 53, 61; kritisch Möschel, ZRP 2009, 129, 131.

<sup>104</sup> Spindler, AG 2010, 601, 605.

<sup>105</sup> Basel Committee, Principles for enhancing corporate Governance, Abschnitt V, Ziff. 145.

<sup>106</sup> Quelle: Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Homepage.

<sup>107</sup> Dazu Fleischer, ZGR 2011, 155 ff.

<sup>108</sup> EU Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010, Ziff. 3.5, 5.5. Kritisch Mülbart, Corporate Governance in der Krise, ZHR 174 (2010) 375.

gliedschaftlichen Treuepflicht in der Aktiengesellschaft schwer vereinbar ist. Die Treuepflicht des Minderheits- oder Kleinaktionärs wurde bisher praktisch ausschließlich in ihrer Schrankenfunktion gegenüber eigennütziger Ausübung von Mitgliedschaftsrechten thematisiert.<sup>109</sup> Die Bestimmung in § 7 Abs. 7 des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes (FMStBG) liegt ganz auf dieser Linie, denn danach ist der Gesellschafter, der eine für den Fortbestand der Gesellschaft erforderliche Kapitalmaßnahme verzögert oder vereitelt, der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>110</sup> Anders verlief die jüngste Entwicklung in England. Dort wird von institutionellen Investoren erwartet, dass sie die Beachtung der Grundsätze guter Corporate Governance bei jenen Gesellschaften, an denen sie sich beteiligen, durch Teilnahme an der Hauptversammlung und Ausübung des Stimmrechts überwachen. Ein grundsätzlicher Einwand gegen die Inpflichtnahme von Minderheitsaktionären kommt aus der Ökonomie. Dort bezeichnet man das Verhalten des Minderheitsaktionärs, der von seinem Stimmrecht (voice) keinen Gebrauch macht, sondern „mit den Füßen“ abstimmt, indem er bei Unzufriedenheit mit dem Management die Aktie veräußert (exit), als „rational apathy“.<sup>111</sup> Zu begründen wäre also, warum es ökonomisch vorzugswürdig sein soll, die Last der Stimmrechtsausübung auf sich zu nehmen, obgleich der daraus potentiell (keineswegs sicher) resultierende Wertzuwachs der Beteiligung in keinem Verhältnis steht.

#### b) Externe Corporate Governance

Im Bereich der externen Corporate Governance sind es drei Themenkomplexe, die zu Vorschlägen geführt haben.

##### aa) Bilanzrecht

Für viele resultierte ein wesentliches Moment der Instabilität aus den US-amerikanisch geprägten Bilanzierungsregeln der International Financial Reporting Standards (IFRS). Sie sind für börsennotierte Muttergesellschaften in der EU aufgrund des sogenannten Endorsement-Verfahrens, mit dem die einzelnen Standards in EU-Recht transponiert werden, maßgeblich.<sup>112</sup> Danach gilt für die Bewertung von Gegenständen des Unternehmensvermögens das fair value-Prinzip, also grundsätzlich der aktuelle Marktwert (mark-to-market-Prinzip).<sup>113</sup> Eine Aktivierung hat auch dann nach dem Marktwert zu erfolgen, wenn Gewinne oder Verluste nicht realisiert wurden, sondern allein buchungstechnisch anfallen. Gleichwohl berechtigen sie zu entsprechenden Gewinnausschüttungen ohne dass dem Unternehmen tatsächlich Kapital zugeflossen ist.

---

109 BGHZ 103, 184 (Linotype); BGHZ 129, 136 (Girmes).

110 Anders Wittig, WM 2010, 2343, der darin „erste Ansätze zu einem weiter gehenden Verständnis der Treuepflicht“ erkennen will.

111 Ebenso bereits Fleischer, ZGR 2011, 155 ff.; zu diesem Problem konkret im Kontext der gesetzgeberischen Reaktion auf die Finanzmarktkrise auch Otto, WM 2010, 2013, 2020.

112 Merkt, in: Hopt/Merkt, Bilanzrecht – Kommentar, 2010, Vor § 238 HGB Rdnr. 170.

113 Auf die aus der Sicht der externen Corporate Governance mit der fair value-Bewertung verbundenen Probleme hinweisend bereits Kirchner, Fair Value-Berichterstattung nach Internationalen Rechnungslegungsstandards als Schwachstelle der Corporate Governance, in: Siegel, Theodor u.a. (Hrsg.), Unternehmen, Versicherungen und Rechnungswesen, Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Dieter Rückle, 2006, 299 ff.; ebenso ders. Kirchner, Christian, Probleme von Ermessensspielräumen in der fair value-Bewertung nach Internationalen Rechnungslegungsstandards, ZfbF, Sonderheft 55 (2006) 61 ff.

Das führt bisweilen dazu, dass Ausschüttungen mit Krediten finanziert werden. Schon bei Unternehmen außerhalb des Bankensektors wirkt diese Methode prozyklisch. Doch bei Kreditinstituten steigert sich dieser Effekt angesichts der Hebelwirkung des geringen Eigenkapitals dramatisch. Bei einer Eigenkapitalquote von 2 % entsteht ein leverage oder Multiplikator von 50, der dann nicht nur auf die Gewinnausschüttung, sondern vor allem auf das zulässige Kreditvolumen durchschlägt.<sup>114</sup> Im Zuge der Finanzkrise haben das International Accounting Standards Board (IASB) und die EU im Oktober 2009 beschlossen, die Marktwertberichtigung nach dem fair value-Prinzip zeitweilig auszusetzen.<sup>115</sup> Zu einer dauerhaften Lösung der Problematik konnte dies nicht führen.

Vorgeschlagen wird, die mark-to-market-Bewertung durch eine weniger zyklisch wirkende Bewertungsmethode zu ersetzen. Eine Möglichkeit bestände darin, zum Niederstwertprinzip des deutschen HGB zurückzukehren und nach einem Vergleich von Markt- und Anschaffungswert den niedrigeren der beiden anzusetzen.<sup>116</sup> Das wird häufig der Anschaffungswert sein und führt zusätzlich zu einem Eigenkapitalpuffer in Form einer stillen Reserve. Eine andere Lösung besteht darin, die Mindesteigenkapitalquote prozyklisch anzupassen.<sup>117</sup>

Andere sprechen sich trotz Finanzkrise gegen eine erneute Wende in der Bilanzierungsphilosophie aus und befürworten die Beibehaltung des fair value-Prinzips. Denn es bilde nur die Realität ab. Alles andere laufe auf eine Schönung hinaus. Unter Vertrauensaspekten sei dies kontraproduktiv.<sup>118</sup>

#### *bb) Abschlussprüfung*

Auch die Abschlussprüfung hat sich in den Augen vieler Beobachter in der Finanzkrise als unzureichend erwiesen.<sup>119</sup> Hier wird vorgeschlagen, den Bericht des Abschlussprüfers deutlich auszubauen und zu einem „Bericht über erhebliche Risiken in geprüften Finanzinstituten an das Aufsichtsorgan und die Aufsichtsbehörden“<sup>120</sup> auszudehnen sowie die Aufsichtsorgane zur effektiven Nutzung der Erkenntnisse der Abschlussprüfer anzuhalten.<sup>121</sup>

Auch hier ergibt sich aus deutscher Sicht wenig Handlungsbedarf. Nach § 111 Abs. 2 AktG erteilt der Aufsichtsrat dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag, um die Unabhängigkeit des Prüfers vom Vorstand zu gewährleisten und deutlich zu machen dass der Prüfer den Aufsichtsrat bei der Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe zu unterstützen hat. In Entsprechung dazu sieht § 321 Abs. 5 HGB vor, dass der Prüfer dem Aufsichtsrat für die Prüfung des Abschlusses auch den Prüfbericht vorzulegen hat. Das verdeutlicht, dass der Aufsichtsrat unmittelbar Berichtsadressat und Empfänger ist.<sup>122</sup>

---

114 Hellwig, Gutachten, E 31.

115 VO 126/2008/EG vom 3. November 2008, ABl. L 320/1; VO 824/2009/EG vom 9. September 2009, ABl. L 239/48.

116 Sinn, Kasino-Kapitalismus, 2. Aufl. 2009, 309.

117 de Larosière Group, Report, Ziff. 60.

118 Möschel, ZRP 2010, 129, 132 f.

119 Wittig, WM 2010, 2337, 2341.

120 EU-Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010, Ziff. 5.3.

121 Basel Committee, Principles for enhancing corporate Governance, Abschnitt III, Principle 9, Ziff. 99 ff.

122 Hüffer, Aktiengesetz – Kommentar, 9. Auflage 2010, § 170 Rdnr. 2.



Darüber hinaus befindet sich der Abschlussprüfer eines Kreditinstituts nach § 29 KWG in einer besonderen Pflichtenstellung gegenüber der BaFin. Neben detaillierten Regelungen zum Prüfungsinhalt sieht § 29 Abs. 2 KWG vor, dass der Prüfer der BaFin und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen hat, wenn ihm bei der Prüfung bestimmte negative Tatsachen bekannt werden, darunter etwa Tatsachen, die eine Versagung oder Beschränkung des Prüfervermerks rechtfertigen oder die den Bestand des Instituts gefährden. Diese Pflicht zur unverzüglichen Anzeige noch vor Abschluss der Prüfung von Kreditinstituten tritt neben die allgemeine Pflicht des Prüfers nach HGB.<sup>123</sup>

Nur kurz erwähnt sei an dieser Stelle noch das Grünbuch der EU-Kommission zur Abschlussprüfung vom Oktober 2010.<sup>124</sup> Darin legt die Kommission einen umfangreichen Fragenkatalog zur Reform der Abschlussprüferrichtlinie vor, durch dessen Beantwortung sie Aufschluss über den angezeigten rechtspolitischen Kurs in der Reform der Regulierung der Abschlussprüfung erlangen möchte. Erste Reaktionen von deutscher Seite sind verhalten.<sup>125</sup> So sieht man aus deutscher Sicht begrifflicherweise keine Veranlassung, vom Prüfer zukünftig zu verlangen, im Rahmen der Prüfung ein Urteil über die finanzielle Solidität des Unternehmens abzugeben. Dies übernehmen private Einrichtungen wie etwa Banken und Analysten. Für eine Bestellung des Prüfers durch einen außenstehenden Dritten, etwa eine Regulierungs- oder Aufsichtsbehörde, sieht man angesichts der guten Erfahrungen, die man in Deutschland mit der Bestellung durch den Aufsichtsrat gemacht hat, ebenso wenig Veranlassung. Sie wäre ein unsystematischer Fremdkörper.

### cc) *Regulierung von Ratings*

Seit Anbeginn der Finanzkrise standen die Rating-Agenturen im Kreuzfeuer der Kritik. Dabei ist das Kernproblem des Ratings klar sichtbar: Wer ein Rating bezahlt, hat auch ein Interesse daran, dass das Rating positiv ausfällt. Und derjenige, der das Rating erstellt, wird versuchen, den Wünschen nachzukommen.<sup>126</sup> Das spräche für ein Rating, das nicht vom zu bewertenden Unternehmen, sondern von Investoren bezahlt wird. Bis heute ist ungeklärt, warum die zuvor über viele Jahre funktionierenden Märkte für Ratings nicht in der Lage waren, die offenbar fehlerhaften Bewertungen durch Rating-Agenturen zu verhindern. Als eine mögliche Erklärung käme die enge und oligopolistische Struktur des Rating-Marktes in Betracht, verstärkt durch die kurzfristig orientierte Strategie des Eindringens in neue Märkte.

Jedenfalls hat die EU hier recht schnell reagiert und mit der Rating-VO die Rating-Agenturen sowohl einer Registrierungspflicht als auch behördlicher Aufsicht unterworfen.<sup>127</sup> Darüber hinaus enthält die VO Mindeststandards für eine Unabhängigkeit

<sup>123</sup> Wittig, WM 2010, 2337, 2342.

<sup>124</sup> EU-Kommission, Grünbuch Abschlussprüfung, 2010.

<sup>125</sup> Siehe etwa Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission vom 13.10.2010: Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise [KOM(2010) 561], NZG 2011, 16; Max-Planck-Arbeitsgruppe zur Unabhängigkeit der Abschlussprüfer, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission „Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise“, ZIP 2011, 459; siehe auch die Stellungnahme des Deutschen Steuerberaterverbands e.V. vom 3. Januar 2011 auf dessen Homepage sowie Zülch, Editorial, Der Betrieb 2010, Heft 44 S. 1.

<sup>126</sup> Habersack, ZHR 169 (2005) 185, 191; Blaurock, ZGR 2007, 603, 643.

<sup>127</sup> Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Rating Agenturen, ABl. EU 2009, Nr. L 302, 1 ff.; dazu etwa Möllers, NZG 2010, 285 ff.

der Rating-Agenturen. So muss ein Drittel der Mitglieder der Leitung der Agentur (Verwaltungs- oder Aufsichtsrat) unabhängig sein, d.h. diese Mitglieder dürfen nicht in Rating-Verfahren eingebunden sein. Ferner darf die Rating-Agentur keine Bewertungen für solche Unternehmen abgeben, an denen sie selbst oder mittelbar beteiligt oder interessiert ist. Zudem darf die Agentur keine Beratungsleistungen für das bewertete Unternehmen und die Unternehmensgruppe, der es angehört, erbringen. Die Agenturen müssen Ratings unterschiedslos rechtzeitig bekannt geben. Der Abbruch einer Bewertung muss ebenfalls, und zwar unter Darlegung der Gründe, bekannt gemacht werden. Die Methoden, Modelle und Grundannahmen der Ratingtätigkeit müssen offengelegt werden. Und jährlich muss ein Transparenzbericht veröffentlicht werden. Der deutsche Gesetzgeber hat begleitend zur Rating-VO ein Ausführungsgesetz erlassen, das einen neuen § 17 WpHG eingeführt hat.<sup>128</sup>

### 3. Ansatzpunkte bei der Regulierung von Transaktionen und Produkten

Am Schluss ist der Vollständigkeit halber noch kurz auf die Regulierung bestimmter Transaktionen und Produkte einzugehen.

#### a) Verbot von Mehrfachverbriefungen

Eine Ursache der Krise lag in der mehrfach gestuften Verbriefung von Kreditforderungen, wodurch der Kontakt mit dem zugrunde liegenden Risiko verloren ging. Verschärft wurde die Problematik dadurch, dass die emittierende Bank vielfach selbst nicht haftbar war.

Manche schlagen vor, Mehrfachverbriefungen gänzlich zu verbieten. Dadurch würde ein hohes Maß an Transparenz hergestellt und die Verantwortungsstrukturen wären klar erkennbar.<sup>129</sup>

Hingegen favorisiert die EU-Kommission ein abgestuftes Verfahren, bei dem die nationale Aufsichtsbehörde die angemessene Bewertung des Risikos der zugrunde liegenden Forderung prüft. Dem Committee of European Bank Supervisors obliegt es dabei, zu konkretisieren, welche Verbriefungen als komplex gelten. Außerdem ist eine Haftung der Finanzinstitute, die Kredite verbrieften, in Höhe von 5 % der verbrieften Forderung vorgesehen.<sup>130</sup>

#### b) Finanz-TÜV

Sodann wird verschiedentlich die Einrichtung eines Finanz-TÜVs gefordert. Darunter versteht man eine öffentliche oder private Stelle, die komplexe Finanzprodukte vor der Inverkehrgabe prüft, so, wie es für andere gefährliche Produkte auch vorgesehen ist.<sup>131</sup>

128 Zum Ganzen *Spindler*, AG 2010, 601, 609 f.; an der Wirksamkeit dieser Maßnahmen zweifelnd *Möschel*, ZRP, 2009, 129, 132.

129 *Höfling*, Gutachten, 2010, F 55; ebenso bereits *Sinn*, Kasino-Kapitalismus, 2. Aufl. 2009, 313.

130 Art. 122a der Richtlinie 2009/111/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinie 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2007/64/EG hinsichtlich Zentralorganisation zugeordneter Banken, bestimmter Eigenmittelbestandteile, Großkredite, Aufsichtsregelungen und Krisenmanagement, ABl. EU 2009 Nr. L 302 vom 17. November 2009, 97 ff.; kritisch zum Selbstbehalt *Möschel*, ZRP 2009 129, 132.

131 *Spindler*, AG 2010, 601, 612.

Indessen ist hier Vorsicht geboten.<sup>132</sup> Unklar ist zum einen, wer für eine solche Prüfung in Frage kommen soll. Wenn es Private sein sollen, stellen sich prinzipiell dieselben Fragen und Probleme wie beim Rating. Wenn es hingegen, wie verschiedentlich vorgeschlagen, eine Regulierungs- oder Aufsichtsbehörde sein soll, so stände der Staat vor genau jener Aufgabe, die er im Bereich der Gründung von Aktiengesellschaften (keine Prüfung der hinreichenden Kapitalausstattung), der Rechnungslegung (keine behördliche Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit) oder der Emissions-Prospekte (keine behördliche Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit) aus guten Gründen seit jeher ablehnt. Es kann in einer Marktwirtschaft nicht Aufgabe des Staates sein, durch inhaltliche Prüfung den Marktteilnehmern ganz oder auch nur zum Teil jenes Risiko abzunehmen, das genuin als Risiko der privaten Marktteilnehmer anzusehen ist. Das war die zentrale Erkenntnis aus den ersten Jahrzehnten der US-amerikanischen Securities Regulation. Mit dem „merit approach“, also einem staatlichen Gütesiegel für Wertpapiere, hatte sich der Staat übernommen. Es gab weder die notwendigen Ressourcen für eine solche Herkulesaufgabe, noch waren die Ergebnisse hinreichend verlässlich. Genau aus diesem Grunde entschied sich der US-amerikanische Bundesgesetzgeber 1929, als es galt, aus der Weltwirtschaftskrise Lehren zu ziehen, für die „disclosure philosophy“.

Hinzu kommt, dass unklar ist, was genau der Inhalt der Prüfung des Finanz-TÜV sein soll. Soll auf Verständlichkeit, auf geringe Komplexität, auf inhaltliche Richtigkeit bzw. auf Werthaltigkeit der Anlage oder aber auf Qualität bzw. Bonität der Emittentin geprüft werden? Für das Publikum wäre gewiss nicht einfach, zwischen diesen sehr unterschiedlichen Kategorien zu unterscheiden. Es bestände die Gefahr, dass eine positive TÜV-Prüfung unkritisch als staatliches Gütesiegel und als Kaufempfehlung missinterpretiert würde. Und schließlich würde sich unweigerlich die Frage nach der Haftung des Staates (bzw. des Privaten) für die Richtigkeit der Prüfung stellen. Die Parallele zur technischen Überwachung durch die Überwachungsvereine verkennt, dass es bei Wertpapieren um hochkomplexe und völlig intransparente Produkte geht, deren Prüfung um ein Vielfaches aufwendiger und riskanter wäre.

### c) *Verbot spekulativer Leerverkäufe*

Bei der Diskussion um den Leerverkauf von Wertpapieren, also um den Verkauf von Papieren mit Liefertermin in der Zukunft, wobei der Verkäufer die Papiere zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht besitzt, sondern sich erst später, kurz bevor geliefert werden muss, besorgt, muss unterschieden werden: Grundsätzlich handelt es sich um ein sinnvolles Instrument, mit dem eine Bewertung an den Kapitalmarkt kommuniziert wird. Leerverkäufe lassen sich als Arbitragegeschäfte in der Zeit definieren. Sie führen Angebot und Nachfrage zusammen. Überdies dienen sie der Kurssicherung. Und schließlich erhöhen sie die Liquidität des Börsenhandels. Hier gilt: Je höher die Liquidität, desto mehr entspricht der Preis einer Einzeltransaktion dem tatsächlichen Marktpreis. Problematisch wird es, wenn Spekulanten durch das gezielte Streuen von Gerüchten den Markt manipulieren und eine Baisse herbeireden.<sup>133</sup> Nachdem die BaFin auf erste Missstände mit einer Allgemeinverfügung reagiert hatte, die Leerverkäufe von Wertpapieren bestimmter Unternehmen untersagte, entschloss sich der Gesetzgeber im Zuge der Euro-Finanzkrise und unter dem Druck der öffentlichen Dis-

---

<sup>132</sup> Zurückhaltend auch *Bachmann*, Referat, 2010, These IV. 1. a).

<sup>133</sup> *Möschel*, ZRP 2009, 129, 132.

kussion, in der Leerverkäufe undifferenziert als unseriös wahrgenommen wurden, zu einem pauschalen Verbot ungedeckter Leerverkäufe.<sup>134</sup> Dabei erfasst das Gesetz nicht bloß Aktien, sondern auch sämtliche Derivate sowie Schuldtitel von öffentlichen Gebietskörperschaften in der EU. Dieser radikale Schritt stellt einen Bruch mit der bisherigen Linie dar, die den Leerverkauf von Wertpapieren als handelsübliches Instrument, dessen Verfügbarkeit zur Attraktivität des Finanzplatzes Deutschland beiträgt, grundsätzlich erlaubte. Das Totalverbot ungedeckter Leerverkäufe zielt nach verbreiteter,<sup>135</sup> nicht unwidersprochener<sup>136</sup> Einschätzung über das Ziel hinaus und sollte durch ein zeitlich auf die Phase akuter Marktstörung beschränktes Verbot ersetzt werden.

## V. Fazit

Das moderne Unternehmens- und Kapitalmarktrecht verfügt jenseits der traditionellen Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht über ein großes Arsenal an unterschiedlichen regulierungsmethodischen Instrumenten und Kategorien, die es zur Bewältigung der Finanzkrise auf breiter Front eingesetzt hat und weiter einsetzen wird. Dabei stehen die Bereiche der internen Corporate Governance und der externen Corporate Governance zunächst der Banken und sodann auch der Unternehmen in anderen Branchen im Vordergrund. Zentrale Grundfragen sind die nach der richtigen Regelungsebene (national, europäisch oder international) und nach der Eingriffsintensität (punktuell und befristet oder flächendeckend und dauerhaft, materiell oder durch Offenlegungspflichten). Jedenfalls ist deutlich zu erkennen, dass die Regulierung der Unternehmen und Kapitalmärkte in einer globalisierten Welt keineswegs einfacher, sondern komplexer wird.

---

134 Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte, BGBl. 2010 I 945.

135 *Spindler*, AG 2010, 601, 613; *Mittermeier*, ZBB 2010, 139, 142 ff.; *Möschel*, ZRP 2009, 129, 131.

136 Etwa *Heun*, JZ 2010, 53, 61; *Sinn*, Kasino-Kapitalismus, 2. Aufl., 2009, 311 f.

## Thesen

*zum Referat von von Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago), Freiburg*

1. Modernes Unternehmens- und Kapitalmarktrecht kann nur noch sehr bedingt den klassischen Kategorien des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zugeordnet werden. Vielmehr wird die traditionelle Einteilung des Rechtssystems in privates und öffentliches Recht überwunden, indem privatautonome und hoheitliche Regelungen zusammenspielen, wenn auch in unterschiedlichen Jurisdiktionen auf sehr unterschiedliche Weise.
2. Das Publizitäts- bzw. Transparenzprinzip bildet einen, vielleicht sogar den Grundbaustein des Europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrechts. Flankiert wird das Publizitätsprinzip durch neuere Ansätze in der Regulierung wie etwa das Prinzip des „comply or explain“ (§ 161 AktG).
3. Ähnlich wie die Unternehmenspublizität sind das Verfahrensrecht und das Aufsichtsrecht in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker neben die klassische materiellrechtliche Regulierung durch Ge- und Verbotsnormen getreten.
4. Während die Frage der internationalen bzw. weltweiten Regulierung vergleichsweise neu ist und Rufe nach internationalen Regeln zur Flankierung der Kapitalmärkte und der unternehmerischen Aktivitäten ihrer Marktteilnehmer eigentlich erst im Zuge der jüngsten globalen Finanzmarktkrise laut wurden, hat die Suche nach dem rechten Maß an Einheit für das Europäische Unternehmens- und Kapitalmarktrecht eine gewisse Tradition.
5. Inzwischen setzt sich die Erkenntnis durch, dass die meisten Verhaltenspflichten, und zwar gleichviel, ob materielle Ge- und Verbotsnormen oder bloße Publizitätspflichten, effektiv nur durchgesetzt werden können, wenn sie haftungsrechtlich sanktioniert sind. Allerdings gibt es begreiflicherweise vielfache Widerstände gegen Haftungsverschärfungen.
6. Zunehmend reagieren Gesetzgeber mit branchenspezifischen oder krisengetriebenen Regelungen. Damit geht die sehr grundsätzliche Frage einher, ob bzw. in welchem Umfang diese Regelungen auch außerhalb der Branche bzw. des Sektors oder nach Bewältigung der Krise sinnvoll erscheinen. Hier lässt sich eine schleichende Tendenz zur Ausdehnung erkennen.
7. Zu beobachten ist eine wachsende Bereitschaft der Regelgeber zum Import fremder Regelungsinstrumente und -institute. Letztlich geht es hier um die Pfadabhängigkeit nationaler Rechtssysteme in ihre Fortentwicklung.
8. Zentraler Ansatzpunkt der Diskussion um die Ursachen der Finanzmarktkrise sind im Bereich der internen Corporate Governance die Bankenmanager, insbesondere die verantwortlich handelnden Mitglieder der Geschäftsführungsorgane von der Krise betroffenen Unternehmen, im anglo-amerikanischen Raum die Board-Mitglieder, in Deutschland die Vorstände. Eine Stärkung der Verantwortung des Vorstands soll zunächst durch eine Änderung des Vergütungssystems erreicht werden.
9. Ein weiterer Ansatzpunkt ist die Verbesserung der Compliance und des Risikomanagements. Konkret wird vorgeschlagen, das Risikomanagement noch unabhängiger

auszugestalten und den Unternehmen die Besetzung der Position eines Chief Risk Officer auf der obersten Managementebene vorzuschreiben.

10. Ein Dauerthema der Corporate Governance-Diskussion ist der Aufsichtsrat. Das hat sich durch die Finanzkrise verstärkt. Hier geht es zunächst um die sachgerechte personelle Besetzung der Aufsichtsorgane von Kreditinstituten. Gefordert wird verbreitet bessere Qualifikation und Vielfalt der Persönlichkeiten. Ob eine solche Diversifikation tatsächlich abhilft, ist unklar.

11. Ein weiterer Vorstoß geht dahin, das Aufsichtsorgan nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch im Interesse Dritter tätig werden zu lassen. Im Einzelnen wird vorgeschlagen, dass das Aufsichtsorgan bei wesentlichen bzw. systemischen Risiken an die Aufsichtsbehörde berichten solle oder auch bei seiner Entscheidungsfindung die Interessen der Einleger und anderer stakeholder zu berücksichtigen. Das ist in Deutschland wiederum bereits geltendes Recht.

12. Im Mittelpunkt der Diskussion um Maßnahmen im Bereich der internen Corporate Governance stehen die Eigenkapitalausstattung und die Liquiditätssicherung der Kreditinstitute. Eine dauerhafte Stabilisierung lässt sich nur durch eine Erhöhung der Eigenkapitalquote erreichen. Ferner darf eine eventuelle Risikoverlagerung nicht allein von internen Berechnungsmodellen abhängen, sondern muss von der Bankenaufsicht aufgrund eigener Modelle und Berechnungen kontrolliert werden.

15. Vorgeschlagen wird bei der internen Corporate Governance schließlich, die Aktionäre stärker in die Verantwortung für die Corporate Governance und ein angemessenes Risikoprofil ihrer Finanzinstitute zu nehmen. Eine solche Inpflichtnahme von Kleinaktionären (also nicht etwa von Mehrheitsaktionären) ist allerdings mit dem bisherigen Verständnis der mitgliedschaftlichen Treuepflicht in der Aktiengesellschaft schwer vereinbar.

16. Im Bereich der externen Corporate Governance wird gefordert, die fair value-Bewertung von Vermögenswerten (Marktwertbewertung, mark-to-market-Bewertung) durch eine weniger zyklisch wirkende Bewertungsmethode zu ersetzen. Eine Möglichkeit bestände darin, zum Niederstwertprinzip des deutschen HGB zurückzukehren und nach einem Vergleich von Markt- und Anschaffungswert den niedrigeren der beiden anzusetzen. Das wird häufig der Anschaffungswert sein und führt zusätzlich zu einem Eigenkapitalpuffer in Form einer stillen Reserve. Eine andere Lösung bestände darin, die Mindesteigenkapitalquote prozyklisch zu verändern.

17. Auch die Abschlussprüfung hat sich in den Augen viele Beobachter in der Finanzkrise als unzureichend erwiesen. Hier wird vorgeschlagen, den Bericht des Abschlussprüfers deutlich auszubauen und zu einem „Bericht über erhebliche Risiken in geprüften Finanzinstituten an das Aufsichtsorgan und die Aufsichtsbehörden“ auszudehnen sowie die Aufsichtsorgane zur effektiven Nutzung der Erkenntnisse der Abschlussprüfer anzuhalten.

18. Im Bereich der Rating-Agenturen hat die EU hier recht schnell reagiert und mit der Rating-VO die Rating-Agenturen sowohl einer Registrierungspflicht als auch behördlicher Aufsicht unterworfen. Darüber hinaus enthält die VO Mindeststandards für eine Unabhängigkeit der Rating-Agenturen.

19. Eine Ursache der Krise lag in der mehrfach gestuften Verbriefung von Kreditforderungen, wodurch der Kontakt mit dem zugrunde liegenden Risiko verloren ging.

Verschärft wurde die Problematik dadurch, dass die emittierende Bank vielfach selbst nicht haftbar war. Manche schlagen vor, Mehrfachverbriefungen gänzlich zu verbieten. Dadurch wurde ein hohes Maß an Transparenz hergestellt und die Verantwortungsstrukturen wären klar erkennbar. Hingegen favorisiert die EU-Kommission ein abgestuftes Verfahren, bei dem die nationale Aufsichtsbehörde die angemessene Bewertung des Risikos der zugrunde liegenden Forderung prüft.

20. Sodann wird verschiedentlich die Einrichtung eines Finanz-TÜVs gefordert. Indessen ist hier Vorsicht geboten. Unklar ist zum einen, wer für eine solche Prüfung in Frage kommen soll, zum anderen, was genau der Inhalt der Prüfung sein soll.

21. Bei der Diskussion um den Leerverkauf von Wertpapieren muss differenziert werden: Grundsätzlich handelt es sich um ein sinnvolles Instrument, mit dem eine Bewertung an den Kapitalmarkt kommuniziert wird. Problematisch wird es, wenn Spekulanten durch das gezielte Streuen von Gerüchten den Markt manipulieren und eine Baisse herbeireden. Das Totalverbot ungedeckter Leerverkäufe zielt indes nach verbreiteter, nicht unwidersprochener Einschätzung über das Ziel hinaus und sollte durch ein zeitlich auf die Phase akuter Marktstörung beschränktes Verbot ersetzt werden.

## Summary

*Implications of the global financial crisis for international law:  
corporate and securities law control mechanisms*

*by Prof. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago), Freiburg*

1. Today, the classical distinction between private and public law has only limited relevance for Corporate Law and Securities Regulation. The traditional dichotomy is gradually replaced by a convergence of private and public law, even though that convergence varies considerably from jurisdiction to jurisdiction.
2. Disclosure philosophy forms one, or perhaps the most important of the pillars of European Corporate and Securities Law. Disclosure often is accompanied and supported by new regulatory instruments like the “comply-or-explain” mechanism embodied, e.g., in § 161 German Stock Corporation Act.
3. Moreover, in recent years procedural law and supervisory provisions have become more influential as additional tools in order to support the effectiveness of substantive regulation.
4. Whilst the call for international or global rules is comparably new and the quest for worldwide regulation of financial markets and the activities of its participants only recently and in the context of the global financial crisis appears on the agenda of regulators, the search for the proper scope of unification and harmonization of European Company and Financial Market Law has some tradition.
5. Meanwhile, legislators have learned that, in general, duties and standards of conduct, regardless of their nature as substantive duties or mere disclosure obligations need some type of sanctioning (liability) in order to give them sufficient impact. However, legislative attempts to tighten sanctions and liability provisions usually encounter strong opposition from managers and other interest groups.
6. Many of the regulatory reforms set into force recently have been induced by the financial crisis and are designed to address specific problems in particular industries like the banking sector or the stock trading sector. However, it is questionable whether such regulatory emergency measures are going to be repealed after the crisis or whether such “crisis-induced”-regulation will fit for post crisis times or for other industries as well. In general, a creeping tendency can be observed to extend regulatory reform measures beyond the occasion that induced such measures, finally contributing to a steadily growing body of regulatory restrictions.
7. In addition, regulators tend to “import” what is called “legal transplants“ from other jurisdictions into the own jurisdiction. This development is closely linked to the phenomenon of “path dependency“ of national legal systems and their ability, to integrate foreign concepts into the grown legal framework and culture.
8. Focal starting point for any discussion of the causes of the global financial crisis in the area of internal corporate governance seem to be bank managers, in particular members of the board of troubled banks. Many voices call for tightening their responsibility by changing the compensation scheme.



9. Another discussion turns around improving compliance and risk management. The idea is to make risk management even more independent and to require corporations to establish the position of a chief risk officer at the top management level.

10. A long-term debate centers on corporate governance on the supervisory board. One proposal calls for improving the internal policy regarding the appointment of supervisory board members of banks in order to raise the level of qualification and diversity of managers. It is, however, unsettled whether such diversity in fact contributes to improve internal corporate governance.

11. Another proposal aims at the interests that shall be protected by the supervisory board. Traditionally, the supervisory board shall protect the interest of the corporation and its shareholders. Recently it has been proposed that the board should also take into consideration the interests of other groups, like bank customers and other stakeholders. In addition, some commentators advocate that in cases of substantial or systemic risks the supervisory board should inform the governmental supervisory authorities.

12. The debate on reforming internal governance structures centers around equity capital and securing liquidity of banks. Most commentators agree that in the long run, only a higher equity ratio will bring the necessary stabilization effect. Moreover, a possible risk transfer shall not exclusively depend on internal calculation models but requires effective control through supervisory authorities based on external calculation models.

13. In addition, internal corporate governance shall be improved by establishing a responsibility of bank shareholders for the risk profile of their bank. However, making shareholders in general (not only majority shareholders) responsible for internal corporate governance and the risk profile is hardly in line with the common corporate law concept of limited duty of loyalty of shareholders.

14. In the area of external corporate governance, many commentators plead for replacing fair value-valuation of assets (mark-to-market-valuation) by a less procyclical valuation method. Some propose to return to the “lowest value”-principle under domestic German accounting rules, i.e., to value at the lower of market value and initial costs. In most cases, this will be initial costs which then will provide additional equity capital in the form of hidden reserves. Another idea would be to adjust the (minimal) equity capital quota on a procyclical basis.

15. Another subject for reform is the area of auditing. It is proposed to develop the audit report to a full-fledged report on substantial risks in audited financial institutions submitted to the supervisory authorities and to require those authorities to effectively evaluate and utilize the results produced by the auditors.

16. Rating Agencies have been among the first targets of EU reform regulation in the form of a “Rating Ordinance” providing for a duty to register and an administrative supervision. In addition, the Ordinance sets minimum standards relating to rating agency independence.

17. According to many experts, one trigger of the global financial crisis has been the multi-layer securization of receivables causing the detachment of the receivable from the underlying risk. In many cases, the issuing banks were not liable. Therefore, some commentators have proposed to prohibit multiple securizations entirely. This would allow a higher degree of transparency. The structures of responsibility and liability would become clearly visible. The EU Commission seems to prefer a graduated approach with

national supervisory authorities checking the correctness of the valuation of the risk of the underlying receivable.

18. Another proposal calls for the establishment of a European agency for the examination and admission of financial products. However, this proposal raises a number of difficult questions. It is unclear, how this examination should be performed, under which responsibility, whether a remedy shall be available against a negative result and whether the respective agency shall be held liable in case the examination turns out to be incorrect thereby causing damages to investors who relied on the admission.

19. The regulatory debate on short sale limitation needs some differentiation: In general, short selling is a well-accepted and useful instrument by which a specific evaluation of a certain commodity is communicated to the financial market. The situation is different if speculators by deliberately spreading rumors try to manipulate the market in order to initiate a fall in the market. According to many commentators a complete prohibition of short sales would be an overreaction. Instead a temporary prohibition limited to the duration of the market disturbance appears preferable and sufficient.

Beyond the traditional dichotomy of private and public law, modern corporate law and securities regulation offers a great variety of different regulatory instruments and methods that are applied in order to overcome the global financial crisis. Main areas of regulatory activity are internal and external corporate governance of banks and of corporations in general. Crucial questions turn around the proper level of regulation (domestic, European, international level) and the type of regulation (industry specific and temporarily or comprehensively and permanently, directly through substantive rules or indirectly through disclosure). It becomes evident that regulating corporations and its financial markets in a global world gets rather more complex than easier.

# Diskussion

zu den Referaten Tietje und Merkt

**Herr Sandrock:** Meine Damen und Herren, die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht, deren Satzung ich allerdings nie gelesen habe, hat wohl nicht nur die Aufgabe, Theorien zu entwickeln, sondern auch praktische Aufgaben zu lösen. Und meines Erachtens gibt es in der Praxis im Augenblick zwei Baustellen:

Die erste Baustelle gilt der Vermeidung von Finanzmarktkrisen. Ein Beispiel einer solchen Krise haben wir in den Jahren 2007 bis 2009 erlebt, und dieses Beispiel sollte uns zu denken geben. Die völkerrechtlichen Organisationen – das haben Sie, Herr Tietje, klar ausgeführt, – nämlich IWF, Weltbank, ECOSOC, FSB und der Baseler Ausschuss haben kaum Macht dazu. Also bleiben nur die privaten Organisationen. Und welche private Organisation könnte das sein? Im Vordergrund steht der „private“ „International Accounting Standards Board“ (IASB) in London. Sie wissen, dass für alle Gesellschaften, deren Aktien oder Anleihen an europäischen Börsen gehandelt werden, kraft einer EU-Verordnung die „International Accounting Standards“ (IAS) zusammen mit den „International Financial Reporting Standards“ (IFRS) gelten. Diese IAS/IFRS werden von dem genannten Board aufgestellt. Leider haben die grundlegenden deutschen Bilanzierungs-Prinzipien, etwa das deutsche Niederstwertprinzip, das am Gläubigerschutz orientiert ist, in diesen Standards keinen Ausdruck gefunden. Das gleiche gilt für andere grundsätzliche kontinentaleuropäische Bilanzregeln. Stattdessen orientieren sich die IAS/IFRS am Tageswert („fair value“), der in der angelsächsischen Finanzwelt maßgebend ist, weil in dieser Welt der Anleger im Mittelpunkt steht. Die Herrschaft der angelsächsischen Kriterien ist darauf zurückzuführen, dass – wie bekannt – die vier großen weltweit tätigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften („the Big Four“) im Londoner Board das Sagen haben. Es mögen sich auch Kontinentaleuropäer unter den Mitgliedern des Board befinden. Aber als Angehörige der „Big Four“ sind sie völlig „angliert“ oder „amerikanisiert“.

Die IAS/IFRS Regeln erstrecken sich über etwa 470 Seiten des EU Amtsblatts. Sie sind systematisch wenig geordnet. Auch inhaltlich überzeugen sie vielfach wenig. Ich will nur ein Beispiel herausgreifen: Die IAS 27 beschäftigen sich mit der Frage, ob auswärtige Zweckgesellschaften in der Bilanz der deutschen Muttergesellschaft zu konsolidieren sind. Die vom „Standing Interpretations Committee“ ausgearbeitete SIC-12 leistet dabei Hilfestellung. Bei der Vorbereitung eines Aufsatzes über diese Frage habe ich einmal einen deutschen Wirtschaftsprüfer gefragt: „Warum habt Ihr eigentlich Eure ausländischen Zweckgesellschaften nicht konsolidiert?“ Er antwortete: „Herr Sandrock, das war doch im Ausland, das geht uns doch nichts an. Diese Zweckgesellschaften beherrschen wir nicht. Die hatten doch durch geschickte Konstruktionen die Beherrschung durch ihre deutschen Muttergesellschaften vermieden.“ Dann habe ich ihm vom internationalen Personalitäts-, Territorialitäts- und vor allem vom Schutzprinzip berichtet. Da sagte er: „Was ist das? Das Schutzprinzip?“ Ich habe ihm geantwortet, auf Grund dieses Schutzprinzips hätte man die ausländischen Zweckgesellschaften konsolidieren müssen. Er entgegnete mir erstaunt: „Warum hat mir niemand etwas davon erzählt?“

Darin liegt die Crux. Weder sind unsere Wirtschaftsfachleute internationalrechtlich versiert, noch haben unsere bewährten kontinentalrechtlichen Bilanzierungsstandards – z.B. das Niederstwertprinzip – Eingang in die IAS/IFRS gefunden. Stattdessen gilt der „fair value“. Man könnte scherzhaft fragen: Was ist der „fair value“ der DGVR, nachdem sie sich in eine rechtsfähige Gesellschaft umgewandelt haben wird?

Ich will noch ein weiteres Beispiel zitieren: nämlich die Deutschen Landesbanken. Sie stellen ein einmaliges Trauerspiel dar. Weder die deutsche Politik war sich dieses Trauerspiels bewusst noch diejenigen, die diesen Banken das Testat erteilt haben. Der von mir bereits erwähnte Wirtschaftsprüfer sagte mir: „Ich hätte das Testat nie gegeben, wenn ich das gewusst hätte.“ Man hat jetzt Hunderte von Milliarden Euros in Bad Banks versenkt. Vielleicht werden diese Papiere in 30 Jahren mal etwas wert sein. Jedenfalls sollten wir uns reiflich überlegen, was jetzt zu tun ist.

Die zweite große Baustelle, die ich sehe, betrifft das Völkerrecht. Es geht um die Staatsverschuldung. Sie wissen, dass die südlichen Peripherieländer in Europa in unvertretbarem Maße überschuldet sind. Der amerikanische Staat ist ebenso überschuldet. Darin liegt die nächste Bombe, die demnächst platzen wird. Was können wir da tun? Als Privatrechtler bin ich da natürlich überfordert. Ich meine allerdings – und dies wäre eine Aufgabe der DGVR –, ein Statut mit Regeln für Staatskonkurse müssten geschaffen werden. Dies wäre höchst dringlich. Sie wissen ja, dass sich die deutschen und europäischen Banken die Hände reiben über die Hilfen, die den notleidenden Ländern in der Peripherie – Irland, Portugal usw. – jetzt gegeben werden. Denn die genannten Banken haben maximale Forderungen diesen Ländern gegenüber. Auf Kosten der Steuerzahler würden diese Banken vielleicht 100% erhalten. Im Staatskonkurs bekämen sie sicherlich nur etwa 60%. Das wäre also eine zweite Aufgabe, die meines Erachtens zu lösen wäre. Das ist aber Völkerrecht. Privatrechtler sollten indessen auch daran mitwirken. Danke sehr.

**Herr Riedel:** Vielen Dank Herr Vorsitzender, ganz herzlichen Dank an beide Referenten. Das war ein wirklich spannender Morgen für mich, der er ich kein Wirtschaftsvölkerrechtler bin. Wie Herr Nolte schon ausgeführt hat, waren am Anfang beide Referate so konzipiert, dass auch Nichtspezialisten etwas dazu sagen können. Das will ich jetzt tun. Vielen Dank dafür.

Christian Tietje, in These 9 werden die G20 als „Soft Organization“, als funktionales Substitut des ECOSOC gekennzeichnet. Haben wir eine neue Kategorie der internationalen Organisationen, neben IGOS, INGOS, NINGOS, QUANGOS und so weiter und sofort, jetzt X-OS? Die G20-Staaten wollen das sicherlich, um sich größtmögliche Handlungsfreiheit und Ungebundenheit zu reservieren, weil ja ganz schnelle Entscheidungen getroffen werden können.

Die zentrale These ist meines Erachtens These 14, wo Du sagst: „Art. 1(3), 55 und 56 der Charta gebieten eigentlich die Schaffung einer Weltfinanzordnung, um Compliance-Fragen adäquat überprüfen zu können. Bräuchten wir etwa, um ein Beispiel her auszugreifen, Human Rights Impact Assessments vorher? Wo, wann und wie?

Und Herr Merkt, Sie haben in Thesen 9 bis 11, die von Christian Tietje bereits auf intergouvernementaler Ebene angesiedelte Problematik der „Compliance Control“ und des „Risk Managements“ auf innerbetrieblicher Ebene sehr schön als „Self Assessment“ betrachtet und die Einführung etwa eines „Chief Risk Officers“ und Kontrollen durch

die Aufsichts- und Kontrollgremien erörtert und am Schluss dann auch noch Codes of Conduct als mögliche Selbstbindungsmechanismen benannt. Wahrscheinlich sind beide Ansätze – der intergouvernementale und der innerbetrieblichen Ansatz – gleichzeitig notwendig. Corporate Governance auf der intergouvernementalen Ebene und auf der selbstregulierenden Ebene, vor allen Dingen um eine Vorwegnahme der Außenkritik sicherzustellen.

Wichtig wäre, wieviel gouvernementaler Kontrolle die Kapitalmärkte bedürfen. Das ist natürlich eine Riesenfrage und inwieweit diese Kontrollen auf der nationalen Ebene an internationale Normen gebunden sind. Sind die Vereinten Nationen, und das ist Frage an beide, speziell ein wiedererweckter ECOSOC, der ja eine „sleeping beauty“ ist oder eine oft vorgeschlagene Sonderorganisation in dem gesamten Bereich, dazu überhaupt in der Lage? Vielen Dank.

**Herr Herdegen:** Ich möchte beiden Referenten danken für Ihre anregenden Referate, die sich auch in Ihrem unterschiedlichen Ansatz und unterschiedlichen Sättigungsgrad sehr schön ergänzen. Ich darf nach der eher kupferstichartigen Präsentation von Herrn Merkt einmal den groben Pinsel nehmen und einige eher perspektivische Fragen stellen. Wir haben es im Grunde, obwohl beide Referenten von einer Weltfinanzkrise sprechen, mit einer Finanzkrise der westlichen Industriestaaten zu tun. So wird das auch in Lateinamerika, Afrika und Asien gesehen, wenn man dort hinkommt. Das scheint mir auch in den normativen Instrumentarien zum Ausdruck zu kommen, die beide Referenten diskutiert haben. Wenn ich richtig sehe, haben wir es mit einem Kräftevieleck zu tun, in dem verschiedene Akteure tätig sind. Wir haben die privaten Akteure, die unmittelbar an Kapitalmarkttransaktionen beteiligt sind. Wir haben private oder hybride Akteure, die Standards setzen, wenn wir dabei etwa an die internationalen Standards zur Rechnungslegung denken. Das sind im Grunde schon hybride Standards, eine Art legislatives Outsourcing. Durch den Verweis oder den Rückgriff der Gesetzgeber auf die privaten Regelwerke wachsen deren Autoren in die Funktion eines internationalen Normsetzers, obwohl sie an sich rechtskonstruktiv noch im Privaten verbleiben. Dann haben wir Staaten und die Ebene der internationalen Kooperation, der weichen internationalen Kooperation und der harten Kooperation innerhalb und außerhalb internationaler Organisationen. Meine Frage an beide Referenten wäre, wie sie perspektivisch die Verschiebungen in diesem Kräftespiel sehen?

Herr Tietje spricht sich dafür aus, dass es eine Aufgabe der internationalen Finanzarchitektur sei, einen verlässlichen Rahmen zu schaffen für eine spontane Ordnung. Wie spontan soll sie denn sein? Wie stark reguliert? Was können wir noch an weiteren Kosten hinzunehmen, die mit den Entdeckungsprozessen einer spontanen Ordnung verbunden sind? Was hält die Weltordnung da noch aus, auch unter dem Gesichtspunkt internationaler Kooperationen und angemessener Solidarität. Wird der Staat gegenüber den privaten Akteuren mächtiger, wo er „Rocher de Bronze“ in unserer europäischen und internationalen Finanzkrise geworden ist? Müssen wir ernsthaft darüber nachdenken, dass wir internationale Organisationen mit neuen Kompetenzen betrauen oder bleiben wir in der Grauzone dessen, was Sie beide als „soft law“ unterschrieben haben? Wir wissen, dass sowohl aus privatrechtlicher wie aus völkerrechtlicher Sicht der Begriff des „soft law“ ein sehr weiter Mantel ist.

Die Standards des Baseler Bankenausschusses sind „soft law“, Herr Tietje hat es ausdrücklich so gesagt. Herr Merkt meint, sie seien supranational. In einem sehr weiten

Sinne hat dieser Ausschuss so eine „supranationale“ Funktion, auch wenn wir wissen, dass seine Standards nicht bindend sind. Dennoch ist die „compliance rate“ wahrscheinlich höher als bei einer Fülle von internationalen Verträgen; Nur auf der Zeitachse nehmen sich die USA ab und zu ein bisschen mehr Zeit, aber umgesetzt wird das am Ende in mehr als 100 Staaten. Es ist dann also eine Supranationalität im Faktischen. Es ist auch etwas, was sich mit dem Begriff des „Global Administrative Law“ nur unzureichend erfassen lässt, weil wir hier wieder eine große Vielgestaltigkeit haben. Natürlich sind auch die Standards von Basel „Global Administrative Law“, weil dabei die Chefs von Verwaltungsbehörden und Exekutivorganen mitwirken. Dann wäre meine Frage an beide Referenten: In welchen Bereichen sollen wir denn weitergehen, neue völkervertragliche Kompetenzen begründen?

Ich will hier nur einige Stichworte nennen, um perspektivisch, das was Sie, Herr Tietje, mit dem Ruf nach einer neuen „Global Governance“ umschrieben haben, etwas mit Substanz zu unterfüttern. Sollen wir dem Internationalen Währungsfonds durch Vertragsänderung neue Aufgaben geben, etwa bei der Frage der Wechselkursmanipulation, wo der IMF zwar zuständig, aber ein zahnlöser Tiger ist? Wir kennen die Verwerfungen, die durch diese Wechselkursmanipulationen eintreten. Soll der IWF, dessen Legitimität durch die letzten Reformen gestärkt worden ist, durch die neuen Strukturen im Rahmen der Staateninsolvenz Funktionen erhalten? Soll er einseitige Umschuldungen ähnlich kontrollieren können, wie das bei Devisenkontrollbeschränkungen möglich ist? Soll unter seinem Dach ein „Sovereign Debt Tribunal“ eingerichtet werden? Oder machen wir was ganz anderes, nach dem Vorbild von ICSID? Denn irgendwie werden wir das wohl in einen völkervertraglichen Rahmen gießen müssen, wenn wir auf internationaler Ebene hier wirklich weiterkommen wollen. Wie ist es mit den Rating-Agenturen? Kommen wir auf Dauer damit weiter, dass wir das alles im privaten Bereich lassen und nur deutlich stärker reglementieren, als wir das bis jetzt gemacht haben? Ist es etwa nicht auch eine Aufgabe der Internationalen Gemeinschaft, diese Instrumente selbst in die Hand zu nehmen? Wie ist das mit diesen Kreditausfallversicherungen? Wollen wir das so lassen, wie bisher oder ganz verbieten? Wie sieht es auch mit diesen kaskadenartigen Verbriefungen aus, von denen Sie gesprochen haben, Herr Merkt? Sind all das Aufgaben der Internationalen Gemeinschaft? Verbleibt das besser weiterhin im nationalen oder im EU-Rahmen? Soll also vom Kompetenzgefüge her alles beim Alten bleiben oder sehen Sie perspektivisch neue Gewichtverschiebungen?

**Herr Paulus:** Vielen Dank an beide Referenten für zwei außerordentlich aufschlussreiche Referate, insbesondere für einen Laien auf beiden Gebieten, zu denen ich mich zähle. Ich hätte eine Frage an Herrn Tietje, eigentlich zwei, die anschließen an das, was Herr Riedel vorhin gefragt hat. Sie haben gesagt, Sie wollten die Rolle der Vereinten Nationen stärken, und haben das u.a. mit dem Verfassungscharakter der Charta begründet. Ist das der einzige Grund? Was erwarten Sie sich konkret von den Vereinten Nationen und vom ECOSOC? Was soll der Rat machen, was die bisherige Struktur oder was die G20 nicht können? Geht es um die Berücksichtigung anderer Normensysteme, insbesondere Menschenrechte? Geht es um soziale Anliegen, die anderswo nicht verwirklicht werden? Wie stellen Sie sich das Verhältnis dann vor, zwischen dem ECOSOC einerseits und den G20 andererseits, denen Sie ja hier den Status einer Quasi-Organisation gegeben haben?

Der zweite Punkt: Wenn man die G20 als eine „Soft Organization“ bezeichnet, was bedeutet das genau für den Status und die Verbindlichkeit dessen, was dort beschlossen wird? Bisher hat man ja zum Teil den Eindruck, die G20 sind eine Art Ersatzorganisation, also eigentlich der Ersatz für eine Organisation, die über regelmäßige Konferenzen hinausgeht. Man verpflichtet sich selbst und dann wird das zu Hause in Regulierung umgesetzt, und wenn es zu Hause Probleme gibt – damit komme ich zum Legitimationsproblem – dann sagt man: „Da können wir nichts daran ändern, das haben wir bei den G20 versprochen.“ Das ist natürlich dann noch einmal weniger als den Weg, den man ja in Europa schon kennt, den Weg zur EU, indem man sagt: „Das haben wir in der EU beschlossen.“ Aber da sind es dann wenigstens formale Rechtsakte. Bei den G20 ist es ja noch einmal weniger. Es ist nicht mal ein formaler Rechtsakt und trotzdem wird er in einer Weise verwendet, der dann den Regelungsspielraum in der EU und den Restregelungsspielraum national noch weiter einschränkt. Was muss man letztlich an der G20 verändern, um jedenfalls die Legitimation dieses Gremiums so zu erhöhen, dass dann Verbindlichkeitsansprüche besser untermauert sind?

Und die dritte Frage betrifft die Rolle der Europäischen Union in dem Ganzen: Wir haben in den G20 sowohl die Mitgliedstaaten der EU sitzen als auch die EU selbst. Nun haben wir auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet eigentlich ja kaum noch nationale Regelungskompetenzen, die über Ausfüllungskompetenzen hinausgehen. Wie ist das Verhältnis? Ist es überhaupt richtig geklärt? Wer spricht für die EU und was machen wir, wenn die Mitgliedstaaten da eine etwas andere Position vertreten als die EU selbst? Vielleicht würde auch ein kleiner Einblick in die Praxis da schon genügen. Vielen Dank.

**Herr Wolfrum:** Zunächst einmal ganz herzlichen Dank beiden Vortragenden für ausgesprochen spannende Vorträge zu hochkomplexen Themen und ein Dank an den Vorstand für die Auswahl eines interessanten, zeitgemäßen Themas, wo zumindest bei mir sehr viel Nachholbedarf besteht. Meine Fragen gehen an beide, wenn auch vielleicht etwas mehr an Herrn Tietje. Ich darf mit Herrn Tietje beginnen.

Für mich ist als Ausgangspunkt sehr zentral Ihre These 15, zweiter Satz, nämlich dass die Weltfinanzordnung ein notwendiges Mehrebenensystem ist, der ich hundertprozentig zustimme. Die Frage, und das ist eine institutionelle Frage, wie es auch in Ihrer Gliederung ausgewiesen ist, wer sind denn nun diese Institutionen? Nach Ihrer Meinung, die G20 – Herr Herdegen hat darauf schon hingewiesen – die Weltbank, der Weltwährungsfonds und der ECOSOC. Jetzt habe ich aber die Frage: Wie stehen diese zueinander? Diese Frage müsste noch einmal angesprochen werden. Die G20 sind gegründet worden mit dem Ziel, gerade keine internationale Organisation zu schaffen und mit dem Ziel, gerade den ECOSOC zu vermeiden. Also hier müssten wir berücksichtigen, was die Intentionen der Gründer der G20, bzw. G8, waren. Aber wir müssen uns nicht nur entscheiden, wie das Verhältnis der angesprochenen Organe zueinander ist, sondern auch wo die Standards, auf deren Basis diese Institutionen entscheiden sollten, herkommen. Sie verweisen völlig richtig auf Art. 55 und 56 UN Charta als globale Standards. Hier würde ich Ihnen zustimmen. Diese binden sicher den ECOSOC und die Sonderorganisation. Aber was ist das Verhältnis von Art. 55 und 56 der UN-Charta zu den G20? Wenn Sie diese zu einer internationalen Organisationen machen wollen, würde ich ein Fragezeichen setzen. Wenn es nur ein Netzwerk ist, ist die Bindung natürlich über die Staaten erreicht. Deswegen würde ich vorsichtig sein, die G20 institutionell zu sehr auszubauen; sie verlieren damit an materieller Bindung. Eine weitere

Frage: Es müssen ja weitere Standards entwickelt werden. Weitere Standards könnten entwickelt werden im Rahmen der G20, auch des ECOSOC, aber auch, worauf Herr Paulus hingewiesen hat, im Rahmen von Basel. Hier müsste man sich die Frage stellen, welche der so entwickelten Standards, abgesehen von der Koordination, haben denn aus der Sicht des nationalen Gesetzgebers die größte Legitimation; oder wie können wir die Legitimation überhaupt herstellen? Hier scheint mir noch ein erheblicher Nachholbedarf in der wissenschaftlichen Aufarbeitung zu liegen. Wie kann in diesem sehr schwierigen, teils technischen Bereich mit möglicherweise weitreichender Belastung für die Bürger, die demokratische Legitimation gesichert werden? Dies bringt mich zu meiner letzten These. Es sollte versucht werden, das System institutionell zu fokussieren, und zwar vom Gesichtspunkt her, dass diese Fokussierung von der größtmöglichen demokratischen Legitimation getragen wird. Demokratische Letztlegitimation ist m.E. der Lackmустest für diese Fokussierung. Damit habe ich noch nichts darüber gesagt, wie diese Standards aussehen sollten. Dies geht weit über meine Erfahrung hinaus. Vielen Dank.

**Herr Weber:** Vielen Dank für diese sehr übersichtlichen und kenntnisreichen wie detaillierten Referate, vor allem im zweiten Teil. Viele der Fragen, die ich mir notiert hatte, sind im Grunde schon gestellt worden. Die entscheidende Frage, die Herr Tietje wohl in den Vordergrund stellt, war die nach einer Art „Soft Law-Völkerrechtssubjektivität“ der G20. Ich weiß nicht, ob wir das jetzt schon normativ einfangen müssen, oder ob es nicht wichtiger ist, zu überlegen, wie man dies stärken oder institutionell besser verankern könnte; welche Entscheidungsmöglichkeiten sind vorhanden, die dann die Staaten intern binden? Möglicherweise ist das ein Weg, auf dem sich eine internationale Organisation graduell entwickelt. Wenn ich es richtig sehe, haben wir eine eklatante Durchsetzungsschwäche der G20. Ich bin mir nicht mal sicher, ob man von Selbstverpflichtungen oder Gentlemen Agreements sprechen kann, oder was es da alles an Beschlussformen gibt.

Die zweite Frage ist nur eine kurze Informationsfrage. Mir ist nicht ganz klar geworden, welche rechtliche Natur der Financial Stability Board hat? Sie haben ihn als vierte Säule bezeichnet.

Und das Dritte wäre: Sie haben auch einen kurzen Abstecher zum europäischen Finanzmarktstabilitätsmechanismus gemacht. Er ist im Kern nun am letzten Freitag beschlossen worden und es ist natürlich wichtig, dass eine regionale Finanzmarktstabilisierung im Rahmen einer internationalen Finanzordnung auch funktioniert. Die Frage ist natürlich auch im Hinblick auf die beabsichtigte Stärkung des Sanktionsmechanismus des europäischen Stabilitätspaktes von Interesse.

**Herr Basedow:** Ich habe in der Diskussion verschiedentlich von Institutionen und ihrem Verhältnis zueinander gehört. Auch das Thema Legitimation ist mehrfach angeklungen. Worüber nicht gesprochen worden ist, ist die Frage nach der Effizienz dieses Systems. Sie müsste aber am Anfang stehen; erst danach kann man sich über Legitimation Gedanken machen. Und übrigens hat das durchaus auch was mit unserer Satzungsdiskussion über den Namen der Vereinigung zu tun. Es ist die Frage, welche Akteure wir im Auge haben. Bei Herrn Tietje hieß es an einer Stelle: „Finanzinstrumente sind in erster Linie Erzeugnisse des nationalen Rechts.“ Und er hat in diesem Zusammenhang auch über völkerrechtliche Institutionen gesprochen. Aber im Kern sind die Finanz-



instrumente doch nicht ein Erzeugnis des Rechts, sondern der privaten Akteure. Das sind diejenigen, die ihr Geld anlegen oder auch nicht anlegen, die irgendwelche fantasievollen Konstruktionen erzeugen, Derivate und so weiter. Ich glaube – und deswegen sage ich, das hat etwas mit unserer Namensgebung zu tun – man muss die Akteure in ihrer vollen Breite ins Blickfeld nehmen und nicht nur von Freiheitsräumen sprechen, in denen die Privaten tätig werden dürfen. Wenn man sich allein die Kapitalmengen anguckt, um die es geht, so steht eindeutig das private Kapital im Vordergrund; gleiches gilt für die ganzen privat ersonnenen Konstrukte wie „Subprime Mortgages“, „Securitisation“, „Special Purpose Vehicles“ und wie sie alle heißen. Das sind private Kreationen. Wer nicht sie in den Mittelpunkt der Untersuchungen stellt, der wird, glaube ich, die Effizienz des Systems nicht erreichen. Erst danach kann man über Legitimation sprechen.

Was die vielen Institutionen betrifft, so würde ich vielleicht noch einen Punkt zu bedenken geben: Mancher möchte zu schnell auf Lösungen mit weitreichenden Eingriffen in die Befugnisse der einzelnen Staaten zusteuern, die politisch gar nicht machbar sind. Wäre es demgegenüber nicht sinnvoll, zunächst einmal auf internationaler Ebene Institutionen oder eine Institution zu schaffen, die gewissermaßen eine Beobachtung und Analyse der Finanzmarktsituation vornimmt? Ich vertraue immer darauf, dass, wenn irgendwo jemand „Feuer“ ruft, sich dann auch eine Feuerwehr finden wird. Daher meine Frage an die beiden Referenten: Wie könnte eine solche Institution aussehen, die zunächst einmal die Finanzmärkte analysiert und dann die Frage des Handelns und der politischen Bewertung vielleicht anderen überlässt?

**Herr Stoll:** Ja, zunächst einen Dank an beide Referenten. Herr Merkt: nach ihrem Vortrag möchte ich fragen, was Sie denn vorschlagen? Wäre es gut, wenn Deutschland allein handelt? Müssen andere Akteure hinzukommen? Wozu führt es, wenn jeder Staat etwas anderes tut? Wie viel Harmonisierung ist erforderlich?

Und an Christian Tietje im Grunde die Gegenfrage: Ist das Ganze nicht wesentlich ein Problem der Industriestaaten, die das in der G20 mit den nächstbetroffenen Emerging Economies allein lösen könnten? Wenn man davon ausgeht, das Dritte betroffen sind: in welcher Form sind sie eigentlich betroffen? Und kann man sagen, dass die G20 für ihr Tun vielleicht eine Art Sachlegitimation hat? Die Mitglieder der G20 haben zwar zum Teil einen Verursachungsbeitrag zur Finanzkrise geleistet, verfügen aber auch über das meiste Wissen darüber, wie man dies regulieren kann. Eine Situation, mit der auch das Aufsichts-, Umwelt- und Kapitalmarktrecht umgehen muss. Und ist nicht dann der Rückgriff auf Art. 55 und den ECOSOC etwas zu weit gegriffen?

**Herr von Bogdandy:** Auch ich habe viel gelernt von diesen strukturierenden Beiträgen. Ich habe zunächst zwei Fragen an Herrn Tietje.

Die erste Frage betrifft eine Spannung zwischen These 10 und These 12. These 10 beschäftigt sich mit dem Phänomen spontaner Ordnung. In Ihrem Vortrag haben Sie gesagt, dass Regulierung als Ausnahme zu denken sei. Da lautet meine Frage: Ist das eine rechtliche Aussage, vielleicht auf bestimmte Menschenrechte gestützt, oder ist das eine normative Aussage mit anderer Grundlage? Sollt es als rechtliche Aussage gedacht sein, so gibt es eine erhebliche Spannung mit These 12. Sie besagt zutreffend, dass Finanzinstrumente durch innerstaatliche Rechtsstrukturen erst geschaffen werden. Wie Ralf Michaels gestern sagte, hat jede Rechtsstruktur immer auch einen regulatorischen

Charakter. Dann aber ist die Prämisse von Art. 10, dass Regulierung die Ausnahme zu sein hat, nicht überzeugend.

Der zweite Punkt betrifft das weitere Vorgehen. Sie sprechen von einer erweiterten Akteursperspektive. Ich glaube, dass wir gerade als Juristen dogmatisch einiges leisten können, wenn wir uns die Instrumente anschauen. Da müssen wir nicht *de lege ferenda* reden, sondern wir haben Instrumente (z.B. Rankings, Warnungen, Informationen), also Instrumente der neuen Finanzarchitektur, die viele Institutionen schon benutzen, die eine relative dichte Regulierung haben. Hier gibt es viel positives Material, an dem wir uns als Juristen bewähren können.

Zu Herrn Merkt, eine Frage mit Blick auf These 1: Sie sagen, die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zerfließe und sei nicht mehr wichtig. Aber bleibt sie nicht doch ganz wichtig mit Blick auf die Geltung der Grundrechte? Dies schließt an meine erste Frage an. Also, wenn wir eben im Bereich des öffentlichen Rechtes sind, dann ist dieser wesentlich dadurch definiert, dass Grundrechte Anwendung finden. Ich glaube, dass dadurch doch eine Grenzziehung eingefordert wird zwischen dem öffentlichen und dem privaten Bereich.

**Herr Tietje:** Ich werde versuchen, auf die spannenden und gewinnbringenden Diskussionsbeiträge thematisch geordnet und damit nicht chronologisch anhand der Redner einzugehen. Dabei wird es mir nicht möglich sein, alle angesprochenen Einzelheiten zu erörtern. Wichtig erscheint mir vielmehr, insbesondere auf ein Thema einzugehen, das in der Diskussion immer wieder hervorgehoben wurde: die Rolle und Leistungsfähigkeit der G20.

Zunächst eine Vorbemerkung: der Begriff der „soft organization“ ist nicht von mir, sondern von Jan Klabbers, der hierzu vor einiger Zeit einen sehr substantiellen Beitrag vorgelegt hat. Wichtig ist mir nochmals zu unterstreichen, dass mit dem „terminologischen Versuch“ der „soft organization“ versucht wird, über das rein Faktische hinausgehend rechtliche Strukturen mit dieser Art von Organisation zu verbinden. Damit wird dogmengeschichtlich betrachtet nur das gemacht, was auch schon die Entwicklung der Diskussion zum „soft law“ kennzeichnete. Zugleich ist klar, dass der Verweis auf „soft organizations“ in gewisser Weise unbefriedigend ist, insbesondere dann, wenn man eine Völkerrechtssubjektivität von z.B. der G20 ablehnt. Das ändert aber nichts daran, dass mit dieser Begrifflichkeit die Rechtsperspektive überhaupt erst ermöglicht wird.

Die Rechtsperspektive ist notwendig – und damit schlage ich auch ein wenig den Bogen zu den Vereinten Nationen – um überhaupt juristisch diskutieren zu können, ob die VN die bessere Organisation im Hinblick auf die Weltfinanzordnung sind. Ich bin dort, vielleicht haben sie es gemerkt, in meinem Referat ambivalent und unklar geblieben, da die Probleme im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit oder auch Nichtleistungsfähigkeit, insbesondere des ECOSOC, aus verschiedenen historischen und politischen Gründen heraus auf der Hand liegen. Um es vielleicht etwas zugespitzt zu formulieren: Das Grundproblem der Vereinten Nationen im gesamten Diskussionsprozess zu einer Weltfinanzordnung bzw. zu einem Weltwirtschaftssystem insgesamt ist, dass in den 1970er Jahren viel zu viel Porzellan zerschlagen wurde, was bis heute nicht wieder geklebt werden konnte. Die damalige Diskussion zu einer neuen Weltwirtschaftsordnung hat leider viel an Möglichkeiten, die die VN-Charta bietet, institutionell und materiell,

versperert. Auch die positiven Entwicklungen der späteren Zeit, z.B. die Reform von UNCTAD oder die Gründung der WTO, konnten hieran nichts ändern

Da die VN aus den genannten Gründen kaum geeignet sind, eine Führungsrolle im internationalen Wirtschaftssystem einzunehmen, hat die internationale Gemeinschaft rein pragmatisch orientiert institutionelle Kompetenz ausgelagert, und zwar heute durch die G20 wesentlich intensiver als Anfang der 1970er Jahre bei der Gründung der Library-Runde im Weißen Haus und dann der G7/G8. Damals handelte es sich letztlich um einen Club der Industrieländer, heute haben wir hingegen deutlich die Schwellenländer und im Ansatz auch die Entwicklungsländer mit im Boot. Dadurch spiegeln sich – jedenfalls im Ansatz – in der G20 und anderen Institutionen die Strukturen der VN wider. Nur so ist die Umschreibung der G20 als funktionales – also gerade nicht rechtliches – Substitut des ECOSOC zu verstehen.

Mit der Umschreibung der G20 als funktionales Substitut des ECOSOC stellt sich zwangsläufig die Frage der rechtlichen Einordnung dieser „soft organization“. Konkret geht es darum, die G20 rechtlich zu erfassen und nach den Bindungs- und Legitimationswirkungen ihres Handelns zu fragen. Dabei, um auf die Frage von Herrn Wolfrum einzugehen, stellen sich natürlich rechtliche Probleme, die wir immer haben, wenn es um die Bindung internationaler Organisationen an das Völkerrecht geht. Ob wir das nun unmittelbar konstruieren, also durch ihre Rechtssubjektivität bedingt die Bindung an das Völkerrecht herstellen, oder mittelbar über die Mitgliedstaaten – unsere Gesellschaft hat sich hiermit auf der Grazer Tagung befasst – will ich an dieser Stelle nicht weiter erörtern. Die Diskussion ist bekannt. Ich meine nur – und das ist der zentrale, vielleicht etwas pragmatische rechtspolitische Gesichtspunkt – dass eine Bindung der G20 gegeben ist. Nur darauf kam es mir an, denn es wird oftmals übersehen, dass die G20 eine Bindung an Gemeinwohlbelange aufweisen. Dies kann man als vielleicht zu abstrakt, als „Kieler Idealismus“ – ich habe übrigens überhaupt kein Problem hiermit, ich sehe das als Kompliment an – bezeichnen. Ich meine allerdings, dass der Ausgangspunkt, nämlich die mehrfach artikuliert Frage, ob die Finanzmärkte wirklich von individueller Freiheit geprägt sind und damit die Frage, ob der freie Markt die Regel, hoheitliche Intervention die Ausnahme sein sollte, aus Art. 55, 56 und 1 Ziff. 3 VN-Charta beantwortet wird. Ich sehe in den Vorgaben der VN-Charta und den internationalen Menschenrechtskodifizierungen ein klares Freiheitsbekenntnis, ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten individueller Freiheit und erst dann die Ausnahme der rechtfertigungsbedürftigen staatlichen Intervention. Daran ändert nichts, dass Finanzmarktinstrumente immer Rechtskonstruktionen sind. Das ist nur eine Grundbedingung der Freiheitsverwirklichung und hat mit Regulierung zunächst nichts zu tun. Regulierung ist insofern immer der Zugriff auf die durch Recht gegebene und ermöglichte Freiheitsverwirklichung. Insofern sehe ich, lieber Armin von Bogdandy, keinen Widerspruch zwischen meinen Thesen.

„Wie viel spontane Ordnung soll es sein“, hat Herr Herdegen gefragt. Ich möchte hierzu nur mit dem historischen Hinweis antworten, dass die Wohlfahrtsgewinne der Jahre 2000 bis 2007, die aus der internationalen Finanzmarktliberalisierung und -deregulierung erwachsen, nicht vergessen werden sollten. Eine Relation zwischen den Wohlfahrtsgewinnen aus der Finanzmarktliberalisierung und den Rettungspaketen, die staatlich geschnürt wurden und werden, herzustellen, ist natürlich politisch schwer zu kommunizieren, das gestehe ich zu. Gesamtwirtschaftlich betrachtet sollte dieser Aspekt aber nicht ganz vergessen werden. Denn es waren gerade die großen, auf indivi-

dueller Freiheitsverwirklichung beruhenden volkswirtschaftlichen Gewinne der letzten Jahre, die es überhaupt erst möglich gemacht haben, so großvolumige Rettungspakete aufzulegen.

Noch ein Wort zur Intensität von Finanzmarktregulierung. Auch wenn die Finanzkrise jedenfalls teilweise überwunden ist, sind wir immer noch in einer Regulierungseuphorie oder vielleicht auch einem diesbezüglichen Aktionismus, wie auch immer man es bezeichnen will. Die damit zusammenhängenden Fragen kann man nicht nur dem politischen Geschehen überlassen. Ich meine, dass es rechtliche Rahmenbedingung für jede Regulierungsmaßnahme bzw. insgesamt die Frage, ob reguliert werden sollte, gibt.

Angesprochen wurde noch die spezifische Rolle von Entwicklungsländern. Hier ist zu sehen, dass die Finanzkrise kein ausschließliches Problem der industrialisierten Staaten war. Zunächst war die Krise auf den Finanzmärkten im engeren Sinne sicherlich auf die OECD Staaten beschränkt. Aber die Auswirkungen der Krise im Bereich der Realwirtschaft waren massiv, und zwar gerade auch für Entwicklungsländer. Hierin liegt übrigens ein weiterer Grund für den integrativen Ansatz, für den ich in meinem Vortrag plädiert habe.

In diesem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass wir insbesondere Entwicklungsländern in erheblichem Umfang Finanzmarktliberalisierungsverpflichtungen abverlangen – in Freihandelsabkommen, im GATS, etc. – die den Liberalisierungsverpflichtungsgrad der OECD-Staaten deutlich übersteigen. Das führt zu Spannungen. Auch die Entwicklungsländer erwarten mit zunehmender fortschreitender Liberalisierung ihrer Finanzmärkte Antworten auf Regulierungs- und Aufsichts Herausforderungen.

Einige Schlussbemerkungen: Was tun? Die Antwort hierauf fällt nicht leicht. Ich denke, worauf es ankommt, ist eine Stärkung internationaler institutioneller Kooperation, und zwar über rein informelle Mechanismen hinausgehend. Das könnte durch eine Änderung des IWF-Übereinkommens oder durch eine Verrechtlichung des Regelwerkes des FSB erfolgen. Auf das FSB bezogen wäre es unproblematisch, dessen Satzung in einen völkerrechtlichen Vertrag zu gießen. Wie auch immer man hier vorgeht, entscheidend ist, dass eine verstärkte Verrechtlichung eintreten muss, und zwar nicht nur aus Legitimationsgründen heraus, sondern insbesondere auch, um compliance-Gesichtspunkte zu verbessern. Weiterhin muss eine zunehmende Verrechtlichung, die übrigens bereits nach der Asien-Krise einsetzte, kombiniert werden mit verstärkten Überlegungen zu Konsequenzen für die gubernative Ebene. Das ist die eigentliche Herausforderung. Auf der technisch-administrativen Ebene lassen sich zu einzelnen Sachproblemen schnell Lösungen finden. Weitaus schwieriger ist es hingegen, eine Konstruktion einer internationalen Gubernative zu entwerfen und zu realisieren. Wie bereits hervorgehoben, bieten sich die G20 oder eben der ECOSOC hierfür an. Danke.

**Herr Merkt:** Herrn Sandrock kann ich nur zustimmen. Es geht im Kern um die Frage „Ausschüttungs- oder Informationsbilanz?“. In Kontinentaleuropa wurde immer die Ausschüttungsfunktion der Bilanz in den Vordergrund gestellt, vor allem in Deutschland. Die Amerikaner tun das nicht, denn die US-GAAP zielen auf eine Informationsbilanz. Allerdings kennt auch das US-amerikanische Recht eine Ausschüttungsbilanz, nur eben nicht nach US-GAAP, sondern nach den üblichen und branchenweiten Bedingungen der Kreditverträge (Credit Covenants). Wenn Sie die Credit Covenants anschauen, also die Kreditverträge des Unternehmens mit der Hausbank, dann stellen

Sie fest, dass dort in puncto Bilanzierungsgrundsätze im Wesentlichen das Gleiche enthalten ist, was nach HGB vorgeschrieben ist. Das US-amerikanische Recht trennt also sehr genau Informations- und Ausschüttungsbilanz. Der Sündenfall ist, die Informationsbilanz zur Ausschüttungsbilanz zu machen. Davor muss man sich hüten.

Das Thema „Self Assessment“ ist hochinteressant. Bilanz ist – selbst ohne jede Offenlegung – ein verhaltenssteuerndes Instrument. „Self Assessment“ bedeutet, dass der bilanzierende Kaufmann den Zustand seines Unternehmens sieht und entsprechend reagiert. Im Bilanzrecht spricht man von der Funktion der Selbstrechenschaft. Die Frage ist: Wird der Kaufmann verpflichtet, zu agieren, oder vertraut man darauf, dass der Kaufmann aus Eigeninteresse tätig wird? Das ist der Ansatzpunkt der aktuellen Diskussion, nämlich das Element „Self Assessment“ stärker zu betonen. Wir haben einerseits einen deutlichen Aufwuchs bei der staatlichen Regulierung, wir haben aber andererseits auch einen rasanten Aufwuchs bei der privaten Regulierung. Die Befürchtung ist natürlich, dass das erstens insgesamt zu viel ist und sich zweitens an vielen Stellen widerspricht. Es wäre daher wünschenswert, wenn sich diese Entwicklung auf ein vernünftiges Maß zurückbewegt, wobei man gerade für das Unternehmens- und Kapitalmarktrecht dabei ist, herauszufinden, wie viel staatliche und wie viel private Regulierung sinnvoll ist. Dies ist neu. Vor dreißig Jahren war dieses Maß an privater Regulierung unbekannt.

Legitimation der privaten Regulierung ist ein ganz wichtiges Thema. Wir haben ein enormes Legitimationsproblem bei den IFRS. Was die EU gemacht hat, ist eine ganz unbefriedigende Kompromisslösung, eigentlich eine Scheinlösung. Das IASB verkündet die IFRS, die stark amerikanisch beeinflusst sind, und man behauptet – ob es stimmt, ist nicht bewiesen – der internationale Kapitalmarkt erwarte die Anwendung dieser Normen. Die EU will diesen Standards die Weihe des Hoheitlichen verleihen und schafft das sogenannte „Endorsement-Verfahren“. Geprüft wird dabei, ob diese Normen mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Am Ende sind die IFRS für die kapitalmarktorientierten Mutterunternehmen in der EU verbindlich.

Das „Endorsement-Verfahren“ ist ein Feigenblatt. Es hat bisher nur einen einzigen IFRS-Standard gegeben, der noch nicht „endorsed“ wurde. Das heißt, „Endorsement“ ist praktisch ein Durchwinken dieser ganzen Standards. Dabei geht es nicht nur um das Verfahren, sondern es zeigt sich ein Demokratie-Defizit, ein Legitimationsdefizit und materiell sehen wir: die Informationsbilanz wird schleichend zur Ausschüttungsbilanz.

Auch Herrn Basedow kann ich nur zustimmen. Wie wollen Sie die Effizienz messen? Wenn wir uns an die Ökonomen wenden, stellen wir fest, dass es zu jeder empirischen Studie zwei empirische Gegenstudien gibt. Letztlich muss das Unternehmensrecht eigene Effizienzmaßstäbe entwickeln. Die Aufgabe besteht in der Tat darin, zunächst international eine Bestandsaufnahme zu machen. Nur stellt sich danach die bereits beschriebene Frage: präventive oder krisengetriebene bzw. nachlaufende Gesetzgebung. Die Feuerwehr, die sich erst nach Ausbruch des Feuers konstituiert, kommt meistens etwas spät.

Wer sollen die Akteure sein, wurde gefragt. Es gibt eine ganze Reihe von Akteuren, die gemeinsam aufgerufen sind. Man kann nicht sagen, nur diese oder nur jene oder primär jene. Gerade aus der privatrechtlichen Perspektive zeigt sich: Mit dem „Private Ordering“ übernehmen Private erhebliche Regulierungsinitiative, gegen die wir uns gar nicht wehren können.

Ein wirkliches Defizit besteht auf internationaler Ebene. Das ist der schwierigste Punkt in der ganzen Regulierung: Die formale Internationalisierung jener Standards, die man als richtig erkannt hat. Dann ist man wieder bei der Frage: Was will man? Und da zeigt sich dann wiederum, dass die Regulierungsinteressen diametral gegeneinander laufen (Stichworte: Anlegerschutz versus Gläubigerschutz, Informations- versus Ausschüttungsbilanz.)

Ganz zum Schluss noch die Frage: Rahmenregelung versus Verbote, also: Sollte Regulierung die Ausnahme sein? Dieser These müsste man allerdings auch widersprechen, denn es ist im Grunde ganz klar zu unterscheiden. Rahmenregulierung braucht man als Grundlage für den Markt. Ohne einen gewissen Rahmen, eine gewisse Rahmenregulierung gibt es keinen funktionierenden Markt und es stellt sich dann die Frage, ob man auf bestimmte Fehlentwicklungen mit Eingriffen bzw. mit Verboten reagiert. Das sollte in der Tat nur dann passieren, wenn es wirklich notwendig ist. Das Paradebeispiel für die Notwendigkeit von Regulierung als Rahmenbedingung ist die Informationsregulierung. Hier zeigt die Ökonomie, dass Märkte nicht informationseffizient sind. Daher muss man Informationspflichten formulieren, damit Märkte überhaupt funktionieren, Stichwort: *Akerlof, Market for Lemons*. Vielen Dank.

**Herr Hilf:** Ich möchte zu These Nr. 16 von Herrn Merkt nur eine Rückfrage stellen. Es geht um die Rating Agenturen, Sie haben diese in sinnvoller Weise nur sehr kurz angesprochen, obwohl sich dahinter doch enorme demokratische und wirtschaftliche Probleme verbergen. Sie haben drei Stichworte aus dem Entwurf für eine EU-Verordnung genommen: Die Registrierung, die immerhin etwas Transparenz bringt, dann die behördliche Aufsicht, die meistens ex-post kommt und die Mindeststandards für eine Unabhängigkeit. Mich würde interessieren, von wem diese Vorstellungen kommen und ob Sie schon ein Bild haben, das uns demnächst begegnen wird?

**Herr Krajewski:** Ich habe zwei Fragen; eine für Christian Tietje und eine für Herrn Merkt. Die Frage an Christian Tietje betrifft das Thema der Legitimität, das wir hier schon mehrfach angesprochen haben und das wie ich meine im Mittelpunkt stehen muss; hier sehe ich ein Stück weit einen Gegensatz zu Herrn Basedow. Ich glaube, man kann Legitimität nicht gegen Effizienz ausspielen. Wie wir wissen gibt es unterschiedliche Legitimitätsstandards: Input-Legitimität und Output-Legitimität. Effizienz kann ja durchaus auch unter dem Gesichtspunkt von Output-Legitimität diskutiert werden. Ich würde aber gerne kurz zunächst zur Input-Legitimität kommen. Hier muss man nach dem Ansatzpunkt für den Legitimitätsstandard fragen: Ist es der klassische völkerrechtliche Ansatz, der auf die Repräsentation der Staaten abstellt? Dann wäre meine Frage: Kann man vor diesem Hintergrund eigentlich überhaupt davon sprechen, dass wir es mit legitimen Institutionen zu tun haben? Wir haben ja gehört, dass die G 20 eben nicht nur Probleme regeln, die sie selbst betreffen. Vielmehr greifen sie weltweite Probleme auf. Müsste man da nicht tatsächlich doch viel stärker nach anderen Legitimitätsstandards und nach vollständiger Repräsentation fragen? Reicht es wirklich aus, wenn man sagt, da sind ja 90 % der Weltfinanzmärkte vereint und das ist ja mehr als eine Dreiviertelmehrheit? Oder geht man noch einen Schritt weiter? Das würde mir natürlich näher liegen und greift ein Stück weit den Gedanken auf, den Herr Wolfrum geäußert hat: Es geht dann um die demokratische und parlamentarische Legitimation. Du hattest sehr viel von der Gubernative gesprochen. Ich wüsste gerne, wie verhält sich

das neue System eigentlich zu Fragen von parlamentarischer Legitimation? Haben wir es im internationalen Finanzsystem nicht nur in der Krise, sondern auch bei der Regulierung mit der berühmten „Hour of the Executive“ zu tun? Oder inwieweit gibt es eine parlamentarische Dimension?

Wenn wir jetzt zur Output-Legitimation kommen und dann eben auch nach Effizienz fragen, das hat Herr Merkt schon angesprochen, dann finde ich, müssen wir auch fragen: Effizienz wofür? Woran orientiert man das System? Geht es nur um die „Orientierung an globalen öffentlichen Gütern der Stabilität der Finanzmärkte“? Aber da lassen sich ja noch andere globale öffentliche Güter finden. Wie ist es mit der nachhaltigen Entwicklung? Wie ist es mit dem Schutz von Menschenrechten? Das bringt mich dann zu deinem normativen Rahmen: Du hast gesagt: „Die Freiheitsverwirklichung ist die Regel, die Regulierung ist die Ausnahme.“ Nun wissen wir aus der neueren Menschenrechtsdiskussion natürlich, dass es auch eine „Duty to Protect“ gibt, die man in eine „Duty to Regulate“ übersetzen kann. Und dann wäre meine Frage: Ist die Freiheit, die Dir vorschwebt, nicht die Freiheit derjenigen, die Gelder anlegen, die auf den internationalen Finanzmärkten eben agieren, und muss man nicht, wenn man so ein umfassendes Freiheitsbild hat, die Freiheit derjenigen, die betroffen sind, und die möglicherweise leiden, aus welchen Gründen auch immer – du hattest die makroökonomische Auswirkungen angesprochen – mit berücksichtigen?

Meine Frage an Herrn Merkt ist etwas knapper und bezieht sich auf Teil 3 des Referats. Sie haben den Corporate Governance Kodex in Deutschland angesprochen und gesagt: „Der Gesetzgeber benutzt das als ein Normenlabor und verabschiedet sich vom ‚Comply or Explain-Mechanismus‘.“ Ich frage mich: Ist es nicht so, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, zu reagieren, wenn er merkt, dass dieser Mechanismus nicht funktioniert und ist nicht die Frage nach der Effektivität dieses Mechanismus viel eher eine Frage nach seiner Einhaltung?

**Herr Benedek:** Ich kann sehr gut an Herrn Krajewski anschließen, weil er einiges vorweg genommen hat, was auch ich zu dem sehr informativen und anregenden Referat von Tietje sagen wollte. Auch mir geht es um die demokratische Legitimität und die Tatsache, dass offensichtlich die Weltwirtschaftsordnung und insbesondere die Finanzinstitutionen Themen sind, die als zu wichtig erachtet worden sind, als dass man wirklich die ursprünglichen Ideale der Charta der Vereinten Nationen mit dem Wirtschafts- und Sozialrat hätte verwirklichen wollen. Das war, wie gezeigt wurde, schon darin zu sehen, dass der ECOSOC seine Rolle nie wirklich spielen konnte. Auch die UN-Reform mit dem Outcome-Dokument von 2005, die den ECOSOC hätte stärken sollen, ist letztlich in dieser Hinsicht nicht erfolgreich gewesen. 1995 hat sich oder wurde die WTO außerhalb des Systems der Vereinten Nationen gestellt. Das passt auch in dieses Bild. Und jetzt haben wir eben mit den G7, G8, G20 eine schnelle Eingreiftruppe, die außerhalb des Systems der Vereinten Nationen operiert.

Für mich stellt sich die Frage, inwieweit hier doch Verantwortlichkeiten bei den Staaten liegen, diese Verbindung zu den Vereinten Nationen wieder herzustellen. Dies gilt gerade auch für Deutschland, wo ja sehr stark ordnungspolitisch diskutiert wird. Deutschland ist immerhin Mitglied all dieser Gruppen. Die Frage, die sich stellt, ist, inwieweit man hier nicht vorschnell durch eine neorealistiche Zugangsweise die langfristige Perspektive aus den Augen verliert. Denn eine schnelle effektive Legitimität mag es geben, aber langfristig fallen doch viele Dinge unter den Tisch. Hinsichtlich der G20

und ihrer Struktur ist etwa zu fragen, wo ist das „Collective Memory“? Wo gibt es da Konsultativrechte? Wie sind die übrigen Mitglieder der Staatengemeinschaft, wie sind die üblichen nichtstaatlichen Beteiligungsrechte organisiert? All das ist ja nicht geregelt und daher besteht hier aus meiner Sicht langfristig ein Rechtsstaatlichkeitsdefizit, das immer stärker wirksam werden wird und das die anderen Elemente der Vereinten Nationen, wie Sie zum Teil von Herrn Tietje und von Herrn Krajewski genannt worden sind, zumindest vorübergehend außer Acht lässt. Auf Dauer ist das negativ. Auf Dauer ist das ein Problem nicht nur der Menschenrechte, sondern auch der Rechtssicherheit. Und wie wir gesehen haben, sind die G20 ja sehr schnell entstanden. Ursprünglich gab es die G7 und die G8 und dann wurden diese aufgrund der Wirtschaftskrise schnell auf die G20 erweitert, weil man auch die Schwellenländer gebraucht hat.

In den G20 sind aber auch nicht alle wesentlichen Länder vertreten. Die Bedeutung von Italien kann man hinterfragen. Dass Österreich nicht dabei ist, kann ich verschmerzen, aber dass die Schweiz nicht dabei ist, zeigt doch eigentlich, dass man hier sehr schnell geschossen hat? Und daher denke ich auch, das ist nicht in Stein gemeißelt, das ist für die Zukunft zu hinterfragen, genauso wie zu hinterfragen ist, wie es mit dieser erweiterten Akteursperspektive jetzt aussieht, die Herr Tietje erwähnt hat. Also wie sieht es aus mit „Corporate Governance“, mit der Beteiligung von Unternehmen, aber vor allem auch mit der Beteiligung der Zivilgesellschaft, die sich ja gerade in der Weltwirtschaftskrise sehr wortstark geäußert hat? In dieser Hinsicht sollte man sich mit dem gegebenen Zustand nicht zufrieden geben, sondern versuchen, eine längerfristige und inklusive Perspektive zu entwickeln. Danke.

**Herr Bothe:** Ich knüpfe an all das an, was über die Verbindlichkeit der Produkte dieses erhärteten Soft-law-Systems gesagt worden ist. Das Problem hat sich in anderem Zusammenhang ja schon vor dem Bundesverfassungsgericht gestellt: Wie weit begründet die Tatsache, dass gewisse Verhandlungsergebnisse verbindlich sind – faktisch, rechtlich, faktisch und rechtlich, faktisch oder rechtlich – nach Art. 59 Abs. 2 die Notwendigkeit, dass das deutsche Parlament bei diesen zustimmt? Das ist nicht nur ein Problem der Finanzordnung. Terrorismusbekämpfung funktioniert genauso und auch die NATO produziert einiges an Rechtsinstrumenten und faktischen Rechtsänderungen, über deren Zustimmungsbedürftigkeit man sehr streiten kann und gestritten hat. Das Bundesverfassungsrecht hat dazu Manches gesagt, aber die Frage kommt in immer neuen Varianten auf.

**Herr Steiger:** Aus einer etwas generelleren Perspektive ist mir gerade bei Ihrem, für mich sehr beeindruckenden Vortrag, Herr Tietje, aufgefallen, dass wir uns vielleicht, was die internationale Ordnung oder internationale Organisation angeht, in einer Art Paradigmenwechsel befinden. Wenn ich das richtig verstanden habe, befinden wir uns ja nicht etwa in einer Form der internationalen, zentralisierenden Government-Struktur, sondern in einer gubernativen Governance-Struktur, bis zu einer offenen Form, wie Sie gesagt haben, relativ international, nicht strikt institutionalisiert. Mir scheint das gegenüber den Vorstellungen nach 1945 und dem, was sich dann entwickelt hat, ein Paradigmenwechsel zu sein.

Was entspricht nun als Normativität diesem Paradigmenwechsel? Wir Völkerrechtler sind natürlich geneigt, immer wieder auf das Recht zuzulaufen und auch die Privat-



rechtler werden immer wieder auf das Recht zulaufen. Aber ich denke, schon allein die Kategorie des soft law zeigt, dass wir uns davon schon eine ganze Weile verabschiedet haben. Wenn ich das richtig verstanden habe, entwickelt sich eine weitere Kategorie, für die ich den Begriff übernehmen möchte, den der Mittelalterhistoriker Gerd Althoff entwickelt hat, nämlich den der Spielregeln. Nun befinden wir uns nicht auf dem Rückweg ins finstere Mittelalter, aber ich denke, dass dieser Begriff wegen seiner Offenheit recht gut geeignet ist, denn strikt sind Spielregeln. Wenn sie verletzt werden, hat das erhebliche Konsequenzen für den Verletzten, aber sie sind offener, sie sind beweglicher und daher leichter im Konsens änderbar. Infolgedessen scheint mir dieser Begriff nicht ganz ungeeignet zu sein. Im Ergebnis würde eine solche offene internationale Organisation dann einer Art symbiotischer Multinormativität von Recht, soft law, Spielregeln, comity etc. entsprechen, auf die auch wir Juristen uns einlassen müssen, so schwer es uns vielleicht fällt, mit all diesen Gesichtspunkten der Legitimität und so weiter und so weiter, was damit zusammenhängt. Trotzdem scheint mir eine solche Situation einzutreten. Eine derartige symbiotische Multinormativität bestand auch in früheren internationalen Ordnungen. Sie brauchen aber nicht zu befürchten, dass ich jetzt eine erneute Namensänderung in „Gesellschaft für internationale Multinormativität“ vorschlagen werde.

**Herr Murswiek:** Die internationale Verflechtung der Kapitalmärkte hat ja dazu geführt, dass Großbanken systemische Risiken anhäufen und selbst als Institutionen systemische Bedeutung gewonnen haben. Was eine systemische Krise ist, haben wir 2008 gelernt. Das ist eine Situation, in der eine Bank mit systemischer Bedeutung zusammenzuberechnen droht, dadurch eine Kettenreaktion ausgelöst wird und jetzt die Gefahr besteht, dass das Finanzsystem als Ganzes zusammenbricht. Das wäre der GAU des Finanzsystems. Der darf auf keinem Fall eintreten, weil er dann auch den Zusammenbruch des Systems der Realwirtschaft zur Folge hat. In einer solchen Situation bleibt der politischen Entscheidungsebene, den Staaten, den Parlamenten, überhaupt nichts anderes übrig, als Haushaltsmittel, Steuergelder in exorbitanter Höhe, in Höhe ganzer Staatshaushalte zur Verfügung zu stellen, um den Schaden zu reparieren, der von privaten Akteuren angerichtet worden ist. Daraus ergibt sich meines Erachtens ein schwerwiegendes Problem für die Demokratie.

Das Parlament ist in Folge des Handelns privater Akteure in einer Art Erpressungssituation. Zum Kern der Demokratie gehört die Haushaltsverantwortung des Parlaments. Das Parlament entscheidet nach seinen politischen Gestaltungsgesichtspunkten darüber, wie Haushaltsgelder eingesetzt, für welche Zwecke sie ausgegeben werden. Und hier wird also das Parlament in eine Situation gebracht, in der es keine Entscheidungsfreiheit mehr hat, sondern wo ihm überhaupt nichts anderes übrig bleibt, als, wie gesagt, über den ganzen Haushalt praktisch zu verfügen zu einem Zweck, der durch private Akteure gesetzt worden ist. Daraus folgt meines Erachtens, dass das Demokratieprinzip gebietet, nachdem wir diese Erfahrung einmal gemacht haben, 2008, dass jetzt Vorkehrungen getroffen werden, die verhindern, dass eine solche Erpressungssituation wieder eintritt. Wie verhindert man einen GAU? Aus der Atomdiskussion haben wir ja gelernt, dass es im Ansatz zwei Möglichkeiten gibt. Entweder man steigt aus, aus der Atomenergienutzung, oder man schafft so anspruchsvolle Sicherheitsvorkehrungen, dass – Formulierung des Bundesverfassungsgerichts – nach dem Standard der praktischen Vernunft der Eintritt dieses Ereignisses ausgeschlossen ist.

Frage im Hinblick auf die Finanzsysteme: Wenn ich die Vorträge richtig verstanden habe, denkt überhaupt niemand an den Ausstieg aus systemischen Risiken. Es geht nur darum, sie beherrschbar zu machen. Und das ist mir jetzt nicht so ganz deutlich geworden: Sind wir mit dem, was seit 2008 passiert ist und mit dem, was zusätzlich hier an Vorschlägen diskutiert worden ist, auf dem Weg, dass wir zumindest sagen können, Systemkrisen sind in Zukunft nach dem Standard der praktischen Vernunft beherrschbar, der Finanz-GAU ist ausgeschlossen? Oder sind wir noch sehr weit davon entfernt?

**Herr Hahn:** Herr Vorsitzender, es ist 13.10 Uhr, angesichts der analytischen Schärfe der Fragen und der knappen Zeit und der Gelegenheit für die beiden Referenten, Antworten zu geben, ziehe ich zurück.

**Herr Nolte (als Diskussionsleiter):** Herr Hahn, das ist eine sehr souveräne Äußerung, Herr Ohler wollte eine Minute sprechen.

**Herr Ohler:** Vielen Dank. Ich halte mich an die eine Minute. Zu den beiden Referenten möchte ich nichts sagen, sondern etwas zum Mainstream der heutigen Diskussion. Ich habe das Legitimationsbedürfnis, das in vielen Wortbeiträgen zum Ausdruck kam, verspürt und teile es grundsätzlich auch. Aber wir sollten uns vielleicht die Frage stellen, ob der Wunsch nach Verrechtlichung der G20 nicht kontraproduktiv wirken könnte. Eine vertragliche Grundlage löst rechtliche Bindungen aus, die aufgrund des selbstdefinierten Mandats der G20 von den Teilnehmern nicht gewünscht sind. Stattdessen könnte es zu politischen Ausweichreaktionen kommen, um sich bewusst die informellen Diskussions- und Gestaltungsmöglichkeiten zu erhalten. Die G20 repräsentieren das Bedürfnis nach politischer Koordination, nicht nach völkerrechtlicher Regulierung. Ein letzter Aspekt hierzu: Ich hatte aufgrund der Diskussion den Eindruck, als ob die G20 schon die Weltgubernative wären. Vielleicht stellen wir uns die Frage, was die Teilnehmer der G20 alles geregelt haben und was sie bewusst nicht geregelt haben. Auffällig ist z.B., dass Fragen, die konkrete Finanzprodukte betreffen, praktisch nicht behandelt wurden. Die G20 hat die wichtige Frage nach dem Insolvenzrecht und den speziellen Restrukturierungsregeln für Banken völlig ausgespart. Erst recht kam es nie zu einer Diskussion über das Recht der Staateninsolvenz. Hier zeigt sich, dass auch auf Ebene der G20 zentrale Souveränitätsvorbehalte, vor allem aber die Haushaltsautonomie der Staaten, unberührt bleiben sollen.

**Herr Nolte (als Diskussionsleiter):** Vielen Dank Herr Ohler. Ich schlage vor, dass wir jetzt in der umgekehrten Reihenfolge vorgehen. Wenn sie einverstanden sind, spricht zunächst Herr Merkt sein Schlusswort und dann Herr Tietje.

**Herr Merkt:** Herr Hilf, die Frage nach dem Rating ist ebenso berechtigt wie schwierig. Inwieweit sollte man auf Missstände beim kommerziellen Rating regulatorisch reagieren? Was einen wirklich frappiert, ist die Tatsache, dass dieses System nahezu ein Jahrhundert lang praktisch ohne größere Verwerfungen oder Friktionen funktioniert hat. Einhundert Jahre lang haben Moody's, Standard & Poor's und andere dieses Geschäft in einer Weise abgewickelt, dass niemand sich beklagt oder ein Defizit erkannt hat. Beim ZHR-Symposium vor etwa 10 Jahren gab es eine Diskussion, ob man Rating-Agenturen nicht stärker regulieren müsste? Aber das war im Grunde eine sehr theo-

retische Diskussion, weil man damals keine praktische Rechtfertigung für Regulierung erkennen konnte. Bei allem Verständnis für den Unmut und die Empörung über das, was da zutage getreten ist, sollte man angesichts dieser Erfahrung doch vielleicht vorsichtig sein mit Radikalreformen, und ich glaube, bezüglich der Maßnahmen, die von der EU jetzt eingeleitet worden sind, sollte man erst einmal abwarten. Wirkliche Erfahrungen mit der Regulierung von Rating Agenturen haben wir noch nicht. In jedem Fall aber ist davor zu warnen, jetzt in Bausch und Bogen privates Rating zu verwerfen und zu sagen, das müssen staatliche Behörden übernehmen. Denn mit der staatlichen Bonitätsprüfung von Emittenten haben die USA vor einigen Jahrzehnten sehr schlechte Erfahrungen gemacht.

Herr Krajewski, „Obligation to Regulate“, dem kann man nur zustimmen. Das würde sich aus der Kapitalmarktrechtstheorie ganz klar mit zwei Argumenten begründen lassen. Argument 1: Individualschutz der Kapitalmarktteilnehmer. Das ist genuin Aufgabe der Regulierung. Die Rechtsordnung muss Normen bereitstellen, um die Individualinteressen der Marktteilnehmer zu schützen. Argument 2: Funktionsschutz. Das ist ein volkswirtschaftliches Interesse. Insofern ist der Staat natürlich nicht nur in der Lage, sondern er ist sogar verpflichtet, diese beiden Interessen durch Regulierung zu schützen.

Dann wurde die Frage nach „Comply or explain“ gestellt: Müsste nicht der Staat, wenn er feststellt, dass die Empfehlungen zu guter Corporate Governance im Deutschen Corporate Governance Kodex nicht hinreichend befolgt werden, die Empfehlungen zur gesetzlichen Pflicht machen? Man kann auch umgekehrt argumentieren und sagen, wenn es von den Unternehmen nicht befolgt wird und wenn diese Nichtbefolgung auch nicht durch fallende Börsenkurse „abgestraft“ wird, hat dann nicht diese Empfehlung den Markttest nicht bestanden? Müsste man nicht sagen, da hat sich gezeigt, das ist eine Empfehlung, die wenig Sinn macht. Der Gesetzgeber ist doch hier mit dem Konzept angetreten, dass man nicht zwingendes Aktienrecht, sondern eine Regulierung auf der Ebene darunter braucht, also soft law. Die Unternehmen sollen sich überlegen, ob sie es wollen oder nicht, und der Kapitalmarkt mag dann gegebenenfalls die Entscheidung der Unternehmen belohnen oder bestrafen. Jetzt ist die Situation aber so, dass die Unternehmen manche Empfehlungen nicht befolgen und der Kapitalmarkt dies nicht sanktioniert, und weil der vom Gesetzgeber erhoffte Sanktionsmechanismus nicht funktioniert, folgert das Bundesjustizministerium, dass man aus der Empfehlung dann halt verpflichtendes Aktienrecht machen muss. Ehrlicher wäre es, man würde sogleich zwingendes Aktienrecht schaffen. Dann würde deutlich, welche Tendenz zur Überregulierung hinter dem Konzept steckt.

Dann wurde die längerfristige Perspektive angemahnt. Auch dem könnte ich nur zustimmen. Die Frage ist bloß, wie soll sie aussehen? Da gibt es eben enorme Meinungsunterschiede. Ich habe das versucht aufzuzeigen. Es sind sehr disparate Ansätze. Das ist das Problem, aus den disparaten Ansätzen einen roten Faden herauszufinden.

Es wurde gesprochen von dem Defizit an Parlamentslegitimation. Auch das hatte ich angesprochen. In England ist man in der Diskussion um das „private ordering“ soweit, dass man nach der „Constitutionalisation“ fragt, also: Wie kann private Regelsetzung in die Rechtsordnung eingefügt werden? Es geht erstens um die Frage der Vereinbarkeit mit einfachem Recht. Da gibt es viele Probleme. Und zweitens geht es natürlich um die verfassungsrechtliche Abstimmung. Das ist eine große Herausforderung, man denke nur an das Thema Rechtsschutz gegen private Regelsetzung.

Herr Murswiek hat darauf hingewiesen, dass der Staat in der Finanzkrise praktisch gezwungen wird, das Fehlverhalten privater Akteure auf Kosten der Allgemeinheit und der Steuerzahler zu heilen oder zu reparieren. Mit dieser Analyse habe ich allerdings gewisse Probleme. Ich sage nur zwei Stichworte: erstens US-Wohnungsbaupolitik und zweitens deutsche Landesbanken. Es hat auch ein gehöriger Teil Staatsversagen zu der Krise beigetragen. Natürlich hat die Volkswirtschaft in toto ein Interesse an funktionierenden Kapitalmärkten. Daher hat der Staat eine Verantwortung, im Interesse des Funktionsschutzes den Kapitalmarkt instand zu halten. Und wenn er sieht, dass der Funktionsschutz massiv gefährdet ist, muss er eingreifen. Natürlich haben sich Private massiv falsch verhalten, aber der Staat hat es eben auch, und er hat dafür auch und vor allem eine Verantwortung aus der Aufgabe der Funktionssicherung.

Dann wurde noch der Ausstieg aus den systemischen Risiken angesprochen. Da würde im Moment nichts passieren. Auch da würde ich sagen, dass man das für das Kapitalmarktrecht so nicht sagen kann. Dort passiert Einiges. Es passiert in Bereichen, die ich hier, weil ich die Themenstellung auf das Privatrecht beschränkt habe, nicht behandelt habe. Im Bereich der Fusion etwa wird sehr viel darüber nachgedacht, wie Kartellrecht verhindern kann, dass Einheiten entstehen, die so groß werden, dass sie zwangsläufig systemrelevant sind. Zum zweiten wird im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Beteiligung des Bundes an den krisengeschüttelten Banken – Commerzbank, HRE, Areal und WestLB – überlegt, ob man nicht statt der Rettung auch ganz ernsthaft die Abwicklung erwägen muss. Das ist das vielbesagte „A-Wort“, das die Bundesregierung nie hören möchte. Die Abwicklung eines großen Kreditinstitutes muss real machbar werden. Das ist gegenwärtig noch ein großes Problem. Verständlicherweise hat man Angst davor. Aber das ist eine gewaltige Herausforderung für das Bankinsolvenzrecht. Auch eine Großbank muss abwickelbar sein. Sie darf nicht so groß werden, dass sie nicht mehr abwickelbar ist. Vielen Dank.

**Herr Tietje:** Ich möchte zunächst an das Stichwort „Staatsversagen“ anknüpfen: Das, was ich weiterhin als große Baustelle sehe und was letztlich der Grundtenor meines Referates war, sind genau die Bereiche, in denen wir Staatsversagen als Ursache der Krise hatten. Ich würde sogar noch weitergehen und sagen, dass wir primär Staatsversagen als Ursache der Krise hatten und erst danach ein Versagen der Märkte. Dabei ist wichtig zu sehen, dass weite Bereiche dessen, was man als Staatsversagen bezeichnen könnte, effektiv nur durch internationale Koordination und damit internationales Recht diszipliniert werden können. Ein Beispiel stellen Währungsmanipulationen oder jedenfalls Wechselkursprobleme dar; andere Beispiele ließen sich nennen.

Die internationalrechtliche Disziplinierung staatlichen Handels stellt eine wesentlich größere regulatorische Herausforderung dar als z.B. die Standardisierung privater Handlungsinstrumentarien. Es geht hier im Kern um Verrechtlichungsstrukturen und multilaterale, institutionelle Kooperationsformen, die von einer erheblichen politischen Sensibilität und Dynamik gekennzeichnet sind.

In dem Zusammenhang müssen wir auch sehen – Herr Merkt hatte das bereits angedeutet – dass Finanzmärkte das Rückgrat einer jeden Volkswirtschaft sind, dass es ohne sie nicht geht. Hieraus folgt erstens, dass Finanzmärkte funktional zu betrachten sind, und zwar im Sinne einer dienenden Funktion, wobei dies eine notwendige Funktion ist. Und zweitens müssen wir realisieren, dass Finanzmärkte nur dann funktionieren, wenn es Risiko gibt. Es gibt keine Finanzmärkte, die ohne Risiko operieren. Damit müssen

wir leben. Entweder will man in diesem Sinne volkswirtschaftliche Wohlfahrtsgewinne durch Risiko oder halt nicht. Die letztere Option wäre aber doch ein sehr radikaler und wenig erstrebenswerter Schritt.

Damit komme ich noch zu dem von vielen Rednern angesprochenen Punkt der Legitimation, auf den ich nur kurz eingehen kann.

Erstens: Es kann nur um plurale Legitimationsstrukturen gehen. Markus Krajewski: Ich glaube nicht, dass wir hier einen Dissens haben. Wir müssen, das ist entscheidend, im Hinblick auf Legitimationsstrukturen differenzierter denken.

Zweitens: Mir war es mit meinem Referat ein wichtiges Anliegen, differenzierter auf gubernative und administrative Strukturen zu schauen, da beide Bereiche unter Legitimationsgesichtspunkten ganz unterschiedlich zu bewerten sind. Mir scheint, dass wir gerade mit Blick auf „Global Administrative Law“ (GAL) und ähnliche Forschungsansätze der letzten Jahre zu wenig die internationale Gubernative in den Blick genommen haben.

Aber um zunächst noch kurz auf internationale administrativen Strukturen einzugehen: Warum machen wir es uns eigentlich so schwer, auch im internationalen Bereich so etwas wie eine Eigenständigkeit der Verwaltung anzuerkennen? Im innerstaatlichen Bereich akzeptieren wir eine gewisse Eigenständigkeit der Verwaltung gerade mit Blick auf Legitimationsstrukturen. Damit ist nicht gemeint, dass Verwaltungen rechtsfrei ohne Legitimation agieren dürfen. Aber aus ihrer Eigenständigkeit folgt doch, dass es nicht immer einer Feinsteuerung bedarf. Diese Überlegung sollte für die internationale Verwaltung verstärkt aufgenommen werden.

Es bleibt dann noch die ganz große Baustelle, nämlich die Frage nach den gubernativen Strukturen u.a. mit Blick auf die G20 und entsprechende Legitimationsstränge. Natürlich könnte man hier zunächst auf die (Mitglied-)Staaten abstellen. Das erscheint mir aber unbefriedigend zu sein. Wir sollten uns auch originär völkerrechtlich dem Phänomen nähern, und zwar im Hinblick auf die Handlungsinstrumentarien einer völkerrechtlichen Gubernative wie der G20 und mit Blick auf hierauf bezogene Legitimationsfragen. All das, Herr Bothe, ist keine Antwort auf die von Ihnen angesprochenen Punkte, aber deutet zumindest darauf hin, wie man dann auch dem verfassungsrechtlichen Problem begegnen kann. Im Übrigen differenziert ja auch Art. 59 Abs. 2 GG bewusst zwischen politischen, also gubernativen (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) und administrativen Handlungsinstrumentarien (Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG) und sieht hierzu unterschiedliche Legitimationsstrukturen vor. Vielen Dank.

**Herr Nolte (als Diskussionsleiter):** Vielen Dank den Referierenden. Meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich glaube der heutige Morgen, der nicht mehr Morgen ist, hat uns auch sehr schön den Sinn unserer Vereinigung vor Augen geführt: Ein Thema, das die meisten aus den Zeitungen kennen und für Spezialisten zu sein scheint, haben wir so aufbereitet bekommen, dass wir merken, wie wir als Völkerrechtler und Privatrechtler gemeinsam gefordert sind. Insofern betrachte ich das Thema als gelungenes Beispiel für den Sinn der wissenschaftlichen Ausrichtung unserer Vereinigung und bedanke mich herzlich.

Ich möchte Ihnen zum Schluss, damit sie wissend in die Mittagspause gehen, auch das Ergebnis unserer Abstimmung verkünden. 104 Mitglieder waren im Raum, 103 Mitglie-

der haben ihre Stimmen abgegeben. Zwei Mitglieder haben sich enthalten, zwei haben mit Nein gestimmt und 99 haben der vorgeschlagenen Satzungsänderung zugestimmt, sodass wir ein Happy-End in dieser Frage haben. – Applaus –

# Finanzkrise und internationales öffentliches Recht

*Prof. Dr. Friedl Weiss, LL.M. (Cambridge), Wien*

1. Thema
2. Kontexte
  - (1) Krise: Begriff, Ursachen, Ausbreitung
    - a. Begriff
    - b. Ursachen und Ausbreitung
  - (2) Regierungsversagen und Internationales Öffentliches Recht
  - (3) Transnationales Versagen des Marktes v. Staatliche Regulierung
  - (4) Aufbruch zu Re-Regulierung oder neuen transnationalen Regeln, aber welchen?
- I. Staatenpraxis v. Nicht-Staatenpraxis in der Finanzkrise
  1. Allgemein
  2. Diskurse moderner International-rechtlicher Systemkritik
    - (1) Konstitutionalisierung
    - (2) Fragmentierung
    - (3) Global Rule-of Law Weltrechtsordnung
  3. Staatenpraxis und Nicht-Staatenpraxis: Fragmentierung sui generis?
    - (1) Staatenpraxis: Artikel 38 IGH Statut
    - (2) Staatenpraxis durch Civil Society?
    - (3) Soft-Law Instrumente
- II. Internationale und transnationale Governance Institutionen in der Weltfinanz
  1. Allgemein
  2. Internationale „Governance“ Organisationen: Ancien Régime
    - (1) IMF und Krisenmanagement
    - (2) WTO
  3. Internationale Netzwerke
    - (1) Öffentlicher Sektor
      - a. Allgemein
      - b. Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision (BCBS))
      - c. G-20
      - d. International Organisation of Securities Commissions (IOSCO)
    - (2) Privatsektor
      - a. Allgemein
      - b. Institute of International Finance (IIF)
      - c. Group of Thirty (G-30)
      - d. International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS) und International Accounting Standards Board (IASB)
  4. Internationale Governance Institutionen: Nouveaux Régimes
    - (1) Vorwort
    - (2) World Financial Organisation (WFO): ITO – WTO – WFO
- III. Schlussbemerkungen

## 1. Zum Thema

Am Anfang war das Wort, gemäß Artikel 31 der WVK.

Also muss man fragen: Was heißt Finanzkrise, was ist Internationales öffentliches Recht?

Als Mahatma Gandhi einmal gefragt wurde, was er denn von der britischen Kultur halte, soll er geantwortet haben: „It would be a good idea“.

Auch das auf die Finanzkrise anwendbare internationale öffentliche Recht ‚would be‘, vergleichbar mit der Herausforderung, auf einer Glatze Locken zu drehen, wie es Karl Kraus ausdrückte.

In der Matrix staatlicher Rechtsordnungen sind die öffentlichen Güter<sup>1</sup> Geld, Integration und Stabilität der Finanzmärkte mehr oder weniger aufeinander abgestimmt. Gleichzeitig wird ihre Stabilität als Zielsetzung angestrebt.

Aber im globalisierten Wirtschaftsleben sind sie verschieden entwickelt, weil internationales öffentliches Recht noch auf dem Stand der Nachkriegszeit verharret, und transnationales Recht nachhinkt. Wir kennen das Phänomen: Rechtssetzung und Rechtspolitik reagieren auf gesellschaftliche Entwicklungen mit erheblicher Verzögerung – manchmal gar nicht. Das gilt auch für das Internationale öffentliche Recht traditioneller Prägung: Die Quellen des Artikel 38 IGH Statut sprudeln nicht immer, wie in der Finanzkrise erneut eindrucksvoll bestätigt wurde: Was Staaten nicht zuhause regeln, wird nicht zur Staatenpraxis und folglich nicht zu Internationalem öffentlichem Recht.

Nach einführenden Bemerkungen zur Finanzkrise im Kontext will ich in meinem Vortrag versuchen:

Erstens „Finanzkrisen-Praxis“ in Form von Staaten-Praxis und NGO (Nicht-Staaten-Praxis) im internationalen öffentlichen Recht zu erörtern; Zweitens die Vielschichtigkeit und Multipolarität der Governance-Institutionen im Zusammenspiel von staatlichen und zwischenstaatlichen Einrichtungen, Akteuren und Instrumenten zu beleuchten; und Drittens mögliche institutionelle Erneuerung als Entwicklungsperspektive aufzuzeigen.

---

1 Z.B. eine saubere Umwelt, Frieden, Sicherheit, Gerechtigkeit und stabile Finanzmärkte; UNDP Konzept; siehe Scott Barrett, *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*, OUP, 2007; Inge Kaul et al (eds.), *Providing Global Public Goods*, OUP, 2003; für eine Kritik des Begriffs siehe David Long, Frances Woolley, *Global Public Goods. Critique of a UN Discourse*, 15 *Global Governance* (2009), 107-122; siehe auch Elke Krahnmann, *Security: Collective Good or Commodity?*, *Socio-Economic Review* (January 2010), 157-185; Peter Behrens, *Economic Law Between Harmonization and Competition: The Law and Economics Approach*, in Karl M. Meessen (ed.), *Economic Law as an Economic Good. Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Sellier, 2009, 45, 49-50; Ernst-Ulrich Petersmann, *Why does International Economic Law fail to protect „Global Public Goods“?*, in „*Good Governance in the Procedural Practice of the WTO*“, in Aldo Ligustro e Giorgio Sacerdoti (eds.), *Problemi e Tendenze del Diritto Internazionale dell’Economia*, Liber Amicorum in onore di Paolo Picone, Editoriale Scientifica, Napoli, MMXI, pp.112-125.



## 2. Kontexte

### (1) *Krise: Begriff, Ursachen, Ausbreitung*

#### a. *Begriff*

Als Krisen bezeichnet man Notlagen, Zustände akuter Schwierigkeiten, z.B. in der Medizin das Auftreten heftiger Krankheitssymptome, in der Psychologie den Verlust des seelischen Gleichgewichts, und in der „Prozac“-Finanzwirtschaft das Versagen der Finanzmärkte<sup>2</sup> und ihrer sprichwörtlichen „Schmiermittel“-Funktion in der realen Weltwirtschaft zum Schaden der Weltbevölkerung, besonders auch in Entwicklungsländern.<sup>3</sup>

#### b. *Ursachen und Ausbreitung*

Die Ursachen der Krise sind hinlänglich bekannt,<sup>4</sup> werden aber unterschiedlich interpretiert.<sup>5</sup> Auch hier gilt, dass Diagnose und gewählte Methoden der Krisenabwehr von den jeweiligen wissenschaftlichen bzw. politischen Präferenzen des Betrachters geprägt sind, von ihren ökonomischen Vorstellungen und analytischen Modellen abhängen.<sup>6</sup> Man erinnert sich noch: Harry Dexter White und John Maynard Keynes, die Architekten des IMF, waren in Detailfragen unterschiedlicher Auffassung.

Auch die gegenwärtige Krise wurde von manchen Ökonomen bereits als beendet proklamiert<sup>7</sup> von anderen wieder als ein noch ungezähmtes, noch schlummerndes Inflations-Monster gesehen.<sup>8</sup>

Wie kam es dazu?

---

2 In den USA wurden bis zum Ersten Weltkrieg 14 Krisen allein im 19. Jh. gezählt, cf B. Eichengreen, *Exorbitant Privilege, The Rise and Fall of the Dollar and the Future of the International Monetary System*, OUP, 2011, 19; Paul Woolley, *Why are financial markets so inefficient and exploitative – and a suggested remedy*, in the *Future of Finance, The LSE Report*, London School of Economics and Political Science, 2010, 121; Dominique Carreau, *Le droit international économique face aux crises*, in *Droit et Libertés à la fin du XX siècle*, Etudes Offertes à Claude-Albert Colliard, Pedone, 1984, 107.

3 Zur bereits etablierten Unterscheidung zwischen Finanzkapitalismus und realkapitalistischer Wirtschaftsordnung, siehe z.B. Stephan Schulmeister, *Ursachen der großen Krise und ihre Auswirkungen auf die Finanz – und Realwirtschaft*, Vortrag an der Universität Innsbruck 15.10.2009. Verlässlichen Statistiken zufolge sank die Weltproduktion in 2009 um 0,6%, das Handelsvolumen um 10,7% und stieg die Anzahl arbeitsloser Menschen weltweit um 34 Millionen.

4 Siehe para. 10 des Leaders Statement of the G-20 Pittsburgh Summit 24-25 September 2009 on „major failures of regulation and supervision“.

5 Z.B. den eines globalen Systems von Währungsreserven, siehe Stephany-Griffith-Jones et al (eds.), *Time for a Visible Hand*, OUP, 2010, 339; Stijn Claessen, *Lessons from the Recent Financial Crisis for Reforming National and International Financial Systems*, Annual Bank Conference, Seoul 22-24 June 2009; Rosa M. Lastra and Geoffrey Wood, *The Crisis of 2007–2009: Nature, Causes, and Reactions*, 13 JIEL (2010), 531-550; Davide Furceri, Annabelle Mourougane, *Financial Crises: Past Lessons and Policy Implications*, No. 668 OECD Economics Department Working Papers, OECD, 2009.

6 Robert Skidelsky, *Interpreting the Great Depression: Hayek versus Keynes*, Vortrag am Institute for New Economic Thinking, Cambridge Conference, April 2010, 8.

7 Axel Weber in einem Vortrag vor der dt. Handelskammer in Österreich, 10.2.2011.

8 Alan Ruskin, *Group-of -10 foreign exchange strategy at Deutsche Bank AG*, [www.bloomberg.com/news/2011-02-08/eu-rescue-fund](http://www.bloomberg.com/news/2011-02-08/eu-rescue-fund); George Cooper, *The origin of financial crises*, Vintage Books, 2008, 166.

Begünstigt durch die jahrzehntelang vorherrschende Ideologie der Deregulierung,<sup>9</sup> aber auch diktiert von der prekären Situation der Staatsfinanzen, war in den USA ein extrem fragmentiertes, planloses und daher ineffektives Flickwerk-System bundesstaatlicher Regeln<sup>10</sup> der „Fast-Nicht-Regulierung“ von Banken, Versicherungen und manchen Finanzinstituten<sup>11</sup> entstanden, im wesentlichen ein System soft-law-artiger, im Aufsichtsrecht heute üblicher regulierter Selbstregulierung.<sup>12</sup> Wegen unzureichender Kapitalausstattung – Umsetzung der Basel II Vorgaben kam möglicherweise zu spät<sup>13</sup> – mangelte es vielen Banken – auch großen europäischen – an Kapital und ausreichender Liquidität, nicht aber an Erfindungsgeist,<sup>14</sup> was zur Vermarktung neuer exotischer, risikoreicher Finanzprodukte durch sog. „Special Purpose Vehicles“ (SPVs),<sup>15</sup> beispielsweise sog. Strukturierter Investment-Vehikel (SIVs)<sup>16</sup>, führte, sei es unter Umgehung bestehender Regeln, sei es unter Nutzung des regulatorischen Freiraums.<sup>17</sup> Schon Keynes hatte geahnt, dass zwar „speculators may do no harm as bubbles on a steady

- 
- 9 R. Michael Gadbow, *Systemic Regulation of Global Trade and Finance: A Tale of two systems*, 13 JIEL (2010) No. 3, 551-574, 560; for a detailed account of the Financial Services Regulatory Cycle from regulation to de facto Deregulation to de jure Deregulation in the US, United Kingdom and the EU, siehe Sharon E. Foster, *Too Big To Fail – Too Small To Compete: Systemic Risk Should be Addressed Through Antitrust Law but such a Solution Will Only Work if it is Applied on an International Basis*, 22 Florida Journal of International Law (2010), 31. Die Deregulierungs-Agenda beherrschte sowohl die Clinton- als auch Bush II-Jahre, cf. Timothy A. Canova, *Financial Market Failure as a Crisis in the Rule of Law: From Market Fundamentalism to a new Keynesian Regulatory Model*, 3 Harvard Law & Policy Review (2009) 369, 377. It was Clinton's Gramm-Leach-Bliley Act 1999 mit dem die ursprünglich durch die Glass-Steagall Acts 1932 & 1933 vorgenommene Trennung von Kommerz- & Investment Banken wieder aufgehoben wurde, wodurch erstere mit letzteren in Wettbewerb traten, was zu risikoreicheren Aktivitäten beider führte, cf. B.Eichengreen, *op.cit.*, o. Fn. 2, 109.
- 10 Luis Garicano and Rosa M. Lastra, *Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles*, 13 JIEL (2010) No. 3, 597-621, 599-601. Timothy A. Canova, *loc.cit.*, 376.
- 11 Allgemein zum Versagen der Bankenregulierung Angelique Leondis, *The Global Financial Crisis: The G-20's most recent action plan*, 25 Banking and Finance Law Review, 315, 316-324; Kenneth W. Dam, *The Sub-prime crisis and financial regulation: International and Comparative Perspectives*, John M.Olin Law & Economics Working Paper No. 517 (2D Series), The Law School Chicago University, March 2010, [www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html). David Zaring, *International Institutional Performance in Crisis*, 10 Chicago Journal of International Law (Winter 2010) No. 2, 1-55. Bis zum Inkrafttreten am 21.7.2010 des umstrittenen „Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act“ (Pub.L.111-203), der weitgehende Reformen vor allem hinsichtlich Bankenaufsicht einführte, galt des Investment Act 1940 als Herzstück der US Finanzregulierung.
- 12 Christoph Ohler, *Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht*, in Christoph Möllers, Andreas Vosskuhle und Christian Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 2007, 259, 277. Erfolgreiches lobbying durch die Bankenindustrie verhinderte auch die Annahme des vom IMF 2003 vorgeschlagenen „Sovereign Debt Restructuring Mechanism“ (SDRM).
- 13 2004 beschlossenes Rahmenwerk für die Eigenkapitalanforderungen für Banken; siehe auch Jeffery Attik, *Basel II: A Post Mortem*, 19 Transnat'l L. & Contemporary Problems (2011), 731, 748-759.
- 14 Zum ambivalenten Fragenkomplex der Finanzinnovation siehe, Arnoud W.A. Boot, Matej Marinc, *Financial Innovations, Marketability and Stability in Banking*, Working Paper No. 2011-06, Amsterdam Center for Law & Economics (ACLE).
- 15 SPVs are essentially robot firms that have no employees, make no substantive economic decisions, have no physical location, and cannot go bankrupt. Off-balance sheet financing arrangements can take the form of e.g. research and development limited partnerships, leasing transactions, or asset securitizations.
- 16 SIVs müssen aber nicht notwendigerweise strukturierte Vehikel wie etwa Hedge-Fonds oder Derivate zugrunde liegen: Purpose of an SIV is to create a bankruptcy firewall between the mortgage loan originator and the investor, so that an investor cannot bring an action against the originator for non-payment of principal and interest by the original mortgagor, cf. Kenneth W. Dam, *op.cit.*, o. Fn. 11, 44.
- 17 Structured investment vehicles, SIVs; Trachtmann, zeigte die Ambivalenz neuer Finanzprodukte auf: einerseits wohlfahrts-steigernd zu sein, wie Erfindungen allgemein, andererseits vermehrte Risiken, Komplexität und Regulierungsbedarf erhöhend, *The International Law of Financial Crisis. Spillovers*,

stream of enterprise“, wohl aber „when enterprise becomes the bubble on a whirl-pool of speculation.“<sup>18</sup>

Fehlerhaftes Management oder mangelhafte Risikoanalysen<sup>19</sup> zusammen mit Regulierungsdefiziten im „Finanzdorf“ der Wallstreet, dem Epizentrum der Krise, führten nicht nur zum Bankrott von Lehman Brothers, sondern zu einer allgemeinen Banken- und Liquiditätskrise im „global village“ der Finanzwirtschaft, mutierend zur Wirtschaftskrise.<sup>20</sup> Diese Fehlentwicklungen führten zu Rettungsaktionen durch den öffentlichen Sektor (bailouts)<sup>21</sup> in den USA und in Europa, unter schweren Verlusten für Steuerzahler,<sup>22</sup> und letztlich zu Staatsschuldenkrisen und der Erzeugung unlauteren Wettbewerbs in US Finanzmärkten.<sup>23</sup>

Die weltweite Ausbreitung der System-Krisen (systemic failure, systemic risk, systemic regulation)<sup>24</sup> zwang Regierungen zu einer Reihe von Interventionsmaßnahmen<sup>25</sup> gegen künftiges Markt- (market failure) und/oder Regierungsversagen (government failure).<sup>26</sup>

---

Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation, 13 *Journal of International Economic Law* (2010) No. 3, 719-742, 729-30. Kurz vor dem Ende seiner Präsidentschaft unterzeichnete Bill Clinton den „Commodity Futures Modernization Act 2000 zum Schutz der Derivat-Märkte gegen bundesstaatliche Regulierung, cf. Timothy A. Canova, op.cit., o. Fn. 9, 387.

18 John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, 1936, S. 159.

19 Helmut Siekmann, 43 *Die Verwaltung* (2010), Heft 1, 95-115, 113.

20 Außenhandel braucht kurzfristig Kapital, Kreditbrief-Garantien etc.

21 Die „Too-big-to-fail“ (TBTF) Methode der Bankenrettung wurde in den USA im Gefolge der Continental Illinois Krise 1984 eingeführt, 1991 durch den Federal Deposit Insurance Corporation Act (FDICIA) ersetzt, gleichzeitig aber erlaubt, sollte der Ausfall einer Finanzinstitution „serious adverse effects on the economic conditions or financial stability“ führen, und die TBTF Rettung formell bewilligt werden durch 2/3 FDIC Board, 2/3 Federal Reserve Board, Secretary of the Treasury, the President of the US.

22 Bear Stearns erhielt Unterstützung durch die US Regierung vor dem Kauf durch JP Morgan. American International Group (AIG) durch das Troubled Assets Relief Program (TARP), Citigroup and Bank of America durch Kapital der US Regierung. RBS und Loyds Banking Group durch die UK Regierung.

23 Jonathan Macey, *Brave New Fed-A Commentary by Jonathan Macey*, 82 *Yale Law School Commentary* (2008), March 31. Paul Volcker, früherer Vorsitzender der US Zentralbank und Obama Berater beklagte auch die verfassungsrechtlich bedenkliche Praxis des massiven Ankaufs von „toxic assets“ durch diese Bank, wodurch Eindruck entstünde, sie diene allein der Finanzindustrie, cf Timothy A. Canova, op.cit., o. Fn. 9, 392.

24 R. Michael Gadbaw, op.cit., o. Fn. 9, 553, siehe auch die Liste von „regulatory failures“ auf S. 555, Fn. 11.

25 Diese umfassten: (i) liquidity provision through collateralised lending & other schemes; (ii) support of wholesale funding markets; (iii) (more extensive) guarantees of retail deposits and other liabilities; (iv) purchases or exchanges of non-performing or illiquid assets; (v) capital injections to banks, see Stijn Claessen, op.cit. o. Fn. 5, 13. Allgemein, Sabine Schlemmer-Schulte, *Internationales Währungs- und Finanzrecht*, in Christian Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, De Gruyter-Recht, Berlin, 2009, 375-431.

26 Diese wichtige Unterscheidung wird auch von Charnovitz getroffen: *Addressing Government Failure through International Financial Law*, 13 *JIEL* (2010) No. 3, 743-761, 744. Allgemein wird auf Marktversagen auf staatlicher Ebene mittels Regulierung, Steuern oder Subventionen reagiert, zusammen mit privat formulierten Standards; auf Regierungsversagen durch Wahlen, Regulierung, Gerichtsverfahren, aber auch durch Marktkorrekturen. John Jackson unterstrich die Notwendigkeit von „human institutions“, die Märkten helfen gut zu funktionieren, siehe John Jackson, *International Economic Law in Times that are Interesting*, 3 *J. Int'l. Econ L.* (2000) 3, 5. Zum gesamten Fragenkomplex siehe auch Roman Frydman, Michael D. Goldberg, *Beyond Mechanical Markets: Asset Price Swings, and the Rule of the State*, Princeton University Press, 2011.

## (2) *Regierungsversagen und Internationales Öffentliches Recht*

Als Antwort auf dieses Versagen wäre der Einsatz von Instrumenten und Verfahren des Internationalen Öffentlichen Rechts zumindest betroffener Staaten angezeigt gewesen.

Aber welcher?

Gibt es denn überhaupt ein spezifisch auf Finanzkrisen als solche anwendbares internationales öffentliches Recht?<sup>27</sup> Dies scheint allgemein nicht der Fall zu sein.

Zwar sind der IMF und die Weltbank befugt, bei Marktversagen durch Kapitalknappheit mit Darlehen auszuhelfen, selbst wenn – wie im Fall der griechischen Staatsschulden – eher Versagen der Regierung bzw. des politischen Systems des Nepotismus vorlag,<sup>28</sup> aber Regeln zur Abwehr und Korrektur transnationalen Versagens der Finanzmärkte sind – ungleich der Intensität ihrer staatlichen Regulierung – unterentwickelt, schwach und ineffizient.<sup>29</sup>

Schon zur Zeit des österreichischen Staatsbankrotts 1811, die als „Periode der finanziellen Systemlosigkeit“ beschrieben wurde, gab es kein anwendbares internationales öffentliches Recht. Auf Staatsverschuldung wurde kein zwischenstaatliches Recht angewendet, sondern innerstaatliches Recht.<sup>30</sup> Dabei blieb es auch trotz der katastrophalen Ereignisse des 20. Jhs. Gibt es aber keine anwendbaren völkerrechtlichen Bestimmungen, bleibt Rückgriff auf staatliches Recht möglich, wie der IGH im *Barcelona Traction* Fall hinsichtlich der Behandlung von Firmen und ihrer Aktionäre festgestellt hatte.

Bis in die 1970er Jahre fiel die Finanzmarkt-Regulierung fast ausschließlich in die Kompetenz des Staates, freilich ohne dass dadurch immer effiziente Kontrolle und Aufsicht garantiert wurde.<sup>31</sup> Erst nach dem Bankrott der deutschen Herstatt Bank<sup>32</sup> und auf Anregung der G-10 Gruppe<sup>33</sup> wurde 1974 mit der Gründung des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht (BCBS) am Sitz der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)<sup>34</sup> ein erster Schritt in Richtung einer transnationalen Regelung gesetzt, einer

---

27 Siehe aber Nouriel Roubini, Stephen Mihm, *Crisis Economics. A Crash Course in the Future of Finance*, The Penguin Press, New York, 2010.

28 Charnovitz, op.cit., o. Fn. 26, 745.

29 Id., 745; Cottier, *Challenges Ahead in International Economic Law*, 12 *JIEL* (2009) No. 3, 7-8.

30 In Gebrauch standen u.a.: freiwillige Inlands- und Auslandsdarlehen, Zwangsdarlehen, Lotterieranleihen, Bank-Obligationen, Abgabe-Zuschläge, außerordentliche Steuern, Papiergel Ausschüttung, siehe Paul Stiassny, *Zum österreichischen Staatsbankrott von 1811* (Nach Archivalischen Quellen), Inaugural Dissertation der phil. Fakultät der Univ. Bern, 1910, 18.

31 Siehe die Kritik der dt. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der dt. Bundesbank von Joachim Wieland, *Die Krise der Finanzdienstleistungsaufsicht*, 43 *Die Verwaltung*, (2010) Heft 1, 83, 93.

32 Vorläufer des Lehman Bankrotts. Damals zahlten Banken in Zentralbank Depots, weil Zentralbanken nicht zusammenbrechen, und verringerten dadurch Liquidität in den Märkten.

33 Errichtet in 1962, Mitglieder sind Belgien, Kanada, Frankreich, Deutschland, Italien, Japan, Niederlande, Schweden, das Vereinigte Königreich, die USA und, seit 1983, Schweiz.

34 Die BIZ wurde 1930 gegründet und gilt als älteste internationale Finanzorganisation, siehe hierzu auch Anne van Aaken, *Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte*, in Christoph Möllers, Andreas Vosskuhle und Christian Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 2007, 219, 227; zur Geschichte der BIZ siehe auch Mario Giovanoli, *The role of the Bank for International Settlements in International Monetary Cooperation and its tasks relating to the European Currency Unit*, 23 *The International Lawyer* (1989) No. 4, 841-864.

Internationalisierung von „governmentality“<sup>35</sup> zwecks Erhöhung der Stabilität des internationalen Finanzsystems.

Trotzdem sah die Bush Regierung selbst nach der jüngsten US Bankenkrise keinen Grund für Reformen – anders als die kooperationswillige EU – und lehnte formale internationale Instrumente zur Wirtschafts- und Finanzmarktsteuerung ab.<sup>36</sup>

### (3) *Transnationales Versagen des Marktes v. Staatliche Regulierung*

Das kurz umrissene Phänomen fehlender Globaler „Governance“ oder ähnlicher Regulierungszugänge der Finanzwirtschaft wurde in der Literatur mit zahlreichen mehr oder minder treffsicheren Metaphern umschrieben.

So ist von einer Art „default-Recht“ die Rede, einem Recht *in* aber nicht *der* internationalen Staatengemeinschaft; auch von einem Recht zur Disziplinierung des „lebenden“<sup>37</sup> aber auch manchmal versagenden Rechts, also des Rechts der seit Teubner's geflügeltem Wort unvergessenen „globalen Bukowina“, eines transnationalen „Rechts ohne Grenzen“, ohne Staat, einem Widerstandsrecht auf mehreren Ebenen gegen die metaphysischen Gewalten der Weltwirtschaft, oder gar von einer „global governance“ ohne „government“,<sup>38</sup> auch von einem Dialog zwischen TNCsOs (transnational Civil Society organisations) und TNCs.<sup>39</sup>

Da eine Rückkehr zum primitiven Geldmittel der Kaurimuscheln einer Tauschwirtschaft nicht in Frage kommt, geht es also um „good – oder – better governance“<sup>40</sup> – Rahmenbedingungen zur Lösung der Finanzkrise und zur nachhaltigen Sicherung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Finanzmärkte.

Und welchen Beitrag könnte das öffentliche Internationale Recht leisten, bzw. die zu seiner Entstehung und Entwicklung beitragenden privaten und öffentlich-rechtlichen Akteure?<sup>41</sup>

---

35 Zu Foucaults Konzept der „governmentality“ siehe Jonathan Joseph, *The limits of governmentality: Social theory and the international*, 16 EJIR (2010), No. 2, 223-246.

36 Zur US Skepsis bezüglich internationalen Verwaltungen siehe Georg Nolte, *The International Legal System: Is its nature changing?*, 8 *Austrian Review of International and European Law* (2003) 81, 88.

37 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1913. Zitiert nach Rüdiger Voigt, *Weltrecht – Entsteht eine „Dritte Rechtsordnung“?*, 39 *Rechtstheorie* (2008), 357-380, 368-369.

38 Larry Cata Backer, *Governance without Government: An Overview*, ch. 5 in Günter Handl, Joachim Zekoll, Peer Zumbansen (eds.), *Beyond Extraterritoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Brill/Martinus Nijhoff, 2012.

39 John Gerard Ruggie, *Reconstituting the Global Public Domain – Issues, Actors, and Practices*, 10 EJIR (2004) No. 4, 499-531, 509.

40 Zum Begriff der „governance“ siehe Von Lorenz Engi, *Governance – Umriss und Problematik eines Staatstheoretischen Leitbildes*, 47 *Der Staat* No. 4, 573-587; Nico Krisch and Benedict Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 EJIL (2006) No. 1, 1-13.

41 Zur Auffassung von einer neuen rechtlichen Mischform siehe Paul Sebastianutti, *What is this thing called international financial law?*, *Law and Financial Markets Review* (2009), Jan., March, May, July, Sept), 64 ff.

(4) *Aufbruch zu Re-Regulierung oder neuen transnationalen Regeln, aber welchen?*

Wie heißt es doch: „All politics is local, all economics is global.“<sup>42</sup>

Wie dem auch sei, Politiker der wichtigsten Industrieländer sind sich prinzipiell über eine Anzahl von Rahmenbedingungen für künftige Regulierung einig, und sollten nach Vorstellung von Experten überdies eine Anzahl von Regulierungsprinzipien<sup>43</sup> beachten.

Was die Rahmenbedingungen betrifft, sind sie sich einig:

- (i) Erstens, dass einerseits zahlreiche Aspekte finanzieller Stabilitätspolitik „lokal“ inklusive „supranational“ geregelt werden können und Wettbewerb zwischen verschiedenen Systemen sogar vorteilhaft sein könnte,<sup>44</sup> aber auch dass andererseits die Sicherung des globalen öffentlichen Guts nachhaltiger Finanzmarktintegration globaler Regulierung bedarf;
- (ii) Zweitens, dass Intervention staatlicher Behörden notwendig ist,<sup>45</sup> weil das herrschende System bestehend aus Liberalisierung und Disziplinlosigkeit der Finanzmärkte nicht krisenfest ist; und
- (iii) Drittens, dass daher sowohl die „regulatory architecture“ internationaler Finanzmärkte als auch anwendbare Verhaltensregeln reformiert werden müssen.

Gefragt ist weniger ein Paradigmenwechsel, als eine Trendumkehr.<sup>46</sup> Damit soll die Komplizenschaft von Marktversagen und Regulierungsversagen<sup>47</sup> beendet werden.<sup>48</sup>

Ausgehend von den Gegebenheiten einer neuen „Multipolarität“ unterschiedlich strukturierter und entwickelter Finanzmärkte<sup>49</sup> sowie von ungleichem staatlichen Umgang mit Souveränität und von Staat zu Staat verschiedenen Regulierungsbedürfnissen, -erwartungen, und technischen Fähigkeiten ist globale Harmonisierung noch unwahr-

---

42 Stéphan Rottier, Nicolas Véron, Not all financial regulation is global, bruegel policy brief, Issue 2010/07, August 2010.

43 Luis Garicano and Rosa M. Lastra, Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles, 13 JIEL (2010) No. 3, 597-621, 606 ff; Rolf H. Weber, Multilayered Governance in International Financial Regulation and Supervision, 13 JIEL (2010) No. 3, 683 – 704, 694 ff; Iris H-Y Chiu, Enhancing responsibility in financial regulation – critically examining the future of public-private governance, parts 1 & 2, Law and Financial Markets Review March 2010, 170-188, May 2010, 286-313.

44 Nach Stéphan Rottier, Nicolas Véron, sind nur ¼ der Transaktionen der Großbanken „international“; anders in der EU, zufolge der grenzüberschreitenden Integration, op.cit., o. Fn. 42, 6.

45 Nach Auffassung der britischen Independent Commission on Banking (ICB) wären die Folgen der Krise ohne weltweite Intervention staatlicher Behörden und ohne den Einsatz von Steuergeldern ungleich heftiger gewesen, Independent Commission on Banking (ICB), Issues Paper. Call for Evidence, London, September 2010, 13-14.

46 Rottier and Véron, op.cit., 4.

47 Auch Regierungen haben schwerwiegende Fehler begangen: als *Manipulatoren* (Förderung von Wohnungseigentum, Baulust – mehr Arbeitsplätze, mehr Steuereinnahmen – größeres BSP); als *Regulatoren* (hielten nicht Schritt mit rasch zunehmender globaler Verflechtung und Finanzinnovation); als *Aufseher* (wollten Boom nicht bremsen, dadurch eigene Finanzindustrie im Wettbewerb benachteiligen oder Standort-/Geschäftsverlegung provozieren): EFA Konferenz, Europa und die Finanzkrise, Diskussionsbeitrag von Elemér Tertak, GD Binnenmarkt und Dienstleistungen.

48 Stijn Claessen, op.cit., 19. Effizientes Management globaler Systemrisiken – Frühwarnung, Informationsaustausch, Risikofeststellung – kann aber nur durch Zusammenarbeit relevanter Einrichtungen erreicht werden.

49 Global agierende Banken in der EU, Staatsbanken in Entwicklungs- und Schwellenländern, common law, civil law Systeme, Rottier und Véron, op.cit., 5.

scheinlicher geworden, als sie es noch vor der Krise war.<sup>50</sup> Abgesehen von einerseits der Aporie hinsichtlich der Rolle des Rechts im internationalen Geld und Währungswesen<sup>51</sup> und andererseits der ungelösten und wahrscheinlich unlösbaren Frage der Bestimmung optimaler Regulierung bzw. Harmonisierung der Finanzmärkte<sup>52</sup> stehen prinzipiell drei Methoden für die Festlegung von Normen zur Wahl.<sup>53</sup>

Erstens, die „business-as-usual“ Vorgangsweise,<sup>54</sup> d.h. Re-Regulierung durch soft-law-artige,<sup>55</sup> selbstbindende Regulierung globaler Finanzmärkte durch transnationale, semi-autonome Organe und technokratische Experten – Netzwerke<sup>56</sup> mit mehr oder minder beschränkter Mitgliedschaft und daher „output“-Legitimität, und unter von manchen beklagtem Ausschluss<sup>57</sup> von Vertretern der sog. „civil society“.<sup>58</sup>

Zweitens, eine Rückkehr zum „hard law“ rechtssetzender völkerrechtlicher Verträge und Institutionen,<sup>59</sup> unter gleichberechtigter Einbeziehung auch wirtschaftlich weniger entwickelter Länder.<sup>60</sup>

---

50 Rottier und Véron führen zwei Gründe an: vor dem Aufkommen der Multipolarität gab es mono- bzw. bi-polare Führung; in Zeiten der Deregulierung ist es allgemein einfacher sich auf harmonisierte Minimumstandards zu einigen, op.cit., 4.

51 Joseph Gold, Public International Law in the International Monetary System, in Joseph J. Norton (ed.), Public International Law and the Future World Order, Liber Amicorum in honor of A.J. Thomas Jr., 1987, ch. 15; Ernst Baltensperger und Thomas Cottier, The Role of International Law in Monetary Affairs, 13 Journal of International Economic Law (2010) No. 3, 911-937, 927-30; und von Beth A. Simmons, Money and the Law: Why comply with the public international law of money?, 25 Yale J. Int'l L. (2000) 323; id., International Law and State Behaviour: Commitment and Compliance in International Affairs, 94 American Political Science Review (2000) No. 4, 819; Stephen A. Silard, International Law and the Conditions for Order in International Finance: Lessons of the Debt Crisis, 23 The International Lawyer (1989) No. 4, 963-976.

52 Christian Tietje, Matthias Lehmann, The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision, 13 Journal of International Economic Law (2010) No. 3, 663-682, 679-81; Zur EU Regulierung siehe Niamh Moloney, EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: „More Europe“ or More Risks?, 47 CMLaw Rev. (2010), 1317-1383; allgemein Iain G. MacNeil, Justin O'Brien (eds.), The Future of Financial Regulation, Hart Publishing, Oxford, 2010.

53 Siehe aber Claire Kelly, The Value Vacuum: Self Enforcing Regimes and the Dilution of the Normative 22 Mich. J. Int'l L. (2001), 673, 678.

54 Anne van Aaken, sieht darin das *de lege lata* idealtypische Regelungsmodell transnationaler Behördenkooperation, op.cit. o. Fn. 34, 222.

55 Stephen Zamora, verweist auf „soft law“ Charakter von VGR: Is there Customary International Economic Law?, 32 German YB Int'l L. (1989) 9, 34-35.

56 Die Möglichkeit eines Experten-Konsenses wird auch kritisch gesehen, weil wissenschaftlicher Konsens geographisch verteilt aus Zentren wissenschaftlichen Einflusses hervorgeht, siehe Jeffrey Attik, Science and International Regulatory Convergence, 17 Nw.J. Int'l L. & Bus. (1996-97), 736.

57 Stephen Toope argued that „networks ... are sites of power, and potentially of exclusion and inequality“, Toope, Emerging Patterns of Governance and International Law, in Michael Byers (ed.), The role of law in international politics: Essays in International Relations and International Law, OUP, 2000, 96-97.

58 Gertrude Tumpel-Gugerell, Mitglied des EZB-Direktoriums, Die Zukunft der Geld- und Finanzpolitik sowie der Systemaufsicht, Rede im Rahmen einer EFA Konferenz, Innsbruck, 28.1.2010: ... „die Finanzmärkte [sollten sich] selbst Standards und Regeln setzen“.

59 Gerhard Hafner, The Effect of Soft Law on International Economic Relations, in Stefan Griller (ed.), International Economic Governance and Non-Economic Concerns. New Challenges for the International Legal Order, Springer, 2002, 149-167. Nach Auffassung von z.B. Eyal Benvenisti sind internationale Normen speziell solche, die unter NGO Beteiligung ausgehandelt wurden, durchaus zu mehrdimensionaler Kooperation geeignet, siehe id., Domestic Politics and International Resources: What Role for International Law?, in Michael Byers (ed.), op.cit., o. Fn. 57, 107, 129.

60 Philip Alston, The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization, 8 EJIL (1997) 435, 446.

Drittens, die Entwicklung rechtlich verbindlicher Disziplinen und Instrumente für die Verhaltenssteuerung und Kontrolle der globalen Finanzwirtschaft und zur Streitbeilegung im Rahmen einer zu gründenden Internationalen Organisation, aber unter Einbeziehung von Vertretern der „civil society“. <sup>61</sup> Kritiker geben allerdings zu Bedenken, dass diese Methode keineswegs perfekt ist: „Civil society“ ist nicht in jeder Hinsicht repräsentativ oder rechenschaftspflichtig, <sup>62</sup> da verstärkte Einbindung der „civil society“ nicht notwendigerweise zu (rascheren, besseren) Ergebnissen führt, <sup>63</sup> ja solche sogar verhindern könnte. <sup>64</sup>

## **I. Staatenpraxis v. Nicht-Staatenpraxis in der Finanzkrise**

### **1. Allgemein**

Da die Finanzkrise, wie erwähnt, aus dem Zusammenwirken von Marktversagen und Regierungs- bzw. Regulierungsversagen hervorging, haben sich besonders Regierungen, aber auch Teile der Finanzindustrie selbst, um die Beseitigung ihrer Folgen bemüht.

### **2. Diskurse moderner International-rechtlicher Systemkritik**

Einleitend zu einer Beschreibung ihrer Tätigkeiten erscheint es aber reizvoll, zu prüfen, ob deren Praxis für eine Musterung durch den einen oder anderen der mit großem intellektuellem Raffinement vorgetragenen modischen systemkritischen Diskurse oder Atrophien von der Konstitutionalisierung bzw. der Fragmentierung <sup>65</sup> in Frage kämen.

#### *(1) Konstitutionalisierung*

Der Bereich der globalen Finanzwirtschaft eignet sich aus mindestens zwei Gründen nicht als Beleg für eine wie auch immer umschriebene Konstitutionalisierung. <sup>66</sup> Erstens, weil es ihn als eigene Rechtsmaterie noch gar nicht gibt; und zweitens, weil es auch weiterhin an widerspruchsfreien konstitutiven Vorstellungen und am politischen Willen zur Formulierung selbst rudimentärer globaler Spielregeln fehlt. <sup>67</sup>

---

61 Schon längst hat sich diese zu Wort gemeldet, liegen zahlreiche Berichte, Analysen, Diskussionsbeiträge von NGOs, Interessensgruppen, Forschungsinstituten und anderen Einrichtungen der Zivilgesellschaft vor.

62 Dana Brakman Reiser, Claire R.Kelly, Linking NGO Accountability and the Legitimacy of Global Governance, 36 Brooklyn J.INT'L L.(2011) No. 3, 1011, 1073.

63 Daniel C.Esty, Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, 115 Yale Law Journal (2005), 1490-1562, 1520, 1531-2.

64 Benedict Kingsbury, The Concept of Law in Global Administrative Law, 20 EJIL (2009), 23, 35.

65 Siehe z.B. Dirk Pulkowski, Narratives of Fragmentation. International Law between Unity and Multiplicity, ESIL, Inaugural Conference, Florence 2004.

66 Aus der Fülle von Literatur zum Thema der „constitutionalisation beyond the state“, siehe Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, The Constitutionalization of International Law, OUP, 2011; Mattias Kumm, The legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis, 15 EJIL (2004) No. 5, 907-931.

67 Als Beispiel für ein starkes „credo“ in den unaufhaltsamen „trend towards broadening, deepening and constitutionalizing the international legal order“ siehe Anne Peters, The Growth of International Law between Globalization and the Great Power, 8 Austrian Review of International and European Law (2003) 109, 139.



## (2) *Fragmentierung*

Aus dem gleichen Grund ist auch der von Koskeniemi für die ILC monumental und nuanciert untersuchte „Hafnersche“ Befund der Fragmentierung<sup>68</sup> durch divergierende Normensysteme koalitionswilliger Staaten nicht schlagend. Hier handelt es sich nämlich nicht um rechtliche Fragmentierung durch das Normensystem des internationalen Finanzrechts, sondern um tatsächliche Fragmentierung im internationalen Finanzrecht wegen des Auseinanderklaffens von Marktintegration und (Nicht-)Regulierung.

## (3) *Global Rule-of Law Weltrechtsordnung*

Aus ähnlichen Überlegungen erscheint auch eine andere (systemkritische) Perspektive zweifelhaft oder bestenfalls eingeschränkt gültig: Die sinntrüchtige Vorstellung einer vermeintlich seit 1945 nachweisbaren Entwicklung einer Weltrechtsordnung der Staatengemeinschaft fußend auf der „rule of law“,<sup>69</sup> oder sogar auf planetarischem – nicht mehr räumlichem<sup>70</sup> – Nomos.<sup>71</sup>

Es bleibt folglich unbedenklich, sich auf die längst unmodisch gewordene aber noch rüstige „municipal law“-Analogie des Internationalen Rechts als „private law writ large“ zu besinnen,<sup>72</sup> eventuell erweitert durch die des „public law writ large.“<sup>73</sup>

Es liegt daher nahe, die auf diese Weise gestaltete Staatenpraxis zur Sicherung des globalen Rechtsguts der Finanzstabilität zu beleuchten, so wie auch die Rolle der zahlreichen, teils organisierten teils nur formlos vernetzten Akteure der transnationalen Zivilgesellschaft, die an der Formulierung und Entwicklung dieser Rechtsgüter mitwirken, darzustellen.

## **3. Staatenpraxis und Nicht-Staatenpraxis: Fragmentierung sui generis?**

### (1) *Staatenpraxis: Artikel 38 IGH Statut*

Auf der Homepage des angesehenen Lauterpacht Zentrums für Internationales Recht in Cambridge wird zu diesem Begriff auf regierungsamtliche Pressemitteilungen, Deklarationen, Erklärungen, und andere Dokumente auf den Internetseiten von Außenministerien und zwischenstaatlichen Internationalen Organisationen verwiesen. Weiters liest man dort, dass auch der Digest der „United States Practice in International

---

68 ILC, 58<sup>th</sup> Session, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Report of the Study Group of the ILC, A-CN.4/L682, 13 April 2006.

69 So z.B. Karl Zemanek in FS Bruno Simma; B. Simma, 'From Bilateralism to Community Interest in International Law' (1994) 250 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 217, 233.

70 Carl Schmitt: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot, 1950, 36.

71 Mitchell Dean, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Sage, 1999, cited from J. Joseph, *op.cit.*, o. Fn. 35, 224.

72 T. Holland, *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon, 1898, 152. So auch H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, London, Longmans, Green & Co., 1927, 81. 'Formally, international Public law belongs to the genus private law'; siehe auch Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 *N.Y.U.L.Rev.* (2000), 543, 543-44.

73 Anne Peters, *Transnational law comprises constitutional, administrative, criminal and quasi-private law*, ch. 10 in Pieter Bekker, Rudolf Dolzer, Michael Waibel (eds.), *Making Transnational Law Work: Liber Amicorum Detlev Vagts*, CUP, 2010, 154-173.

Law“ Internationale Organisationen aufzählt, aber auch Entscheidungssammlungen Internationaler Gerichte und Tribunale.<sup>74</sup>

Staatenpraxis begründet Völkergewohnheitsrecht (VGR),<sup>75</sup> wenn das Gewicht der relevanten Staatenpraxis für die spezielle Quelle angemessen ist, von der die behauptete Regel abgeleitet wird,<sup>76</sup> so dass was „ist“ „sein muss“.<sup>77</sup> Hinsichtlich transnationaler Finanzkrisen, die relativ selten, unregelmäßig, kurzfristig – und kurzlebig – auftreten, dürfte es allerdings praktisch unmöglich sein, eine zum Beweis von VGR geeignete Staatenpraxis nachzuweisen.<sup>78</sup>

## (2) Staatenpraxis durch Civil Society?

Unklar ist aber, ob neben den „richterlichen Entscheidungen und...Lehrmeinung[en] der fähigsten Völkerrechtler...als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen (Art. 38 1 (d) IGH Statut) auch noch andere Quellen in Frage kommen. Interessant wäre es beispielsweise zu untersuchen, inwieweit das Prozess-Vorbringen in Verfahren gegen Staaten vor internationalen Gerichten und Tribunalen (Anträge, Interpretationen), zumindest soweit es in die Entscheidungen eingeht, noch den formellen Quellen zugerechnet werden könnten. Eine ähnliche Frage könnte aufgeworfen werden bezüglich der auf Standardisierung in Finanzmärkten gerichteten Positionen von Zentralbankgouverneuren im Baseler Ausschuss für die Bankenaufsicht (BCBS). Erwähnenswert in diesem Zusammenhang wäre auch, dass ein GATT Panel einmal feststellte dass „the fact that an action is taken by private parties does not rule out the possibility that it may be deemed governmental if there is sufficient governmental involvement with it. It is difficult to establish bright-line rules in this regard, however. Thus, that possibility will need to be examined on a case-by-case basis.“<sup>79</sup> Bemerkenswert ist ferner, dass die zitierten Autoritäten, abgesehen von den genannten qualifizierten Lehrmeinungen, Expertisen der sog „Civil Society“ in all ihrer Vielfalt, also das Wirken Nicht-staatlicher Akteure, völlig übergehen, trotz ihrer prinzipiellen Anerkennung in gewissen Verträ-

74 Siehe auch Brownlies Liste in *Principles of Public International Law*, 6<sup>th</sup> ed. Oxford; New York: OUP, 2003, 6.

75 See §102 (2) of the *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, published by the American Law Institute, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987. The *Restatement's* reporters' notes for this section state that „No definition of customary law has received universal agreement, but the essence of Subsection (2) has wide acceptance“, 2. The Restatement's description of the sources of international law is derived in part from Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice, described as an „authoritative statement of the 'sources' of international law“, *Restatement*, §102, Reporters' Notes 1; diese Feststellung wurde auch als „more an art than a scientific method“ bezeichnet, siehe Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, 4<sup>th</sup> ed. New York, Aspen Publishers, 2003, 4.

76 Nach § 103 *Restatement* ist dabei besonderes Gewicht zu legen auf (a) judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals; (b) judgments and opinions of national judicial tribunals; (c) the writings of scholars; (d) pronouncements by states that undertake to state a rule of international law, when such pronouncements are not seriously challenged by other states.

77 Diese knappe Formel findet sich in Judge Armand – Ugón's Dissenting Opinion in the Right of Passage Case, ICJ Reports 1960, 82.

78 Siehe auch Georg Schwarzenbergers Beschreibung des Internationalen Währungsrechts als „...a challenging (and at times confusing) combination of treaties, customary practices, decisions (both formal and informal) of international organizations, and informal rules, all of which have been characterized as 'quasi-orders'“, *The Principles and Standards of International Economic Law*, in 117 *Recueil des Cours* (RdC 1965/I), 7-98, 63.

79 Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, BISD 35S/116.

gen, wie z.B. dem Partnerschaftsabkommen von Cotonou.<sup>80</sup> Auf diese Weise werden tatsächlich einflussreiche Governance-Mechanismen aus dem Panthéon der Rechtsquellen des Artikel 38 Abs. 1 IGH Statut eliminiert.<sup>81</sup>

### (3) *Soft-Law Instrumente*

Tatsache ist, dass NGOs, aber auch Interessensgruppen, transnationale Netzwerke,<sup>82</sup> „guter wissenschaftlicher Praxis“ verpflichtete „think-tanks“ und Privatpersonen verschiedentlich an der Gestaltung und Formulierung von normgleicher/ähnlicher soft-law Praxis mitwirken, die zu rechtlichen oder rechtsähnlichen Standards führen können oder zur Strukturierung öffentlicher Rechtsgüter, wie z.B. dem der „good governance“ (verantwortungsbewusster Regierungsführung) beitragen.<sup>83</sup> Der einst – zu biblischen Zeiten und noch im westfälischen Modell – scheinbar klar umrissene Begriff der Staatenpraxis („Give unto Caesar what is Caesar's ...“) ist zweifellos nuanciert schillernder geworden.

Gerade im Zusammenhang mit der globalen Banken/Kredit/Finanzkrise zeigte es sich, dass souveräne Staaten ihre traditionelle zentralisierte Kommando & Kontrollfunktion aufgeben und durch ein System des „regulatory capitalism“<sup>84</sup> ersetzt haben, bestehend aus dezentralen hybriden Mischformen öffentlicher und privater Regulierung mit transnationalen Dimensionen. Diese Verschiebung in der Regulierungsarchitektur von Staaten hin zu Märkten bedeutet aber ein noch weiteres Auseinanderklaffen von verantwortlicher Kompetenz und transnationalem Marktverhalten.<sup>85</sup>

---

80 Siehe z.B. Art. 6 of the Cotonou Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group of States and the European Community and its Member States signed in Cotonou, Benin, on 23 June 2000, according to which non-state actors include: Civil society in all its diversity, according to national characteristics; Economic and social partners, including trade union organisations and; The private sector. Note, however, the extensive, quasi-governmental powers entrusted to historical trading companies such as the Dutch East India Company, including the ability to wage war, negotiate treaties, coin money, and establish colonies. In 1986 the American Law Institute described international law as dealing with „the conduct of states and of international organisations, and with their relations inter se, as well as some of their relations with persons, whether natural or personal.“

81 Armin von Bogdandy, Philipp Dann, Mathias Goldmann, Völkerrecht als Öffentliches Recht: Konturen eines Rechtlichen Rahmens für Globale Governance, 49 *Der Staat*, Heft 1, 23-50, 38. Auch Dann vertritt die Auffassung, dass transnationale Regeln der Kooperation nicht am Rechtsquellenbegriff des Art. 38 IGH-Statut gemessen werden können, siehe Philipp Dann, Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts, in Christoph Möllers, Andreas Vosskuhle und Christian Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 2007, 7, 12.

82 Siehe z.B. Anne-Marie Slaughter, *Governing the Global Economy through Government Networks*, in Michael Byers (ed.), *op.cit.*, o. Fn. 57, 177; Pierre-Hugues Verdies, *Transnational Regulatory Networks and Their Limits*, 34 *Yale J.Int'l.L.*(2009) 113, 131; Karl Raustiala, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 *Va.J.Int'l L.*(2002) 1, 6, 88; schon in den 1970er Jahren wurde das Phänomen transnationaler Bildung bürokratischer Koalitionen erkannt, siehe z.B. Robert O. Keohane & Joseph S. Nye, *Transgovernmental Relations and International Organizations*, 27 *World Politics* (1974), 39, 61; F. Hopkins, *Global Management Networks: The Internationalization of Domestic Bureaucracies*, 30 *Int'l.Soc.Sci.J.*(1978), 31.

83 Die in den 1970er Jahren mit den TNCs beginnende Debatte über „Transnationalismus“, umfasst heute auch sog. „transnational civil society organisations“ (CSOs), wie „transnational social movements, coalitions, activist campaigns as well as formal NGOs, siehe, John Gerard Ruggie, *Reconstituting the Global Public Domain – Issues, Actors, and Practices*, 10 *EJIR* (2004) No. 4, 499-531, 501.

84 Tony Porter, *Why International Institutions Matter in the Global Credit Crisis*, 15 *Global Governance* (January-March 2009) No. 1, 3.

85 Siehe Elke Krahnemann, *op.cit.*, o. Fn. 1, *passim*.

Dieser Befund erscheint auch durch die Ablehnung bindender Streitbeilegung durch internationale Gerichte/Tribunale bestätigt – wie z.B. durch die Weigerung des US S.C. im Medellín Fall 2008, die Durchführung des Avena Urteils des IGH sicher zu stellen; oder durch die Ablehnung internationaler Gerichtsbarkeit durch China (außer im Handels- bzw. Investitionsrecht); oder die Kündigung der ICSID Konvention durch einige Lateinamerikanische Staaten.<sup>86</sup> Bevorzugt werden informelle Einrichtungen<sup>87</sup> ohne völkervertragsrechtliche Grundlage,<sup>88</sup> wie die G-20 oder die Financial Action Task Force (FATF)<sup>89</sup> im Finanzsektor.

Es fragt sich, ob diese „soft-law“ Mechanismen zur Bewältigung der Krise und zum Aufbau einer viel diskutierten neuen globalen Finanzarchitektur<sup>90</sup> ausreichen oder ob die Stärkung staatlicher Regulierungs- und Kontrollkompetenzen und eine Rückkehr zu durchsetzbarem „hard law“ erforderlich und durchführbar ist. Namhafte und einflussreiche Experten befürworten sogar eine Rückkehr zum Modell der Autarkie der Regulierung.<sup>91</sup>

Die Beantwortung dieser Frage soll erst nach einem gerafften Überblick über Natur, Status und Rolle der wichtigsten dieser Nicht-staatlichen Einrichtungen und Akteure versucht werden.

## **II. Internationale und transnationale Governance Institutionen in der Weltfinanz**

### **1. Allgemein**

2007 lagen im Grunde zwei diametral verschiedene Regulierungssysteme vor, die sich beide aus ursprünglich gleichen Regulierungsbedürfnissen der Nachkriegsjahre entwickelt hatten.<sup>92</sup>

Einerseits die einheitlich strukturierte WTO<sup>93</sup> und andererseits die Bretton Woods Institutionen und neben diesen eine komplexe, fragmentierte, mehrdimensionale, internationale Finanzarchitektur bestehend aus verschiedenen soft-law-setzenden Netzwerken.

Die bestehende sog. internationale Finanzarchitektur ist in Wahrheit keine, setzt sie sich doch aus einer kleinen Anzahl formeller zwischenstaatlicher Organisationen und

---

86 Benedict Kingsbury, *International Courts: Uneven Jurisdiction in Global Order*, NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper Nr. 11-05, 16-17; Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, 2009, 101.

87 Charles Lipson, *Why Are Some International Agreements Informal*, 45 *Int'l ORG* (1991) 495, 537-38.

88 Nach John Jackson sind völkerrechtliche Verträge zwar notwendige aber umständliche und selten effiziente Methoden der Problemlösung, siehe John Jackson, *op.cit.*, o. Fn. 26, 3, 8.

89 IO errichtet 1989 am Paris Gipfel durch G-7 & EU Kommission, (Beitritt weiterer 8 eingeladenen Mitglieder) zwecks Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismus.

90 Siehe auch die Erörterung relevanter politikwissenschaftlicher Literatur zu diesem Thema bei Anne van Aaken, *op.cit.*, o. Fn. 34, 222-226.

91 Charles H. Dallara, *Revitalizing Economic and Financial Cooperation: Observations on the Global Financial Architecture*, Conference paper, INET Conference, Cambridge, April 2010, 3.

92 R. Michael Gadbow, *op.cit.*, o. Fn. 9, 563.

93 Member-driven, rule-oriented, unitary, comprehensive, nearly universal membership, enforceable obligations of conduct, sanctions.

einer Vielzahl locker vernetzter Akteure und internationaler Verhandlungsforen öffentlicher oder privater Natur zusammen.<sup>94</sup> Dieses außergewöhnlich komplexe System globaler Verwaltung wurde von den katastrophalen Vorkommnissen des Jahres 2007 unvorbereitet überrascht.<sup>95</sup> Sie soll nach dem Willen der G-20 durch eine „Neue Internationale Finanzarchitektur“ (NIFA)<sup>96</sup> ersetzt werden, und sei es auch nur, wie es gegenwärtig den Anschein hat, durch eine Revision der als Reaktion auf die Asien-Krise 1997/1998 entfachten NIFA Diskussion.<sup>97</sup>

Mechanismen zur Identifizierung und Behandlung globaler und nationaler Wirtschaftskrisen sind zwischen verschiedenen internationalen Einrichtungen verteilt, besser gesagt zerstreut, haben häufig den Charakter von ad hoc-Instrumenten und sind unzureichend. Diese Verflochtenheit internationalisierter „governmentality“ wurde so beschrieben:

„If a ‚global governmentality‘ is today propounded by multiple agencies (for example, WTO, IMF, OECD), it operates through both the existing arts of domestic government within nation-states and as an attempted extension and generalization of them across the planet. It thus seeks to move from a liberal art of government to a planetary *nomos* of world order.“<sup>98</sup>

Es gibt folglich kein in holistischer Weise institutionalisiertes Aufsichtsverfahren zur Identifikation, Verhinderung und Management von Krisen.

## 2. Internationale „Governance“ Organisationen: Ancien Régime

### (1) IMF und Krisenmanagement

Der IMF als zentrale Organisation des Bretton Woods Systems verdankt seine Errichtung der „Großen Depression“ der 1930er Jahre, speziell dem daraus entstandenen Bedürfnis nach verbesserter Koordination.<sup>99</sup> Die internationale Währungsordnung des Bretton Woods Systems stellte den letzten systematischen Versuch der Förderung und Absicherung von Währungs- und Finanzstabilität als Instrument wirtschaftlichen Wachstums dar.<sup>100</sup>

---

94 Siehe allgemein Mario Giovanoli, Diego Devos (eds.), *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*, OUP, 2010; Joseph J. Norton, *The ‚Santiago Principles‘ for Sovereign Wealth Funds: A Case Study on International Financial Standard-Setting Procedures*, 13 *JIEL* (2010) Nr. 8, 645-662, 646.

95 Garicano and Lastra, *op.cit.*, 619.

96 Stijn Claessens definiert sie als „the rules under which international capital flows take place, the way countries interact with the international financial system and the role of international financial institutions.“ *The International Financial Architecture: What is New(s)?*, Inaugural lecture, 22.10.2002, Vossiuspers UvA, 6.

97 Joseph J. Norton, *op.cit.*, 648, Fn. 9. Eine google internet-Such nach „international financial architecture“ erbrachte 700 000 Referenzen, cf. Stijn Claessens, *loc.cit. ibid.*

98 Dean, *op.cit.*, 53.

99 Zu Bankenkrisen der Zwischenkriegszeit, siehe Ben Bernanke and Harold James, *The Gold Standard, Deflation, and Financial Crisis in the Great Depression: An International Comparison*, chap. 2 in R. Glenn Hubbard (ed.), *Financial Markets and Financial Crises*, Univ of Chicago Press, 2001, 33-68.

100 Nach Bordo und Eichengreen scheiterte das System Anfang der 1970er Jahre mit dem Wegfall von zwei es bis dahin stützenden Bedingungen: Stabile makroökonomische Politik in den USA und kontrollierte Kapitalmobilität, Michael D. Bordo & Barry Eichengreen, *A retrospective on the Bretton Woods system*, in id.(eds.), *A collection of essays reevaluating the Bretton Woods experience*, Chicago University Press, 1993, cited by Anastasios. G. Malliaris, *Global monetary instability: The role of the IMF, the EU and NAFTA*, 13 *North American Journal of Economics and Finance* (2002), 72, 77.

Kraft seines Mandats,<sup>101</sup> seiner historischen Mission und universellen Mitgliedschaft schien der IMF prädestiniert, eine führende Rolle im globalen Finanzkrisenmanagement zu übernehmen. In der Praxis spielte der IMF aber nur eine bescheidene Rolle bei der Abfassung multilateraler Finanzmarktregulierung.

Andererseits bewährte sich der IMF als Mechanismus für die Gewährung von Krediten von reichen an kleinere bzw. ärmere Staaten- und Schwellenländer (Ungarn, Ukraine, Island, Pakistan). Zusammen mit der Weltbank entwickelte er sich zu einer selbständigen Entwicklungshilfe-Organisation,<sup>102</sup> wengleich unter der Bedingung des „Washington Konsenses“ zur Marktreform,<sup>103</sup> zu dem es bis heute keine glaubwürdige einheitliche Gegenkonzeption – etwa als „Brüssel/Frankfurt-Konsens“ – zu geben scheint.<sup>104</sup> Aber auch die von der G-20 beschlossene Verdreifachung seiner Gesamtmittel auf \$750 Millionen,<sup>105</sup> wäre für eine Beistandsleistung an entwickelte Länder, wie etwa die USA, Japan oder China völlig unzureichend.<sup>106</sup>

Kritik am IMF wurde geübt,<sup>107</sup> als er die Ostasiatische Krise<sup>108</sup> – Thailand, Malaysia, Korea, Philippinen, Indonesien, Hong Kong, Taiwan – nicht vorhersah,<sup>109</sup> und durch seine, wie erwähnt, auf dem „Washington Konsens“ beruhende, nicht-interventionistische Politik sogar mitverursacht bzw. verschlimmert haben soll. Auch sein institutionalisiertes Instrumentarium für das Krisenmanagement wurde nicht optimal eingesetzt,<sup>110</sup> wenigstens nicht für die Überwachung entwickelter Länder.<sup>111</sup> Gleichwohl mangelt es nicht an Anfragen um IMF Beistand. Die dem IMF von der G-20 übertragene Rolle ist nicht mehr, wie ursprünglich konzipiert, die einer Zentralbank der gesamten Welt, also nicht die eines „lender of last resort“, sondern nur noch die einer „bailout“-Institution für die von der Finanzkrise betroffenen Entwicklungsländer.

---

101 Bereitstellung internationaler Liquidität, Unterstützung bei vorübergehenden Zahlungsbilanzschwierigkeiten, Wechselkursstabilität, multilaterales Zahlungssystem.

102 Siehe auch Andreas F. Lowenfeld, *The International Monetary System: A Look Back over Seven Decades*, 13 *JIEL* (2010), 575-595, at 586; Ngaire Woods, *Understanding Pathways Through Financial Crises and the Impact of the IMF: An Introduction*, 12 *Global Governance* (2006), 373-393.

103 Privatisierung, Marktöffnung für Wettbewerb, Liberalisierung der Kapitalmärkte, Verminderte Intervention der öffentl. Hand, Lenkung der Geldpolitik, cf. Gadbaw, op.cit., o. Fn. 9, 561.

104 So Stijn Claessens, op.cit., o. Fn. 5, 22.

105 Beschluss der G-20, 2 April 2009, *Declaration on delivering resources through the International Financial Institutions* – London.

106 Zum Vergleich: gemäß *Herald Tribune* vom 17.12.2008, war es im 2. Halbjahr 2008 zu Börsenverlusten von \$ 28 Trillionen gekommen. Der IMF scheint für „Umstrukturierung“ weiterhin unvorbereitet, wie sich dem beschwichtigenden Titel einer 2010 IMF Staff Position Note entnehmen lässt: „Default in Today’s Advanced Economies: Unnecessary, Undesirable, Unlikely“, Susan Schadler, *Atlantic Council* ([www.acus.org](http://www.acus.org), 11.5.2010).

107 Siehe Joseph Stiglitz, *Globalisation and its discontent*, 2002, ch. 4.

108 Globale Finanzkrisen gab es sowohl vorher – Mexico 1994 – als auch nachher – Russland 1998, Türkei, Argentinien 2001.

109 For detailed criticisms see Anastasios G. Malliaris, op.cit., o. Fn. 100, 80-81.

110 Emergency Financing Mechanism (EFM), the Exogenous Shock Facility (Rohstoffpreise, Naturkatastrophen, Konflikte etc.); the Short-Term Liquidity Facility and the Poverty Reduction and Growth Facility.

111 IMF Mitgliedsländer können vom IMF Berichte – Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSCs) hinsichtlich der Einhaltung von 12 international anerkannten Codes anfragen; für jene mit einem nach Auffassung des IMF systemrelevanten wichtigen Finanzsektor ist Teilnahme in einem Financial Sector Assessment Program (FSAP) verpflichtender Teil der Art. IV Überwachung.

Mit einer (Artikel IV des IWF-Abkommens ergänzenden) Grundsatzentscheidung zur bilateralen Überwachung der Länder Politiken vom Juni 2007 reagierte der IMF auf seine Kritiker.<sup>112</sup> Überdies ließ er mit einer Liste von vier Vorschlägen zur Stärkung der internationalen Finanzarchitektur aufhorchen.<sup>113</sup> Trotzdem verhält sich der IMF weiterhin eher abwartend, reagiert nur, handelt zu wenig pro-aktiv – durch Frühwarnung und präventive Krisenverhinderung – wie selbst sein Managing Direktor zugestand, als er sagte: “The International Monetary and Financial Committee and the G-20 leaders have emphasized the central role of the Fund as a crisis responder and a developer of ideas ... We will take this mandate forward to help restore global financial stability and stimulate sustained economic growth.”<sup>114</sup>

Nicht unerwähnt bleiben soll aber sein Lösungsansatz zur Verwirklichung der Idee einer krisenfesten Finanzarchitektur in Kooperation mit dem Forum für Finanzstabilität (Financial Stability Forum, FSF).<sup>115</sup> Er umfaßt drei Elemente: erstens die zweckdienliche Beurteilung von Natur und Ursachen der gegenwärtigen Krise; zweitens größeres Gewicht im Konsens-Verfahren für Länder in denen Ursachen und Auswirkungen konzentriert sind; und drittens vermehrte Berücksichtigung von „Opfer“-Ländern.<sup>116</sup>

Könnte es trotz dieser Entwicklungen noch eine Renaissance des IMF geben, eine Rolle des IMF als Bestandteil der globalen Finanzarchitektur und nicht nur als Hüter der Architektur globaler Entwicklungspolitik? Manche, wie Lowenfeld, würden das begrüßen.<sup>117</sup> Andere sehen entweder keine<sup>118</sup> oder nur eine geminderte<sup>119</sup> Rolle für den IMF oder räumen ein, dass der IMF gegenüber Währungsschwankungen und rascher Umkehr von Kapitalflüssen eine Krisenpräventions – und Managementfunktion übernehmen sollte,<sup>120</sup> oder schlagen vor, dass er staatliche Banken bei der Aufnahme kurzfristiger Darlehen überwachen und von übermäßiger Darlehensaufnahme abhalten sollte.<sup>121</sup>

---

112 Siehe die Einführung des neuen Ordnungsprinzips der „außenwirtschaftlichen Stabilität“. Auf die Kritik mangelnder Sensibilität für Notlagen in seiner Darlehenspolitik reagierte der IMF mit verbesserten Richtlinien über die IMF Konditionalität, siehe EB Dec.No. 12864-(02/102), Sept. 25, 2002; Asif H Qureshi & Andreas R Ziegler, *International Economic Law* (2nd.ed. Sweet & Maxwell, 2007), ch. 10.

113 Diese umfasste: 1. Ermutigung von Mitgliedsländern zu stärkerer Transparenz, zur Annahme neuer Politik-Richtlinien und zum Einbau von Mechanismen für die Bewertung von „Verletzlichkeit“ in bilateralen und multilateralen Aufsichtsinstrumenten; 2. einen Beitrag zur Stärkung des globalen Finanzsystems durch die Entwicklung und Verbreitung von Standards als Leitlinien der Finanzpraxis; 3. Begrenzung des sog. „moral hazard“ und Stärkung von Marktdisziplin durch größere Einbindung des Privatsektors in Krisenprävention; 4. Bekräftigung seines Einsatzes zum Studium von Wechselkurs-Regimen und für die Anpassung seiner Finanzfazilitäten, Mittel und Organisation an die Erfordernisse des globalen Systems, siehe Anastasios G, Malliaris, op.cit., o. Fn. 100, 81.

114 Siehe ‘Financial crisis shapes IMF work’, in IMF Survey 18<sup>th</sup> Dec. 2008.

115 www.fsforum.org.

116 IMF Survey December 2008.

117 Andreas F. Lowenfeld, op.cit., o. Fn. 102, 595.

118 Anna Schwartz, *Assessing the IMF’s crisis prevention and management record*, in William C. Hunter, George G. Kaufman, Thomas H. Krueger (eds.), *The Asian financial crisis: Origins, implications and solutions*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1999, 453-457.

119 Randall S. Kroszner, *Less is more in the new international financial architecture*, in William C. Hunter et al (eds.), loc.cit., 447-457.

120 Robert E. Litan, *Does the IMF have a future? What should it be?*, in William C. Hunter et al (eds.), loc. cit., 425-441.

121 Barry Eichengreen, *Toward a new international financial architecture: A practical post-Asia agenda*, Washington, DC, Institute for International Economics, 1999.

Das erscheint gegenwärtig aus mehreren Gründen ausgeschlossen: erstens, wegen anhaltender transatlantischer Differenzen über die Rolle und Zuständigkeit des IMF als zentraler Governance-Organisation;<sup>122</sup> zweitens, weil die Regeln des IMF-Übereinkommens für Finanzflüsse des öffentlichen Sektors bestimmt sind, das Volumen privater Finanzströme aber heute um ein Vielfaches größer ist; aber auch weil ihre rechtliche Durchsetzbarkeit primär auf peer pressure und informeller Zusammenarbeit beruht.<sup>123</sup>

## (2) WTO

Ob die WTO als Regulierungsmodell für die Finanzwelt brauchbar wäre, wird in der Literatur sowohl befürwortet<sup>124</sup> als auch bezweifelt.<sup>125</sup>

Unbestritten ist, dass jegliche Instabilität der Finanzmärkte die Offenheit des Welt-handelssystems bedroht. In der Zwischenkriegszeit wurden Handel und Investitionen durch den Zusammenbruch des Gold Standards und der folgenden Währungsinstabilität schwer beeinträchtigt. Da aber weitere ‚de-globalisierende‘ Wolken wahrscheinlich eher über dem Finanz- als dem Handelsbereich aufziehen, sich aber vor allem über dem Handelsbereich entladen könnten, fragt es sich, ob die WTO und ihr Instrumentarium als Rahmen einer künftigen globalen Finanzarchitektur nutzbar gemacht werden könnte, insbesondere<sup>126</sup> für die Beurteilung der Konditionen staatlicher „Bailouts“ durch das bewährte WTO Streitbeilegungssystem.<sup>127</sup>

Befürworter einer auf globale Finanzkrisen zugeschnittenen Anwendung des WTO-Systems per analogiam heben bestimmte Charakteristika des WTO-Systems hervor,<sup>128</sup> vor allem WTO-„governance“ durch „rule-of-law“-gestützte Praxis. Als ebenso modellhaft wird angesehen, dass die Handelsvorteile einzelner WTO-Mitglieder im Interesse des Gemeinwohls aller Mitglieder unter dem einklagbaren Systemschutz des Artikel XXIII GATT stehen, d.h. gegen Zunichtemachung bzw. Schmälerung geschützt werden können (nullification or impairment). Ferner genießen WTO-Mitglieder den Schutz seiner Regeln gegen den Druck machtvoller heimischer Interessensgruppen. Auch die durch Regeln und Mechanismen gestützte Transparenz der WTO-governance wäre für Finanzregulierung von eminenter Wichtigkeit.<sup>129</sup>

---

122 Siehe Jean Pisani-Ferry & Nicolas Véron, *The reform of global economic and financial governance*, ch. 9 in Loukas Tsoukalis (ed.), *The EU in a World in Transition: Fit for What Purpose*, bruegel policy networks, 2009, 108 ff, 113.

123 Z.B. Multiple Währungspraktiken, Beschränkungen des Zahlungsverkehrs.

124 Simon J. Evenett, Bernard M. Hoekman and Olivier Cattaneo (eds.), *Effective Crisis Response and Openness: Implications for the Trading System*, Washington, DC: World Bank and Center for Economic and Policy Research, 2009, 5.

125 Viral V. Acharya, et al, cited from R. Michael Gadbaw, *op.cit.*, o. Fn. 9, 567, Fn. 47.

126 Thomas Cottier, Markus Krajewski, *What role for non-discrimination and prudential standards in International Law?*, 13 *JIEL* (2010) Nr.3, 817-835.

127 Michael Waibel, *Two Decades Lost. Reinvigorating the Weak Cousins of WTO Law*, Selected Papers from ESIL Proceedings (September 3, 2010) Vol. 3, 2011.

128 R. Michael Gadbaw, *op.cit.*, o. Fn. 9, 568-572.

129 Friedl Weiss, Silke Steiner, *Transparency as an element of Good Governance in the practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison* 30 *Fordham International Law Journal* (2007) No. 5, 1545, 1586; Carmen M. Reinhart and Kenneth S. Rogoff, *This time is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton and OUP, 2009, 282, cited from R. Michael Gadbaw, *loc.cit.*, 571, Fn. 67.



Diese unbestrittenen Qualitätsmerkmale des WTO Governance-Systems haben sich – gerade auch in der Finanzkrise – eindrucksvoll bewährt. Es fragt sich daher, weshalb die WTO nicht im Financial Stability Board vertreten ist (FSB)?

Trotz ihrer Vorzüge ist die WTO aber im gegenwärtigen Zeitpunkt aus mindestens drei Gründen nicht als Modell für die Regulierung der Finanzmärkte angesehen worden.

Erstens, weil die WTO – so wie auch der Basler Ausschuss und IOSCO – in der Krise Stillschweigen bewahrten.

Zweitens, weil WTO-Verpflichtungen die Bekämpfung der Krise erschweren: Bailouts von Banken und anderen Industrien sowie Regeln zur Förderung des Ankaufs heimischer Produkte könnten vertragswidrig sein, oder bei Beanspruchung einer Allgemeinen Ausnahme gemäß Artikel XX GATT zumindest gemeinsame Disziplinen unterlaufen; und

Drittens, weil eine auf Finanzmärkte bezogene „trade and“-Debatte im notleidenden gegenwärtigen Zustand der Doha-Runde kein Interesse fände.

### **3. Internationale Netzwerke**

#### *(1) Öffentlicher Sektor*

##### *a. Allgemein*

Seit den 1970er Jahren entstanden mehrere formelle oder informelle Gruppierungen, Netzwerke und Organisationen des öffentlichen Sektors zur Stärkung der Regulierung der Weltfinanz. Seither wuchs ihre Zahl, ihre geographische Reichweite, aber auch ihr Arbeitsvolumen und die Mechanismen ihrer Zusammenarbeit. Ihre Arbeit beruht auf einem Kompromiss zwischen Legitimität und Effizienz und wird zunehmend als Mittel der Lückenfüllung zwischen den formellen Institutionen einer Mehrebenen-Governance angesehen.<sup>130</sup>

Viele von ihnen wurden am Sitz der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) in Basel angesiedelt. Zu nennen wären insbesondere der Baseler Ausschuss für die Bankenaufsicht (BCBS),<sup>131</sup> der Ausschuss für das weltweite Finanzsystem (CPSS),<sup>132</sup> die International Association of Insurance Supervisors (IAIS)<sup>133</sup> das Joint Forum on Financial Conglomerates (Joint Forum) bestehend aus Vertretern der Aufsichtsbehör-

---

130 Burkhard Eberlein, Edgar Grande, Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state, 12 Journal of European Public Policy (2005) No. 1, 89-112. Auch in der EU wird in Gestalt der „informal governance“ durch EU Finanzminister der Euro-Zone über zentrale makroökonomische Politik verhandelt, seit 1963 unter Beiziehung des Ausschusses der Zentralbankgouverneure in der EU, einem Vorläufer des Baseler Ausschusses für die Bankenaufsicht, siehe Uwe Puetter, ‚Governance informally‘: the role of the Eurogroup in EMU and the Stability and Growth Pact, 11 Journal of European Public Policy (2004) No. 5, 854-870; David Andrews, The Committee of Central Bank Governors as a source of rules, 10 Journal of European Public Policy (2003) No. 6, 956-73.

131 Mitglieder sind die Zentralbankgouverneure der G-10 Industrieländer, sowie Vertreter der Schweiz, Luxemburgs und Spaniens; Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).

132 Committee on the Global Financial System (CPSS), [www.bis.org/cpss/index.htm](http://www.bis.org/cpss/index.htm)

133 1994 nach Schweizer Recht gegründet, Mitglieder sind, z.U. vom BCBS, auch Aufsichtsbehörden von weniger entwickelten Ländern; interessierte Industrie-, Berufs- und Versicherungsverbände können als Beobachter an jährlichen IAIS Generalversammlungen teilnehmen. Siehe für weitere Einzelheiten, Anne van Aaken, op.cit., o. Fn. 34, 229.

den für den Wertpapierhandel, und das Banken,- und Versicherungswesen,<sup>134</sup> und das Financial Stability Forum (FSF),<sup>135</sup> sowie der ihm 2009 als Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise<sup>136</sup> nachfolgende Financial Stability Board (FSB),<sup>137</sup> der verschiedentlich als ‚zwischenstaatlich‘, ‚loses Netzwerk‘, oder ‚Beirat‘ bezeichnet wurde. Erwähnenswert ist auch das 1999 von BIZ und BCBS gegründete Financial Stability Institute (FSI),<sup>138</sup> sowie die 2008 auf Anregung des Vorsitzenden der Generalversammlung der Vereinten Nationen eingesetzte informelle „Commission of Experts on Reforms of the International Monetary and Financial System“.<sup>139</sup> Weitere öffentlich-rechtliche Einrichtungen sind entweder als Regulierungsbehörden unter der Aufsicht der OECD tätig, wie etwa im Steuerbereich das 2000 gegründete Global Forum on Transparency and Exchange of Information (GFTEI) oder im Geldwäschebereich die 1989 eingerichtete Financial Action Task force (FATF)<sup>140</sup> oder sind als autonome Aufsichts-Organisationen tätig wie z.B. die vorerwähnte International Organisation of Securities Commissions (IOSCO).<sup>141</sup>

Die technische Arbeit dieser Gruppierungen ist direkt mit politischen Instanzen verknüpft, da die Mitglieder der G7/8 Gruppe – die auch im FSF vertreten sind – aktiv um die Kontrolle, Bekräftigung und Gestaltung ihrer Arbeitsprogramme bemüht sind. In den formellen Internationalen Organisationen (BIZ, Bretton Woods Institutionen) waren die Industrieländer anfänglich tonangebend. Aber seit den Krisen der 1990er Jahre wurde auch die Zusammenarbeit mit Behörden der sog. Emerging Markets verstärkt. So wurde 1999 die G-20 Gruppe gegründet, in der neben Zentralbank Gouverneuren und Finanzministern der G-7 auch solche der wichtigsten Schwellenländer (Emerging Markets) vertreten sind. Abgesehen von den genannten Initiativen wird es kurzfristig nicht zur Gründung neuer transnationaler Institutionen kommen.

Sollte es aber?

134 Das Joint Forum wurde 1996 als technisches Komitee vom Baseler Ausschuss, der 1994 gegründeten International Association of Insurance Supervisors (IAIS) und IOSCO errichtet, siehe Anne van Aaken, op.cit., o. Fn. 34, 228,229.

135 Auf Anregung von Hans Tietmeyer, Präsident der dt. Bundesbank von den Finanzministern und Zentralbankgouverneuren der G-7 1999 gegründet zur Erarbeitung von Empfehlungen für die verstärkte Zusammenarbeit nationaler und internationaler Aufsichtsbehörden und internationaler Finanzinstitutionen zwecks Förderung von Stabilität im internationalen Finanzsystem. Ein Bericht vom April 2008 enthält Empfehlungen für transnationale Regulierung und für entsprechende beschleunigte und verstärkte Zusammenarbeit.

136 Das Communiqué des G-20 Londoner Gipfels diagnostizierte : „Major failures in the financial sector and in financial regulation and supervision were fundamental causes of the crisis... We will take action to build a stronger, more globally consistent, supervisory and regulatory framework for the future financial sector.“

137 Errichtet mittels Charter vom 25.9.2009, mit erweiterter Mitgliedschaft inkl IWF, IBRD und „emerging economies“ und mit breiterem Mandat, eine Erklärung des Londoner G-20 Gipfels vom 2 April 2009 umsetzend, berichtet dem G-20; siehe Stephany Griffith-Jones, Eric Helleiner and Ngaire Woods (eds.), *The Financial Stability Board: An Effective Fourth Pillar of Global Economic Governance?*, the Centre of International Governance Innovation, June 2010.

138 Eine Kurzbeschreibung seiner Aufgaben findet sich bei Anne van Aaken, op.cit., o. Fn. 34, 234.

139 Zusammengetreten im November 2008 unter dem Vorsitz von Joseph Stiglitz, einberufen vom Präsidenten der 63. UN Generalversammlung Miguel D’Escoto Brockmann, Report vom September 2009.

140 Die G-20 Erklärung vom Sept. 2009 Pittsburgh Summit wurde u.a. durch das GFTEI und die FATF umgesetzt.

141 Siehe den Bericht vom Mai 2008 über Änderungen in den Richtlinien für Kreditrating Agenturen (CRAs).

b. *Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision (BCBS))*

Der Baseler Ausschuss wurde 1974 durch Beschluss der Zentralbankpräsidenten der G-10 Staaten<sup>142</sup>, also von sehr großen international tätigen Banken gegründet, speziell aus Eigeninteresse an der Durchsetzung ihrer eigenen Risikomessmethoden als internationale Standards. Da dieser Gründungsakt nach dem Willen der beteiligten Zentralbanken den jeweiligen Staaten zugerechnet werden sollte und praktisch auch zugerechnet wird, liegt eine völkerrechtliche Vereinbarung vor.<sup>143</sup> Dadurch wird zumindest eine, wenn auch schwache, institutionelle Legitimation erreicht, mangels einer unmittelbar demokratischen.<sup>144</sup> Er setzt sich aus Zentralbankpräsidenten und Vertretern von Bankenaufsichts-Behörden der Mitgliedstaaten zusammen, inklusive jener der G-20.<sup>145</sup> Die Europäische Kommission und die Europäische Zentralbank (EZB) genießen Beobachterstatus. Er ist keine supranationale und zufolge des nach wie vor beschränkten Teilnehmerkreises – nur entwickelte Staaten sind vertreten – auch keine global tätige Aufsichtsbehörde, unterhält aber ein Sekretariat am Sitz der BIZ. Seine ausdrücklich rechtlich unverbindlichen Empfehlungen gelten nicht als Rechtssetzung aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages, genießen aber wegen der fachlichen Reputation der Standardsetzer trotzdem „als Gesetzgebung im materiellen Sinn“<sup>146</sup> hohes Ansehen und werden in allen im Ausschuss vertretenen Staaten und damit in den international wichtigsten Bankenmärkten angewendet,<sup>147</sup> als „best practices“ auch von anderen nicht vertretenen Staaten.<sup>148</sup> Die Ausschussmitglieder sind aber bemüht, die von ihnen vereinbarten Standards in die innerstaatliche bzw. innergemeinschaftliche Gesetzgebung einzubringen, ohne vollständige Harmonisierung anzustreben. So wurden z.B. die Eigenkapitalregeln von 2004, der sog. Basel II Akkord, durch die Bankenrichtlinie 2006/48/EG „CRD“<sup>149</sup> und die Kapitaladäquanzrichtlinie 2006/49/EG „CAD“<sup>150</sup>

---

142 Mitglieder sind Belgien, Kanada, Frankreich, Deutschland, Italien, Japan, Niederlande, Schweden, Großbritannien, USA.

143 Christoph Ohler, *Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht*, in Christoph Möllers et al (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, op.cit., o. Fn. 12, 259, 261. Gegenteiligere Ansicht ist z.B. D.Kerwer, für den das Basel Komitee außerhalb des Völkerrechts „with no founding treaty“, agiert, cf. *Rules that many use: standards and global regulation*, 18 *Governance* (2005) No. 4, 611-32, 619.

144 Ohler, loc.cit., 270.

145 David Zaring, o. Fn. 11.

146 Christoph Ohler, op.cit., o. Fn. 12, 269.

147 Charles Freeland, *The Work of the Basel Committee*, in Robert C. Effros (ed.), *2 Current Legal Issues Affecting Central Banks* (1994), 231, 233.

148 cf. Anne van Aaken, o. Fn. 34, 228. Christoph Ohler, op.cit., o. Fn. 12, 276.

149 Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, OJ L 177/1, 30.6.2006, samt Änderungen

150 Richtlinie 2010/78/EG, inkraft 4.1.2011, Umsetzungsfrist für Mitgliedsländer 31.12.2011, OJ L 331, 15.12.2010.

umgesetzt,<sup>151</sup> wodurch ursprünglich als „soft law“ konzipierte Regeln zu konvergierenden, weil durchsetzbaren Regeln erhärtet werden.<sup>152</sup>

In zahlreichen Berichten und Studien nimmt er zu Themen weltweiter Bankenaufsicht Stellung, in jüngster Zeit vor allem mit Beiträgen zur Reformdiskussion der globalen Finanzarchitektur.<sup>153</sup> Ziel seiner Arbeiten ist die Förderung eines widerstandsfähigeren Bankensektors im Dienst der „Realwirtschaft“. Die „Bedeutung dieser Standards für das gute Funktionieren der Bankwirtschaft und die Stabilität des Finanzsystems ist nahezu unumstritten“.<sup>154</sup>

### c. G-20

Seit ihrer Gründung 1974 als G-6<sup>155</sup>, nach Beitritt Kanadas (1976) und Russlands (1998) als G-7 bzw. G-8, trafen sich in erster Linie Finanzminister und Bankenvertreter,<sup>156</sup> vor allem seit der formellen Gründung des Banken-Netzwerks 1999. Regierungschefs hingegen nur selten. Diskutiert wurden allgemein engere Zusammenarbeit, Demokratisierung, Ausweitung des Welthandels zur Wiederherstellung von finanziellem Gleichgewicht. Technisch schwierige Fragen wurden den informellen Netzwerken delegiert.<sup>157</sup> In späteren Jahren wurde die Palette der Themen breiter (Makro- und Währungspolitik, nukleare Sicherheit und Nichtverbreitung), aber auch flacher.

Die G-20 ist keine Internationale Organisation, keine Verwaltungsunion, sondern agiert als ad hoc-„Regime“ ohne völkervertragliche Rechtsgrundlage in einem völkerrechtlichen Vertrag, ohne Verwaltungsapparat und Sekretariat, und ohne eine Spur Weberscher bürokratischer Rationalität. Sie hat keine Regeln für die Beschlussfassung und erlässt keine Gesetze oder sonstige rechtsverbindliche Regeln, und hat keine Möglichkeit ihre Kommunikués durchzusetzen.

Begünstigt durch das Versagen der formellen Institutionen und der informellen Netzwerke in der Krise, konnte sich die G-20 unzweifelhaft als die prominenteste der „crisis-shooting“ Institutionen profilieren, sozusagen als Netzwerk der Netzwerke.

---

151 BIS/BCBS, Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems, December 2010; BIS/BCBS, Basel III: International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring. Basel III, ein Maßnahmenpaket, betrifft: Sonderregime für systemrelevante Kreditinstitute; Definition und Begrenzung der anrechenbaren Eigenmittel; Änderungen im Bereich der Mindesteigenmittelanforderungen; Einführung einer Leverage Ratio; Maßnahmen zur Reduktion der Prozyklizität; Einführung von Liquiditätskennzahlen. Basel III sieht eine schrittweise Einführung für die Umsetzung der Eigenmittelanforderungen bis Ende 2018 vor.

152 Siehe Michael P. Malloy, *Bumper Cars: Themes of Convergence in International Regulation*, 60 *Fordham Law Rev.*(1992)1, 21.

153 Siehe auch BIZ, Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Antwort des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht auf die Krise: Bericht an die G-20, Oktober 2010.

154 Für weitere auch kritische Literatur siehe Christoph Ohler, *op.cit.* o. Fn. 12, 265, Fn. 28.

155 Französische Initiative (Rambouillet Summit, Giscard d'Estaing), Zusammenschluss der sechs größten westlichen Volkswirtschaften – US, Japan, Deutschland, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Italien.

156 Peter I. Hajnal, *The G-8 System and the G-20: Evolution, Role, and Documentation*, Ashgate, 2007; Alan Alexandroff, John Kirton, *The „Great Recession“ and the Emergence of the G-20 Leaders' Summit*, in Alan Alexandroff and Andrew F. Cooper (eds.), *Rising States, Rising Institutions: Can the World be Governed?*, Brookings Institution Press, 2010, Washington, DC.

157 Mark Sobel and Louellen Stedman, *Dep. of Treasury, Office of International Affairs, The Evolution of the G7 and Economic Policy Coordination* (2006), cited from David Zaring, *op.cit.*, o. Fn. 11, 17, Fn. 61.

Im Reformprozess agiert die G-20 als hochkarätig besetzte politische Koordinationsstelle wie eine Art „Konzert der europäischen Großmächte“ (concert of Europe), ein selektiver Klub mit global erweiterter Mitgliedschaft und hegemonialer Ausrichtung:<sup>158</sup> Regierungschefs machen Finanz- (und andere) Politik für ihre Völker, seit dem Jahr 2000 manchmal auch unter selektiver Beiziehung von NGOs und internationalen Wirtschaftstreibenden.<sup>159</sup> Im vage formulierten Schlussdokument des Washingtoner G-20 Gipfels vom 15. November 2008 wurde nicht nur der globale Charakter der Krise unterstrichen, sondern auch die Entschlossenheit der G-20 als wichtigstes Instrument zur Reform der Internationalen Finanzarchitektur bekräftigt. So wurde das bisher unter der Ägide des FSB, IMF und BCBS fungierende Banken-Netzwerk zusammengefasst und mobilisiert. Der konkreter gehaltene nachfolgende Aktionsplan enthielt zumindest eine „to-do-list“ für den IMF, inklusive die Aufgabe der Regulierung der Kreditausfalls-Swaps (credit default swaps, CDS).<sup>160</sup>

Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das künftige globale Reformwerk mehr die Züge politischer Kompromisse als technokratischen Expertenwissens tragen wird.<sup>161</sup>

#### d. *International Organisation of Securities Commissions (IOSCO)*

IOSCO ist ein 1983 gegründetes weltweites Netzwerk von Regulierungs- und Aufsichtsorganen für Wertpapiermärkte mit Sitz in Madrid.<sup>162</sup> IOSCO's Ziel ist die Entwicklung und Verbreitung von „consistent standards of regulation, oversight and enforcement in order to protect investors, maintain fair, efficient and transparent markets, and seek to address systemic risks.“<sup>163</sup> Seine Rechtsstellung bestimmt sich einerseits nach einem seiner Gründung ursprünglich zugrunde liegenden Privatrechtsgesetz der kanadischen Provinz Quebec, und andererseits nach spanischem Privatrecht.<sup>164</sup> Im Lauf der Zeit entwickelte sich die Praxis rechtlich unverbindliche Verordnungen einzuführen, einerseits „to establish standards and an effective surveillance of international securities transactions“ und andererseits „to provide mutual assistance to promote the integrity of the markets by a rigorous application of the standards and by effective enforcement against offences“.<sup>165</sup> Wie auch bei der BIZ und dem Baseler Ausschuss für die Ban-

158 Finanzminister & Zentralbankgouverneure, bei Gipfeltreffen auch Staats- und Regierungschefs von: Argentinien, Australien, Brasilien, Kanada, China, EU(Ratspräsident + Präsident der EZB), USA, Frankreich, Deutschland, Indien, Indonesien, Italien, Japan, Mexiko, Russland, Saudi-Arabien, Südafrika, Südkorea, Türkei, UK.

159 Nicholas Bayne, Promoting Conflict Prevention and Human Security: What can the G8 do? Concentrating the mind: Decision-Making in the G7/G8 System, cited from David Zaring, op.cit., o. Fn. 11, 20, Fn. 74.

160 „Supervisors and regulators, building on the imminent launch of central counterparty services for credit default swaps (CDS) in some countries, should: speed efforts to reduce the systemic risks of CDS and over-the-counter (OTC) derivatives transactions; insist that market participants support exchange traded or electronic trading platforms for CDS contracts; expand OTC derivatives market transparency, and ensure that the infrastructure for OTC derivatives can support volumes.“, G-20, Statement from G-20 Summit, N.Y. Times, Nov.15, 2008., David Zaring, op.cit., o. Fn. 11, 21.

161 David Zaring, loc.cit., 2.

162 Mitgliederliste: [www.iosco.org/lists/display](http://www.iosco.org/lists/display); 196 ordentliche, assoziierte, verbundene Mitglieder.

163 About IOSCO: General Information, [www.iosco.org/about](http://www.iosco.org/about).

164 Christoph Ohler, op.cit. o. Fn. 12, 261.

165 IOSCO 2001 Annual Report 16 (2001).

kenaufsicht, ist IOSCO's Organisationsstruktur zwar übersichtlich, aber informell.<sup>166</sup> Aber IOSCO unterhält eine Internet Seite auf der sie u.a. Jahresberichte und Pressemitteilungen veröffentlicht, sowie Aufzeichnungen über ihre Jahreskonferenzen, Berichte über „sound practices“ und Resolutionen über „principles of supervision“.<sup>167</sup> IOSCO's „Memorandum of Understanding on Enforcement“ (MOU), wurde als das erste globale multilaterale Abkommen zum Informationsaustausch zwischen Wertpapier-Aufsichtsbehörden bezeichnet. Es soll globale Zusammenarbeit fördern, zwecks effizienter Durchsetzung von Gesetzen über den Wertpapier- und Terminbörsenhandel (derivatives). Überzeugt von seiner Wichtigkeit beschloss IOSCO in 2005, alle Mitglieder bis 1. Jänner 2010 zu seiner Unterzeichnung aufzufordern.<sup>168</sup>

Trotz G-20 Koordination und abgesehen von begrenztem Fortschritt bei der Regulierung von Ratingagenturen (CRAs), sind die hochgesteckten Ziele bezüglich weitgehender Regulierungskonvergenz bisher nicht erreicht worden.

## (2) Privatsektor

### a. Allgemein

Was die vom Privatsektor ausgehende „governance“-Praxis betrifft, so hat die Krise dreierlei gezeigt:

Erstens, dass Gläubiger, Investoren und private Kreditnehmer mehr als je zuvor mit den globalen Finanzmärkten verbunden sind;

Zweitens, dass diese quasi-Institutionalisierung durch die starke Zunahme transnationaler Praktiken begünstigt wird;

und drittens, dass diese Praxis auf Selbst-Regulierung gerichtet ist, mit dem Ziel der Verhinderung öffentlicher Regulierung bzw. als Alternative zu dieser.<sup>169</sup> Auch die Unterstützung der Finanzindustrien für das GATS war von der Absicht geprägt, Ausmaß und Intensität von Beschränkungen einzugrenzen, die WTO Mitglieder ihnen auferlegen konnten.<sup>170</sup>

### b. Institute of International Finance (IIF)

So hat z.B. das 1982 von führenden Kommerzbanken gegründete „Institute of International Finance“ (IIF) zunächst seine Mitglieder hinsichtlich der Risikobewertung von Staatsschulden beraten, später aber Basel II-Bankenregulierung mitgestaltet und 2008 umfangreiche „Best Practice“ – Verhaltensregeln veröffentlicht, um strengeren öffentlichen Regeln zuvorzukommen. Mit einem kürzlich begründeten „Marketing Monito-

---

166 Das wichtigste IOSCO committee, das „Technical Committee“ beschäftigt sich mit „multinational disclosure and accounting, regulation of secondary markets, regulation of market intermediaries, enforcement and the exchange of information, investment management, und credit rating agencies, IOSCO Working Committees, [www.iosco.org/index.cfm?section=workingcmts](http://www.iosco.org/index.cfm?section=workingcmts).

167 Das Technische Komitee, in dem die grundlegenden Arbeiten verrichtet werden, besteht aus Vertretern der am weitesten entwickelten Aufsichtsbehörden.

168 IOSCO, 2005 Annual Report, p. 3. Roberta S. Karmel & Claire R. Kelly, *The Hardening of Soft Law in Securities Regulation*, 34 *BROOK. J. Int'l. L.* (2009), 883, 924-925.

169 Tony Porter, op.cit. o. Fn. 84, 4. Risiko-Berechnung, Registrierung vertraglicher Verbindlichkeiten, Transfer von Eigentumsansprüchen.

170 R. Michael Gadbow, op.cit. o. Fn. 9, 561.

ring Group“ versucht das IIF auch Systemrisiken zu überwachen und mit offiziellen internationalen Einrichtungen Kontakt zu pflegen.

c. *Group of Thirty (G-30)*

Die Group of Thirty, ein internationales Gremium führender Persönlichkeiten des privaten und öffentlichen Finanzwesens und der Wissenschaft, wurde 1978 auf Initiative der Rockefeller-Stiftung als private gemeinnützige internationale Organisation gegründet.<sup>171</sup> Sie hat sich zur Aufgabe gemacht, das Verständnis der internationalen wirtschaftlichen und finanziellen Fragen zu vertiefen, die internationalen Auswirkungen der im öffentlichen und privaten Sektor getroffenen Entscheidungen zu analysieren und Marktteilnehmer und politische Instanzen auf verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten hinzuweisen.<sup>172</sup>

Die Mitwirkung dieser Einrichtungen des Privatsektors an Fragen der Steuerung der globalen Finanzmärkte und deren weitgehende globale Institutionalisierung lässt den Schluss zu, dass sie weiterhin am Reformprozess beteiligt bleiben und nicht durch neu zu errichtende alternative Einrichtungen ersetzt werden sollen.

d. *International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS) und International Accounting Standards Board (IASB)*

Die IFRS-Stiftung<sup>173</sup> ist eine gemeinnützige Organisation des Privatsektors, die oft als rechtliche Dachorganisation des IASB bezeichnet wird. Sie finanziert und unterstützt den IASB als unabhängiges im öffentlichen Interesse arbeitendes Standardisierungsgremium.<sup>174</sup> Auf der New Delhi Tagung des IFRS Treuhänderausschusses (15./16. Jänner 2009) wurde eine Verbindung zu einem „Monitoring Board“ öffentlicher Behörden beschlossen, um die öffentliche Verantwortlichkeit des IFRS zu stärken.<sup>175</sup> Durch den Monitoring Board soll den Finanzmarktbehörden, welche die Verwendung von IFRS Standards vorschreiben oder erlauben, in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen die effizientere Erfüllung ihrer Aufgaben in den Bereichen des Investorenschutzes, der Integrität der Märkte und der Kapitalbildung ermöglicht werden.<sup>176</sup>

---

171 G-30 war Nachfolgerin der vom österreichischen Ökonom Fritz Machlup gegründeten Bellagio Gruppe.

172 Group of Thirty, Financial Reform: A Framework for Financial Stability, enthielt 18 Empfehlungen, Report of 15.1.2009.

173 US-registrierte Stiftung; früherer Name: „International Accounting Standards Committee Foundation“ (IASCF).

174 IASB wurde 2001 gegründet, mit Sitz und Stammpersonal in London.

175 Mitglieder des Monitoring Board sind gegenwärtig: The Emerging Markets, IOSCO's Technical Committee, the Europäische Kommission, Japans Financial Services Agency (JFSA), und die US Securities and Exchange Commission (SEC).

176 [http://www.iosco.org/monitoring\\_board/](http://www.iosco.org/monitoring_board/) (6.9.2011). Zur Kritik dieser „Governance“-Reform und ihrer Auswirkungen auf die nachhaltige Akzeptanz internationaler Rechnungslegungsstandards (IFRS), siehe Jean Pisani-Ferry & Nicolas Véron, op.cit. o. Fn. 122, 109-110.

#### 4. Internationale Governance Institutionen: Nouveau Régimes

##### (1) Vorwort

Man weiß, dass die Erfahrung dieses oder jenes lehrt, dass man aus der Geschichte Lehren ziehen muss, dass die Wiederholung von Fehlern auch rechtlich und institutionell ausgeschlossen werden muss; und man versteht auch, dass ein ansehnlicher Teil normativer Entwicklungen im System der internationalen Beziehungen in den letzten hundert Jahren auf die Vergangenheit gerichtet war, ihrer Verhinderung dienen sollte, gewissermaßen *ex post facto*.

Dies ist durch zahlreiche Beispiele Internationaler Organisationen belegt: Völkerbund, Vereinte Nationen, GATT, Bretton Woods Institutionen, aber auch die Europäischen Gemeinschaften dienten in erster Linie gemeinsamer Verhinderung der Vergangenheit. Als allgemeine Faustregel galt: je größer die durch vergangenes Regierungsfehlverhalten verursachte Katastrophe, umso strikter die neuen Regeln und umso größer die Verwendung zahlreicher informeller zwischenstaatlicher Einrichtungen des Interessenausgleichs, vor allem durch entwickelte Länder.

Das Monopol der Staaten zur Rechtsetzung war durchbrochen, Die in der Nachkriegszeit verschiedentlich verordnete Liberalisierung beschleunigte seine weitere Aushöhlung. Regulierungsbedarf wurde vermehrt von globalisierten Märkten artikuliert und in Form „dezentraler Kontextsteuerung“,<sup>177</sup> z.T. auch gestaltet, manchmal unter Nutzung bestehender zwischenstaatlicher Organisationen, wie etwa der WTO.

Selbst die relativ moderne WTO, eine (auf dem bisher nicht falsifizierten Paradigma des komparativen Kostenvorteils aufgebaute) Organisation mit fast universeller Mitgliedschaft, war bisher nicht imstande, die einst dem UNO Wirtschafts- und Sozialrat zugedachte Rolle einer integrativen Quasi-Welt-Wirtschaftsregierung zu übernehmen, und damit auch Verantwortung für legitime nicht-handelsbezogene sozioökonomische Ziele.<sup>178</sup>

##### (2) World Financial Organisation (WFO): ITO – WTO – WFO

Wenn Staaten versagen, dann tun es auch ihre internationalen Organisationen. Daher sollte die Regulierung und Überwachung globaler Finanzmärkte nicht den traditionellen Organisationen des ancien régime, wie etwa IMF und WTO, überantwortet werden, auch nicht nach ihrer denkbaren „Aufrüstung“.

Als Alternative wurde von manchen die Gründung einer neuen Organisation vorgeschlagen, einer WFO.<sup>179</sup>

Diese sollte Mitgliedschaft aller Staaten vorsehen und relevante Finanz- und Währungsbehörden zusammenbringen. Sie sollte ein doppeltes Mandat ausüben: die Über-

---

177 GuntherTeubner/Helmut Willke, ‚Kontext und Autonomie‘, Zeitschrift für Rechtssoziologie (1984); ähnlich, GuntherTeubner, ‚Global Bukowina‘: Legal Pluralism in the World Society‘, in id.(ed.), Global Law without a State, Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1997, 3-28.

178 Siehe Declaration on the Contribution of the WTO to Achieving Greater Coherence in Global Economic Policymaking; Singapore Ministerial Declaration of 13.12.1996. IMF Deferenz, für Zahlungsbilanzfragen, s. F. Weiss, Linkages between the world trade system and ‚money‘, in Ars Notariatus 127, De Rol van Geld in het Privaatrecht, Symposium over Geld en Recht, 71-85.

179 Eric Denters, Regulation and Supervision of the Global Financial System, Amsterdam Law Forum, 2009.



wachung einerseits der makroökonomischen Politiken ihrer Mitglieder (Zahlungsbilanz, Reserven, Auslandsschulden, Wechselkurse, Liberalisierung des Kapitalverkehrs), und andererseits des durch diese beeinflussten Verhaltens der Finanzmärkte („business society“). Nach dem Muster der WTO wäre die Ministerkonferenz das Hauptorgan der WFO. Sie hätte die Aufgabe, Information zu sammeln, Standards und Verfahren zu harmonisieren und deren Durchsetzung durch staatliche Regulierungsbehörden zu gewährleisten. Die WFO könnte selbst Standards erstellen und zur Annahme durch ihre Mitglieder, mit Unterstützung der BIS und des FSF, herausgeben. Ihr Exekutivorgan würde auf der Basis fair verteilter Stimmengewichtung beschließen. IMF und Weltbank wären ihr untergeordnet, auch der WFO Streitbeilegung, die auch für Konflikte zwischen Staaten und den Bretton Woods Institutionen zuständig wäre.

Durch die Institutionalisierung einer entsprechenden Repräsentanz – u.U. nach dem Muster des EP, oder der ILO – könnte die WFO auch einen wichtigen Beitrag zur Demokratisierung der Globalisierung leisten. Eine solche Beteiligung der „Zivilgesellschaft“ würde nicht nur die Legitimität der WFO stärken, sondern auch zur Milderung des besonders im Finanzbereich markanten demokratischen Defizits beitragen.<sup>180</sup>

Ich komme zu meinen Schlussbemerkungen.

### III. Schlussbemerkungen

Benjamin Franklin wird der Ausspruch zugeschrieben: „We must all hang together, or assuredly we shall hang separately.“ Eine gewiss brauchbare Weisheit.

Trotzdem versuchen Ökonomen, Politologen, Juristen und Politiker, jeweils mit den Instrumenten ihrer Disziplinen, die Phänomene von Markt- und Regulierungsversagen von Regierungen, Institutionen (IMF, IBRD, OECD) und Netzwerken (Basel Committee, IOSCO) zu verstehen und zu bewerten. Diesen ungleichartigen Teilordnungen dient nur das gemeinsame Ziel der Stabilität globaler Finanzmärkte als gemeinsames Ordnungsprinzip.<sup>181</sup> Die selektive Wahrnehmung krisenhafter Phänomene ermöglicht aber bestenfalls reaktives, improvisiertes, statt integrativ gewappnetes Krisenmanagement.

Autoren wie Eric Posner and Adrian Vermeule erwarten nichts anderes, als dass zögerliche Maßnahmen der Rechtsetzung im Fall einer Gefahr gegenüber der entschieden handelnden Exekutive chancenlos ist und durch Notstandsregeln abgelöst werden.<sup>182</sup> Auch die Zweifler an der Brauchbarkeit sowohl von soft- als auch hard-law-Instrumenten des internationalen Rechts werden sich bestätigt fühlen. Denkbar wäre aber auch eine andere Erklärung für das genannte Versagen: nämlich dass sich internationales Recht – beispielsweise WTO Recht hinsichtlich Handelschranken, und der Basler Ausschuss bezüglich Mindestkapital – besser zur Formulierung von Regeln als zur Koordination und Durchsetzung von Krisenmaßnahmen eignet.

---

180 Richard Falk and Andrew Strauss, *Toward Global Parliament*, 80 *Foreign Affairs* (Jan.-Feb. 2001), No. 1, 212-220, *passim*.

181 Rolf Weber & Douglas Arner, *Toward a New Design for International Financial Regulation*, 29 *U.P.A. J.INT'L L.* 391, 453 (2007), cited from David Zaring, *op.cit.*, o. Fn. 11, 25, Fn. 96.

182 Eric A. Posner, Adrian Vermeule, *Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, Univ. of Chicago, Public Law Working Papers No. 248, cited in David Zaring *op.cit.*, o. Fn. 11, 1.

G-20 Staaten sind sich grundsätzlich darüber einig, dass Zusammenhänge zwischen globalen makroökonomischen Entwicklungen und den Risiken von einzelnen Institutionen berücksichtigt werden müssen, insbesondere durch eine stärkere Verzahnung von mikro- und makroprudentieller Aufsicht. Unbestritten ist auch, dass unzureichende und prozyklisch wirkende Finanzmarktregulierung zu reformieren wäre, sowie Kompetenzen schwacher Aufsichtsbehörden gestärkt werden müssen.

Vor etwa 2,5 Jahren wurden die Finanzmärkte von Regierungen gerettet. Aber außer ambitionierter Geschäftigkeit brachten die öffentlichen Regulierungsbehörden bisher keine ernst zu nehmenden Reformen der globalen Finanzregeln zustande. Im Gegenteil, sie sind scheinbar krisenbedingt geschwächt und trotz guter Absichten eingeschüchtert. Derart versäumten sie die Gelegenheit, die Finanzmärkte zu zähmen und vernünftigen Disziplinen zu unterstellen. Sie sind sogar wieder von den geretteten Finanzmärkten erpressbar geworden. Das Interesse an globalen Lösungen – auf regionaler (EU) wie auch internationaler (G-20) Ebene – scheint wieder abgenommen, „regulatory capture“ hingegen die national-staatliche politische Agenda wieder belebt zu haben.<sup>183</sup> Können oder wollen auf demokratischer Legitimität beruhende Nationalstaaten den Finanzmärkten „sans frontières“ keine disziplinierenden Grenzen setzen?<sup>184</sup> Gewiß wäre es verfrüht, wenn Staaten angesichts der „neuen Mittelalterlichkeit“ rivalisierender Vorherrschaftsansprüche fragmentierter Gesellschaften und dislozierter Märkte ihre traditionelle Rolle der Stiftung institutioneller Kohäsion aufgeben würden.<sup>185</sup>

Gefragt ist intelligente Finanzmarktregulierung: Künftig soll kein Finanzmarkt unbeaufsichtigt bleiben.

Wie soll angesichts dieser Governance Anarchie in der Internationalen Finanzarchitektur künftigen Krisen begegnet werden? Müssten die bisherige „Unauffälligkeit“ der traditionellen Organisationen (Bretton Woods, WTO, OECD) und das Versagen der informellen Netzwerke nicht logischerweise zur Gründung neuer Institutionen führen, mit robusteren Mandaten, stärkerer Überwachungsfunktion und effizienterer Streitbeilegung? Von Zeit zu Zeit wird der Ruf nach größerer Kohärenz in der Gestaltung der globalisierten Wirtschaftspolitik erhoben.<sup>186</sup> In der Finanzkrise wurde die Dringlichkeit der Umsetzung eines derartigen Rufs beklemmend bestätigt. Improvisierte Lösungsansätze, ad-hocery, soft-law und andere für Politiker attraktive flexible Optionen für Politikgestaltung und Krisenmanagement sind diskreditiert. Die Koordi-

---

183 Philip Augar, „The price and perils of taking on the banks“, in *Financial Times*, 7.9.2011; der Kommentar zum Interim Report der im Juni 2010 vom britischen Finanzminister eingesetzten „UK Independent Commission on Banking“ (ICB) verweist auf die Problematik rein staatlicher Konsultations-/Reformkommissionen dieser Art, deren Optionen wegen Mangel an „global interest in structural change“ beschränkt sind und deren Reformvorschläge auch häufig von heimischen Industrie-Lobbys erfolgreich bekämpft werden.

184 Diskussion von Aufsichtsstrukturen in den USA und der EU (beruhend auf dem High-Level Group Report on Financial Supervision, dem Jacques de Larosière Bericht) geht nur schleppen voran, cf. Bericht des International Monetary Law Ausschusses der International Law Association (ILA), London 2010, 753. Siehe zu dieser Thematik auch das Erkenntnis des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 7.9.2011 zur Verfassungskonformität des EU „Rettungsschirms“ für Griechenland.

185 Jörg Friedrichs, *The Meaning of New Medievalism*, 7 *European Journal of International Relations* (2001) No. 4, 475-502, 493.

186 Erklärung der Minister zum Beitrag der WTO für eine kohärentere Gestaltung der Weltwirtschaftspolitik vom 15.12. 1993, Hummer/Weiss, Vom GATT<sup>47</sup> zur WTO, 94, 539.

nierung überlappender Netzwerke als „Desaggregationszustand“ staatlicher Kompetenz-Unterlassung hat ausgedient, die Vermeidung formeller rechtlicher Gestaltungsprozesse, von Transparenz und demokratischer Rechenschaftspflicht hat ihren scheinbaren verlockenden Glanz eingebüßt. Krisenzeiten, so hört man immer wieder, können und müssen auch kreative Zeiten sein. Die gegenwärtige Krise hat zweierlei gezeigt: einerseits dass das Instrumentarium der Nachkriegszeit der Krise nicht gewachsen war, und andererseits die Unhaltbarkeit des wissenschaftlichen Dogmas von der selbstkorrigierenden Effizienz autonomer Märkte. Dies eröffnet neue Möglichkeiten für die Gestaltung kohärenter globaler Finanzmarkt-Governance. Es bedarf einer neuen Internationalen Organisation unter Einbeziehung auch der transnationalen Zivilgesellschaft, einer zur Durchsetzung von Verhaltensregeln ausgestatteten WFO als Vestalin des öffentlichen Guts weltweiter Finanzstabilität, kurz einer WFO *based on law & ruling by law*.

In einem Vortrag an der Yale Universität 2005 sagte der Politologe Fukuyama: „Creating new institutions that will better balance the requirements of legitimacy and effectiveness will be the prime task for the coming generation“. Das gilt auch für Finanzregulierung.

## Thesen

*zum Referat von Prof. Dr. Friedl Weiss, LL.M. (Cambridge), Wien*

1. Geld, Integration und Stabilität der Finanzmärkte sind öffentliche Güter in der Matrix staatlicher Rechtsordnungen. Die auf sie anwendbaren Regeln des internationalen öffentlichen Rechts stammen aus der Nachkriegszeit und daher als transnationales Recht im Dienste des globalisierten Wirtschaftslebens untauglich.
2. Begünstigt durch die jahrzehntelang vorherrschende Ideologie der Deregulierung und mangelhafte Risikoanalysen entwickelte sich im Bankensektor ein soft law-artiges System regulierter Selbstregulierung. Die so entstandenen regulatorischen Freiräume wurden zur Erfindung und Vermarktung risikoreicher Finanzprodukte genutzt und damit „bubbles on a whirl-pool of speculation“ (Keynes) erzeugt.
3. Schon zur Zeit des österreichischen Staatsbankrotts 1811, die als „Periode der finanziellen Systemlosigkeit“ bezeichnet wurde, gab es kein anwendbares internationales öffentliches Recht.
4. Bei Interventionsmaßnahmen als Reaktion auf Markt- und Regierungsversagen in der Finanzkrise, konnte nicht auf Instrumente und Verfahren des öffentlichen Internationalen Rechts, wie die von IMF und Weltbank, zurückgegriffen werden. Erst 1974 war mit der Gründung des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht (BCBS) ein erster Schritt in Richtung einer transnationalen Regelung getan worden.
5. Über eine Anzahl von Rahmenbedingungen für künftige Regulierung herrscht aber prinzipiell Einigkeit unter den wichtigsten Industrieländern: erstens dass regulierende Intervention staatlicher Behörden notwendig ist; zweitens, dass finanzielle Stabilitätspolitik auf mehreren Ebenen – lokal, regional, global aber auch im Wettbewerb verschiedener Systeme – geregelt werden sollte; und drittens, dass sowohl die internationale Finanzarchitektur als auch anwendbare Verhaltensregeln reformiert werden müssen.
6. Grundsätzlich stehen drei Methoden für reformierende Normenerzeugung zur Verfügung: erstens, die Beibehaltung soft law-artiger selbstbindender Regulierung; zweitens die Rückbesinnung auf „hard law“ rechtsetzender völkerrechtlicher Verträge und Institutionen; drittens, Reform durch eine zu gründende neue Internationale Organisation.
7. Die auf die Sicherung des globalen Rechtsguts der Finanzstabilität gerichtete Staatenpraxis ist prinzipiell nicht geeignet und ergiebig genug, um Völkergewohnheitsrecht nachweisen zu können; andererseits gilt das Wirken nicht-staatlicher Akteure, z.B. von Expertengremien der sog „civil society“ (trotz Anerkennung in gewissen völkerrechtlichen Verträgen wie z.B. dem Cotonou Abkommen), und von informellen Einrichtungen ohne völkervertragliche Grundlage (z.B. G-20 oder Financial Action Task Force (FATF)) nicht als Rechtsquelle iS des Artikel 38 Abs. 1 IGH Statut.
8. Die sog. internationale Finanzarchitektur ist in Wahrheit keine, setzt sie sich doch aus einer kleinen Anzahl formeller zwischenstaatlicher Organisationen und einer Vielzahl locker vernetzter Akteure und internationaler Verhandlungsforen öffentlicher oder privater Natur zusammen. Es gibt folglich kein umfassendes institutionalisiertes Aufsichts-Verfahren zur Identifikation, Verhinderung und Management von Krisen.

9. Wenn Staaten (bei der Regulierung internationaler Finanzmärkte) versagen, tun es auch ihre traditionellen internationalen Organisationen des *ancien régime*, wie etwa IMF und WTO. Diese haben daher, wenn auch aus verschiedenen Gründen, bei der Bewältigung der Finanzkrise und hinsichtlich der Regulierung der Finanzmärkte keine Rolle gespielt.

10. Hingegen waren Internationale Netzwerke sowohl des öffentlichen Sektors (u.a. der Baseler Ausschuss für die Bankenaufsicht; verschiedene Regulierungsbehörden unter der Aufsicht der OECD; die G-20), als auch des Privatsektors (Institute of International Finance (IIF); G-30; International Financial Standards Foundation (IFRS)) mit der Regulierung von Aspekten der Weltfinanz beschäftigt, sei es durch die Erarbeitung von Standards, sei es durch die Förderung von Konvergenz zwischen diesen.

11. Ihnen gemeinsam ist, dass ihre Arbeit auf einem Kompromiss zwischen Legitimität und Effizienz beruht und zunehmend als Mittel der Lückenfüllung zwischen den formellen Institutionen der bestehenden Mehrebenen-Governance angesehen wird.

12. Improvisierte Lösungsansätze jeglicher Art, ad-hocery, soft-law und andere für Politiker attraktive flexible Optionen für Politikgestaltung und Krisenmanagement sind aber diskreditiert. Die Koordinierung überlappender Netzwerke als „Desaggregationszustand“ staatlicher Kompetenz-Unterlassung hat ausgedient, die Vermeidung formeller rechtlicher Gestaltungsprozesse, von Transparenz und demokratischer Rechenschaftspflicht hat ihren scheinbaren verlockenden Glanz eingebüßt.

13. Als Alternative wäre die Gründung einer neuen Organisation, einer World Financial Organisation (WFO), zu erwägen. Sie sollte ein doppeltes Mandat ausüben: einerseits die Überwachung der makroökonomischen Politiken ihrer Mitglieder (Zahlungsbilanz, Reserven, Auslandsschulden, Wechselkurse, Liberalisierung des Kapitalverkehrs) und andererseits die Überwachung des durch diese beeinflussten Verhaltens der Finanzmärkte.

14. Mittels einer WFO könnte nicht nur eine kohärente globale Finanzmarkt-Governance erreicht, sondern auch dem von Zeit zu Zeit vernehmbaren Ruf nach größerer Kohärenz in der Gestaltung der globalisierten Wirtschaftspolitik entsprochen werden.

## Summary

*Financial Crisis and International Public Law*  
by Prof. Friedl Weiss, LL.M. (Cambridge), Wien

1. Money, integration and stability of financial markets feature as public goods in domestic legal systems.
2. Due to the persistent prevalence of the ideology of deregulation, aspects of the activities of the banking sector were only subject to voluntary self-regulation. Banks creatively used the resulting regulatory free space for the invention and marketing of new high-risk financial products, thereby creating “bubbles on a whirl-pool of speculation” (Keynes).
3. At the time of the Austrian national bankruptcy in 1811 no applicable rules of international public law existed, there was no international financial system.
4. When reacting to market and government failure in the financial crisis, governments were unable to rely on instruments and procedures of international public law such as, for instance, on those of the IMF and WTO. It was only with the establishment of the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) in 1974 that a first step towards transnational regulation was taken.
5. The most important industrialised countries are in agreement about the framework conditions for regulatory reforms. They agree in principle: firstly, that regulatory reforms are necessary; secondly, that policies fostering financial stability should be pursued locally, as well as at regional and global levels, even possibly in regulatory competition with one another; and thirdly that both the so-called international financial architecture and applicable rules for conduct of actors operating in it require reform.
6. Generally, three methods for pursuing regulatory reform are available. Firstly, continued reliance on self-regulation; secondly, return to “hard law” of law-making treaties and institutions; and thirdly, reform by means of a new International Organisation.
7. Existing state practice aimed at securing global financial stability has not generated customary international law. On the other hand, activities of non-state actors, e.g. of expert groups of “civil society” (despite being recognised as such in some international treaties, e.g. the Cotonou Agreement), and of informal arrangements lacking a legal basis in international treaties (e.g. G-20 or the Financial Action Task Force (FATF)), are not considered sources under Article 38 (1) of the statute of the ICJ.
8. In reality, the so-called international financial architecture does not exist, consisting as it does of a small number of formal intergovernmental organisations and a multiplicity of loosely connected actors and negotiating *fora*, whether public or private in nature. There is, therefore, no comprehensive institutionalised system of surveillance apt for the identification, prevention and management of crises.
9. Since states failed to regulate international financial markets, their traditional international organisations belonging to the *ancien régime*, for example IMF and WTO, failed likewise. Therefore, for different reasons, they played practically no role in the financial crisis, nor with respect to the regulation of financial markets.

10. By contrast, international networks, both of the public sector (amongst others the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS); various regulatory bodies under the auspices of the OECD, G-20), and of the private sector (Institute of International Finance (IIF); G-30; International Financial Standards Foundation (IFRS)) have contributed to regulation of certain aspects of world finance, either through the drafting of standards or the promotion of convergence between them.

11. Their work, though, is based on a compromise between legitimacy and efficiency and is increasingly being considered as a means to fill gaps between the formal institutions of existing multi-level governance.

12. All improvised approaches to problem solving – ad-hocery, soft law, as well as other flexible regulatory options attractive to politicians regarding policy-making and crisis management – have become discredited. Likewise, coordination of overlapping networks, the result of some kind of disaggregated governmental non-regulation, has had its day, as has avoidance of formal legal policy-making.

13. An alternative approach might consist of the establishment of a new Organisation, a World Financial Organisation (WFO). Such an organisation should have a double mandate: one the hand the responsibility to monitor certain macro-economic indicators and policies of members (balance of payments, currency reserves, foreign debt, exchange rates, liberalisation of capital transfers), and on the other hand to monitor and control the conduct and activities of financial markets influenced by these.

14. Such an organisation could assist in establishing coherent global financial governance thereby contributing more generally to greater coherence in global economic policy-making.





# Finanzkrise und Internationales Privatrecht

*Prof. Dr. Jan von Hein, Universität Trier*

- I. Einleitung
- II. Vertragliche Ansprüche geschädigter Kapitalanleger
  - 1. Internationale Zuständigkeit
    - a) Anwendungsbereich der EuGVO bzw. des LugÜ 2007
    - b) Artt. 15-17 EuGVO/LugÜ 2007
      - aa) Vorteile für den Kapitalanleger
      - bb) Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich
      - cc) Sachlicher Anwendungsbereich: Verbrauchervertrag
        - (1) Allgemeines
        - (2) Abgrenzung von außervertraglichen Ansprüchen
        - (3) Von Art. 15 I litt. a und b EuGVO erfasste Kauf- und Kreditverträge
        - (4) Sonstige Vertragstypen (Art. 15 I lit. c EuGVO)
      - dd) Situativer Anwendungsbereich: Ausrichtung
      - ee) Gerichtsstandsvereinbarungen
      - ff) Gerichtsstand der Niederlassung
    - c) Art. 5 Nr. 1 EuGVO/LugÜ 2007
    - d) Autonomes IZVR
    - e) Revision der EuGVO
  - 2. Anwendbares Recht
    - a) Anwendungsbereich der Rom I-VO
    - b) Art. 6 Rom I-VO
    - c) Sonstige Bestimmungen der Rom I-VO
    - d) Verbleibender Spielraum des autonomen IPR
- III. Außervertragliche Ansprüche geschädigter Kapitalanleger
  - 1. Internationale Zuständigkeit
    - a) Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ 2007
      - aa) Allgemeines
      - bb) Handlungsort
      - cc) Erfolgsort
      - dd) Marktort
      - ee) Anspruchskonkurrenz und Sachzusammenhang
    - b) Autonomes IZVR
    - c) Sammelklagen
      - aa) Der ausschließliche Gerichtsstand nach § 32b I ZPO:
        - Die Intention des Gesetzgebers
      - bb) Evaluation
    - d) Revision der EuGVO
  - 2. Anwendbares Recht
    - a) Anwendungsbereich der Rom II-VO
    - b) Art. 27 Rom II-VO i.V.m. Art. 6 Prospekt-RL
    - c) Art. 16 Rom I-VO
    - d) Art. 14 Rom II-VO
    - e) Art. 4 Rom II-VO
      - aa) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt (Art. 4 II Rom II-VO)
      - bb) Erfolgsort (Art. 4 I Rom II-VO)
        - (1) Allgemeines
        - (2) Bestimmung des Erfolgsortes

- cc) Ausweichklausel (Art. 4 III Rom II-VO)
    - (1) Reichweite der Ausweichklausel
    - (2) Marktortanknüpfung
    - (3) Akzessorische Anknüpfung an die Prospektpflicht
  - f) Punitive Damages und ordre public
  - g) Verbleibender Spielraum des autonomen IPR
- IV. Forum Shopping in den USA
1. Die bisherige Bestimmung des internationalen Anwendungsbereichs des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts
  2. Die neue Rechtsprechung des U.S. Supreme Court
  3. Reaktion des US-amerikanischen Gesetzgebers
  4. Auswirkungen auf die EU und Deutschland

## I. Einleitung

Das jüngst in Berlin verabschiedete Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz<sup>1</sup> beschränkt sich bewusst auf eine öffentlich-rechtliche Strategie des Anlegerschutzes. In der Gesetzesbegründung heißt es explizit: „Die Änderungen dieses Gesetzes stärken den öffentlichen Anlegerschutz [...]. Der Anlegerschutz wird nicht im Wege der Durchsetzung individueller Ansprüche verfolgt, sondern im öffentlichen Interesse durch die Aufsicht über den Markt und insbesondere die Marktteilnehmer und deren Verhalten.“<sup>2</sup> Aber diese Negation verweist bereits auf die alternative oder zumindest komplementäre Lösungsstrategie, nämlich die Verwirklichung des Kapitalanlegerschutzes durch die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche. In den USA hat *Viscusi* für eine solche Indienstnahme privater Kläger zu ordnungspolitischen Zwecken das Schlagwort der „Regulation through Litigation“ (Regulierung durch Prozessführung) geprägt<sup>3</sup>. Geschädigte Anleger, die kapitalmarkthaftungsrechtliche Ansprüche geltend machen, verwirklichen nicht nur das Ziel des individuellen Schadensausgleichs, sondern tragen zugleich zur Wahrung der Marktintegrität bei, denn die Aussicht, bei Verstößen gegen anlegerschützende Vorschriften zivilrechtlich u.U. in erheblicher Höhe haften zu müssen, hat eine präventive und disziplinierende Wirkung auf die Emittenten, ihre Organmitglieder und die mit dem Vertrieb von Finanzprodukten befassten Dienstleister. Hierdurch kann im besten Fall eine signifikante Entlastung der öffentlichrechtlichen Kapitalmarktaufsicht bewirkt werden. Ferner stellt die Verfolgung kapitalmarktrechtlicher Haftungsansprüche durch geschädigte Anleger ein wichtiges Element der gesellschaftsexternen Unternehmenskontrolle dar<sup>4</sup>.

Im internationalen Rechtsverkehr steht die Verwirklichung des Konzepts einer „Regulation through Litigation“ jedoch vor erheblichen Problemen:

---

1 Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts v. 5. 4. 2011, BGBl. 2011 I 538.  
 2 BT-Drs. 17/3628, 21.  
 3 *Viscusi* (Hrsg.), *Regulation through Litigation*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies (2002); hierzu aus deutscher Sicht *Hopt/Kulms/von Hein*, *Rechtshilfe und Rechtsstaat* (2006) 12 f.; vgl. auch *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 190 f.  
 4 Näher *Thompson/Sale*, *Securities Fraud as Corporate Governance: Reflections upon Federalism*, Vand. L. Rev. 56 (2003) 859.

Erstens hat die Angleichung des materiellen Zivilrechts mit der europäischen und globalen Integration der Kapitalmärkte nicht Schritt gehalten. Selbst innerhalb der EU existiert z.B. kein angeglichenes materielles Recht für Prospekthaftungsansprüche oder die Haftung wegen fehlerhafter Ad-hoc-Meldungen. Dies kann nicht nur Kapitalanleger von der Investition in ausländische Werte abschrecken, sondern auch negative Effekte zulasten der Emittenten entfalten. So wird z.B. die mit der Einführung des Europäischen Passes durch die Prospekt-Richtlinie intendierte Vermehrung grenzüberschreitender Emissionen durch die Unsicherheit über das anwendbare Haftungsrecht ernsthaft behindert<sup>5</sup>. In einer aktuellen Kommentierung des § 17 WpPG heißt es:

„Die Vorschrift hat nicht die Bedeutung erlangt, die der europäische Gesetzgeber erwartet hatte. Da das Haftungsregime nicht durch die Prospekt[richtlinie] harmonisiert wurde, halten sich die Emittenten mit dem Grenzübertritt zurück. Insbesondere bei Dividendenwerten ist unter Haftungsgesichtspunkten die Zurückhaltung groß. Bei Nichtdividendenwerten wird der Europäische Pass im Kapitalmarktverkehr zwischen Deutschland und Luxemburg sowie zwischen Großbritannien, Deutschland und Luxemburg zwar rege genutzt. Die Entscheidung, Wertpapiere in weiteren EU-/EWR-Ländern anzubieten, erfolgt eher vorsichtig und sukzessive unter Abwägung der möglichen neuen Vertriebschancen gegenüber Aufwand und Haftungsrisiko.“<sup>6</sup>

Im internationalen Privat- und Verfahrensrecht des Kapitalanlegerschutzes sieht es tendenziell besser aus: In der EU (einschließlich Dänemarks<sup>7</sup>) gelten vereinheitlichte Regeln des Internationalen Zivilverfahrensrechts (EuGVO<sup>8</sup>), die über das völkerrechtliche Übereinkommen von Lugano (LugÜ 1988<sup>9</sup> bzw. 2007<sup>10</sup>) auch auf die EFTA-Staaten, namentlich die Schweiz, ausgedehnt wurden<sup>11</sup>; ferner bestehen in der EU (abgesehen von Dänemark) einheitliche Kollisionsnormen auf den Gebieten des Internationalen Vertrags- und Deliktsrechts (Rom I bzw. II-VO)<sup>12</sup>. Für die Gerichte im Mutterland des modernen Kapitalmarktrechts, den USA, gelten diese Vorschriften jedoch nicht. Ein solches Rechtsgefälle eröffnet Möglichkeiten zu taktischem, mitunter missbräuchlichem Prozessverhalten (Forum Shopping). Zudem findet selbst in der EU die

5 Zum Europäischen Pass siehe im Überblick v. *Hein*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), *Handbuch des Europäischen Privatrechts* (2009) 520 ff.

6 *Heidelbach*, in: *Schwark/Zimmer* (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts-Kommentar*<sup>4</sup> [KMRK] (2010) § 17 WpPG Rz. 2.

7 Abkommen zwischen der EG und dem Königreich Dänemark v. 10. 10. 2005, ABl. EU 2005 Nr. L 299, S. 62.

8 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 22. 12. 2000, ABl. EG 2001 Nr. L 12, S. 1; siehe hierzu die Darstellungen bei *Geimer/Schütze*, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2009); *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010) § 6; *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*<sup>9</sup> (2011); *Magnus/Mankowski* (Hrsg.), *Brussels I Regulation*<sup>2</sup> (2012); *Rauscher* (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*<sup>2</sup> (2011); *Schlosser*, *EU-Zivilprozessrecht*<sup>3</sup> (2009).

9 Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 16. 9. 1988, BGBl. 1994 II 2660.

10 Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 30. 10. 2007, ABl. EU 2009 Nr. L 147, S. 5. Das Übereinkommen ist am 1. 1. 2010 für die EU, Dänemark und Norwegen, am 1. 1. 2011 für die Schweiz, am 1. 5. 2011 für Island in Kraft getreten. Lichtenstein ist nicht Vertragsstaat dieses Übereinkommens.

11 Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Einl. EuGVO Rz. 82 ff.

12 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) v. 17. 6. 2008, ABl. EU 2008 Nr. L 177, S. 6; Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2007 L 199, S. 40.

EuGVO bislang grundsätzlich keine Anwendung auf Beklagte, die ihren Sitz in einem Drittstaat wie etwa den USA haben (näher unten IV).

Zweitens sucht man in den EU-Verordnungen spezifische Normen, die auf kapitalmarkthaftungsrechtliche Fragen zugeschnitten sind, vergebens. Dies wirft die Frage auf, ob die allgemein für Verbraucherverträge und Vermögensdelikte geltenden Zuständigkeits- und Kollisionsnormen auch für den Kapitalanlegerschutz geeignet sind oder ob sie insoweit der Anpassung bedürfen (näher unten II und III).

Drittens handelt es sich bei der Schädigung von Kapitalanlegern sehr häufig um sog. Massen- oder Streuschäden. In der Begründung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG)<sup>13</sup> von 2005 heißt es hierzu:

„Falsche Darstellungen gegenüber dem Kapitalmarkt, wie z.B. eine unrichtige Ad-hoc-Meldung über Gewinnerwartungen oder unrichtige Börsenprospekte, verursachen in aller Regel Streuschäden mit vielen Geschädigten und vergleichsweise geringen Schadensersatzsummen beim einzelnen Geschädigten. Der angerichtete Gesamtschaden kann dagegen durchaus im mehrstelligen Millionenbereich liegen. Das Geltendmachen solcher Schäden steht in der Praxis häufig in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zum Aufwand. Wenn jeder einzelne Kapitalanleger einen relativ geringen Verlust erlitten hat, besteht bei ihm schon wegen des auch bei Obsiegen nicht erstattungsfähigen Privataufwands und des Prozessverlustrisikos oft kein Interesse daran, seinen an sich bestehenden Anspruch auch gerichtlich durchzusetzen. Denn in jedem einzelnen Rechtsstreit sind meist aufwändige Beweisaufnahmen mit teuren Sachverständigengutachten erforderlich, um die komplexen kapitalmarktrechtlichen Fragen zu klären. Das kann dazu führen, dass die Kapitalanleger sich von einer Klage abhalten lassen und dadurch die kapitalmarktrechtlichen Haftungsnormen ihre ordnungspolitische Steuerungsfunktion zu einem Gutteil einbüßen.“<sup>14</sup>

Diese Schwierigkeiten werden in internationalen Sachverhalten noch dadurch potenziert, dass Unsicherheiten über die internationale Zuständigkeit und über das anwendbare Recht hinzutreten. Selbst wenn diese Fragen geklärt sind, verursacht es weitere und oft erhebliche Kosten, den Inhalt des anwendbaren Rechts zu ermitteln<sup>15</sup>. Zudem sind Beweisaufnahmen im Wege der internationalen Rechtshilfe, etwa die Vernehmung von Auslandszeugen, zeitaufwendig und kostenträchtig; fremdsprachige Unterlagen müssen gegebenenfalls in die Gerichtssprache übersetzt werden etc.<sup>16</sup>. Das Risiko, dass Anleger sich durch all diese Widrigkeiten von einer Verfolgung berechtigter Ansprüche abhalten lassen und das Konzept einer „Regulation through Litigation“ praktisch leerläuft, ist bei grenzüberschreitenden Schädigungen also um ein Vielfaches höher als in rein innerstaatlichen Fällen. Hinzu kommt, dass die bereits erwähnte EuGVO keine speziellen Regeln für Gruppenklagen oder Musterverfahren enthält. Es ist daher nicht überraschend, dass es in der Vergangenheit geschädigte Anleger oft „wie die Motten ans Licht“ in die USA gezogen hat<sup>17</sup>, um dort class actions gegen europäische Emittenten einzureichen. Die neuere Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung

13 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten v. 16. 8. 2005, BGBl. 2005 I 2437.

14 BT-Drs. 15/5091, S. 1.

15 Hierzu statt vieler *Juliane Müller*, Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren – Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene (2011), m.w.N.

16 Hierzu statt vieler v. *Hein*, Kommentierung der EG-BewVO, in: *Rauscher* (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht<sup>3</sup> (2010) m.w.N.

17 Vgl. die berühmte Formulierung von *Lord Denning*: „As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune.“ *Smith Kline & French Laboratories, Ltd. v. Block*, [1983] 2 All E.R. 74 (C.A. 1982) (*Denning, M.R.*).

deutet jedoch daraufhin, dass insoweit künftig strengere Maßstäbe angelegt werden als bisher<sup>18</sup>.

In dem vorliegenden Beitrag werden die angesprochenen Probleme in drei Blöcken untersucht: Zunächst wird aus europäischer und deutscher Sicht die internationale Geltendmachung *vertraglicher* Ansprüche geschädigter Kapitalanleger analysiert (II), zunächst in Bezug auf die internationale Zuständigkeit (II 1), sodann im Hinblick auf das anwendbare Recht (II 2). Daran schließt sich eine entsprechende Betrachtung *deliktischer* Ansprüche an (III). Sodann wird ein rechtsvergleichender Seitenblick in die USA geworfen (IV). Die Schlussfolgerungen werden in Thesen zusammengefasst.

## II. Vertragliche Ansprüche geschädigter Kapitalanleger

### 1. Internationale Zuständigkeit

#### a) Anwendungsbereich der EuGVO bzw. des LugÜ 2007

Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung wird in Art. 1 EuGVO abgesteckt. Die Verordnung ist nur auf Zivil- und Handelssachen – im Unterschied zu öffentlich-rechtlichen Sachen – anzuwenden, wobei die Handelssachen systematisch als Unterfall der Zivilsachen zu sehen sind<sup>19</sup>. Die Anwendbarkeit der EuGVO wird jedoch nicht dadurch berührt, dass etwa aufsichtsrechtliche Vorfragen einer kapitalmarktrechtlichen Haftung (z.B. die Prospektspflicht) nach öffentlichem Recht zu beurteilen sind<sup>20</sup>. In Abs. 1 S. 2 wird einschränkend bestimmt, dass die Verordnung „insbesondere nicht Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten“ erfasst. Wenn eine Aufsichtsbehörde wie etwa die BaFin einen Rechtsstreit im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse führt, handelt es sich folglich nicht um eine Zivilsache im Sinne der EuGVO<sup>21</sup>. Als Kriterium für die Ausübung *hoheitlicher* Befugnisse gilt, ob diese Befugnisse von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden Regeln abweichen<sup>22</sup>. Der geforderte *Zusammenhang* ist schon dann gegeben, wenn der geltend gemachte Anspruch seinen Ursprung in einer hoheitlichen Tätigkeit hat<sup>23</sup>. Obwohl aufsichtsrechtliche Klagen der Securities & Exchange Commission (SEC) z.B. wegen Kapitalanlagebetrugs im US-amerikanischen Sprachgebrauch (ebenso wie in anderen Staaten des Common Law) als „civil actions“ – im Gegensatz zur Strafverfolgung – bezeichnet werden<sup>24</sup>, handelt es sich hierbei gemäß der im Rahmen der EuGVO zu befolgenden autonomen Auslegung um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten.

18 Näher unter IV.

19 Näher *Geimer*, EuR 1977, 350 f.

20 Vgl. allgemein *Kropholler/von Hein* (oben N. 8) Art. 1 EuGVO Rz. 1 u. 17.

21 So *EuGH* 14. 10. 1976 – 29/76, LTU/Eurocontrol, Slg. 1976, 1541, Nr. 4; ebenso 16. 12. 1980 – 814/79, Niederlande/Rüffer, Slg. 1980, 3807, Nr. 8.

22 *EuGH* 21. 4. 1993 – C-172/91, Sonntag/Waidmann, Slg. 1993, I-1963, Nr. 22.

23 *EuGH* 16. 12. 1980 – 814/79, Niederlande/Rüffer, Slg. 1980, 3807.

24 Vgl. etwa die Pressemitteilung (Litigation Release) Nr. 21888 der SEC vom 16. 3. 2011: „The Securities and Exchange Commission announced that, on March 16, 2011, it filed a *civil action* in the United States District Court for the Southern District of Indiana, charging three senior executives at Akron, Ohio-based Fair Finance Company (‘Fair Finance’) with orchestrating a \$230 million fraudulent scheme involving at least 5,200 investors – many of them elderly” (Hvhb. hinzugefügt), abrufbar unter <<http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2011/lr21888.htm>>.

Die EuGVO eröffnet folglich kein Forum für die grenzüberschreitende Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Klagen. Umgekehrt kommt es nach Art. 1 I 1 EuGVO nicht auf die „Art der Gerichtsbarkeit“, d.h. den Rechtsweg an: Auch wenn eine etwaige Staatshaftungsklage gegen eine Aufsichtsbehörde – in Deutschland bekanntlich durch § 4 IV FinDAG<sup>25</sup> ausgeschlossen – vor den Zivilgerichten geltend zu machen sein sollte (vgl. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB), findet die EuGVO insoweit keine Anwendung.

Nach Erwgr. 8 EuGVO müssen Rechtsstreitigkeiten, die unter die Verordnung fallen, einen Anknüpfungspunkt an das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten aufweisen. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, dass der Rechtsstreit Berührungspunkte zu *mehreren Mitgliedstaaten* haben müsse und dass Beziehungen nur zu einem *Drittstaat* wie etwa den USA nicht ausreichen, um die Zuständigkeitsnormen der Verordnung eingreifen zu lassen. Das hat der EuGH inzwischen klargestellt<sup>26</sup> und damit die bereits zuvor herrschende Meinung bestätigt<sup>27</sup>. Für die Anwendung des Art. 2 I EuGVO genügt es, dass der Beklagte seinen Wohnsitz (Artt. 59, 60 EuGVO) in einem Mitgliedstaat hat, auch wenn die Auslandsberührung nur dadurch zu einem Drittstaat vermittelt wird, dass entweder der Kläger seinen Wohnsitz bzw. Sitz in einem Drittstaat hat<sup>28</sup> oder – bei Wohnsitz von Kläger und Beklagtem im selben Mitgliedstaat – der Ort des streitigen Geschehens in einem Drittstaat belegen ist<sup>29</sup>. Für Verbrauchersachen bestehen jedoch Abweichungen, auf die noch einzugehen ist (näher unten b) bb).

Im Einzelnen ergeben sich drei Grundregeln, die in den Artt. 2–4 EuGVO niedergelegt sind<sup>30</sup>. Liegt der Wohnsitz des Beklagten im Gerichtsstaat, so ist gemäß Art. 2 I EuGVO grundsätzlich die Zuständigkeit dieses Staates gegeben. Liegt der Wohnsitz des Beklagten in einem anderen Mitgliedstaat als im Gerichtsstaat, so ist die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gemäß Art. 3 I EuGVO nur dann begründet, wenn sie sich aus den besonderen Zuständigkeiten der Artt. 5–24 EuGVO ergibt. Spezielle Staatsverträge, die gemäß Art. 71 EuGVO unberührt bleiben, existieren gegenwärtig auf dem Gebiet des Kapitalanlegerschutzes nicht. Hinzuweisen ist auf das noch nicht in Kraft getretene Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. 6. 2005 (HGÜ)<sup>31</sup>. Dieses sowohl von den USA als auch der EU gezeichnete Übereinkommen wird jedoch gemäß Art. 2 I lit. a HGÜ auf Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbraucherverträgen keine Anwendung finden und kann daher hier unter dem Blickwinkel des Kapitalanlegerschutzes vernachlässigt werden. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, so bestimmt sich gemäß Art. 4 I EuGVO, vorbehaltlich der Artt. 22 und 23 EuGVO, die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaats nach seinen eigenen Gesetzen.

25 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 22. 4. 2002 (BGBl. 2002 I 1310).

26 *EuGH* 1. 3. 2005 – C-281/02, Owusu/Jackson, Slg. 2005, I-8639, Nrn. 24 ff.; bestätigt im Gutachten 1/03 vom 7. 2. 2006, Slg. 2006, I-1150, Nr. 145, Lugano.

27 Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) vor Art. 2 EuGVO Rz. 8 m.w.N.

28 *EuGH* 13. 7. 2000 – C-412/98, Group Josi Reinsurance/Universal General Insurance, Slg. 2000, I-5925, Nrn. 33 ff.

29 *EuGH* 1. 3. 2005 – C-281/02, Owusu/Jackson, Slg. 2005, I-8639, Nr. 26.

30 Vgl. bereits Bericht *Jenard*, BT-Drs. VI/1973, S. 52 ff., vor Art. 2 EuGVÜ.

31 Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen v. 30. 6. 2005, in deutscher Übersetzung abgedruckt bei *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht<sup>15</sup> (2010) Nr. 151.

b) Artt. 15–17 EuGVO/LugÜ 2007

aa) Vorteile für den Kapitalanleger

Für einen geschädigten Kapitalanleger ist es aus mehreren Gründen vorteilhaft, wenn er sich für die Geltendmachung seines Anspruchs auf die Verbraucherschützenden Vorschriften des vierten Abschnitts der EuGVO stützen kann. Dies gilt erstens für den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich, der aufgrund des Art. 15 II EuGVO in Bezug auf Beklagte mit einem Sitz in Drittstaaten erheblich erweitert wird (näher sogleich unter bb). Zweitens ist der Verbraucher entgegen der Maxime „actor sequitur forum rei“ (Art. 2 I EuGVO), welche die Verordnung grundsätzlich prägt, nicht gezwungen, den Unternehmer an dessen Sitz zu verklagen, sondern er kann an seinem eigenen Wohnsitz Klage erheben (Art. 16 I Alt. 2 EuGVO). Drittens gestattet es Art. 17 EuGVO dem Unternehmer nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen, die Verbraucherschützenden Gerichtsstände durch eine Zuständigkeitsvereinbarung mit dem Kapitalanleger abzubedingen.

bb) Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich

Zwar greifen auch die speziellen Zuständigkeitsnormen für Verbrauchersachen grundsätzlich nur ein, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat (Art. 15 I i.V.m. Art. 4 EuGVO)<sup>32</sup>. Hinsichtlich des Vertragspartners des Verbrauchers ist aber die durch Art. 15 II EuGVO bewirkte Erweiterung des Anwendungsbereichs auf drittstaatliche Unternehmer zu beachten, die zum Zuge kommt, wenn der Unternehmer über eine Niederlassung in der EU verfügt. Diese Vorschrift ist gerade für internationale Prozesse geschädigter Kapitalanleger von großer praktischer Bedeutung, denn eine Dreieckskonstellation, bei der etwa die beklagte Gesellschaft ihren Hauptsitz auf den Jungferninseln<sup>33</sup>, aber eine Niederlassung in London hat, während der Wohnsitz des geschädigten Kapitalanlegers in Deutschland liegt, ist nicht untypisch<sup>34</sup>. Es ist nicht erforderlich, dass die Niederlassung i.S. des Art. 15 II gerade im Wohnsitzstaat des Verbrauchers besteht<sup>35</sup>. Art. 15 II setzt aber voraus, dass die Niederlassung im Zeitpunkt der Klageerhebung noch vorhanden ist<sup>36</sup>; auch das Ziel des Verbraucherschutzes rechtfertigt es nicht, von diesem Grundsatz abzugehen und etwa die Existenz der Niederlassung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses genügen zu lassen<sup>37</sup>. Allenfalls unter Rechtscheinsgesichtspunkten mag sich im Einzelfall etwas anderes ergeben<sup>38</sup>. In Bezug auf den Kläger sind die Voraussetzungen der EuGVO für Verbrauchersachen hingegen enger als nach den allgemeinen Vorschriften: Während die Zuständigkeitsordnung der EuGVO grundsätzlich auch dann Anwendung findet, wenn der Kläger in einem Dritt-

32 *EuGH* 15. 9. 1994 – C-318/93, Brenner u. Noller/Dean Witter Reynolds, Slg. 1994, I-4275; zur Annahme einer Notzuständigkeit nach autonomem Zivilprozessrecht gegenüber einem Drittstaatsanbieter *OGH* 27. 7. 2005, *ÖJZ* 2006, 29.

33 Die EuGVO gilt nicht auf den British Virgin Islands, siehe *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Einl EuGVO Rz. 52.

34 *OLG Dresden* 15. 12. 2004, *IPRax* 2006, 44, 16 Anm. v. *Hein*.

35 Vgl. *OLG Dresden* 15. 12. 2004 (vorige Note).

36 *BGH* 12. 6. 2007, *RIW* 2007, 873 = *NJW-RR* 2007, 1570 = *WM* 2007, 1586 = *IPRax* 2008, 128, 107 Anm. *Staudinger* = *VersR* 2008, 940 = *ZIP* 2007, 1676 = *EuLF* 2007, I-161, II-78 Anm. *Calabresi-Scholz* = *WuB VII B. Art. 15 EuGVO* Nr. 2.07 Anm. *Rauscher*; *OLG Celle* 15. 6. 2006 – 4 U 43/06, abrufbar bei *juris*, Nr. 20.

37 Dafür aber *Rauscher* und *Staudinger* (beide vorige Note).

38 *BGH* 6. 6. 2007, *IPRSpr.* 2007 Nr. 139 (L); *OLG Celle* 15. 6. 2006 (oben N. 36), Nrn. 21 ff.

staat ansässig ist<sup>39</sup>; macht die EuGVO die Anwendung ihrer Zuständigkeitsregeln für Aktivprozesse des Verbrauchers in Art. 16 I Alt. 2 EuGVO davon abhängig, dass der Wohnsitz des Klägers in einem Mitgliedstaat liegt<sup>40</sup>.

cc) *Sachlicher Anwendungsbereich: Verbrauchervertrag*

(1) Allgemeines

In sachlicher Hinsicht kann ein geschädigter Kapitalanleger sich nur auf die Artt. 15 ff. EuGVO berufen, wenn es um Ansprüche aus einem Verbrauchervertrag i.S. dieser Vorschrift geht. Der EuGH hat sich bereits unter der Geltung des EuGVÜ mehrfach zu einer autonomen Auslegung der Vorschrift bekannt<sup>41</sup>. Erforderlich ist demnach als Mindestvoraussetzung, dass eine von einer Person gegenüber einer anderen „freiwillig eingegangene Verpflichtung“ vorliegt<sup>42</sup>. Nicht notwendig ist hingegen, dass aus einem Vertrag synallagmatische Pflichten erwachsen<sup>43</sup>. Ferner muss der Kreis der von Art. 15 I erfassten Verbraucherverträge durch eine möglichst harmonische Auslegung in Abstimmung mit Art. 6 Rom I-VO präzisiert werden (vgl. Erwgr. 7 und 24 Rom I-VO)<sup>44</sup>. Jedoch weicht Art. 15 I EuGVO von dem neueren Art. 6 Rom I-VO im Detail ab, so dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine übereinstimmende Auslegung der beiden Vorschriften möglich ist.

In Art. 15 I EuGVO wird der Verbrauchervertrag als ein Vertrag definiert, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann. In Bezug auf diesen Begriffskern stimmt Art. 6 I Rom I-VO mit der EuGVO überein. Dass der Kapitalanleger beabsichtigt, einen Gewinn zu erzielen, steht seiner Einordnung als Verbraucher nicht entgegen<sup>45</sup>. Überdies gilt ebenso wenig wie nach Art. 6 Rom I-VO für die von Artt. 15 ff. EuGVO erfassten Verbraucherverträge eine Wertobergrenze<sup>46</sup>. Die Auffassung des OLG Hamm, wer bei einer schweizerischen Privatbank umgerechnet 10 Mio. € anlege, sei kein Verbraucher i.S. des Art. 13 I LugÜ 1988<sup>47</sup>, ist de lege lata

<sup>39</sup> Siehe oben a).

<sup>40</sup> *EuGH* 13. 7. 2000 – C-412/98, Group Josi Reinsurance/Universal General Insurance, Slg. 2000, I-5925, Nrn. 47, 61.

<sup>41</sup> *EuGH* 19. 1. 1993 – C-89/91, Shearson Lehman Hutton/TVB, Slg. 1993, I-139, Nr. 13; 3. 7. 1997 – C-269/95, Benincasa/Dentalkit, Slg. 1997, I-3767, Nr. 12.

<sup>42</sup> *EuGH* 17. 6. 1992 – C-26/91, Handte/TMCS, Slg. 1992, I-3967, Nr. 15; 27. 10. 1998 – C-51/97, Réunion européenne/Splithoff's Bevrachtingskantoor, Slg. 1998, I-6511, Nr. 17; 17. 9. 2002 – C-334/00, Tacconi/HWS, Slg. 2002, I-7357, Nr. 23; 5. 2. 2004 – C-265/02, Frahuil/Assitalia, Slg. 2004, I-1543, Nr. 24; 20. 1. 2005 – C-27/02, Engler/Janus Versand, Slg. 2005, I-481, Nr. 26.

<sup>43</sup> *EuGH* 14. 5. 2009 – C-180/06, Ilsinger/Dreschers, Slg. 2009, I-3961, Nr. 51.

<sup>44</sup> Zur Herausbildung eines rechtsaktübergreifenden Begriffs des Verbrauchervertrages im IPR/IZVR eingehend *Sachse*, Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozeßrecht (2006) 59 ff.

<sup>45</sup> *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, NJW 2011, 2809, Nr. 38 im Anschluss an die Schlussanträge von GA Darmon v. 27. 10. 1992 – C-89/91, Shearson Lehmann Hutton/TVB, Slg. 1993, I-164, I-175 Nr. 77 f.; *LG Darmstadt* 18. 5. 2004, ZIP 2004, 1924, 1925 = IPRspr. 2004 Nr. 112 S. 242; ferner z.B. *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 80; *Benicke*, WM 1997, 945, 950; *Christian Schmitt*, BKR 2010, 366, 369; *Thorn*, IPRax 1995, 294, 296; ebenso die st. Rspr. zu Art. 29 EGBGB a.F.: *BGH* 8. 6. 2010 – XI ZR 349/08, ZIP 2011, 2505 = RIW 2010, 879, Nr. 34; 25. 1. 2011 – XI ZR 350/08, RIW 2011, 321, Nr. 25; 25. 1. 2011 – XI ZR 100/09, RIW 2011, 406, Nr. 28; 25. 1. 2011 – XI ZR 106/09, RIW 2011, 487, Nr. 30, m.w.N.

<sup>46</sup> Zutreffend Geimer/Schütze/Geimer (oben N. 8) Art. 15 EuGVO Rz. 1; gegen einen moralisierenden „Luxusvorbehalt“ im internationalen Verbraucherrecht eingehend *Sachse* (oben N. 44) 197 ff., m.w.N.

<sup>47</sup> *OLG Hamm* 14. 1. 2004, IPRspr. 2004 Nr. 98a.



kaum vertretbar, denn die Vorschrift definiert aus Gründen der Rechtssicherheit den Verbraucherbegriff strikt rollen- und nicht statusbezogen<sup>48</sup>. Es muss sich daher bei den von Artt. 15 ff. EuGVO erfassten Rechtsstreitigkeiten durchaus nicht immer um Bagatellsachen handeln, sondern es können hierunter auch Prozesse fallen, die für vermögende Anleger eine große wirtschaftliche Bedeutung haben<sup>49</sup>.

Allerdings enthält Art. 6 IV Rom I-VO in den Buchstaben d und e gerade für das Kapitalmarktrecht bedeutsame Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes (Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten, Verträge innerhalb von Wertpapierhandelssystemen), die sich in Art. 15 EuGVO nicht finden, so dass zumindest grundsätzlich der Verbrauchergerichtsstand auch für diese Vertragstypen eröffnet ist. Im Übrigen ist der Verordnungsgeber in Verbrauchersachen – im Gegensatz zu mancher rechtspolitischen Stellungnahme<sup>50</sup> – nicht von einem strikten Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Sachrecht ausgegangen. Art. 6 II Rom I-VO ermöglicht auch bei Verbraucherverträgen eine eingeschränkte Rechtswahl (näher unten 2 b)); das gewählte Recht wird aber häufig nicht das am Verbraucherwohnsitz (Art. 16 I Alt. 2 und II EuGVO) geltende Recht sein, sondern das am Sitz des Unternehmers.

Auf Verbandsklagen eines Verbraucherschutzverbandes sind die Artt. 15 ff. EuGVO jedenfalls de lege lata nicht anwendbar, da der Verband nicht Endverbraucher ist und somit nicht des besonderen Schutzes der Zuständigkeitsregeln in Verbrauchersachen bedarf<sup>51</sup>. Eine Ausnahme ist nur dort zu machen, wo der Verbraucherschutzverband die einzelnen Privatkläger von Gesetzes wegen vertritt<sup>52</sup>. Spezielle Regeln zur Bündelung vertraglicher Ansprüche geschädigter Kapitalanleger, z.B. für vertragliche Erfüllungsansprüche aufgrund eines Übernahmeangebotes, fehlen bislang in der EuGVO (zum deutschen Recht näher unten III 1 c) aa)).

## (2) Abgrenzung von außervertraglichen Ansprüchen

Für deliktische Ansprüche geschädigter Kapitalanleger greift der Verbrauchergerichtsstand nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift („Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“) nicht ein<sup>53</sup>. Ansprüche gegen den Emittenten können folglich in diesem Gerichtsstand regelmäßig nicht geltend gemacht werden, weil sich der Erwerb eines Wertpapiers durch den Verbraucher üblicherweise im Wege des Kommissionsgeschäfts

48 Ebenso zu Art. 6 Rom I-VO *Garcimartín Alférez*, J. Priv. Int. L. 5 (2009) 85, 97.

49 Vgl. *Standard Bank London Ltd. v. Apostolakis*, [2001] EWHC 493 (Comm): Investment über US-\$ 1,1 Mio.; *OLG Hamburg* 23. 6. 2004, RIW 2004, 709 = IPRax 2005, 251, 230 Anm. *Heiderhoff* = IPRspr. 2004 Nr. 114: Verluste bei Börsentermingeschäften i.H.v. 700 000 €; *EuGH* 27. 4. 1999 – C-99/96, *Mietz/Intership Yachting Sneek*, Slg. 1999, I-2277, Nr. 11: Kauf einer Yacht im Wert von umgerechnet 125 000 €; vgl. hingegen Erwr. 24 Rom I-VO, der von einem „häufig“ bzw. „in der Regel“ geringen Streitwert in Verbrauchersachen ausgeht.

50 *Max-Planck-Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *RabelsZ* 71 (2007) 225, 270.

51 So (im Anschluss an *EuGH* 19. 1. 1993 – C-89/91, *Shearson Lehman Hutton/TVB*, Slg. 1993, I-139, Nrn. 14 ff.) *EuGH* 1. 10. 2002 – C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Henkel*, Slg. 2002, I-8111, Nr. 33.

52 *Cour d'appel Colmar* 24. 2. 1999, ZIP 1999, 1209 Anm. *Reich* = Rev. crit. 2001, 135 Anm. *Gaudemet-Tallon* = Bericht *Huet*, *Clunet* 2000, 79; dazu *Neumann/Rosch*, IPRax 2001, 257 ff.

53 Statt aller *Rauscher/Staudinger* (oben N. 8) Vorbem Art. 15–17 EuGVO Rn. 4; *R. Wagner/Gess*, NJW 2009, 3481.

über eine dazwischen geschaltete Bank als Vertragspartnerin vollzieht, so dass es an einer vertraglichen Beziehung fehlt<sup>54</sup>. Obwohl nach der Rechtsprechung des EuGH auch Klagen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis eines Aktionärs zur Gesellschaft als vertraglich eingeordnet werden<sup>55</sup>, hilft dies für Ansprüche wegen Prospekthaftung oder fehlerhafter Ad-hoc-Meldungen nicht weiter, weil derartige Ansprüche nicht das Mitgliedschaftsverhältnis selbst betreffen, sondern lediglich die Phase seiner Begründung<sup>56</sup>. Der Verbrauchergerichtsstand kommt aber für Ansprüche gegen den Erwerber aufgrund eines Übernahmeangebots in Betracht, sofern der maßgebliche Kauf- oder Tauschvertrag unmittelbar zwischen dem Bieter und dem Aktionär zustande kam<sup>57</sup>. Zwar nimmt Art. 6 IV lit. d Alt. 2 Rom I-VO derartige Ansprüche vom Anwendungsbereich des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes aus (näher unten 2 b)); für das internationale *Zivilverfahrensrecht* fehlt es aber de lege lata an einer entsprechenden Bereichsausnahme.

Praktische Bedeutung haben die Artt. 15 ff. EuGVO vor allem für Ansprüche gegen die Vermittler oder Verwalter von Kapitalanlagen<sup>58</sup>. Zwar bleiben auch insoweit deliktische Ansprüche ausgeklammert; jedoch liegen die Dinge bei näherer Betrachtung komplizierter, denn der Begriff des Vertrages ist auch im Rahmen des Art. 15 I EuGVO, ebenso wie nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO, autonom auszulegen<sup>59</sup>. Es kann also vorkommen, dass ein Rechtsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem, das nach dem anwendbaren Sachrecht (der *lex causae*) als deliktisch einzustufen wäre, bei einer autonomen Qualifikation im europäischen Zivilprozessrecht als vertraglich zu klassifizieren ist und umgekehrt. So hat der EuGH in der – gerade in Deutschland viel kritisierten – Entscheidung *Tacconi* festgehalten, dass Ansprüche wegen eines Abbruchs von Vertragsverhandlungen, die hierzulande als ein Fall der *culpa in contrahendo* (§ 311 II Nr. 1 BGB) angesehen werden, im Sinne des Art. 5 EuGVO als außervertraglich gelten müssen<sup>60</sup>. Ferner hat der Gerichtshof Produkthaftungsansprüche aus einer Vertragskette nach französischem Recht im Gegensatz zur *lex causae* als deliktisch i.S. des Art. 5 Nr. 3 EuGVO qualifiziert<sup>61</sup>. Im Bereich des Verbrauchergerichtsstandes hat sich der EuGH wiederholt mit der Qualifikation sog. isolierter Gewinnzusagen befassen müssen, die er zunächst Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ zugeordnet hat<sup>62</sup>, in seiner neueren Rechtsprechung aber weitgehend dem Art. 15 I lit. c EuGVO zuweist<sup>63</sup>.

54 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 80 f.; *Hess*, in: *ders./Reuschle/Rimmelspacher* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum KapMuG [KölnKomm-KapMuG]* (2008) § 32b ZPO Rz. 17.

55 *EuGH* 22. 3. 1983 – 34/82, *Peters/ZNAV*, Slg. 1983, 871, Nrn. 13 f.; näher *Kropholler/von Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 12 f., m.w.N.

56 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 81; *KölnKomm-KapMuG/Hess* (oben N. 54) § 32b ZPO Rz. 17.

57 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 81.

58 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 81; *KölnKomm-KapMuG/Hess* (oben N. 54) § 32b ZPO Rz. 17.

59 Siehe oben (1).

60 *EuGH* 17. 9. 2002 – C-334/00, *Tacconi/HWS*, Slg. 2002, I-7357, hierzu näher *v. Hein*, GPR 2007, 54 ff.

61 *EuGH* 17. 6. 1992 – C-26/91, *Handte/TMCS*, Slg. 1992, I-3967.

62 *EuGH* 11. 7. 2002 – C-96/00, *Gabriel*, Slg. 2002, I-6367, Nrn. 54 ff.

63 *EuGH* 14. 5. 2009 – C-180/06, *Ilsinger/Dreschers*, Slg. 2009, I-3961, Nrn. 51 ff.

Hinsichtlich des Kapitalanlegerschutzes sind zwei neuere Urteile des BGH zu Art. 13 I Nr. 3 LugÜ 1988 von Bedeutung<sup>64</sup>:

In einer Entscheidung vom 5. 10. 2010 hat der BGH den Anwendungsbereich des Verbrauchergerichtsstandes auf Ansprüche ausgedehnt, die im deutschen materiellen Recht als deliktisch eingeordnet werden<sup>65</sup>. Dem lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der in Deutschland wohnende Kläger, ein selbstständiger Landschaftsgärtner, verlangte von der Beklagten, einer in Zürich ansässigen Aktiengesellschaft, Schadensersatz im Zusammenhang mit einer Vermögensverwaltung. Der Kläger hatte mit der Beklagten u.a. einen „Vermögensverwaltungsauftrag“ für ein „Schweizer Sicherheitspaket für den Mittelstand“ abgeschlossen. Die Geschäfte erwiesen sich jedoch als verlustreich. Die Beklagte verfügte zudem nicht über die nach § 32 I des Kreditwesengesetzes (KWG) erforderliche Erlaubnis der BaFin zum Betreiben von Bankgeschäften bzw. der Erbringung von Finanzdienstleistungen in Deutschland. Daher verlangte der Kläger von der Beklagten Ersatz der erlittenen Verluste aus Schutzgesetzverletzung, § 823 II BGB i.V.m. § 32 I KWG<sup>66</sup>. Die Vorinstanz hatte die Klage als unzulässig abgewiesen, weil eine wirksame Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit Schweizer Gerichte vorliege (Art. 17 LugÜ 1988; heute: Art. 23 LugÜ 2007)<sup>67</sup>; das für Verbraucherverträge geltende Prorogationsverbot (Art. 15 LugÜ 1988; heute: Art. 17 LugÜ 2007) greife nicht ein, weil der Kläger einen deliktischen und keinen vertraglichen Anspruch geltend mache<sup>68</sup>. Der VI. Senat des BGH gab der hiergegen gerichteten Revision des Klägers mit der folgenden Begründung statt: Für eine Anknüpfung an einen Vertrag und die Begründung der Zuständigkeit für Verbrauchersachen nach Art. 13 I Nr. 3 LugÜ 1988 genüge es, dass sich die Schadenshaftung allgemein auf einen Vertrag beziehe und eine Klage, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe, eine so enge Verbindung zu dem Vertrag aufweise, dass sie von ihm nicht getrennt werden könne<sup>69</sup>. Eine solche enge Verbindung bestehe, denn der Kl. verlange als Verbraucher von seinem Vertragspartner den diesem vereinbarungsgemäß zur Verwaltung überlassenen Geldbetrag ersetzt, weil jener den Vertrag auf Grund eines gegen ihn gerichteten gesetzlichen Verbots nicht habe abschließen dürfen<sup>70</sup>. Ergänzend verweist der VI. Senat im Rahmen einer teleologischen Auslegung auf den Normzweck der Vorschrift, die an die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers anknüpfe<sup>71</sup>. Eine Vorlage an den EuGH kam nicht in Betracht, weil im Gegensatz zum LugÜ 2007 für die Fassung von 1988 noch keine Auslegungskompetenz des Gerichtshofs bestand<sup>72</sup>.

Rechtspolitisch mag man das vom VI. Senat erzielte Ergebnis billigen, denn es erscheint fernliegend, dass der klagende Landschaftsgärtner bei dem Abschluss der Ge-

64 *BGH* 5. 10. 2010, WM 2010, 2163 = ZIP 2010, 2264 = RIW 2011, 73 = NJW 2011, 532 = EuZW 2011, 34; hierzu siehe die Anm. von *Engert/Gich*, IPRax 2011, 458; *Rasmussen-Bonne*, GWR 2010, 310689 und *Schaub*, LMK 2011, 313318 (anders noch die Vorinstanz, OLG Stuttgart 20. 4. 2009 – 5 U 197/08, NJOZ 2009, 3340); *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, BeckRS 2011, 17610.

65 *BGH* 5. 10. 2010 (vorige Note).

66 Zur Schutzgesetzzeigenschaft des § 32 I KWG siehe auch *BGH* 23. 11. 2010, RIW 2011, 484.

67 *OLG Stuttgart* 20. 4. 2009 – 5 U 197/08, NJOZ 2009, 3340.

68 *OLG Stuttgart* 20. 4. 2009 – 5 U 197/08, NJOZ 2009, 3340.

69 So *BGH* 5. 10. 2010 (oben N. 64) Nr. 23 unter Berufung auf *EuGH* 11. 7. 2002 – C-96/00, Gabriel, Slg. 2002, I-6367, Nrn. 38, 56; 14. 5. 2009 – C-180/06, Ilsinger/Dreschers, Slg. 2009, I-3961, Nr. 44.

70 *BGH* 5. 10. 2010 (oben N. 64) Nr. 24.

71 *BGH* 5. 10. 2010 (oben N. 64) Nr. 26.

72 Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Einl. EuGVO Rz. 109.

richtsstandsvereinbarung deren Tragweite auch für deliktische Ansprüche überblickt hätte. Dogmatisch weckt die Qualifikation des Anspruchs aus Schutzgesetzverletzung als vertraglich aber erhebliche Bedenken. Im Rahmen des § 32 ZPO, der mit Art. 5 Nr. 3 EuGVO eine enge Verwandtschaft aufweist, hat auch der VI. Senat Ansprüche aus § 823 II BGB i.V.m. §§ 2, 8 AusInvG<sup>73</sup> (heute ersetzt durch das InvG<sup>74</sup>) als deliktisch klassifiziert und sogar eine Annexkompetenz für konkurrierende vertragliche Ansprüche ausdrücklich abgelehnt<sup>75</sup>. Es überzeugt kaum, von dieser Einstufung unter Berufung auf eine autonome Qualifikationsmethode abzuweichen. Das Argument, ein Schadensersatzanspruch sei vertraglich, weil der schädigende Vertragsschluss gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe, zöge, konsequent durchgeführt, erhebliche Weiterungen nach sich. Denn auch der Straftatbestand des Betruges (§ 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB) ist letztlich nichts anderes als ein Verbot, andere durch Täuschung zur Eingehung eines für sie schädlichen Vertrages zu veranlassen. Auch Ansprüche aus Verträgen, die auf die Vermittlung von vornherein chancenloser Börsentermingeschäfte gerichtet sind und die deshalb einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) begründen, fallen in diese Kategorie. Die deutsche Rechtsprechung hat dennoch bislang keinen Zweifel daran gelassen, dass derartige Ansprüche als deliktisch im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVO zu qualifizieren sind, auch wenn die Schädigung des Kapitalanlegers durch derartige Delikte notwendigerweise die Eingehung eines Vertrages voraussetzt<sup>76</sup>. Dem rechtspolitisch erwägenswerten Anliegen des BGH, dem geschädigten nicht-professionellen Kapitalanleger den Verbrauchergerichtsstand auch bei deliktischen Ansprüchen zu eröffnen, sollte daher nicht durch eine Umdeutung der maßgebenden Anspruchsgrundlagen, sondern im Zuge der Revision der EuGVO Rechnung getragen werden.

In einer weiteren Entscheidung vom 31. 5. 2011 hat der BGH indessen nicht nur die vertragliche Einstufung des Anspruchs aus § 823 II BGB i.V.m. § 32 KWG bekräftigt<sup>77</sup>, sondern den Verbrauchergerichtsstand nach Art. 13 I Nr. 3 LugÜ 1988 auch auf Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c.) erstreckt, sofern es in der Folge zu einem Vertragsschluss zwischen den Parteien gekommen ist<sup>78</sup>. In dem zugrunde liegenden Fall hatte die klagende Verbraucherin ihrer Vertragspartnerin vorgeworfen, sie vor dem Erwerb von Fondsanteilen nicht angemessen über deren Risiken aufgeklärt zu haben. Zur Begründung führt der BGH aus, dass dieses Begehren von den Verträgen nicht getrennt werden könne<sup>79</sup>. Hierbei setzt sich der BGH aber nur unzureichend mit der Judikatur des EuGH und der Notwendigkeit einer harmonischen Auslegung des europäischen Zivilprozessrechts mit den Kollisionsnormen der Rom II-VO (vgl. Erwgr. 7 Rom II-VO) auseinander. Auf die *Tacconi*-Entscheidung, in welcher der EuGH Ansprüche aus c.i.c. wegen eines Abbruchs von Vertragsverhandlungen als au-

73 Auslandsinvestmentgesetz vom 28. 7. 1969 (BGBl. 1969 I 986), aufgehoben m. W. v. 1. 1. 2004 durch Art. 17 Investmentmodernisierungsgesetz v. 15. 12. 2003 (BGBl. 2003 I 2676).

74 Investmentgesetz v. 15. 12. 2003 (BGBl. 2003 I 2676), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 8. 4. 2010 (BGBl. 2010 I 386).

75 *BGH* 29. 6. 2010, NZG 2010, 909, 1015 Anm. v. *Hein* = RIW 2011, 70, Nrn. 11 f.

76 Vgl. etwa zum Kapitalanlagebetrug *OLG Köln* 5. 4. 2005, IPRax 2006, 479, 460 Anm. v. *Hein*; zur sittenwidrigen Schädigung *BGH* 12. 10. 2010, RIW 2011, 77 = BKR 2010, 509, Nr. 24.

77 *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, NJW 2011, 2809, Nrn. 31–33.

78 *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, NJW 2011, 2809, Nrn. 42 f.; anders noch die Vorinstanz, die Art. 5 Nr. 3 LugÜ 1988 heranzog: *OLG München* 28. 5. 2010, BKR 2010, 377 = WM 2010, 1463.

79 *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, NJW 2011, 2809, Nr. 43.

ßervertraglich eingestuft hatte, ist bereits hingewiesen worden<sup>80</sup>. Diese Wertung hat der europäische Verordnungsgeber in Art. 2 I Rom II-VO und Art. 1 II lit. i Rom I-VO ausdrücklich bestätigt: Nach diesen Vorschriften unterfallen Ansprüche aus c.i.c. der für außervertragliche Schuldverhältnisse geltenden Rom II-VO, nicht der Rom I-VO, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht regelt. Aus der vom BGH gemachten Einschränkung, eine Zuständigkeit am Verbrauchergerichtsstand bestehe nur insoweit, als es tatsächlich zu einem Vertragsabschluss zwischen den Parteien gekommen ist, lässt sich schließen, dass der BGH dieses Szenario von der *Tacconi*-Konstellation, der ein Abbruch von Vertragsverhandlungen zugrunde lag, abgrenzen will. Dieses *Distinguishing* der *Tacconi*-Entscheidung steht jedoch auf schwachen Füßen: Erwgr. 30 der Rom II-VO nennt als Beispiel für Ansprüche aus c.i.c. neben dem Abbruch von Vertragsverhandlungen explizit auch die „Verletzung der Offenlegungspflicht“, also Aufklärungspflichtverletzungen. Es lässt sich ferner im Hinblick auf die Qualifikation nur schwerlich danach differenzieren, ob der Vertrag im Anschluss an die Informationspflichtverletzung zustande gekommen ist oder nicht, denn Art. 12 I Rom II-VO bestimmt das auf die c.i.c. anwendbare Recht gerade „unabhängig davon, ob der Vertrag tatsächlich geschlossen wurde oder nicht“. Daraus muss gefolgert werden, dass nach dem europäischen Kollisionsrecht Ansprüche aufgrund einer Verletzung von Aufklärungspflichten selbst dann als außervertraglich zu qualifizieren sind, wenn es in der Folge zu dem Abschluss eines Vertrages gekommen ist. Diese Qualifikation ist aufgrund des Auslegungszusammenhangs zwischen der Rom II-VO und der EuGVO (vgl. Erwgr. 7 Rom II-VO) auch im Rahmen der Vertragsgerichtsstände der EuGVO zugrunde zu legen<sup>81</sup>. Wenngleich die Rom II-VO in der Schweiz nicht gilt, muss dies, um den angestrebten Gleichklang mit der EuGVO zu wahren, auch für das LugÜ 1988/2007 gelten<sup>82</sup>. Für die außervertragliche Schadenshaftung aus c.i.c. ist folglich grundsätzlich Art. 5 Nr. 3 EuGVO, nicht die Nr. 1 maßgebend. Dem steht nicht entgegen, dass die Rom II-VO die c.i.c. nicht als deliktisch i.S. des Kapitels II der Rom II-VO einordnet<sup>83</sup>. Anders als die Rom II-VO kennt Art. 5 EuGVO nur die Dichotomie von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen und kein Tertium; Ansprüche aus c.i.c. verfahrensrechtlich als außervertraglich, aber nicht deliktisch einzustufen und sie folglich nur am allgemeinen Gerichtsstand (Art. 2 I EuGVO) zuzulassen, wäre sachlich kaum überzeugend.

Eine andere, seit langem streitige Frage ist es, ob man an den Vertragsgerichtsständen der EuGVO eine *Annexkompetenz* für außervertragliche Ansprüche eröffnet, zu denen nach dem oben Gesagten auch die c.i.c. zu zählen ist<sup>84</sup>. Für eine umfassende Zuständigkeit am Vertragsgerichtsstand spricht in diesen Fällen, dass bei der c.i.c. auch kollisionsrechtlich in der Regel das Vertragsstatut prägend ist (vgl. Art. 12 I Alt. 1 Rom II-

80 Siehe oben bei N. 60.

81 *OGH* 3. 5. 2007, *ZIRV* 2007, 112 Anm. *Ofner*; *OLG Düsseldorf* 19. 5. 2006, *SchiedsVZ* 2006, 331, 334 = *IPRspr.* 2006 Nr. 211; *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 75; anders z.B. *Rauscher/Leible* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 27; *Seibl*, *IPRax* 2011, 234, 239, m.w.N.

82 Siehe jeweils die Protokolle Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens in der Fassung von 1988 bzw. 2007; zur Problematik der systematischen Auslegung des LugÜ 2007 im Zusammenhang mit dem für die EFTA-Staaten nicht geltenden EU-Recht näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Einl. EuGVO Rz. 111, m.w.N.

83 Vgl. aber *Seibl*, *IPRax* 2011, 234, 239.

84 Hierzu ausführlich *Rauscher/Staudinger* (oben N. 8) Vorbem. Art. 15–17 EuGVO Rz. 4; *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 18, 79, m.w.N.

VO), so dass die im Interesse der Prozessökonomie liegende gemeinsame Behandlung aller Ansprüche in diesem Gerichtsstand nicht nur praktisch, sondern auch dogmatisch sachgerecht erscheint<sup>85</sup>. Dies sollte jedenfalls insoweit gelten, als auch die Rom II-VO Ansprüche aus c.i.c. akzessorisch an ein bestehendes Vertragsverhältnis anknüpft<sup>86</sup>. Die Anknüpfung an ein bloß hypothetisches Statut eines nicht zustande gekommenen Vertrages im Falle der c.i.c. (Art. 12 I Alt. 2 Rom II-VO) sollte hingegen, wie der BGH im Ergebnis bereits zutreffend erkannt hat, nicht ausreichen, um eine Annexkompetenz im Vertragsgerichtsstand zu begründen<sup>87</sup>. Angesichts der letztlich ungeklärten Reichweite einer Annexkompetenz in den Vertragsgerichtsständen der EuGVO ist auch insoweit Handlungsbedarf für den Ordnungsgeber zu verzeichnen.

### (3) Von Art. 15 I lit. a und b EuGVO erfasste Kauf- und Kreditverträge

Hinsichtlich des situativen Anwendungsbereichs ist zwischen unterschiedlichen Vertragstypen zu differenzieren: In Bezug auf den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung (Art. 15 I lit. a EuGVO) und auf die Finanzierung derartiger Geschäfte gerichtete Kreditverträge (Art. 15 I lit. b EuGVO) ist es – anders bei allen anderen Vertragstypen (Art. 15 I lit. c EuGVO) – nicht erforderlich, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Die Buchstaben a und b sind jedoch bisher für den Kapitalanlegerschutz bedeutungslos geblieben: Zwar kann sich der Kauf beweglicher Sachen auch auf Luxusgüter beziehen, so z.B. der Kauf einer Motoryacht<sup>88</sup>. Der Erwerb von *Rechten* oder *Wertpapieren* wird jedoch – ebenso wie in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO oder Art. 2 lit. d des Wiener UN-Kaufrechts (CISG) – von Art. 15 I lit. a EuGVO nach bislang h.M. nicht erfasst<sup>89</sup>. Fraglich ist jedoch, ob sich daran aufgrund eines neueren Urteils des EuGH zur Haustürwiderrufs-Richtlinie<sup>90</sup> etwas ändert<sup>91</sup>. Gemäß Art. 1 I dieser Richtlinie werden von ihr Verträge erfasst, „die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“. In der Sache *Friz GmbH/v. d. Heyden* hat der Gerichtshof entschieden, dass unter diesen Tatbestand auch der Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft falle, wenn der Zweck eines solchen Beitritts vorrangig nicht darin bestehe, Mitglied dieser Gesellschaft zu werden, sondern Kapital anzulegen<sup>92</sup>. Daraus wird zum Teil

85 In diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Darmon* in der Sache *Kalfelis* v. 15. 6. 1988 – 189/97, Slg. 1988, 5577; ferner *Gaudemet-Tallon*, Rev. crit. 1989, 122 f.; *Mansel*, IPRax 1989, 84, 85; *Schultsz*, N. J. 1990, 1635; *Stadler*, FS Musielak (2004) 588 f.; *Geimer/Schütze/Geimer* (oben N. 8) Art. 5 Rz. 50; *Spickhoff*, IPRax 2009, 128, 132; *Rauscher/Leible* (oben N. 8) Art. 5 Rz. 59; *Rauscher/Staudinger* (oben N. 8) Vorbem. Art. 15–17 EuGVO Rz. 4; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht<sup>6</sup> (2007) § 3 Rz. 53; *Schlosser* (oben N. 8) vor Art. 5 EuGVO Rz. 2; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>5</sup> (2010) Rz. 397; obiter auch *OLG Köln* 5. 4. 2005, IPRax 2006, 479, 481 = IPRspr. 2005 Nr. 104.

86 *Spickhoff*, IPRax 2009, 128, 132; v. *Hein*, IPRax 2010, 330, 342.

87 Str., abweichend *Spickhoff*, IPRax 2009, 128, 132 f.

88 Siehe oben bei N. 49.

89 *BGH* 31. 5. 2011 – VI ZR 154/10, NJW 2011, 2809, unter Nr. 40; *OGH* 8. 9. 2009, ZIP 2010, 1154 = EWiR 2010, 323 Anm. *Mankowski*; weitere Nachweise bei *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 15 EuGVO Rz. 17.

90 Richtlinie 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen v. 20. 12. 1985, ABl. EG Nr. L 372, S. 1.

91 *EuGH* 15. 4. 2010 – C-215/08, E. *Friz GmbH/Carsten von der Heyden*, NJW 2010, 1511 = LMK 2010, 303284 (LS) Anm. *Riesenhuber*.

92 *EuGH* 15. 4. 2010 – C-215/08 (vorige Note) Nrn. 25–34.

gefolgert, aufgrund einer systematischen Auslegung des Unionsrechts müsse nun auch der Begriff des Kaufs beweglicher Sachen i.S. des Art. 15 I lit. a EuGVO dahingehend interpretiert werden, dass der Erwerb von Anteilsrechten ebenfalls abgedeckt werde<sup>93</sup>. Jedoch hat der EuGH in typologischer Hinsicht nicht genau abgegrenzt, ob es sich bei dem Beitritt zu einem Immobilienfonds um einen Vertrag über eine Warenlieferung oder eine Dienstleistung handelt<sup>94</sup>. Der Gerichtshof ging hierbei von der Prämisse aus, dass es sich bei Art. 1 I der Haustürwiderrufs-Richtlinie um eine im Interesse des Verbraucherschutzes weit auszulegende Generalklausel handele, mit der möglichst alle Vertragstypen erfasst werden sollten<sup>95</sup>. Diese Wertung ist auf Art. 15 lit. a EuGVO aus drei Gründen nicht zu übertragen: Erstens wird der Verbrauchergerichtsstand vom EuGH in ständiger Rechtsprechung eng interpretiert, weil es sich hierbei um eine Ausnahme von dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten nach Art. 2 I EuGVO handelt<sup>96</sup>. Zweitens legt der Umstand, dass die EuGVO bei Art. 15 I lit. a EuGVO auf das Erfordernis verzichtet, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet haben muss, eine restriktive Auslegung nahe, um die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des Unternehmers nicht unverhältnismäßig einzuschränken<sup>97</sup>. In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeitsvorschriften der EuGVO laut Erwgr. 11 „in hohem Maße vorhersehbar sein [müssen]“. Schließlich spricht die systematische Struktur der Norm gegen eine Auslegung der litt. a und b als Generalklauseln, denn die Vorschrift enthält in lit. c einen bewusst weit gefassten Auffangtatbestand<sup>98</sup>, so dass im Umkehrschluss die speziell in litt. a und b geregelten Vertragstypen eng zu definieren sind. Die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Haustür-Widerrufsrichtlinie gibt daher keinen Anlass, von dem bisherigen Verständnis des Kaufs beweglicher Sachen i.S. des Art. 15 I lit. a EuGVO abzugehen.

#### (4) Sonstige Vertragstypen (Art. 15 I lit. c EuGVO)

Art. 15 I lit. c EuGVO gilt „in allen anderen Fällen“ als denen der litt. a und b und erweitert somit die speziellen Zuständigkeitsregeln des vierten Abschnitts auf alle anderen Typen von Verbraucherverträgen, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Die Vorschrift hat auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen erhebliche Bedeutung<sup>99</sup>. Auch bloße *Kreditverträge*, die nach den Materialien zu Art. 13 EuGVÜ nicht unter

93 So eingehend *Barta*, Der Gerichtsstand für Klagen gegen Anleger als Gesellschafter von Fondsgesellschaften, NJOZ 2011, 1033, 1035.

94 Mit Recht kritisch zur „undeutlichen und unvollständigen Begründung“ des EuGH *Riesenhuber*, LMK 2010, 303284.

95 Vgl. *EuGH* 15. 4. 2010 – C-215/08 (oben N. 91) Nr. 32; hierzu *Riesenhuber*, LMK 2010, 303284.

96 *EuGH* 20. 1. 2005 – C-27/02, Engler/Janus Versand, Slg. 2005, I-481, Nrn. 42 f.; 20. 1. 2005 – C-464/01, Gruber/BayWa AG, Slg. 2005, I-439, Nr. 32; 14. 5. 2009 – C-180/06, Ilsinger/Dreschers, Slg. 2009, I-3961, Nr. 47.

97 Auf die Bedeutung der EU-Grundfreiheiten des Unternehmers für die Auslegung des Art. 15 EuGVO weist mit Recht *Rauscher/Staudinger* (oben N. 8) Art. 15 EuGVO Rz. 15 hin.

98 Anders (unter Berufung auf Art. 6 I Rom I-VO) *Tiefenthaler*, in: *Czernich/Tiefenthaler/Kodek* (Hrsg.), Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht (2009) Art. 15 Rz. 20, der in lit. c die eigentliche Grundregel sieht.

99 Vgl. außer den bereits genannten Entscheidungen des *BGH* (siehe oben N. 64) zu Art. 13 Nr. 3 LugÜ 1988 auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung z.B. *OLG Hamburg* 23. 6. 2004 (oben N. 49); *OLG München* 17. 12. 2008, EWIR 2009, 351 Anm. *Elixmann* = IPRspr. 2008 Nr. 139; näher *Schwintowski*, AJP 2005, 457 ff.

jene Norm fallen sollten<sup>100</sup>, sind, wenn ein Verbraucher sie zu privaten, nicht bereits von lit. b erfassten Zwecken schließt (etwa zum Erwerb einer Wohnimmobilie, auch als Kapitalanlage), zu den „anderen Fällen“ des Buchstaben c zu zählen<sup>101</sup>. Liegt ein vertraglicher Anspruch i.S. der lit. c vor, ist des Weiteren zu prüfen, ob der Unternehmer im Wohnsitzstaat des Verbrauchers eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausgeübt hat oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausgerichtet hat und dieser Vertrag in den Bereich der Tätigkeit fällt.

*dd) Situativer Anwendungsbereich: Ausrichtung*

Mit dem Begriff der Ausrichtung werden zum einen die gezielt auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers gerichtete Werbung (vgl. noch Art. 13 I Nr. 3 lit. a EuGVÜ) und konventionelle Vertriebsformen (etwa der Absatz über auf Provisionsbasis tätige Vermittler) abgedeckt<sup>102</sup>. Darüber hinaus soll mit Hilfe der „Ausrichtung“ auch der elektronische Handel („E-commerce“) über das Internet erfasst werden<sup>103</sup>. Bereits während des Verfahrens der Verordnungsgebung wurde jedoch die Weite des Begriffs „ausrichten“ im Hinblick auf den Fernabsatz erkannt und vielfach kritisiert<sup>104</sup>. Klarheit besteht lediglich an den äußersten Grenzen: Einerseits reicht die bloße Abrufbarkeit einer Website für sich genommen keinesfalls zur Bejahung der lit. c aus<sup>105</sup>. Andererseits ist nach dem Regelungszweck jedenfalls die Bereitstellung einer *interaktiven Website* grundsätzlich genügend, sofern weitere Bedingungen erfüllt sind. Der EuGH hat in seiner jüngst ergangenen Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen *Pammer* und *Alpenhof*, die sich auf einen Beherbergungsvertrag bzw. einen Frachtschiffreisevertrag bezogen, die folgenden Grundsätze aufgestellt:

„Für die Feststellung, ob ein Gewerbetreibender, dessen Tätigkeit auf seiner Website oder der eines Vermittlers präsentiert wird, als ein Gewerbetreibender angesehen werden kann, der seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ‚ausrichtet‘, ist zu prüfen, ob vor einem möglichen Vertragsschluss mit dem Verbraucher aus diesen Websites und der gesamten Tätigkeit des Gewerbetreibenden hervorgeht, dass dieser mit Verbrauchern, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten, darunter dem Wohnsitzmitgliedstaat des Ver-

100 Bericht *Schlosser*, BT-Drs. 10/61, 31 ff., Nr. 157; vgl. aber *BGH* 31.5.2011 – VI ZR 154/10, BeckRS 2011, 17610, Nr. 39: Kreditverträge seien von Art. 13 I Nr. 3 LugÜ 1988 erfasst, wenn sie eng mit einem Konto- und Depotführungsvertrag verknüpft seien, über den die Darlehensgewährung, die Verwendung der Darlehensmittel und die Verwaltung der erworbenen Fondsanteile abgewickelt worden seien.

101 Ebenso etwa *Gaudemet-Tallon*, Rev. crit. 2001, 148; *Neumann/Rosch*, IPRax 2001, 257, 259; *Schack* (oben N. 85) Rz. 317.

102 Vgl. *OGH* 8. 9. 2009, ZIP 2010, 1154, Nr. 6; *OLG Dresden* 15. 12. 2004, IPRax 2006, 44, 16 Anm. v. *Hein* = IPRspr. 2004 Nr. 131.

103 Näher dazu die 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, S. 1.

104 Näher v. *Hein*, IPRax 2006, 16 ff., m.w.N.

105 *EuGH* 7. 12. 2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, *Pammer/Schlüter* und *Alpenhof/Heller*, RIW 2011, 241 = NJW 2011, 505, Nrn. 63 ff.; besprochen von *Berg*, RIW 2011, 248 ff.; *Berckheimer*, BB 2011, 203 f.; *Clausnitzer*, EuZW 2011, 104 f.; *Gebauer*, LMK 2011, 316141; *Leible/M. Müller*, NJW 2011, 495; *Mankowski*, EWiR 2011, 111 f.; *ders.*, TranspR 2011, 70 ff.; *Staudinger*, AnwBl. 2011, 327 ff.; *ders./Steinröter*, EWS 2011, 70 ff.; *Tonner*, VuR 2011, 201 f.



brauchers, wohnhaft sind, in dem Sinne Geschäfte zu tätigen beabsichtigte, dass er zu einem Vertragsschluss mit ihnen bereit war.

Die folgenden Gesichtspunkte, deren Aufzählung nicht erschöpfend ist, sind geeignet, Anhaltspunkte zu bilden, die die Feststellung erlauben, dass die Tätigkeit des Gewerbetreibenden auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers ausgerichtet ist, nämlich der internationale Charakter der Tätigkeit, die Angabe von Anfahrtsbeschreibungen von anderen Mitgliedstaaten aus zu dem Ort, an dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, die Verwendung einer anderen Sprache oder Währung als der in dem Mitgliedstaat der Niederlassung des Gewerbetreibenden üblicherweise verwendeten Sprache oder Währung mit der Möglichkeit der Buchung und Buchungsbestätigung in dieser anderen Sprache, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, die Tätigkeit von Ausgaben für einen Internetreferenzierungsdienst, um in anderen Mitgliedstaaten wohnhaften Verbrauchern den Zugang zur Website des Gewerbetreibenden oder seines Vermittlers zu erleichtern, die Verwendung eines anderen Domännennamens oberster Stufe als desjenigen des Mitgliedstaats der Niederlassung des Gewerbetreibenden und die Erwähnung einer internationalen Kundschaft, die sich aus in verschiedenen Mitgliedstaaten wohnhaften Kunden zusammensetzt. Es ist Sache des nationalen Richters, zu prüfen, ob diese Anhaltspunkte vorliegen.

Hingegen ist die bloße Zugänglichkeit der Website des Gewerbetreibenden oder seines Vermittlers in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, nicht ausreichend. Das Gleiche gilt für die Angabe einer elektronischen Adresse oder anderer Adressdaten oder die Verwendung einer Sprache oder Währung, die in dem Mitgliedstaat der Niederlassung des Gewerbetreibenden die üblicherweise verwendete Sprache und/oder Währung sind.“<sup>106</sup>

Diese Richtlinien gelten auch für den Online-Vertrieb von Kapitalanlagen. Im Übrigen ist die Feststellung einer „Ausrichtung“, wie die oben wiedergegebenen Leitsätze des EuGH deutlich machen, sehr stark einzelfallabhängig, sodass diese – nicht kapitalmarktspezifische Problematik – an dieser Stelle nicht vertieft werden kann<sup>107</sup>.

#### ee) Gerichtsstandsvereinbarungen

Ein Kapitalanleger wird, wie bereits das oben referierte Urteil des BGH vom 5. 10. 2010 gezeigt hat<sup>108</sup>, als der typischerweise schwächere Vertragspartner (s. Erwgr. 14 EuGVO) vor ihm ungünstigen und zudem meist formularmäßigen Zuständigkeitsvereinbarungen durch Art. 17 i.V.m. Art. 23 V EuGVO geschützt. Dieser Schutz ist jedoch lückenhaft, wenn die Parteien nicht die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates, sondern die eines Drittstaates, etwa der USA oder auch der British Virgin Islands, vereinbaren. Grundsätzlich beurteilt sich die Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines Drittstaates nämlich nach dem autonomen Zivilprozessrecht des angerufenen Gerichts und nicht nach Art. 23 EuGVO<sup>109</sup>. Hiervon wird jedoch von der

106 *EuGH* 7. 12. 2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, Pammer/Schlüter und Alpenhof/Heller (vorige Note).

107 Ausführlich *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 15 EuGVO Rz. 23 ff. sowie *v. Hein*, JZ 2011, 949.

108 Siehe oben N. 64.

109 H.M., siehe *EuGH* 9. 11. 2000 – Rs. C-387/98, Coreck Maritime GmbH/Handelsveem BV u.a., Slg. 2000, I-9337, Nr. 19; *BGH* 20. 1. 1986, IPRax 1987, 168, 141 Anm. G. H. Roth; Auer, in: *Geimer/Schütze* (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (Losebl., Stand: 6/2010. Erg.-Lfg. 39), Art. 23 EuGVO Rz. 24; *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 14; *Schlösser* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 4; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO<sup>32</sup> (2011) Art. 23 EuGVO Rz. 2; a.A. *Geimer/Schütze/Geimer* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 43; *Rauscher/Mankowski* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 3; *Schack* (oben N. 85) Rz. 531 (wenn mindestens zwei Mitgliedstaaten betroffen sind); alle m.w.N. zum Streitstand.

h.L. eine Ausnahme gemacht, wenn die Prorogation der Gerichte eines Drittstaates zur Umgehung der Schutzvorschrift des Art. 17 EuGVO führen würde<sup>110</sup>. Denn es wäre widersinnig, den Verbraucher davor zu schützen, dass der Verbrauchergerichtsstand durch die Prorogation der Gerichte eines Mitgliedstaates ausgehöhlt wird, ihm diese Wohltat aber zu verweigern, wenn die Gerichte eines unter Umständen von seinem Wohnsitzstaat weit entfernten Drittstaates gewählt werden<sup>111</sup>. Ließe man eine solche Auslegung zu, könnten die Gewährleistungen der Verbraucherrichtlinien, die den Verbraucher vor der Abwahl des angeglichenen Rechts zugunsten eines Drittstaatenrechts schützen (Art. 46b EGBGB), auf prozessuaem Wege umgangen werden<sup>112</sup>. In einem Drittstaatenforum wäre dieser kollisionsrechtliche Schutz wertlos, weil ein solches Gericht sein eigenes IPR auf den Fall anwenden würde.

*ff) Gerichtsstand der Niederlassung*

Der Gerichtsstand der Niederlassung (Art. 5 Nr. 5 EuGVO) bleibt von den Artt. 15–17 EuGVO unberührt<sup>113</sup>.

*c) Art. 5 Nr. 1 EuGVO/LugÜ 2007*

Sofern der Verbrauchergerichtsstand des Art. 16 EuGVO nicht eingreift, weil es am sachlichen, persönlichen oder situativen Anwendungsbereich der Vorschrift fehlt, ist auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO zurückzugreifen. Das Begriffspaar „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ wird vom EuGH weit ausgelegt<sup>114</sup>. Andernfalls bliebe im Zuständigkeitssystem der EuGVO zwischen der vertraglichen und der deliktischen Zuständigkeit (Art. 5 Nr. 1 und 3) eine Lücke. Insbesondere wird der Vertragsbegriff im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVO vom EuGH weiter verstanden als bei dem speziell für Verbraucherverträge geltenden Art. 15 I lit. c EuGVO, so dass auch vor- und quasivertragliche Ansprüche grundsätzlich unter die Nr. 1 fallen können<sup>115</sup>, wobei allerdings die sich aus dem Auslegungszusammenhang mit den Rom I- und II-Verordnungen ergebenden Einschränkungen zu beachten sind<sup>116</sup>. Auch Ansprüche, die im materiellen Recht als gesellschaftsrechtlich einzuordnen sind, werden von Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVO erfasst<sup>117</sup>.

Vorrangig ist die autonome Bestimmung des Erfüllungsortes nach lit. b; die Bestimmung des Erfüllungsortes nach der *lex causae* bildet einen Auffangtatbestand. Kaufverträge über Wertpapiere oder andere Finanzinstrumente werden von lit. b nicht abge-

<sup>110</sup> *Auer* (vorige Note) Art. 23 EuGVO Rz. 78; *Schlosser* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 30; im Erg. ebenso *Geimer/Schütze/Geimer* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 42; *Rauscher/Mankowski* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 3; *Rauscher/Staudinger* (oben N. 8) Art. 17 EuGVO Rz. 1 (Art. 23 Abs. 5 EuGVO analog); *Hess*, *EuZPR* (oben N. 8) § 6 Rz. 133; *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 23 EuGVO Rz. 83, m.w.N.

<sup>111</sup> Zur Notwendigkeit internationaler Lösungen im Verhältnis zu Drittstaaten näher *Reich/Gambogi*, *VuR* 2001, 269, 275 ff.

<sup>112</sup> Zu den Wechselwirkungen zwischen Richtlinienkollisionsrecht und EuGVO auch *Lehmann*, in: *FS Heldrich* (2005) 831, 834 f.; *Lurger*, in: *Leible* (Hrsg.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien* (2003), S. 33, 46 f.; *Reich/Gambogi*, *VuR* 2001, 269, 274 f.

<sup>113</sup> Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 15 EuGVO Rz. 2.

<sup>114</sup> *EuGH* 20. 1. 2005 – C-27/02, *Engler/Janus Versand*, *Slg.* 2005, I-481, Nr. 48: „nicht eng“.

<sup>115</sup> *EuGH* 14. 5. 2009 – C-180/06, *Ilsinger/Dreschers*, *Slg.* 2009, I-3961, Nr. 57.

<sup>116</sup> Siehe oben b) cc) (1) und (2).

<sup>117</sup> Siehe oben bei N. 55.

deckt, da es sich hierbei – ebenso wie im Rahmen des Art. 15 I lit. a EuGVO – nicht um „bewegliche Sachen“ handelt<sup>118</sup>. Die Beratungstätigkeit und die Vermögensverwaltung der Banken stellen aber Dienstleistungen im Sinne der lit. b dar<sup>119</sup>; ebenso die Depotverwahrung von Wertpapieren<sup>120</sup>.

#### d) *Autonomes IZVR*

Sofern der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Drittstaat hat und auch die Erweiterung in Art. 15 II EuGVO nicht eingreift, muss nach Art. 4 I EuGVO auf das autonome Zivilprozessrecht zurückgegriffen werden. Einen den Artt. 15 ff. EuGVO vergleichbaren Verbrauchergerichtsstand kennt die ZPO jedoch nicht; lediglich für Haustürgeschäfte sieht § 29c ZPO eine vergleichbare Regelung vor, die hinsichtlich ihres situativen Anwendungsbereichs aber weit hinter den Regelungen der EuGVO zurückbleibt<sup>121</sup>. Der autonome Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) scheidet häufig daran, dass der nach der *lex causae*, z.B. gemäß §§ 269 I, 270 IV BGB, bestimmte Erfüllungsort einer Rückzahlungsverpflichtung in der Regel am Wohnsitz des Schuldners im Ausland liegt<sup>122</sup>. Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (§ 31 ZPO) ist für gewöhnliche Fälle der Kapitalanlage in der Regel nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei einem Vermögensverwaltungsvertrag um einen entgeltlichen Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrags, der den Verwalter zur Verwaltung des Vermögens des Kunden in dessen Interesse verpflichtet<sup>123</sup>. Auf Grund eines Vermögensverwaltungsvertrags ist der Verwalter berechtigt und verpflichtet, fortlaufend über das Vermögen des Kunden zu disponieren, das heißt ohne Einholung von Weisungen im Einzelfall tätig zu werden und selbstständig Anlageentscheidungen zu treffen<sup>124</sup>. Hieran fehlt es beispielsweise, wenn ein deutscher Anleger sein Kapital bei einem New Yorker Institut in komplexen Finanzprodukten anlegt<sup>125</sup>. Des Weiteren können vertragliche Ansprüche am Gerichtsstand der Niederlassung verfolgt werden (§ 21 ZPO)<sup>126</sup>, sofern diese nicht bereits aufgelöst worden ist. Gegebenenfalls kommt auch der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO) in Betracht. Allerdings nimmt der BGH bei der Zuordnung des Inlandsvermögens eine rechtliche und keine wirtschaftliche Betrachtungsweise vor<sup>127</sup>; ein „Zuständigkeitsdurchgriff“ im Konzern, wie ihn etwa das US-amerikanische Zivilprozessrecht kennt<sup>128</sup>, findet im deutschen Recht nicht statt. Wickelt z.B. eine amerikanische Muttergesellschaft ihre Geschäfte über die deutsche Repräsentanz ihrer irischen Tochter ab, geht § 23 ZPO ins Leere<sup>129</sup>. Schließlich sieht

118 Siehe oben b) cc) (3).

119 Eingehend *Burke*, Colum. J. Eur. L. 10 (2004) 527 ff.; vgl. zu Art. 13 I Nr. 3 LugÜ 1988 *OLG Hamburg* 23. 6. 2004, RIW 2004, 709 = IPRax 2005, 251, 230 Anm. *Heiderhoff* = IPRspr. 2004 Nr. 114; zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ *OLG Brandenburg* 12. 4. 2006, IPRspr. 2006 Nr. 115.

120 Näher *Burke/Ostrovskiy*, EuLF 2007, II-197 ff., I-197 ff.

121 Näher *Seibl*, IPRax 2011, 234, 237 ff.

122 Vgl. *BGH* 29. 6. 2010, NZG 2010, 909, 1015 Anm. v. *Hein*.

123 *BGH* 12. 6. 2007 (oben N. 36) Nr. 29.

124 *BGH* 12. 6. 2007 (oben N. 36) Nr. 29.

125 *BGH* 12. 6. 2007 (oben N. 36) Nr. 29.

126 Auch hierzu (in casu verneinend) *BGH* 12. 6. 2007 (oben N. 36) Nr. 25.

127 *BGH* 12. 6. 2007 (oben N. 36) Nr. 26.

128 Vgl. *Volkswagen AG v. Schlunk*, 486 US 694, 108 S.Ct. 2104 (1988); hierzu *Schack*, GedS Sonnenschein (2003) 705, 709 f.

129 *BGH* 12. 6. 2007 – XI ZR 290/06 (oben N. 36), Nr. 26.

§ 32b I 1 Nr. 2 ZPO eine ausschließliche internationale Zuständigkeit für vertragliche Erfüllungsansprüche aufgrund eines Übernahmeangebotes am Sitz der Zielgesellschaft vor<sup>130</sup>. Dies gilt aber nicht, wenn sich dieser Sitz im Ausland befindet (§ 32b I 2 ZPO).

Insgesamt ist der prozessuale Kapitalanlegerschutz bei Vertragsklagen im autonomen Recht gegenüber den Regeln der EuGVO als defizitär einzustufen. Angesichts der in Binnenmarkt- und Drittstaatsachverhalten gleichermaßen – in letzteren Fällen eher in höherem Maße – gegebenen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers fehlt es der unterschiedlichen Behandlung von Klagen je nachdem, ob sich der Wohnsitz des Beklagten in einem Drittstaat oder einem Mitgliedstaat befindet, an Überzeugungskraft.

#### e) *Revision der EuGVO*

Nach Art. 73 EuGVO war die Kommission dazu verpflichtet, eine Evaluation der Verordnung vorzunehmen und gegebenenfalls Vorschläge zur Anpassung der Verordnung beizufügen. Die Kommission hat schließlich am 14. 12. 2010 ihren Vorschlag für eine Neufassung der EuGVO (EuGVO-E) vorgelegt<sup>131</sup>. Dieser sieht eine erhebliche Erweiterung der Anwendbarkeit der Verordnung auf Beklagte mit Wohnsitz in Drittstaaten vor. Der besondere Schutzgerichtsstand für Verbraucher (Artt. 15 ff. EuGVO-E) soll auch gelten, wenn der Beklagte außerhalb der EU ansässig ist (Art. 4 II EuGVO-E). Auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Nr. 1 EuGVO-E) wird auf Beklagte mit einem Wohnsitz in Drittstaaten ausgedehnt. Im Übrigen beschränkt sich die Kommission bei diesen Gerichtsständen auf redaktionelle Anpassungen. Erstaunlicherweise wird Art. 15 EuGVO weder terminologisch noch inhaltlich an die europäische Kollisionsnorm (Art. 6 Rom I-VO) angeglichen. Es wäre aber zu begrüßen, wenn die anstehende Revision der EuGVO sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede in der Formulierung des Art. 15 EuGVO einerseits, des Art. 6 Rom I-VO andererseits einebnen würde<sup>132</sup>. Eine Öffnung des Verbrauchergerichtsstandes für außervertragliche Ansprüche sieht der Kommissionsvorschlag nicht vor. Ebenso unterbleibt eine Erweiterung des Gerichtsstandes auf Verbandsklagen. Ferner fehlt weiterhin eine klare Lösung des Problems der auf einen Drittstaat bezogenen Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbrauchersachen (siehe oben b) ee)).

Wichtig sind aber die folgenden Neuerungen: Zwei zusätzliche Gerichtsstände werden neu eingeführt. Unter bestimmten Bedingungen kann eine nicht in der EU ansässige Partei an dem Ort verklagt werden, an dem sich bewegliche Vermögensgegenstände, die ihr gehören, befinden (Art. 25 EuGVO-E), womit der Rechtsgedanke des § 23 ZPO europäisiert und mit Restriktionen (Wertrelation, Inlandsbezug) versehen wird. Ferner wird in Art. 26 EuGVO-E eine Notzuständigkeit vorgesehen, wenn kein anderes Forum für ein faires Verfahren verfügbar ist und der Rechtsstreit eine ausreichende Verbindung mit dem betreffenden Staat hat (*forum necessitatis*). Dem Petitem des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, im Zuge der Revision den An-

130 Hierzu näher KölnKomm-KapMuG/Hess (oben N. 54) § 32b ZPO Rz. 21 ff.

131 KOM(2010) 748 endg.

132 Vgl. auch Schlosser in: Hess/Pfeiffer/Schlosser (Hrsg.), The Brussels I Regulation 44/2001 – Application and Enforcement in the EU (2008) Rz. 304.

wendungsbereich der EuGVO auf Verwaltungsentscheidungen auszudehnen<sup>133</sup>, ist die Kommission nicht gefolgt.

## 2. Anwendbares Recht

### a) Anwendungsbereich der Rom I-VO

Die Rom I-VO ist allein auf „vertragliche“ Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen anwendbar (Art. 1 I Rom I-VO). Entgegen Forderungen aus dem Schrifttum findet sich keine Definition des Vertragsbegriffs in der Rom I-VO<sup>134</sup>. Angesichts der unterschiedlichen Definitionen in den Rechtsordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten ist auch insoweit eine autonome Auslegung geboten<sup>135</sup>. Diese kann und muss sich, wie Erwgr. 7 verdeutlicht, an der oben (N. 42, 114, 115) geschilderten Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Nr. 1 und Art. 15 EuGVO orientieren<sup>136</sup>. Ferner sind Wertungswidersprüche und Überschneidungen zwischen der Rom I- und der Rom II-VO zu vermeiden<sup>137</sup>. Gemäß Art. 1 II lit. d Rom I-VO findet die Verordnung keine Anwendung auf Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks, Eigenwechsellern und anderen handelbaren Wertpapieren, sofern die Verpflichtungen aus diesen anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen. Diese Vorschrift ist aus Art. 1 II lit. c des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ<sup>138</sup>) in die Rom I-VO übernommen worden. Der Ausschluss von Wechseln, Schecks und Eigenwechsellern erklärt sich in erster Linie daraus, dass diese Materien aufgrund der einschlägigen Genfer Übereinkommen bereits international harmonisiert sind<sup>139</sup>. Zudem haben Scheck und Wechsel im Zeitalter des elektronischen Zahlungsverkehrs an praktischer Bedeutung eingebüßt<sup>140</sup>. Da einige Mitgliedstaaten entsprechende wertpapierrechtliche Verpflichtungen als außervertraglich einstufen<sup>141</sup>, findet sich überdies ein entsprechender Ausschluss in der Rom II-VO<sup>142</sup>.

„Andere handelbare Wertpapiere“ können sowohl Inhaber- als auch Orderpapiere sein<sup>143</sup>. Zwar fehlt eine dem Wechsel- und Scheckrecht entsprechende Rechtsangleichung z.B. im Aktienrecht, aber Inhaberaktien stellen als Inhaberpapiere, Namensak-

133 EWSA, Stellungnahme vom 16.12.2009 zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung der EuGVO, abrufbar unter <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=de&docnr=1931&year=2009>>.

134 Dies wird insbesondere von *Mankowski*, IPRax 2006, 101; *ders.*, IHR 2008, 133, 134 und *A.-K. Bitter*, IPRax 2008, 96, 100 kritisiert.

135 Statt aller v. *Hein*, in: *Rauscher* (Hrsg.) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht<sup>3</sup> (2011) Art. 1 Rom I-VO Rz. 5, m.w.N.

136 Ebenso *A.-K. Bitter*, IPRax 2008, 96 ff; *Clausnitzer/Woopen*, BB 2008, 1798, 1799; *Dutta*, IPRax 2009, 293, 295 f; *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-63; *Kenfack*, Clunet 2009, 3, 11 f.

137 Auch hierzu Erwgr. 7 Rom I-VO; aus der Literatur *Freitag*, FS Spellenberg (2010) 169 ff.; *Haftel*, Clunet 2010, 761 ff.

138 BGBl. 1986 II 810.

139 *Martiny*, RIW 2009, 737, 740; *Staudinger/Magnus* (2011) Art. 1 Rom I-VO Rz. 63; vgl. Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EG 1980 Nr. C 282, S. 1, Art. 1 Nr. 4; vgl. die Genfer Abkommen v. 7. 6. 1930 (Wechselrecht, RGBl. 1933 II 444) und v. 19. 3. 1931 (Scheckrecht), RGBl. 1933 II 594, die in Deutschland in Artt. 91–98 WG sowie Artt. 60–66 ScheckG umgesetzt worden sind.

140 Vgl. *Dickinson*, The Rome II Regulation (2008) Rz. 3.157.

141 Bericht *Giuliano/Lagarde* (oben N. 139) Art. 1 Nr. 4.

142 Hierzu näher unten III 2 a).

143 Vgl. die ausdrückliche Regelung in Art. 37 Satz 1 Nr. 1 EGBGB a.F.

tien als Orderpapiere unstreitig „andere handelbare Wertpapiere“ dar<sup>144</sup>. Dies allein reicht wiederum nicht aus, um die Anwendbarkeit der Rom I-VO auszuschließen; es ist vielmehr erforderlich, dass sich die fragliche Verpflichtung gerade aus der „Handelbarkeit“, dem „negotiable character“<sup>145</sup>, der „Umlaufsfunktion“<sup>146</sup> des Wertpapiers ergibt. Mit der „Handelbarkeit“ soll nicht jedes transaktionsbezogene Schuldverhältnis erfasst werden<sup>147</sup>. Im Bericht von *Giuliano/Lagarde* zum EVÜ heißt es explizit, dass „weder Verträge, aufgrund derer diese Papiere ausgestellt werden, noch Verträge über den Kauf oder Verkauf solcher Papiere ausgeschlossen“ werden sollen<sup>148</sup>. Diese Auslegung wird durch einen Umkehrschluss aus Art. 4 I lit. h Rom I-VO bestätigt, der das auf im Rahmen eines multilateralen Systems zum Handel mit Finanzinstrumenten geschlossene Verträge anwendbare Recht betrifft. Die ausgeschlossene Verpflichtung muss vielmehr auf den „spezifisch wertpapierrechtlichen Funktionen dieser Papiere“ beruhen<sup>149</sup>. Darunter sind „alle schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Wertpapier zu verstehen, die im Interesse der Verkehrsfähigkeit besonders ausgestaltet sind, etwa die durch die Übertragung des Papiers zustande kommenden Verpflichtungen sowie der weitgehende Ausschluss von Einwendungen“<sup>150</sup>. Finanzinstrumente i.S.d. Erwgr. 30 Rom I-VO bzw. Art. 4 I 1 Nr. 17 MiFID fallen nicht unter den Ausschluss in Art. 1 II lit. d, sofern es sich hierbei nicht zugleich um Wertpapiere handelt. So steht außer Zweifel, dass diese Bereichsausnahme Anlageprodukte auf dem „Grauen Kapitalmarkt“, die nicht in Wertpapierform verbrieft sind, unberührt lässt<sup>151</sup>. Nach Art. 6 IV lit. d Rom I-VO ist aber zu beachten, dass Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem (auch nicht-verbrieften) Finanzinstrument nicht dem besonderen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzregime unterliegen, wobei für Verträge über die Erbringung von Finanzdienstleistungen wiederum eine Rückausnahme gilt<sup>152</sup>.

#### b) Art. 6 Rom I-VO

Art. 6 Rom I-VO normiert den kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz. Die Vorschrift beruht in ihrer Grundkonzeption auf Art. 5 EVÜ (Art. 29 EGBGB a.F.), nimmt aber Anpassungen an Art. 15 EuGVO vor. Insbesondere wurde der sachliche Anwendungsbereich erweitert und die bisherige Kasuistik durch eine Übernahme des Ausrichtungskriteriums aus der EuGVO (siehe oben 1 b) dd)) abgelöst. Die Kommission konnte sich mit dem von ihr ursprünglich geplanten Rechtswahlverbot für Verbraucherverträge angesichts der überwiegenden Kritik aus Wissenschaft und Wirtschaft im Gesetzge-

144 Staudinger/*Magnus* (2011) Art. 1 Rom I-VO Rz. 68.

145 So die englische Fassung der Rom I-VO.

146 *Kegel/Schurig*, IPR<sup>9</sup> (2004) 652.

147 *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-63.

148 Bericht *Giuliano/Lagarde* (oben N. 139) Art. 1 Nr. 4; ebenso *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-63; Staudinger/*Magnus* (2011) Art. 1 Rom I-VO Rz. 70.

149 *Martiny*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB X<sup>5</sup> (2010) Art. 1 Rom I-VO Rz. 53; vgl. auch *Kegel/Schurig* (oben N. 146) 652.

150 Begründung RegE IPR-ReformG 1986, BT-Drs 10/504, S 84; ebenso *BGH* 15. 12. 1986, BGHZ 99, 207, 209.

151 Vgl. zur Parallelnorm im EVÜ den Bericht *Giuliano/Lagarde* (oben N. 139) Art. 1 Tz 4: „Ist ein Anspruch übertragbar, das Dokument, aus dem er sich ergibt, jedoch nicht handelbar, so fällt dieses Dokument nicht unter diesen Ausschluss.“

152 Zum Verhältnis von Art. 1 II lit. d und Art. 6 IV lit. d Rom I-VO näher *Garcimartín Alférez*, J. Priv. Int. L. 5 (2009) 85, 90; ferner *Einsele*, WM 2009, 289, 294 f; *Lehmann*, Financial Instruments, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.) Rome I Regulation (2009) 85, 92 ff.; *Mankowski*, RIW 2009, 98, 106.

bungsverfahren nicht durchsetzen<sup>153</sup>. Gerade aus Bankkreisen wurde dieser geplante Schritt, der die Kosten der Vertragsgestaltung für Finanzdienstleistungen erheblich erhöht und zu einer vor allem im Hinblick auf das Online-Banking problematischen erneuten rechtlichen Fragmentierung des Binnenmarkts geführt hätte, mit Recht heftig bekämpft<sup>154</sup>. Auch bei Verbraucherverträgen bleibt – in den Grenzen des Art. 3 III und IV Rom I-VO – eine Rechtswahl gestattet, deren Reichweite aber eingeschränkt wird, sofern der Anbieter seine Tätigkeit auf den Verbraucherstaat ausgerichtet hat, der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt und die Vorschriften am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers diesem einen weiter gehenden Schutz vermitteln (Art. 6 II Rom I-VO)<sup>155</sup>. Wird keine Rechtswahl getroffen, gilt unter den vorgenannten Voraussetzungen das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Bankkunden (Art. 6 I Rom I-VO). Fehlt es an einer Ausrichtung der Tätigkeit des Anbieters auf den Verbraucherstaat oder fällt der Vertrag nicht in den Bereich dieser Tätigkeit, bleibt es bei den allgemein für Verträge geltenden Regeln (Artt. 3 und 4 i.V.m. Art. 6 III Rom I-VO).

Art. 6 Rom I-VO dehnt den sachlichen Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Kollisionsnorm gerade in Bezug auf Finanzdienstleistungen gegenüber dem EVÜ erheblich aus. Während Darlehensverträge von Art. 5 I EVÜ (Art. 29 I EGBGB a.F.) nach h.M. nur erfasst wurden, sofern sie der Finanzierung eines Vertrages über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen betrafen<sup>156</sup>, erstreckt sich Art. 6 Rom I-VO, der einen mit Art. 4 I lit. b Rom I-VO identischen, weit zu verstehenden Dienstleistungsbegriff zugrundelegt, auch auf bloße Darlehensverträge, Immobiliarkreditverträge, Bausparverträge oder das Einlagengeschäft<sup>157</sup>.

Zwar gilt das besondere Verbraucherschutzregime des Art. 6 I, II Rom I-VO nicht, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen Staat als demjenigen erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 6 IV lit. a Rom I-VO). Jedoch reicht bereits die Verpflichtung des Finanzdienstleisters, etwaige Gewinne bzw. bei Vertragsende auf dem Transaktionskonto vorhandene Anlagegelder in den gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Kapitalanlegers zu übermitteln, aus, um einen ausschließlichen Auslandsbezug der Dienstleistung zu verneinen<sup>158</sup>. Für den kollisionsrechtlichen Kapitalanlegerschutz sind vielmehr die Bereichsausnahmen in Art. 6 IV litt. d und e Rom I-VO von Interesse<sup>159</sup>. Art. 6 Rom I-VO ist nicht anzuwenden auf Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument sowie Rechte und Pflichten, durch welche die Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot und öffentliche Übernahmeangebote bezüglich übertragbarer Wertpapiere und die Zeichnung oder den Rückkauf von

---

153 Zur Entstehungsgeschichte näher Rauscher/v. Hein (oben N. 135) Einl. Rom I-VO Rz. 18, m.w.N.

154 S. insbesondere die Zusammenfassung der letztlich durchschlagenden Argumente gegen den Kommissionsentwurf aus Bankensicht durch den Leiter des EU-Verbindungsbüros der Dresdner Bank, *Woopan*, EuZW 2007, 495 ff.

155 Für eine eingehende ökonomische Analyse dieser Regelungstechnik siehe *Rühl*, Consumer Protection in Choice of Law (2011), abrufbar unter <http://conflictoflaws.net/2011/ruhl-on-consumer-protection>.

156 Siehe oben 1 b) cc) (3).

157 Statt aller *Heiderhoff*, in: Rauscher (oben N. 135) Art. 6 Rom I-VO Rz. 31.

158 So bereits zu Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB a.F. *BGH* 8. 6. 2010 – XI ZR 349/08, ZIP 2010, 2305 = RIW 2010, 879, Nr. 36, m.w.N.; 25. 1. 2011 – XI ZR 350/08, RIW 2011, 321, Nr. 26; 25. 1. 2011 – XI ZR 106/09, RIW 2011, 487, Nr. 31.

159 Zu diesen eingehend die Beiträge der in N. 152 Genannten sowie *Staudinger/Magnus* (2011) Art. 6 Rom I-VO Rz. 89–101.

Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) festgelegt werden (Art. 6 IV lit. d Rom I-VO). Die genannten Fragen sollen nicht dem Recht am jeweiligen Verbraucherwohnsitz unterliegen, weil andernfalls ein Handel mit Finanzinstrumenten oder die Durchführung grenzüberschreitender Übernahmeangebote erheblich erschwert würden<sup>160</sup>. In Erwgr. 28 Rom I-VO führt der Verordnungsgeber aus:

„Es muss sichergestellt werden, dass Rechte und Verpflichtungen, die ein Finanzinstrument begründen, nicht der allgemeinen Regel für Verbraucherverträge unterliegen, da dies dazu führen könnte, dass für jedes der ausgegebenen Instrumente ein anderes Recht anzuwenden wäre, wodurch ihr Wesen verändert würde und ihr fungibler Handel und ihr fungibles Angebot verhindert würden. Entsprechend sollte auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Emittenten bzw. dem Anbieter und dem Verbraucher bei Ausgabe oder Angebot solcher Instrumente nicht notwendigerweise die Anwendung des Rechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers zwingend vorgeschrieben sein, da die Einheitlichkeit der Bedingungen einer Ausgabe oder eines Angebots sichergestellt werden muss.“

Art. 6 IV lit. d Rom I-VO macht jedoch wiederum eine Unterausnahme für Verträge, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen betreffen<sup>161</sup>. Diese wird in Erwgr. 26 der Rom I-VO präzisiert. Darin heißt es, dass

„Finanzdienstleistungen wie Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten und Nebendienstleistungen nach Anhang I Abschnitt A und Abschnitt B der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID), die ein Unternehmer für einen Verbraucher erbringt, sowie Verträge über den Verkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, selbst wenn sie nicht unter die Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) fallen, Artikel 6 der vorliegenden Verordnung unterliegen.“

Der Ausschluss des Art. 6 Rom I-VO für Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot bezüglich übertragbarer Wertpapiere oder die Zeichnung oder den Rückkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren soll allein die Aspekte betreffen, durch die sich der Emittent bzw. Anbieter gegenüber dem Verbraucher verpflichtet, nicht aber diejenigen Aspekte, die mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen im Zusammenhang stehen (ebd.). Folglich bleiben Finanzdienstleistungen durch Banken und Broker, wie z.B. die Anlageberatung, Portfolioverwaltung, Depotverwahrung oder der Verkauf von Fondsanteilen, weiterhin der verbraucherschützenden Kollisionsnorm des Art. 6 Rom I-VO unterworfen<sup>162</sup>. Für Verträge im Rahmen multilateraler Wertpapier(handels)systeme stellt Art. 6 IV lit. e Rom I-VO klar, dass auf sie auch bei einer Beteiligung von Verbrauchern allein das Recht des Systems gem. Art. 4 I lit. h Rom I-VO Anwendung findet<sup>163</sup>.

160 Die genaue Grenzziehung ist umstritten, näher Staudinger/*Magnus* (2011) Art. 6 Rom I-VO Rz. 93.

161 Auch hierzu eingehend Staudinger/*Magnus* (2011) Art. 6 Rom I-VO Rz. 98–100.

162 Staudinger/*Magnus* (2011) Art. 6 Rom I-VO Rz. 100.

163 Vgl. auch hierzu Erwgr. 28: „Gleiches sollte bei den multilateralen Systemen, die von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h erfasst werden, gelten, in Bezug auf die gewährleistet sein sollte, dass das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers nicht die Regeln berührt, die auf innerhalb solcher Systeme oder mit dem Betreiber solcher Systeme geschlossene Verträge anzuwenden sind“



c) *Sonstige Bestimmungen der Rom I-VO*

Art. 6 Rom I-VO schließt es als besondere, situativ differenzierende Vorschrift über den kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz aus, sachlich einschlägige Vorschriften zu (international zwingenden) Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 I Rom I-VO zu erheben<sup>164</sup>.

d) *Verbleibender Spielraum des autonomen IPR*

Während der deutsche Gesetzgeber aus der Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rom II-VO den Schluss zog, die autonomen Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse (Artt. 38–42 EGBGB) beizubehalten<sup>165</sup>, sind die auf dem EVÜ basierenden Vorschriften im Ersten Unterabschnitt des Fünften Abschnitts des EGBGB (Artt. 27–29, 30–37 EGBGB) ersatzlos gestrichen worden<sup>166</sup>. Allein der frühere Art. 29a EGBGB wurde neu nummeriert und als Art. 46b in den Siebten Abschnitt des EGBGB eingestellt, weil diese Norm nicht auf dem EVÜ beruht, sondern der Umsetzung spezifischen Richtlinienkollisionsrechts auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes dient, das auch durch die Rom I-VO nicht aufgehoben worden ist<sup>167</sup>. Art. 46 b I, II EGBGB bestimmt, dass das umgesetzte Richtlinienrecht trotz der Wahl eines Drittstaatenrechts zur Anwendung kommt, wenn der in Rede stehende Verbrauchervertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten hat. Diese Vorschrift ist nach Art. 46b III Nr. 4 EGBGB für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen von Bedeutung. Der Begriff der Finanzdienstleistungen ist ebenso wie im Rahmen des Art. 6 Rom I-VO zu bestimmen (siehe oben b)). Im Übrigen hat der Gesetzgeber entgegen einer Anregung des Bundesrates<sup>168</sup> davon abgesehen, das Streitige Verhältnis zwischen Art. 46b EGBGB und Art. 6 Rom I-VO (Spezialität oder Subsidiarität) zu klären<sup>169</sup>. Soweit die Bereichsausnahmen in Art. 1 II litt. d und f Rom I-VO eingreifen, also für im engeren Sinne wertpapier- und gesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche, bleibt es beim autonomen Kollisionsrecht<sup>170</sup>.

---

164 So bereits in Bezug auf die Verbraucherkreditrichtlinie *BGH* 13. 12. 2005, BGHZ 165, 248, 257, im Rahmen des Art. 7(2) EVÜ/Art. 34 EGBGB a.F.; zur Problematik ausführlich *Lisa Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom-I und Rom-II Verordnungen (2011).

165 Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 10. 12. 2008, BGBl. 2008 I 2401.

166 Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 25. 6. 2009, BGBl. 2009 I 1574.

167 Näher *Kieninger*, FS Kropholler (2008) 499 ff.

168 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/12104, S. 13.

169 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/12104, S. 14; hierzu näher *Staudinger/Magnus* (2011) Art. 6 Rom I-VO Rz. 32 f.

170 Zum internationalen Wertpapierrecht *Staudinger/Magnus* (2011) Anh. I zu Art. 1 Rom I-VO Rz. 1 ff.; zum internationalen Gesellschaftsrecht *Kindler*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB XI<sup>9</sup> (2010) IntGesR.

### III. Außervertragliche Ansprüche geschädigter Kapitalanleger

#### 1. Internationale Zuständigkeit

a) Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ 2007

aa) Allgemeines

Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ 2007 hat auf dem Gebiet des internationalen Kapitalanlegerschutzes eine überragende Bedeutung. Die Vorschrift ist auf deliktische Schädigungen von Kapitalanlegern<sup>171</sup>, insbesondere auch auf die Prospekthaftung<sup>172</sup> und die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen<sup>173</sup>, anwendbar. Generell sind Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Schutzgesetze<sup>174</sup> abgedeckt; die Verursachung eines bloßen Vermögensschadens (z.B. im Fall des § 826 BGB) genügt<sup>175</sup>. Auch wenn der Anleger einen Vertrag mit einem Finanzdienstleister abgeschlossen hat, ist er häufig aufgrund der Insolvenz seines Vertragspartners darauf angewiesen, z.B. dessen Geschäftsführer oder seinen Anlageberater aus unerlaubter Handlung in Anspruch zu nehmen<sup>176</sup>. Da Art. 5 Nr. 3 EuGVO allgemein für Delikte aller Art gilt und keinen spezifischen verbraucherschützenden Gehalt aufweist, ist es jedoch nicht der Sinn der Vorschrift, dem Geschädigten einen Zuständigkeitsdurchgriff auf die Organe und Angestellten einer juristischen Person zu ermöglichen, mit der er einen Vertrag geschlossen hat<sup>177</sup>. Die bloße Verletzung vertraglich geschuldeter Aufklärungspflichten begründet zudem nicht ohne Weiteres den schlüssigen Vorwurf einer unerlaubten Handlung; zur Frage der Qualifikation vorvertraglicher Offenlegungspflichten siehe oben II 1 b) cc) (2).

Art. 5 Nr. 3 EuGVO begründet nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht nur eine besondere Zuständigkeit an dem Ort, an dem der Täter ein Delikt begangen hat (Handlungsort), sondern auch an dem Ort, an dem der schädigende Erfolg eingetreten

171 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, Kronhofer/Maier u.a., Slg. 2004, I-6009 = IPRax 2005, 32, 17 Anm. v. *Hein*; ferner z.B. *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 = BKR 2010, 421 = LMK 2010, 308395 Anm. v. *Hein* sowie die Parallelentscheidung vom selben Tag (XI ZR 28/09), WM 2010, 1590 = RIW 2010, 723 = IPRax 2011, 458 Anm. *Engert/Gich*; 12. 10. 2010, RIW 2011, 77 = BKR 2010, 509; 9. 3. 2010 – XR 93/09 und 12. 4. 2011 – XR 101/09, ZBB 2011, 394, 399 Anm. *Thole*; *OLG Frankfurt/Main* 8. 6. 2006, ZIP 2006, 2385 = Die AG 2006, 859 = IPRspr. 2006 Nr. 124; zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ 1988 *BGH* 6. 11. 2007, NJW-RR 2008, 516 = RIW 2008, 399 = WM 2008, 479 = EWIR 2008, 215 Anm. *Mankowski* = WuB C. Art. 5 LugÜ 1.08 Anm. *Geimer* = IPRspr. 2007 Nr. 153; *OLG Bremen* 21. 11. 1997, IPRax 2000, 226, 202 Anm. *M. Weller*; *OLG Stuttgart* 6. 7. 1998, NJW-RR 1999, 138 = RIW 1998, 809 = EWIR 1998, 1085 Anm. *Mankowski* = IPRspr. 1998 Nr. 147; *OLG Köln* 5. 4. 2005, IPRax 2006, 479, 460 Anm. v. *Hein* = IPRspr. 2005 Nr. 104. Eingehend zu dieser Fallgruppe *Bachmann*, IPRax 2007, 77 ff.; *R. Wagner/Gess*, NJW 2009, 3481 ff.; *Christian Schmitt*, Die Haftung wegen fehlerhafter oder pflichtwidrig unterlassener Kapitalmarktinformationen (2009) 228 ff.

172 Näher *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 81 ff.; ebenso v. *Hein*, RIW 2004, 602, 604 f; *Reuschle*, WM 2004, 966, 975 f.; *Christian Schmitt*, Haftung (vorige Note) 228.

173 *OLG Frankfurt/Main* 5. 8. 2010, ZIP 2010, 2217 = NZG 2011, 32 = EWIR 2010, 725 (LS) mit Anm. *Mankowski*.

174 Siehe etwa zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ 1988 *BGH* 6. 11. 2007 (oben N. 171), Nrn. 19, 25 (zu § 823 II BGB i.V.m. §§ 263, 266 StGB).

175 S. die Nachweise oben N. 171; darüber hinaus eingehend *Kiethe*, NJW 1994, 223; v. *Hein*, IPRax 2005, 17 ff.

176 Vgl. z.B. den Sachverhalt in *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, Kronhofer/Maier u.a., Slg. 2004, I-6009.

177 Ebenso *Blobel*, EuLF 2004 (D), 187, 188.

ist (Ubiquitätsprinzip)<sup>178</sup>. Der EuGH rechtfertigt diese – heute allgemein akzeptierte<sup>179</sup> – Aufspaltung des Tatortes mit den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege sowie dem Interesse an einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses<sup>180</sup>. Insbesondere der Gesichtspunkt der Erleichterung der Beweisaufnahme durch die Nähe zum Streitgegenstand steht in der Argumentation des EuGH im Vordergrund<sup>181</sup>. Diese Grundsätze hat der EuGH erst jüngst bekräftigt<sup>182</sup>, womit er dem in Erwgr. 19 EuGVO festgelegten Prinzip der Auslegungskontinuität im Verhältnis zum EuGVÜ entspricht<sup>183</sup>. Die sichere Lokalisierung beider Orte bereitet jedoch bei internationalen Kapitalanlagedelikten Probleme: Die eindeutige Bestimmung des Handlungsortes kann sich schwierig gestalten, weil an der Schädigung in der Regel mehrere Personen beteiligt sind (Broker, Anlagevermittler, Berater), die in verschiedenen Staaten gehandelt haben. Ein Beispiel aus der neueren Rechtsprechung<sup>184</sup>: Der in Deutschland ansässige Kläger hatte mit einem deutschen Terminoptionsvermittler (W) einen Vertrag über die Durchführung von Optionsgeschäften geschlossen, die von einem britischen Unternehmen mit Sitz in London, der Beklagten, abgewickelt werden sollten. Alle Geschäfte endeten verlustreich. Der Kl. verlangte von der Bekl. mit einer in Deutschland erhobenen Klage Schadensersatz mit der Begründung, die Bekl. habe als Gehilfin zu der sittenwidrigen Schädigung beigetragen, die ihm der W durch die Vermittlung von vornherein chancenloser Optionsgeschäfte zugefügt habe. Die Festlegung des Erfolgsortes fällt wiederum schwer, weil es in dieser Fallgruppe an der Schädigung eines räumlich klar abgrenzbaren absoluten Rechtsguts fehlt; vielmehr handelt es sich um reine Vermögensschäden, deren Zuordnung zu einem Staatsgebiet in einer Zeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nicht trivial ist.

#### bb) Handlungsort

Unter dem Handlungsort i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVO ist derjenige Ort zu verstehen, „an dem sich das Ereignis verwirklicht hat, das zu dem Schaden [...] geführt hat“, mithin der „Ort des ursächlichen Geschehens“<sup>185</sup>. Nahezu allgemein anerkannt ist, dass Orte, an denen bloße Vorbereitungshandlungen stattgefunden haben, für die Bestimmung

178 Zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ st. Rspr. seit *EuGH* 30. 11. 1976 –21/76, Bier/Mines de Potasse, Slg. 1976, 1735, Nrn. 15-19; ferner z.B. *EuGH* 27. 10. 1998 –C-51/97, Réunion européenne SA/Splithoff's Bevrachtungskantor BV u.a., Slg. 1998, I-6511, Nr. 28; 1. 10. 2002 – C-167/00, Verein für Konsumenteninformation/Henkel, Slg. 2002, I-8111, Nr. 44; 5. 2. 2004 – C-18/02, Danmarks Rederiforening, handelnd für DFDS Torline/LO Landsorganisationen i Sverige, handelnd für SEKO Sjöfolk, Slg. 2004, I-1417, Nr. 40, 127; 10. 6. 2004 – C-168/02, Kronhofer/Maier u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 16.

179 Vgl. *Hess/Pfeiffer/Schlösser* (oben N. 132) Rz. 194: „The national reports do not indicate any fundamental criticism to these principles.“

180 *EuGH* 27. 10. 1998 – C-51/97, Réunion européenne SA/Splithoff's Bevrachtungskantor BV u.a., Slg. 1998, I-6511, Nr. 27; 1. 10. 2002 – C-167/00, Verein für Konsumenteninformation/Henkel, Slg. 2002, I-8111, Nr. 46; 10. 6. 2004 – C-168/02, Kronhofer/Maier u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 15.

181 Hervorgehoben in *EuGH* 1. 10. 2002 – C-167/00, Verein für Konsumenteninformation/Henkel, Slg. 2002, I-8111, Nr. 46; 10. 6. 2004 – C-168/02, Kronhofer/Maier u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 18; ebenso *Hess* (oben N. 8) § 6 Rz. 66; *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 82; v. *Hein*, IPRax 2005, 17, 18; kritisch aber *Geimer/Schütze/Geimer* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 202; *Oberhammer*, in: *Dasser/Oberhammer* (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen<sup>2</sup> (2011) Art. 5 LugÜ Rz. 102.

182 *EuGH* 16.7.2009 – C-189/08, Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek, Slg. 2009, I-6917 = IPRax 2010, 358, 330 Anm. v. *Hein*, Nrn. 23–25.

183 *EuGH* 16.7.2009 – C-189/08 (vorige Note) Nr. 19.

184 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08 (oben N. 171).

185 *EuGH* 16.7.2009 – C-189/08, Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek, Slg. 2009, I-6917, Nr. 27.

der Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 außer Betracht bleiben<sup>186</sup>. Wo etwa ein Anlageberater ein Verkaufsgespräch mit dem Kunden geführt hat, ist grundsätzlich ohne Belang, wenn das überwiesene Geld anschließend veruntreut wird<sup>187</sup>. Im Falle einer Mehrheit von Tatbeteiligten (Mittäter, Anstifter, Gehilfen) geht der BGH jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich jeder Beteiligte die von einem anderen Beteiligten erbrachten Tatbeiträge nicht nur im Rahmen des § 830 BGB, sondern auch des § 32 ZPO zurechnen lassen muss<sup>188</sup>. Ob diese Grundsätze auch auf Art. 5 Nr. 3 EuGVO zu übertragen sind, ist umstritten<sup>189</sup> und wurde vom BGH bislang offengelassen<sup>190</sup>. Die Frage sollte – auch bei Maßgeblichkeit einer autonomen Auslegung<sup>191</sup> des Art. 5 Nr. 3 EuGVO – bejaht werden: Wer seinen Aktionsradius zu Lasten des Geschädigten durch die Einschaltung von Mittätern oder Gehilfen erweitert, sollte das korrespondierende prozessuale Risiko tragen. Andernfalls drohen empfindliche Lücken im prozessualen Kapitalanlegerschutz, da der Erfolgsort in den einschlägigen Fällen nicht selten an Off-Shore-Finanzplätzen außerhalb der EU liegt – man denke wiederum z.B. an die British Virgin Islands (siehe oben II 1 b) bb)) – und der prozessuale Verbraucherschutz nach Art. 15 I lit. c EuGVO sich nicht auf deliktische Ansprüche erstreckt (siehe oben II 1 b) cc) (2)). Auch der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach Art. 6 Nr. 1 EuGVO bietet insoweit keinen vollwertigen Ersatz<sup>192</sup>, weil diese Vorschrift nur eine Zusammenfassung mehrerer Klagen am *Wohnsitz* eines der Beklagten ermöglicht (näher unten ee)), womit sich der spezifische Nutzen des Deliktgerichtsstandes, ein besonders sach- und beweisnahes Forum am *Begehungsort* zu bieten, nicht verwirklichen ließe. Unter dem Blickwinkel der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstandes erscheint der Mittäter oder Anstifter nicht schützenswert, weil ihm nach dem Tatplan die Orte der Ausführung bekannt sein müssen. Schließlich ist die Gefahr eines Forum Shopping kein durchschlagendes Gegenargument, weil es nach der Rom II-VO kollisionsrechtlich allein auf den Erfolgsort ankommt (Art. 4 I Rom II-VO) und es daher für die Bestimmung des

186 Siehe z.B. Dasser/Oberhammer/Oberhammer (oben N. 181) Art. 5 LugÜ Rz. 143; Lindacher, Internationales Wettbewerbsverfahrensrecht (2009) § 9 Rz. 18; Rauscher/Leible (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 87; Schack (oben N. 85) Rz. 340; anders Auer (oben N. 109) Art. 5 EuGVO Rz. 142.

187 R. Wagner/Gess, NJW 2009, 3483.

188 BGH 6. 2. 1990, WM 1990, 462, 463 = IPRspr. 1990 Nr. 165; 22. 11. 1994, WM 1995, 100, 102 = IPRspr. 1994 Nr. 145; 9. 3. 2010, BGHZ 184, 365 = WM 2010, 749 = NZG 2010, 550, Nrn. 18 f.; 8. 6. 2010 – XI ZR 349/08, ZIP 2010, 2305 = RIW 2010, 879 = BKR 2010, 473, Nr. 17; 8. 6. 2010 – XI ZR 41/09, ZIP 2010, 2512 = RIW 2010, 885, Nr. 17; 25. 1. 2011 – XI ZR 195/08, RIW 2011, 316, Nr. 17; 25. 1. 2011 – XI ZR 350/08, RIW 2011, 321, Nr. 18; 25. 1. 2011 – XI ZR 100/09, RIW 2011, 406, Nr. 20; 25. 1. 2011 – XI ZR 106/09, RIW 2011, 487, Nr. 23; ebenso z.B. OLG Düsseldorf 20. 12. 2007, IPRax 2009, 158, 134 Anm. S. Huber.

189 Bejahend OLG Frankfurt/Main 8. 6. 2006 (oben N. 171); im Erg. auch OLG Düsseldorf 24. 8. 2005, IPRspr. 2005 Nr. 115 = NJOZ 2006, 145; 23. 1. 2008, IPRspr. 2008 Nr. 25; Magnus/Mankowski/Mankowski (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 221, 221b; Geimer/Schütze/Geimer (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 250; MüKoZPO<sup>3</sup>-Gottwald (2008) Art. 5 EuGVO Rz. 66; Stadler, in: Musielak (Hrsg.) ZPO<sup>8</sup> (2011) Art. 5 EuGVO Rz. 25; Thomas/Putzo/Hüßtege (oben N. 109) Art. 5 EuGVO Rz. 20; ebenso zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ 1988 OLG Bremen 21. 11. 1997 (oben N. 171), insoweit bestätigt durch BGH 2. 2. 1999, NJW-RR 1999, 843; für eine Übertragbarkeit auf Art. 5 Nr. 3 LugÜ 1988 auch (ohne nähere Begründung) BGH 6. 11. 2007 (oben N. 171), Nrn. 23 ff.; OLG Köln 24. 3. 2010 – 17 U 60/09, NJOZ 2011, 532, 538. Verneinend LG Mönchengladbach 5. 2. 2009 – 10 O 422/07, IPRax 5/2010, Neueste Informationen (L); M. Weller, IPRax 2000, 207 ff.; Rauscher/Leible (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 88c; Schlosser (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 20a.

190 BGH 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nr. 27; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nr. 29; 12. 10. 2010, Nr. 29 (alle oben N. 171).

191 Vgl. die Bedenken bei R. Wagner/Gess, NJW 2009, 3485.

192 Anders M. Weller, IPRax 2000, 207.

anwendbaren Rechts gleichgültig ist, an welchem Handlungsort der Geschädigte seine Klage erhebt. Eine Vorlage an den EuGH zu diesem Fragenkreis ist anhängig<sup>193</sup>.

### cc) Erfolgsort

Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Erfolgs- und Schadensort wird von dem Bestreben geprägt, die Tatortzuständigkeit zwar flexibel zu gestalten, d.h. nicht auf einen Ort zu verengen, zugleich aber eine Ausuferung zu vermeiden, um ein Forum Shopping des Klägers zu verhindern<sup>194</sup>. Hiermit soll nicht zuletzt der Gefahr unvereinbarer Entscheidungen (Art. 34 Nr. 3 EuGVO) begegnet werden<sup>195</sup>. Nicht zuständigkeitsbegründend sind erstens mittelbare Schäden, d.h. Schäden, die einer anderen Partei als der direkt geschädigten entstehen<sup>196</sup>; zweitens Folgeschäden, die zwar der ursprünglich geschädigten Partei selbst zugefügt werden, aber die sich als bloße Folgen des in einem anderen Mitgliedstaat erlittenen Erstschadens darstellen<sup>197</sup>. Besondere Probleme bereitet die Konstellation des primären bzw. reinen Vermögensschadens, d.h. des Schadens, den eine Partei nicht aufgrund der Verletzung eines absoluten Rechts i.S. des § 823 I BGB erleidet<sup>198</sup>.

Der EuGH hat hierzu in der Leitentscheidung *Kronhofer* zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ die – nach wie vor geltenden (vgl. Erwgr. 19 S. 2 EuGVO) – Maßstäbe entwickelt<sup>199</sup>. Der in Österreich wohnhafte Kläger hatte an eine mittlerweile insolvente Vermögensverwaltungsgesellschaft (P) mit Sitz in Deutschland eine erhebliche Summe auf deren in Deutschland geführtes Bankkonto überwiesen. Das Geld verschwand in der Folge rasch bei hochspekulativen Call-Options-Geschäften am Finanzplatz London. Der Kläger machte geltend, er sei zum Abschluss dieser Geschäfte telefonisch verleitet worden, ohne angemessen über deren Risiken aufgeklärt worden zu sein. Folglich müssten ihm die für die P als Geschäftsführer oder Anlageberater tätigen Beklagten aus unerlaubter Handlung haften. Der österreichische OGH wollte der Rechtsauffassung des Klägers beipflichten, dass einer Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO die EuGH-Rechtsprechung nicht entgegenstehe, weil es in seinem Fall nicht um einen mittelbaren Schaden oder einen Folgeschaden gehe<sup>200</sup>. Vielmehr sei mit dem Verlust des in Deutschland angelegten Geldes zugleich ein identischer Schaden an seinem in Österreich befindlichen Gesamtvermögen eingetreten<sup>201</sup>.

Der EuGH lehnte diese Argumentation jedoch mit einer knappen Begründung ab: Erstens betonte er die Systematik der EuGVO, aus der sich die grundsätzliche Ablehnung eines Klägergerichtsstandes und die Notwendigkeit ergebe, die besonderen Ge-

193 LG Düsseldorf 29. 4. 2011, RIW 2011, 810 m. Anm. v. *Hein*.

194 *EuGH* 11. 1. 1990 – C-220/88, *Dumez France u.a./Hessische Landesbank u.a.*, Slg. 1990, I-49 sowie 19. 9. 1995 – C-364/93, *Antonio Marinari/Lloyds Bank u.a.*, Slg. 1995, I-2719 = IPRax 1997, 331 mit Anm. *Hohloch*, ebd. 312–314 = JZ 1995, 1107 mit Anm. *Geimer* = EuZW 1995, 765 mit Anm. *Holl* = WiB 1995, 971 mit Anm. *Nerlich* = SZIER 1996, 134 mit Anm. *Volken*.

195 *EuGH* 11. 1. 1990 – C-220/88 (vorige Note), Nr. 18.

196 *EuGH* 11. 1. 1990 – C-220/88 (vorletzte Note).

197 *EuGH* 19. 9. 1995 – C-364/93, *Antonio Marinari/Lloyds Bank u.a.*, Slg. 1995, I-2719.

198 Vgl. *EuGH* 5. 2. 2004 – C-18/02, *Danmarks Rederiforening*, handelnd für DFDS Torline/LO Landsorganisationen i Sverige, handelnd für SEKO Sjöfolk, Slg. 2004, I-1417, Nrn. 43 f.

199 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier u.a.*, Slg. 2004, I-6009.

200 *OGH* 9. 4. 2002, RIW 2002, 722 = I. L. Pr. 2003, 242; hierzu *Ender*, *ecolex* 2004, 171.

201 *OGH* 9. 4. 2002 (vorige Note).

richtsstände des Art. 5 EuGVO eng auszulegen<sup>202</sup>. Zweitens stellte er die prozessualen Aspekte der Beweisnähe und der sachgerechten Prozessführung in den Vordergrund, die eine Zuständigkeit am bloßen Schadensort nicht rechtfertigten<sup>203</sup>. Schließlich rekurrierte der EuGH auf das nun auch in Erwgr. 10 EuGVO verankerte Prinzip einer Vorhersehbarkeit der internationalen Zuständigkeit aus der Perspektive eines verständigen Beklagten<sup>204</sup>. Diese Auslegungsmaxime würde verletzt, wenn die Zuständigkeit „von ungewissen Umständen wie dem Ort des Mittelpunkts des Vermögens des Geschädigten“ abhinge<sup>205</sup>. Aus all diesen Gründen liege der Erfolgsort i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVO „nicht schon deshalb“ am Klägerwohnsitz, weil dem Kläger dort angeblich durch einen Verlust in einem anderen Mitgliedstaat belegener Vermögensbestandteile ein finanzieller Schaden entstanden sei<sup>206</sup>.

Mit den Worten „nicht schon deshalb“ stellt der EuGH indes beiläufig klar, dass es in anderen Fallkonstellationen durchaus tragfähige Gründe geben kann, die zur Lokalisierung des Erfolgsortes im Wohnsitzstaat des Klägers führen<sup>207</sup>. Der Grundsatz der autonomen Auslegung schließt es nicht aus, Art. 5 Nr. 3 EuGVO bei Schädigungen von Kapitalanlegern differenziert nach dem jeweiligen Deliktstypus (Untreue, sittenwidrige Schädigung, Betrug) anzuwenden. Man kann z.B. unterscheiden zwischen einer Fallkonstellation, in welcher der Kläger vorträgt, er habe dem Schädiger Geld überwiesen, das dieser lediglich anschließend unsachgemäß verwaltet („veruntreut“) habe, und einer Konstellation, in welcher der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihn von vornherein durch eine Täuschung zu einer schädigenden Vermögensverfügung verleiten und so „betrügen“ wollen, und im ersten Fall auf den Lageort, im zweiten Fall aber auf den Verfügungsort oder den Ort des Abflusses des Geldes abstellen.

Einer solchen differenzierenden und einschränkenden Interpretation der *Kronhofer*-Entscheidung folgt jetzt auch der BGH<sup>208</sup>: Er betont, dass die *Kronhofer*-Entscheidung sich allein auf den Fall bezieht, dass die deliktische Schädigung (z.B. eine Untreue) nach der Überweisung des Anlagekapitals in einen anderen Staat ausgeführt wird<sup>209</sup>. Beruht hingegen das Geschäftsmodell des Haupttäters von vornherein darauf, seine Opfer sittenwidrig durch Gebührenschinderei zu schädigen (§ 826 BGB), ist nach Ansicht des BGH bereits die Überweisung des Anlagekapitals von einem deutschen Girokonto als maßgeblicher Erfolg zu bewerten<sup>210</sup>. Diese Unterscheidung sichert der XI. Senat überzeugend durch eine teleologische Auslegung ab<sup>211</sup>: Die vom EuGH in den Vordergrund gestellten Regelungszwecke – die Nähe des Gerichtsstandes zum Streitgegen-

---

202 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier* u.a., Slg. 2004, I-6009, Nrn. 12–14; die Entscheidung erging noch zum EuGVÜ, ist aber im Lichte des Prinzips der Auslegungskontinuität auf die EuGVO zu übertragen (Erwgr. 19 EuGVO).

203 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier* u.a., Slg. 2004, I-6009, Nrn. 15–18.

204 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier* u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 20.

205 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier* u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 20.

206 *EuGH* 10. 6. 2004 – C-168/02, *Kronhofer/Maier* u.a., Slg. 2004, I-6009, Nr. 21.

207 So bereits *Blobel*, EuLF 2004 (D), 187, 190 f.

208 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08 und XI ZR 28/09; ferner 12. 10. 2010 (alle oben N. 171).

209 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nr. 29; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nr. 31; 12. 10. 2010, Nr. 31 (alle oben N. 171).

210 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nr. 30; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nr. 32; 12. 10. 2010, Nr. 32 (alle oben N. 171).

211 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nrn. 31 f.; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nrn. 33 f.; 12. 10. 2010, Nrn. 34 f. (alle oben N. 171).

stand bzw. zu möglichen Beweismitteln und die Vorhersehbarkeit des Gerichtsstandes für einen verständigen Täter<sup>212</sup> – werden bei einer Klage in Deutschland gewahrt, da am Verfügungsort typischerweise Beweismittel (Zeugen, Urkunden) vorhanden sein werden und die Bekl. als Gehilfin auch vorhersehen konnte, dass die Opfer des W in Deutschland selbstschädigende Vermögensverfügungen treffen würden<sup>213</sup>. Der Senat hält diese Auslegung für einen *acte clair*, sodass er von einer Vorlage an den EuGH bewusst absieht<sup>214</sup>.

Die neuere Rechtsprechung des BGH verbessert die Stellung geschädigter Kapitalanleger erheblich. Sie beruht auf einer wohlgedachten, nach dem jeweiligen Deliktstyp differenzierenden Analyse der Regelungszwecke des Art. 5 Nr. 3 EuGVO und verdient inhaltlich Zustimmung. Es wäre aber wünschenswert und der europäischen Rechtssicherheit förderlich gewesen, wenn der XI. Senat seine überzeugenden Ausführungen in einen Vorlagebeschluss an den EuGH hätte einfließen lassen<sup>215</sup>.

Auch in der Rechtsprechung des BGH ist noch nicht geklärt, wie zu entscheiden ist, wenn der Verfügungsort und der Ort des Abflusses des Geldes auseinanderfallen, z.B. wenn ein in Deutschland getäuschter Anleger an den in Großbritannien ansässigen Schädiger Geld von einem in Luxemburg geführten Konto überweist. Hier dürfte der Verfügungsort rechtspolitisch den Vorzug gegenüber dem Ort des Kapitalabflusses verdienen<sup>216</sup>; diese Frage müsste aber dem EuGH vorgelegt werden, um ihm die Gelegenheit zur Präzisierung der *Kronhofer*-Rechtsprechung zu geben.

#### *dd) Marktort*

Anders als für Wettbewerbsdelikte<sup>217</sup> hat sich für Schädigungen von Kapitalanlegern noch keine allgemein akzeptierte internationale Zuständigkeit am betroffenen Markt herausgebildet<sup>218</sup>. Für die Prospekthaftung wird jedoch vorgeschlagen, bei der internationalen Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO auf den Marktort abzustellen, d.h. denjenigen Staat, in dem die fraglichen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind<sup>219</sup>. Nur soweit der Emittent darüber hinaus Kapitalanleger in anderen Staaten gezielt anspreche (ob über das Internet oder konventionelle Medien), sollten dort Erfolgsorte i.S. des Art. 5 Nr. 3 EuGVO lokalisiert werden können<sup>220</sup>. So hat jüngst auch das OLG Frankfurt/Main in einem Fall der fehlerhaften Ad-hoc-Publizität (§§ 37b, 37c WpHG) entschieden<sup>221</sup>: Der in Deutschland ansässige Kläger hatte Aktien einer

212 Siehe oben bei N. 203 f.

213 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nrn. 31 f.; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nrn. 33 f.; 12. 10. 2010, Nrn. 34 f. (alle oben N. 171).

214 *BGH* 13. 7. 2010 – XI ZR 57/08, Nr. 33; 13. 7. 2010 – XI ZR 28/09, Nr. 35; 12. 10. 2010, Nr. 36 (alle oben N. 171).

215 Zu den Anforderungen an einen *acte clair* näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 63, m.w.N.

216 v. *Hein*, IPRax 2005, 17, 21 ff.

217 Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 84a.

218 Zum IPR programmatisch wegweisend *Grundmann*, *RabelsZ* 1990, 283 ff.; umfassend zum Problemkreis *Kronke*, *Capital Markets and Conflict of Laws*, *Rec. des Cours* 286 (2000) 245 ff. sowie *van Houtte*, *Securities*, in: *McLachlan/Nygh* (Hrsg.), *Transnational Tort Litigation* (Oxford 1996) 155 ff.

219 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 82.

220 *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 82.

221 *OLG Frankfurt/Main* 5. 8. 2010, ZIP 2010, 2217 = NZG 2011, 32 = EWiR 2010, 725 (LS) Anm. *Mankowski*.

niederländischen Gesellschaft erworben, die an der Frankfurter Börse notiert waren. Er machte geltend, dass er die Wertpapiere aufgrund verspäteter bzw. unterlassener Ad-hoc-Meldungen der Beklagten zu einem nicht dem tatsächlichen Marktwert entsprechenden, überhöhten Kurs erworben habe. Da Art. 5 Nr. 3 EuGVO nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit regelt<sup>222</sup>, war zu klären, ob der Erfolgsort am Sitz der Börse in Frankfurt oder am Wohnsitz des Klägers in München zu lokalisieren war. Das OLG gab Frankfurt den Vorzug: Der Erfolgsort für die unterlassene bzw. falsche Kapitalmarktinformation sei dort anzusiedeln, wo sich der Marktpreis bildet und damit durch die behauptete Schädigungshandlung beeinflusst worden sein kann; dies sei der Ort, an dem die streitgegenständlichen Wertpapiere zum Handel zugelassen seien<sup>223</sup>. Das OLG beruft sich auf eine Parallelwertung zur Bestimmung des Erfolgsortes bei Kartelldelikten<sup>224</sup>. Ferner, führt das OLG aus, werde hierdurch auch den Postulaten der EuGH-Rechtsprechung (siehe oben cc)) genügt, dass der Gerichtsstand des Erfolgsortes für einen verständigen Beklagten vorhersehbar sein müsse<sup>225</sup>.

Dies klingt zunächst bestechend. Jedoch bestehen gegen eine Vorverlagerung des Erfolgsortes vom Ort des Anlegervermögens auf den Börsenplatz Bedenken. Die Vorschriften über die Ad-hoc-Publizität (§§ 37b, 37c WpHG) dienen nicht nur dem Marktfunktionsschutz, sondern auch dem Individualschutz des Anlegers<sup>226</sup>. Die Marktbeeinflussung allein löst noch keinen privaten Schadensersatzanspruch aus. Auch in Bezug auf die haftungsauslösende Kausalität ist fraglich, ob insoweit die Kursbeeinflussung am Marktort ausreicht oder ob eine Kausalität zwischen der fehlerhaften Ad-hoc-Meldung und der individuellen Entscheidung des Anlegers erforderlich ist. Für die §§ 37b, 37c WpHG ist dies umstritten<sup>227</sup>; für § 826 BGB hat der BGH in mehreren Entscheidungen die Frage einer Rezeption der US-amerikanischen fraud-on-the-market-theory explizit angesprochen<sup>228</sup>. Nach dieser Rechtsfigur, die auf der Hypothese effizienter Kapitalmärkte beruht, wird vermutet, dass eine Fehlinformation des Kapitalmarkts den Preis eines dort gehandelten Wertpapiers beeinflusst und sich insoweit auch auf jede Anlageentscheidung auswirkt, ohne dass der einzelne Anleger nachweisen muss, dass er die fragliche Aktie gerade aufgrund der Fehlinformation erworben habe<sup>229</sup>. Diese Beweiserleichterung wird insbesondere damit gerechtfertigt, dass bei einem Festhalten an einem individualisierten Kausalitätsnachweis jedes einzelnen Anlegers die Bündelung zahlreicher Ansprüche in Gestalt der class action praktisch nicht mehr durch-

---

222 *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) vor Art. 5 EuGVO Rz. 5; *Rauscher/Leible* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 4; *Schlosser* (oben N. 8) Vorbem. Art. 5 EuGVO Rz. 1.

223 *OLG Frankfurt/Main* 5. 8. 2010, ZIP 2010, 2217, 2218.

224 *OLG Frankfurt/Main* 5. 8. 2010, ZIP 2010, 2217, 2218.

225 *OLG Frankfurt/Main* 5. 8. 2010, ZIP 2010, 2217, 2218.

226 Vgl. auch *Mankowski*, EWiR 2010, 725, 726, der letztlich aber den Funktionsschutz höher gewichtet.

227 Für ein individualisiertes Kausalitätserfordernis die h.L., siehe *Fuchs*, in: *ders.* (Hrsg.), WpHG, 2009, §§ 37b, 37c Rdnr. 29; *Möllers/Leisch*, in: *Hirte/Möllers* (Hrsg.), Kölner Komm. z. WpHG, 2007, §§ 37b, c Rz. 319; a.A. *KMRK/Zimmer/Grotheer* (oben N. 6) §§ 37b, 37c WpHG Rz. 90.

228 *BGH* 28. 11. 2005 – II ZR 80/04, NZG 2007, 345, 346; 28. 11. 2005 – II ZR 246/04, NZG 2007, 346, 347; 26. 6. 2006, WM 2007, 486; hierzu s. die Anm. von *Veil*, LMK 2007, 237162; 4. 6. 2007, ZIP 2007, 1560, 1562.

229 Grundlegend *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S.Ct. 978 (1988); jüngst *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 336, 125 S.Ct. 1627 (2005); eingehende und kritische Bestandsaufnahme der amerikanischen Rechtsprechung bei *J.C. Spindler*, Geo. L. J. 95 (2007) 653, 659 ff.; Überblick aus deutscher Sicht bei *Findeisen/Backhaus*, WM 2007, 100, 106 f.; alle m.w.N.



fürbar wäre<sup>230</sup>. Der BGH hat eine Übernahme der fraud-on-the-market-theory in das deutsche Recht jedoch wegen der „Gefahr einer uferlosen Ausweitung des ohnehin offenen Haftungstatbestandes“ des § 826 BGB wiederholt eine Absage erteilt<sup>231</sup>. Dies hat zur Folge, dass im Gegensatz zu den USA weiterhin jeder geschädigte Anleger individuell nachweisen muss, dass die fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilung für seine jeweilige Anlagentscheidung kausal gewesen ist. Da für den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung der Gedanke der Sach- und Beweisnähe tragend ist, erscheint im Lichte dieser materiellrechtlichen Vorgabe eine Zuständigkeit an dem Ort, an dem der einzelne Geschädigte seine Anlageentscheidung getroffen hat, durchaus sachgerecht, denn dort wird die Kausalitätsfrage am ehesten mit präsenten Beweismitteln zu klären sein. Zwar kann das deutsche materielle Recht für die autonome Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVO nicht präjudiziell sein – eine materiellrechtliche Vorgabe im Sinne der fraud-on-the-market-Theorie lässt sich der Verordnung jedoch ebensowenig entnehmen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstandes bestehen Zweifel am Marktort. Dieser Ort führt angesichts der heute häufigen mehrfachen Börsennotierung (cross-listing) von Wertpapieren tatsächlich nicht immer zu einer eindeutigen und vorhersehbaren Zuständigkeit. Wird z.B. ein Kundenauftrag zur bestmöglichen Ausführung erteilt („best execution“, vgl. § 33a WpHG<sup>232</sup>), ist nicht ex ante sicher absehbar, an welchem Handelsplatz der Auftrag letztlich ausgeführt wird<sup>233</sup>. Ist der Emittent hingegen nur im Staat seines Sitzes börsennotiert, würde die praktische Wirksamkeit des Deliktgerichtsstandes im Verhältnis zum allgemeinen Gerichtsstand eingeschränkt. Der Handlungs- und Erfolgsort würden dann nämlich typischerweise im Sitzstaat des Emittenten zusammenfallen, wo aber ohnehin dessen allgemeiner Gerichtsstand (Art. 2 I i.V.m. Art. 60 EuGVO) eröffnet ist<sup>234</sup>.

Eine Vorverlagerung des Erfolgsortes vom Vermögensschadens- auf den Marktort dürfte auch unter dem Aspekt einer Prävention des Forum Shopping nur bedingt angezeigt sein. Da die Rom II-VO auch das Kollisionsrecht der Prospekthaftung und der Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Meldungen erfasst<sup>235</sup>, sind insoweit Bedenken gegen das verfahrensrechtliche Ubiquitätsprinzip zu relativieren.

Letztlich ist davon auszugehen, dass die allgemein zur Bestimmung des Handlungs- und Erfolgsortes geltenden Regeln de lege lata auch auf Kapitalmarktdelikte Anwendung finden<sup>236</sup>. In Bezug auf die Lokalisierung des Handlungsortes sind insbesondere die oben (bb)) geschilderten Regeln für eine Mehrheit von Tatbeteiligten zu beachten<sup>237</sup>. Bei der Lokalisierung des Erfolgsortes bereitet wiederum dessen Abgrenzung

---

230 *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 242; 108 S.Ct. 978, 989 (1988): „Requiring proof of individualized reliance from each member of the proposed plaintiff class effectively would have prevented respondents from proceeding with a class action, since individual issues then would have overwhelmed the common ones.“

231 Siehe die Nachw. in N. 228.

232 Ausführlich KMRK/v. *Hein* (oben N. 6) § 33a WpHG Rz. 1 ff., m.w.N.

233 *van Houtte* (oben N. 218) 162; ebenso zum IPR der Prospekthaftung *Hellgardt/Ringe*, ZHR 173 (2009) 802, 816 f.

234 Vgl. zum „effet utile“ im Rahmen des Art. 5 Nr. 3 EuGVO (Produkthaftung) *EuGH* 16.7.2009 – C-189/08, *Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek*, Slg. 2009, I-6917, Nr. 30.

235 Näher unten 2 a).

236 Eingehend *R. Wagner/Gess*, NJW 2009, 3481 ff.; *Christian Schmitt*, Haftung (oben N. 171) 229 ff.

237 Die in N. 188 angeführten Entscheidungen zur Mehrheit von Tatbeteiligten betrafen alle Fälle, in denen Kapitalanleger geschädigt worden waren.

vom Schadensort Probleme (siehe oben cc)). Hinzu kommt, dass es sich bei Kapitalmarktdelikten oft um Streuschäden handeln wird, so dass eine Mosaikbeurteilung vorzunehmen ist, bei der die Kognitionsbefugnis des Gerichts auf den jeweils am Erfolgsort eingetretenen Schaden begrenzt ist<sup>238</sup>. Eine Änderung dieser Grundsätze muss der Revision der EuGVO vorbehalten bleiben.

#### *ee) Anspruchskonkurrenz und Sachzusammenhang*

Besteht eine Anspruchskonkurrenz, ist das für die Deliktssklage nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO angerufene Gericht nicht auch zuständig, über die Klage unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten (Vertrag, ungerechtfertigte Bereicherung) zu entscheiden<sup>239</sup>. Zur Begründung führte der EuGH bereits unter der Geltung des EuGVÜ an, dass die in Artt. 5 und 6 aufgezählten „besonderen Zuständigkeiten“ als Ausnahmen vom Grundsatz der Wohnsitzzuständigkeit einschränkend auszulegen seien<sup>240</sup>. Einem Sachzusammenhang zwischen einer vertraglichen und einer deliktischen Klage kann jedoch gegebenenfalls im Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVO) Rechnung getragen werden. Der Anwendungsbereich des Mehrparteiengerichtsstandes ist grundsätzlich auch dann eröffnet, wenn das Klagebegehren eines Kapitalanlegers gegen einen der Beklagten auf eine vertragliche, das gegen einen anderen Beklagten auf eine deliktische Grundlage gestützt wird<sup>241</sup>. Umstritten (und richtiger Ansicht nach *de lege lata* zu verneinen) ist hingegen die Frage, ob Art. 6 Nr. 1 EuGVO auch gegen einen Streitgenossen mit Wohnsitz in einem Drittstaat angewandt werden kann, wenn ein anderer Streitgenosse seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat<sup>242</sup>.

#### *b) Autonomes IZVR*

Der autonome Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem Art. 5 Nr. 3 EuGVO, so dass insoweit *mutatis mutandis* auf die voranstehenden Ausführungen zur Bestimmung des Handlungs- und Erfolgsortes verwiesen werden kann. Abweichungen können sich aber dadurch ergeben, dass im Anwendungsbereich des § 32 ZPO nicht wie nach der EuGVO autonom, sondern nach Maßgabe der *lex fori* qualifiziert wird<sup>243</sup>. Behauptet z.B. ein geschädigter Kapitalanleger, er sei beim Vertragsschluss über die Risiken der gewählten Anlage getäuscht bzw. nicht hinreichend aufgeklärt worden, liegen auch Ansprüche aus culpa in contrahendo (§ 311 BGB) nicht fern. Der BGH verneint aber bislang eine Annexkompetenz aus § 32 ZPO für nicht-deliktische Ansprüche, zu denen er stillschweigend auch solche aus

238 *Reuschle*, WM 2004, 966, 975.

239 *EuGH* 27. 9. 1988 – 189/87, Kalfelis/Schröder, Slg. 1988, 5565 Nrn. 19 ff.; 27. 10. 1998 – C-51/97, Réunion européenne SA/Splithoff's Bevrachtungskantor BV u.a., Slg. 1998, I-6511, Nr. 49; 11. 10. 2007 – C-98/06, Freeport plc/Olle Arnoldsson, Slg. 2007, I-8319, Nrn. 42 ff. Dem *EuGH* folgend *BGH* 7. 12. 2004, RIW 2005, 307 = NJW-RR 2005, 581 = IPRax 2006, 40, 14 Anm. *Looschelders*; *OLG Brandenburg* 12. 4. 2006, IPRspr. 2006 Nr. 115; *OLG Dresden* 20. 6. 2007, NJ 2007, 509 Anm. *Ochmann* = IPRspr. 2007 Nr. 140; zum Problemkreis ausführlich *Spickhoff*, GS Konuralp (Ankara 2009) 977 ff.; *ders.*, IPRax 2009, 128 ff.

240 *EuGH* 27. 9. 1988 – 189/87 (vorige Note) Nr. 19.

241 *BGH* 30. 11. 2009, DStR 2010, 454 = WM 2010, 378 = NJW-RR 2010, 644 = GWR 2010, 188 (L) Anm. *Umbeck* (zu Art. 6 Nr. 1 LugÜ 1988) im Anschluss an *EuGH* 11. 10. 2007 – C-98/06, Freeport plc/Olle Arnoldsson, Slg. 2007, I-8319, Nr. 47; ebenso *OGH* 11. 3. 2010, ZfRV 2010, 128.

242 Zum Streitstand näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 6 EuGVO Rz. 7.

243 Vgl. zur *c.i.c.* *BGH* 29. 6. 2010, RIW 2011, 70 = NZG 2010, 909, 1015 krit. Anm. v. *Hein*.

c.i.c. zählt<sup>244</sup>. Diese herkömmliche vertragsrechtliche Qualifikation der c.i.c. ist jedoch angesichts deren außervertraglicher Einordnung im europäischen IPR und IZVR (siehe oben II 1 b) cc) (2)) für künftige Fälle zu hinterfragen<sup>245</sup>. Da die Rom II-VO auch im Verhältnis zu Drittstaaten das anwendbare Recht bestimmt (Art. 3 Rom II-VO), ist es zwar nicht europarechtlich zwingend, aber im Interesse einer übersichtlichen und widerspruchsfreien Rechtsanwendung wünschenswert, dieser Einordnung der c.i.c. auch im Rahmen des § 32 ZPO zu folgen. Sofern es zum Abschluss eines Vertrages gekommen ist, sollte aber aus den bereits zu Art. 15 EuGVO vorgetragenen Gründen (siehe oben II 1 b) cc) (2)) eine Annexkompetenz im Rahmen der §§ 29, 29c ZPO bejaht werden.

### c) *Sammelklagen*

#### aa) *Der ausschließliche Gerichtsstand nach § 32b I ZPO: Die Intention des Gesetzgebers*

Im deutschen Kapitalmarktrecht bestand lange Zeit ein Defizit in Bezug auf die prozessuale Bündelung der Klagen mehrerer geschädigter Anleger in Fällen der Kapitalmarktinformationshaftung<sup>246</sup>. Solche Massenprozesse waren insbesondere wegen der notwendigen mehrfachen Beweisaufnahmen und des Kostenrisikos für einzelne Kläger kaum praktikabel und in angemessener Zeit durchzuführen<sup>247</sup>. Die Pläne zur Einführung eines Kapitalanleger-Musterverfahrens erhielten erheblichen rechtspolitischen Auftrieb durch die in der Öffentlichkeit vielbeachteten Schwierigkeiten des Telekom-Verfahrens vor dem LG Frankfurt/Main, bei dem ein Vorsitzender Richter, unterstützt von zwei ehrenamtlichen Handelsrichtern, für die Entscheidung über die Prospekthaftungsklagen von mehr als 15 000 Aktionären mit 2500 Klagen, vertreten durch 750 Rechtsanwälte, zuständig war<sup>248</sup>. Das Bundesjustizministerium verfügte bei der Vorbereitung des KapMuG<sup>249</sup> über eine breite rechtsvergleichende Grundlage<sup>250</sup>, die sich auch in der Begründung des Regierungsentwurfs niederschlug<sup>251</sup>.

Sowohl in der das KapMuG vorbereitenden Diskussion als auch in der Begründung des Regierungsentwurfs wurde eine Rezeption der US-amerikanischen class action (Federal Rule of Civil Procedure 23) als solche abgelehnt<sup>252</sup>. Insbesondere wurde gegen das amerikanische Modell eingewandt, dass eine „automatische Rechtskrafterstreckung

244 BGH 29. 6. 2010 (vorige Note) Nr. 12.

245 Vgl. hierzu auch die Überlegungen bei *Seibl*, IPRax 2011, 234, 238 ff.

246 Ausführlich zu den Defiziten der herkömmlich bestehenden Bündelungsformen die Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 13 f.; *Baums* (Hrsg.): Unternehmensführung- Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts. Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (2001) Rz. 189.

247 Siehe oben N. 221.

248 Hierzu eingehend *Tilp*, FS Achim Krämer (2010) 331 ff; ferner *Gansel/Gängel*, NJ 2006, 13; *Heß*, ZIP 2005, 1713 f.

249 BGBl. 2005 I 2437; zum sachlichen Anwendungsbereich des KapMuG statt vieler *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 181, m.w.N.

250 Eingehend die vom BMJ in Auftrag gegebene Untersuchung des MPI, *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge* (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (1999); rechtsvergleichend auch *Heß*, AG 2003, 113 ff.

251 Siehe Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.

252 *Baums*-Kommission (oben N. 246) Rz. 188, 190; *Hopt*, DJT 64 (2002) II/2 P 138; Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.; *Duvel/Pfitzner*, BB 2005, 673, 677.

auf am Verfahren nicht beteiligte Dritte [...] den individualistisch geprägten Rechtsschutzgrundsätzen des deutschen Verfassungs- und Prozessrechts fremd“ sei<sup>253</sup>. In der Begründung des KapMuG-RegE wurde deshalb nicht allein das amerikanische Recht herangezogen; vielmehr wurden auch die Prozessrechte anderer europäischer Staaten, nämlich Englands, Österreichs und der Schweiz ausgewertet; auch das Recht Japans wurde betrachtet<sup>254</sup>. Wenngleich diese rechtsvergleichenden Erörterungen einen eher geringen Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf die Ausarbeitung des KapMuG nahelegen<sup>255</sup>, darf eine wichtige indirekte Wirkung der amerikanischen Rechtsordnung auf die Schaffung dieser neuartigen Verfahrensform nicht übersehen werden. Das KapMuG wurde nämlich bewusst als funktionales Substitut zur US-amerikanischen class action konzipiert, um es deutschen Emittenten zu ermöglichen, einen substantiierten Antrag auf Abweisung einer in den USA erhobenen Klage nach den Grundsätzen des *forum non conveniens* zu stellen<sup>256</sup>. So stellte die Begründung des Regierungsentwurfs die Motivation, durch eine prozessuale Bündelung der Interessen geschädigter Kapitalanleger eine extraterritoriale Rechtsanwendung abzuwehren, deutlich heraus. Es heißt darin, dass mit der Einführung eines Kapitalanleger-Musterverfahrens die Anleger dazu veranlasst werden sollen,

„vor deutschen Gerichten zu klagen und nicht im Wege des forum shoppings auf andere Staaten auszuweichen. Darüber hinaus trägt die Einführung eines kollektiven Rechtsverfolgungsinstrumentes auch dem berechtigten staatlichen Interesse Rechnung, deutsche Kapitalmärkte durch die inländische Justiz zu kontrollieren und eine extraterritorial ausgreifende Gesetzgebung anderer Staaten zu verhindern. Aus der Sicht deutscher Emittenten schafft das Musterverfahren die Möglichkeit, auf ausländischen Kapitalmarktplätzen auf geeignete kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland zu verweisen und dadurch eine Kanalisierung von Rechtsstreiten im Inland bewirken zu können.“<sup>257</sup>

Der zuständige Referent im BMJ, *Reuschle*, stellte in einem Begleitaufsatz klar, dass mit den „andere[n] Staaten“ in die deutsche Anleger nicht ausweichen sollten, die USA gemeint waren<sup>258</sup>. Der von deutscher Seite erhobene Anspruch auf Regulierung des eigenen Kapitalmarkts wurde zusätzlich durch die Schaffung eines ausschließlichen Gerichtsstands abgesichert (§ 32b ZPO n.F.), der eine Klage gegen ein deutsches Unternehmen nur an dessen Sitz ermöglicht und so mittelbar die Anerkennung amerikanischer Urteile gegen deutsche Emittenten ausschließt<sup>259</sup>. Der aktuelle Anlass für diese Neuerungen war wiederum der Streit um die angeblich unrichtigen Grundstücksbewertungen der Telekom, der nicht allein vor dem LG Frankfurt/Main, sondern auch

253 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 16; ebenso *Andreas Meyer*, WM 2003, 1349, 1352 f.; eingehende Darlegung verfassungsrechtlicher Bedenken bei *Rupert Scholz*, ZG 18 (2003) 248–263.

254 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.

255 Apodiktisch *Maier-Reimer/Wilsing*, ZGR 2006, 79, 84: „Das Gesetz folgt nicht Vorbildern aus dem angelsächsischen Raum“; eine bewusste Anlehnung an das US-amerikanische Recht erfolgte aber bei der Auswahl des Musterklägers gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG, die der Bestimmung des „lead plaintiff“ gem. dem Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA), 15 U.S.C § 78u-4(a)(B)(iii)(I), nachgebildet ist, hierzu *Reuschle*, WM 2004, 2334, 2339; *Stadler*, FS Rechberger (2005) 663, 669; *Haß/Zerr*, RIW 2005, 721, 726.

256 Näher *Haß/Zerr*, RIW 2005, 721, 723.

257 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 17; der Regierungsentwurf übernimmt hier nahezu wörtlich eine Passage aus dem Aufsatz von *Heß*, AG 2003, 113, 115, I. Sp.

258 *Reuschle*, WM 2004, 966, 973.

259 Hierzu eingehend *Mormann*, Zuständigkeitsrechtlicher Schutz vor Kapitalanlegerklagen in den USA (2010).

in New York ausgetragen wurde<sup>260</sup>; das dortige Verfahren endete mit der Zahlung einer Vergleichssumme i.H.v. 120 Mio. US- $\text{\$}$ <sup>261</sup>.

Im Einzelnen ist danach zu differenzieren, ob der Sitz des verklagten Unternehmens in Deutschland, einem Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat liegt:

§ 32b I 1 ZPO regelt nicht nur die ausschließliche örtliche, sondern auch die ausschließliche internationale Zuständigkeit für Klagen geschädigter Anleger gegen Emittenten mit Sitz in *Deutschland*. Lediglich im Anwendungsbereich der EuGVO (bzw. des LugÜ 2007) beschränkt sich der Regelungsgehalt auf die Festlegung der örtlichen Zuständigkeit, soweit nicht auch diese durch Art. 5 Nr. 3 EuGVO verdrängt wird<sup>262</sup>.

Für Klagen deutscher Anleger gegen Emittenten mit Sitz in einem *EuGVO-Mitgliedstaat* ergibt sich die internationale Zuständigkeit ebenfalls aus den vorrangigen Regeln der EuGVO<sup>263</sup>. Es bleibt daher bei Klagen gegenüber Emittenten aus dem EU-Ausland dabei, dass diese nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort verklagt werden können<sup>264</sup>.

Klagen deutscher Anleger gegen Emittenten mit Sitz im sonstigen Ausland, z.B. den *USA*, richten sich gemäß § 32b I 2 ZPO nach den allgemeinen Regeln, also z.B. § 32 oder § 23 ZPO. Während also deutsche Anleger US-amerikanische Unternehmen in Deutschland am Erfolgsort verklagen können, wird dieses Recht amerikanischen Klägern in Bezug auf in den USA eingetretene Schäden verwehrt: Da § 32b I 1 ZPO eine Regelung der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr bildet, bleibt aufgrund des Spiegelbildprinzips bei der Urteilsanerkennung (§ 328 I Nr. 1 ZPO) entsprechenden amerikanischen Urteilen die Anerkennung in Deutschland versagt<sup>265</sup>, sodass ein gewisses Druckpotenzial zur Rechtsverfolgung in Deutschland geschaffen wurde.

#### *bb) Evaluation*

Die im KapMuG für die Bündelung der Interessen geschädigter Kapitalanleger gewählte Lösung hat in ihrem Verhältnis zum US-amerikanischen Recht folglich einen zwispältigen Charakter: Einerseits war der deutsche Gesetzgeber darum bemüht, in bewusster Abgrenzung von der amerikanischen class action ein eigenständiges Modell eines kollektiven Rechtsschutzes zu entwickeln<sup>266</sup>; andererseits hegte er die Erwartung, dass US-amerikanische Gerichte dieses neuartige Verfahren als einer class action funktional gleichwertig akzeptieren würden. Es ist fraglich, ob diese Doppelstrategie von Erfolg gekrönt ist.

---

260 Siehe *In re Deutsche Telekom AG Securities Litigation*, 229 F. Supp. 2d 277 (S.D.N.Y. 2002); näher hierzu Heß, AG 2005, 897, 899; Stadler, FS Rechberger (2005) 663.

261 Tilp, FS Achim Krämer (2010) 331, 343.

262 Siehe oben a) aa)-ee).

263 Entsprechendes gilt für das LugÜ 2007.

264 Siehe oben a) aa).

265 Mit eingehender dogmatischer Begründung von Hein, RIW 2004, 602 ff.; ebenso die heute h.M., statt vieler zum Streitstand Meller-Hannich, ZBB 2011, 180, 183, m.w.N.

266 Insoweit ist das Urteil von Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79, 84 zutreffend.

Angesichts der Schwächen des im KapMuG vorgesehenen Verfahrens ist dieses Modell im deutschen Schrifttum vielfach mit Skepsis aufgenommen worden<sup>267</sup>. Auch aus der Praxis wurden schon kurz nach der Verabschiedung des Gesetzes „ernüchternd[e]“ Erfahrungen berichtet<sup>268</sup>. Da das KapMuG bewusst als gesetzgeberisches Experiment konzipiert worden war, enthielt es eine sog. sunset clause, um nach Ablauf einer Periode von fünf Jahren zu untersuchen, ob sich die darin gewählte Form der Bündelung der Interessen geschädigter Anleger in der Praxis bewährt hat<sup>269</sup>. Das Bundesjustizministerium gab zum Zwecke der Evaluation des KapMuG eine rechtswissenschaftlich-ökonomische Studie in Auftrag, deren Ergebnisse im Jahre 2009 vorgelegt wurden<sup>270</sup>. Auch im Schrifttum wurde der fünfte Jahrestag des KapMuG von einer Vielzahl teils kritischer, teils affirmativer Aufsätze begleitet<sup>271</sup>. Letztlich entschied sich der Gesetzgeber weder für eine Aufhebung der Befristung noch dafür, das Gesetz auslaufen zu lassen, sondern verlängerte die Geltung des KapMuG um zwei weitere Jahre, um nach diesem Zeitraum zu einer abschließenden Bewertung zu gelangen<sup>272</sup>. Das KapMuG bleibt folglich einstweilen ein Gesetz auf Bewährung, sodass es angezeigt ist, die im Rahmen der Evaluation vorgebrachten empirischen Argumente für und wider das Gesetz näher zu würdigen.

In nackten Zahlen ausgedrückt, hat das KapMuG eine eher kümmerliche Resonanz erfahren<sup>273</sup>. So verzeichnet das elektronische Klageregister derzeit elf Musterverfahren und nur drei Musterentscheide<sup>274</sup>. Bedenkt man, dass das KapMuG inzwischen im sechsten Jahr seiner Geltung steht, sind dies durchschnittlich weniger als zwei neue Verfahren pro Jahr; zudem konnte im Durchschnitt nur alle zwei Jahre ein Verfahren mit einem Musterentscheid abgeschlossen werden. Das Frankfurter Telekom-Verfahren, das den Auslöser für die Schaffung des Gesetzes bildete (siehe oben aa)), ist noch immer nicht abgeschlossen; als Entscheidungstermin ist nunmehr der 25. 4. 2012 vorge-

---

267 Deutlich *Stadler*, FS Rechberger (2005) 663, 670: „Mit einem vergleichsweise hohen Regelungsaufwand erreicht das KapMuG nur minimale Fortschritte“; kritisch auch *Maier-Reimer/Wilsing*, ZGR 2006, 79, 120 („mit heißer Nadel gestrickt“); *B. Schneider*, BB 2005, 2249, 2258; *Möllers/Weichert*, NJW 2005, 2737, 2741; *Keller/Kolling*, BKR 2005, 399, 402 f.; positive Würdigung hingegen bei *Heß*, ZIP 2005, 1713, 1719; für insgesamt überflüssig hält das KapMuG *Plafmeier*, NZG 2005, 609, 616.

268 Erste Bestandsaufnahme bei *Erttmann/Keul*, WM 2007, 482 ff.

269 Art. 9 Abs. 2 KapMuG, BGBl. 2005 I 2437, 2445.

270 *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes – Abschlussbericht, Frankfurt am Main, 14. 10. 2009, abrufbar unter <[http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht\\_KapMuG\\_Frankfurt%20School\\_2009.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_KapMuG_Frankfurt%20School_2009.pdf?__blob=publicationFile)>; hierzu siehe die kritische Besprechung von *Vorwerk*, WM 2011, 817 ff.

271 Überwiegend kritisch: *K. P. Berger*, in: *Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne* (Hrsg.), Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts (2011) 80 ff.; *Froehlich*, Bucerius L. J. 2010, 55 ff.; *Schirp/Kondert*, NJW 2010, 3287 ff.; *Stackmann*, NJW 2010, 3185 ff.; *Varadinek/Asmus*, ZIP 2008, 1309 ff.; *Vorwerk*, WM 2011, 817 ff.; überwiegend affirmativ: *Casper*, in: Das deutsche Wirtschaftsrecht ... (diese Note) 91, 92 f.; *Jahn*, ZIP 2008, 1314 ff.; *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180 ff.; *Tamm*, ZHR 174 (2010) 525 ff.

272 Durch Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 24. 7. 2010, BGBl. 2010 I 977 wurde die Geltungsdauer des KapMuG bis zum 1. 11. 2012 (Datum des Außer-Kraft-Tretens) verlängert.

273 Anders *Tamm*, ZHR 174 (2010) 525, 542, die aber allein auf die Zahl der gestellten Musterfeststellungsanträge (!) abstellt.

274 Das Klageregister wurde aufgrund des § 2 Abs. 6 KapMuG eingerichtet durch die Klageregister-Verordnung vom 26. 10. 2005, BGBl. 2005 I 3092; es ist abrufbar unter <<http://www.ebundesanzeiger.de>> (Stand: 11. 3. 2011).

sehen<sup>275</sup>, dem dann aber noch der Abschluss der lediglich ausgesetzten Einzelverfahren folgen muss<sup>276</sup>. Bereits diese magere Statistik deutet darauf hin, dass das KapMuG die Hoffnungen des Gesetzgebers auf eine nachhaltige Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Massenverfahren nicht erfüllt hat<sup>277</sup>. Nach Ansicht des Vorsitzenden Richters der für Finanzanlagesachen zuständigen Kammer des Landgerichts München I, *Nikolaus Stackmann*, erreicht das Gesetz sogar „eher das Gegenteil“<sup>278</sup>:

„Entschließen sich die Parteien überhaupt, ein Musterverfahren anzustreben, entwickelt sich schon das Verfahren bis zur Eintragung des Antrags zu einem bürokratischen Tauziehen. Klägervertreter sind regelmäßig daran interessiert, aus Haftungsgründen die Eintragung einer Vielzahl von festzustellenden Gesichtspunkten zu erreichen. Das fängt bei noch so abwegigen bis zu eindeutigen – jedenfalls möglichst vielen – Haftungsgründen an, setzt sich über angeblich notwendige Feststellungen zum Verschulden und zur Schadenshöhe bis zur Frage der Verjährung fort. Werden Einträge abgelehnt, schließen sich je nach Höhe des Streitwerts in den betroffenen Verfahren routinemäßig das Musterfeststellungsverfahren verzögernde Beschwerdevverfahren an.“<sup>279</sup>

Als ein weiterer Schwachpunkt des Gesetzes wird vielfach angesehen, dass auch bei einem erfolgreichen Musterfeststellungsantrag zahlreiche Voraussetzungen für die Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche, insbesondere die Kausalität der Fehlinformation für die Entscheidung des Anlegers (siehe oben a) dd)) und die Höhe des individuell erlittenen Schadens, weiterhin aufwendig in den jeweiligen Einzelverfahren geklärt werden müssen<sup>280</sup>. Kritisch werden auch die Mitwirkungsrechte der Beigeladenen beurteilt: Nehmen diese ihre Rechte in extensiver Weise wahr, droht der Musterprozess im Ergebnis zu einem „monströsen“ Massenverfahren zu degenerieren<sup>281</sup>. Darüber hinaus wird das Erfordernis, dass alle Beteiligten einem Vergleich zustimmen müssen (§ 14 III 2 KapMuG), als einer effizienten Verfahrensbeilegung hinderlich eingestuft<sup>282</sup>. Schon kurz nach Verabschiedung des Gesetzes ist auf das dieser Vorschrift innewohnende Erpressungspotenzial hingewiesen worden<sup>283</sup>. Während in den USA der Abschluss eines Sammelklageverfahrens durch ein class action settlement den Regelfall bildet<sup>284</sup>, kann die im Auftrag des Bundesjustizministeriums durchgeführte Evaluation

275 Siehe zum aktuellen Stand des Verfahrens *Karsten Seibel*, Der fehlende Sachverstand des Manfred Krug, DIE WELT online v. 25. 1. 2012, <http://www.welt.de/finanzen/article13833674/Der-fehlende-Sachverstand-des-Manfred-Krug.html>.

276 Dies betont auch *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 190; speziell zum Telekom-Verfahren siehe den Erfahrungsbericht von *Tilp*, FS Achim Krämer (2010) 331 ff.

277 Ebenso *Casper* (oben N. 271), der sarkastisch bemerkt, es scheine nur wenig mehr Verfahren nach dem KapMuG als Kommentierungen des Gesetzes zu geben; *Vorwerk*, WM 2011, 817, 818.

278 *Stackmann*, NJW 2010, 3185, 3187.

279 *Stackmann*, NJW 2010, 3185, 3187; zu Möglichkeiten, den Rechtsschutz de lege ferenda effizienter zu gestalten, eingehend *Varadinek/Asmus*, ZIP 2008, 1309 ff.

280 *Berger* (oben N. 271) 80 f.; *Froehlich*, Bucerius L. J. 2010, 55; *Schirp/Kondert*, NJW 2010, 3287, 3289; *Stackmann*, NJW 2010, 3185, 3186.

281 Von einem „nicht mehr manövrierbaren Monstrum“ spricht *Stackmann*, NJW 2010, 3185, 3189; ähnlich *Jahn*, ZIP 2008, 1314, 1317 („Verfahrensmonster“); *Tilp*, FS Achim Krämer (2010) 331, 360; hiervor warnte bereits *Stadler*, FS Rechberger (2005) 663, 669, 676; Bedenken äußert auch *Heß*, ZIP 2005, 1713, 1716, der insbesondere die Auswirkungen des § 13 I KapMuG (Antrag eines Beigeladenen auf Erweiterung des Feststellungsgegenstandes) skeptisch sieht.

282 *Froehlich*, Bucerius L. J. 2010, 55, 58; *Jahn*, ZIP 2008, 1314, 1317.

283 So *B. Schneider*, BB 2005, 2249, 2258.

284 Siehe *Hopt/Kulms/v. Hein* (oben N. 3) 14 ff.

von keiner einzigen vergleichswisen Erledigung eines deutschen Musterverfahrens berichten<sup>285</sup>. Die Autoren plädieren folgerichtig für eine Erleichterung der gütlichen Streitbeilegung, wobei sie auf das niederländische Modell eines Vergleichs mit Opt-out-Möglichkeit zurückgreifen wollen<sup>286</sup>. In der Praxis ist die Hürde des § 14 III 2 KapMuG allerdings zum Teil dadurch umgangen worden, dass sich einige der Parteien im Ausgangsverfahren verglichen haben, wodurch die Zahl der Kläger unter zehn sank, und sich von den übrigen Beteiligten keiner bereit fand, als Musterkläger zu agieren<sup>287</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob das KapMuG die von deutscher Seite gehegten Erwartungen an eine großzügige Handhabung der *forum non conveniens*-Doktrin durch US-amerikanische Gerichte erfüllt hat<sup>288</sup>. Die vor Inkrafttreten des Gesetzes geäußerte Prognose, dass die Drohung mit einer Nicht-Anerkennung eines Urteils aus den USA in Deutschland nach §§ 32b, 328 I Nr. 1 ZPO auf die amerikanische Justiz eher mäßigen Eindruck machen dürfte, wenn amerikanische Anleger geschädigt worden sind und der betroffene Emittent über Vermögen in den Vereinigten Staaten verfügt<sup>289</sup>, scheint sich bestätigt zu haben, denn der Erlass des KapMuG hat die Zahl der in den USA anhängigen Sammelklagen gegen deutsche Unternehmen, soweit ersichtlich, nicht signifikant beeinflusst<sup>290</sup>. Die Nicht-Anerkennung eines Class-Action-Urteils in Deutschland kann allerdings ein Argument dafür bilden, deutsche Kläger nicht an einer Sammelklage z.B. gegen ein französisches Unternehmen in den USA teilnehmen zu lassen<sup>291</sup>. Ob ein amerikanisches Gericht sich bei Vorliegen eines hinreichenden Inlandsbezuges allein deshalb zum *forum non conveniens* erklären wird, weil das deutsche Kapitalanleger-Musterverfahren ein vollwertiges Äquivalent zur US-amerikanischen class action darstelle, ist nach den in der Evaluation zutage getretenen Defiziten des Musterverfahrens zu bezweifeln<sup>292</sup>. Amerikanische Gerichte werden in einen solchen Rechtsvergleich zudem auch zahlreiche andere Institutionen des Zivilprozessrechts einbeziehen, über die das deutsche Recht selbst nach Erlass des KapMuG nicht oder nur in geringerem Maße als das US-amerikanische Recht verfügt<sup>293</sup> (Discovery<sup>294</sup>, Jury-trial<sup>295</sup>, American Rule of Costs<sup>296</sup>, Contingency Fees<sup>297</sup> usw.), ganz abgesehen von

---

285 *Halfmeier/Rott/Feess* (oben N. 270) 38.

286 *Halfmeier/Rott/Feess* (oben N. 270) 104 ff.; vgl. auch die Überlegungen *de lege ferenda* bei *Stackmann*, NJW 2010, 3287, 3289 f.

287 Zu dieser „kreativen Lösung“ näher *Vorwerk*, WM 2011, 817, 822.

288 Skeptisch bereits von *Hein*, RIW 2004, 602, 608 f.; vorsichtig optimistisch hingegen *Haß/Zerr*, RIW 2005, 721, 727.

289 Hierzu von *Hein*, RIW 2004, 602, 608 f.; zu § 32b ZPO ausführlich *Bachmann*, IPRax 2007, 77–86; *Cuypers*, WM 2007, 1446–1456.

290 *Halfmeier/Rott/Feess* (oben N. 270) 87 f.

291 Vgl. In re *Vivendi Universal S.A. Securities Litigation*, 242 F.R.D. 76, 105 f. (S.D.N.Y. 2007); hierzu *Tamm*, ZHR 174 (2010) 525, 540.

292 So auch *Mormann* (oben N. 259) 462.

293 So auch *Halfmeier/Rott/Feess* (oben N. 270) 87.

294 *B. Schneider*, BB 2005, 2249, 2258.

295 *Stephan*, 49 I.L.M. 1217 (2011).

296 *Norbert Meier*, DStR 2005, 1860, 1862.

297 *Norbert Meier*, DStR 2005, 1860, 1862; *B. Schneider*, BB 2005, 2249, 2258; insoweit ist allerdings auf die aufgrund einer Entscheidung des BVerfG erfolgte Liberalisierung der Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare hinzuweisen, siehe *BVerfG* 12. 12. 2006, RIW 2007, 304; darauf folgend das Gesetz zur Neuregelung des Verbots von Erfolgshonoraren vom 12. 6. 2008, BGBl. 2008 I 1000; näher *D. Baetge*, *RabelsZ* 73 (2009) 669 ff.



fortbestehenden Divergenzen im materiellen Haftungsrecht (Punitive Damages)<sup>298</sup>. Es ist aber zu beachten, dass der U.S. Supreme Court jüngst in der auch in Deutschland vielbeachteten Rechtssache *Morrison* die bisher großzügig dimensionierte extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auf ausländische Emittenten erheblich eingeschränkt hat (näher unten IV 2).

#### d) *Revision der EuGVO*

Auch der Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO soll auf Beklagte mit Wohnsitz in Drittstaaten ausgedehnt werden. In Fällen, in denen ein geschädigter Kapitalanleger plausibel vortragen kann, er sei z.B. von einem Anlageberater betrogen worden oder dieser habe die ihm anvertrauten Gelder veruntreut, mutet es aus normativer Sicht wenig stimmig an, dass das europäische Zivilverfahrensrecht den Verbraucher bei bloßen Vertragsstreitigkeiten selbst in Bagatellsachen durch eine Wohnsitzzuständigkeit schützt, während die intensivere und häufig auch strafbewehrte deliktische Rechtsgutsverletzung auch bei erheblichen Vermögensverlusten keine entsprechende Vorzugsbehandlung rechtfertigt. Diese Wertungskongruenz sollte de lege ferenda durch eine Novellierung der Artt. 15 ff. EuGVVO behoben werden, mit der dieser Gerichtsstand in präzise bestimmten Fällen auch für deliktische Klagen geöffnet würde, wovon der Kommissionsvorschlag von 2010 jedoch absieht (siehe oben II 1 e)).

In Bezug auf Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes enthält der EuGVO-E keine einschneidenden Neuerungen: Zwar sieht der EuGVO-E in Bezug auf die Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte die Abschaffung des Exequatur vor<sup>299</sup>; dies soll jedoch gemäß Art. 37 Nr. 3 lit. b EuGVO-E nicht für Gruppen- und Verbandsklagen gelten, für welche die Begründung der Kommission das deutsche Kapitalanleger-Musterverfahren explizit als Beispiel nennt<sup>300</sup>. Die Kommission will vor einer weiteren Rechtsvereinheitlichung in diesem Bereich ein Anhörungsverfahren durchführen<sup>301</sup>. Da die Ausweitung des Art. 5 Nr. 3 EuGVO auf Beklagte mit Sitz in Drittstaaten allein die direkte (Entscheidungs-)Zuständigkeit, nicht aber die indirekte (Anerkennungs-)Zuständigkeit hinsichtlich drittstaatlicher Urteile betrifft<sup>302</sup>, wird es nach dem Kommissionsvorschlag in der gegenwärtigen Fassung dabei bleiben, dass Urteile aufgrund US-amerikanischer Sammelklagen gegen deutsche Emittenten in Deutschland nicht anerkannt werden können (§ 328 I Nr. 1 i.V. mit § 32b ZPO)<sup>303</sup>. Aus deutscher Sicht wird sich bei einer Ausdehnung der Zuständigkeitsregeln der EuGVO auf Beklagte mit Sitz in Drittstaaten verschärft die bislang allein im Schrifttum diskutierte Frage stellen, ob es bei dem anerkennungsrechtlichen Spiegelbildprinzip weiterhin allein auf die Zuständigkeitsvorschriften der ZPO ankommen soll oder ob insoweit die Zuständigkeitsgründe der EuGVO zu berücksichtigen sind<sup>304</sup>. Die dem Spiegelbildprinzip zugrunde

298 v. *Hein*, RIW 2004, 602, 608 f.

299 Hierzu eingehend *R. Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44 ; *Hess*, IPRax 2011, 125, 128 f.

300 Hierzu die Begründung der Kommission, KOM(2010) 748 endg., S. 7 f.; ferner *Hess*, IPRax 2011, 125, 127.

301 Begründung der Kommission, KOM(2010) 748 endg., S. 8.

302 Siehe *Hess*, IPRax 2011, 125, 127.

303 Kritisch bereits v. *Hein*, RIW 2004, 602 ff.; zu diesem Problemkreis ausführlich *Bachmann*, IPRax 2007, 77, 83 ff.; KölnKomm-KapMuG/Hess (oben N. 54) § 32b ZPO Rz. 27.

304 Zum Streitstand nach der *lex lata* *Kern*, ZZP 120 (2007) 31 ff.; *Schärtl*, IPRax 2006, 438 ff.; *Kropholler/von Hein* (oben N. 8) Art. 32 EuGVO Rz. 18.

liegende Wertung, dass Deutschland als Anerkennungsstaat einem anderen Staat die Eröffnung derjenigen Gerichtsstände zubilligt, welche die Bundesrepublik selbst für die Entscheidungszuständigkeit ihrer eigenen Gerichte beansprucht, trägt bei einer weitgehenden Entkoppelung von direkter und indirekter Zuständigkeit nicht mehr.

## 2. Anwendbares Recht

### a) Anwendungsbereich der Rom II-VO

Das auf außervertragliche Ansprüche anwendbare Recht bestimmt sich in allen Mitgliedstaaten außer Dänemark seit dem 11. 1. 2009 nach der Rom II-VO<sup>305</sup>. Die Rom II-VO ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen anwendbar, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art. 1 I 1 Rom II-VO). Der Begriff der Zivil- und Handelssache ist wiederum autonom zu bestimmen, wobei auf die Rechtsprechung des EuGH zur EuGVO (siehe oben II 1 a)) zurückgegriffen werden kann<sup>306</sup>. Öffentlich-rechtliche Materien werden auch insoweit ausgeschlossen; insbesondere wird klargestellt, dass Staatshaftungsansprüche für hoheitliches Handeln, etwa der Kapitalmarktaufsicht, keine Zivilsache i.S.d. Verordnung bilden (Art. 1 I 2 Rom II-VO). Art. 3 Rom II-VO bestimmt, dass das Recht, auf das die Verordnung verweist, auch dann anzuwenden ist, wenn es sich hierbei nicht um das Recht eines Mitgliedstaates, sondern z.B. eines Gliedstaates der USA, handelt. Es handelt sich auch bei der Rom II-VO folglich um eine *loi uniforme*<sup>307</sup>.

Gemäß Art. 2 I Rom II-VO gehören zu den außervertraglichen Schuldverhältnissen i.S.d. Rom II-VO unerlaubte Handlungen, die ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und auch die culpa in contrahendo<sup>308</sup>. Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung der Prospekthaftung im deutschen materiellen Recht (deliktisch oder als Vertrauenshaftung<sup>309</sup>) bestehen folglich insoweit an der Anwendbarkeit der Rom II-VO keine Zweifel<sup>310</sup>. Auch Ansprüche aus Schutzgesetzverletzungen (z.B. § 823 II i.V.m. § 32 I KWG)<sup>311</sup>, vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) oder falschen bzw. unterlassenen Ad-hoc-Meldungen (§§ 37b, 37c WpHG) fallen als deliktisch unter die Rom II-VO.

Derartige Ansprüche werden auch nicht durch die in Art. 1 II litt. c und d Rom II-VO geschaffenen Bereichsausnahmen für das Wertpapier- und Gesellschaftsrecht von der Anwendbarkeit der Verordnung ausgeschlossen, weil das außervertragliche Schuldverhältnis nicht auf den spezifisch wertpapierrechtlichen Funktionen z.B. einer Aktie, sondern auf der Verletzung kapitalmarktrechtlicher, transaktionsbezogener Informa-

305 Zum intertemporalen Anwendungsbereich der Rom II-VO statt vieler *Bücker*, IPRax 2009, 125 ff.

306 Allg.M., siehe statt aller *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-80; *Heiss/Loacker*, JBl. 2007, 613, 618 f.; *Junker*, NJW 2007, 3675, 3676 f.; *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721, 722; *G. Wagner*, IPRax 2008, 1, 2.

307 Näher v. *Hein*, VersR 2007, 440, 443.

308 Siehe oben II 1 b) cc) (2).

309 Vgl. *OLG München* 28. 5. 2010, BKR 2010, 377, 383.

310 Ebenso *Jäger*, DAJV-NL 2010, 64, 67; *Junker*, RIW 2010, 257, 261; *Christian Schmitt*, BKR 2010, 366, 367 f.; *Tschäpe/Kramer/Glück*, RIW 2008, 657, 660; *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1584 f.; zur Qualifikation der c.i.c. siehe oben II 1 b) cc) (2).

311 Zu deren Qualifikation siehe oben II 1 b) cc) (2).

tionspflichten beruht<sup>312</sup>. Unterstützt wird diese Auslegung in entstehungsgeschichtlicher Sicht dadurch, dass ein Vorstoß Großbritanniens zur Schaffung einer ausdrücklichen Bereichsausnahme für die Kapitalmarktinformationshaftung bei der Ausarbeitung der Rom II-VO erfolglos verlief<sup>313</sup>. Der Anwendbarkeit der Rom II-VO auf die Prospekthaftung steht auch nicht Art. 1 II lit. d Rom II-VO, die Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht, entgegen, denn aus funktionaler Sicht zählt die Prospekthaftung zum Kapitalmarktrecht (einschließlich des „Grauen Kapitalmarkts“), nicht zum Gesellschaftsrecht im Sinne organisationsrechtlicher Regelungen (Gründung, Auflösung usw.)<sup>314</sup>. Insgesamt ist folglich das auf deliktische Ansprüche geschädigter Kapitalanleger – einschließlich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung – anwendbare Recht nach der Rom II-VO zu bestimmen.

b) *Art. 27 Rom II-VO i.V.m. Art. 6 Prospekt-RL*

Gemäß Art. 27 Rom II-VO berührt die Verordnung nicht die Anwendung von Vorschriften des Unionsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten. Hierzu zählen auch Kollisionsnormen in Richtlinien. Nach Art. 6 I 1 der Prospekt-RL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass je nach Fall zumindest der Emittent oder dessen Verwaltungs-, Management- bzw. Aufsichtsstellen, der Anbieter, die Person, die die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragt, oder der Garantiegeber für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben haftet“. Und Art. 6 II UAbs. 1 der Prospekt-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, „dass ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bereich der Haftung für die Personen gelten, die für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben verantwortlich sind“. Ein kollisionsrechtlicher Gehalt dieser Vorschrift, insbesondere des Art. 6 II UAbs. 1 Prospekt-RL, wird jedoch überwiegend abgelehnt<sup>315</sup>. Zwar schließt der mehrdeutige Wortlaut des Art. 6 II UAbs. 1 Prospekt-RL eine kollisionsrechtliche Interpretation nicht von vornherein aus. Andererseits ist der Kompromisscharakter des Erwgr. 35 der Rom II-VO zu bedenken<sup>316</sup>. Da Versuche der Wirtschaftsverbände, einen ausdrücklichen Anwendungsvorrang des Herkunftslandprinzips im Normtext der Verordnung selbst zu verankern, gescheitert sind<sup>317</sup>, dürfen die differenzierten Anknüpfungsregeln der Rom II-VO nicht vorschnell nivelliert werden<sup>318</sup>. Sofern die Regeln der Rom II-VO ohnehin zur Anwendbarkeit eines Rechts führen, das mit den Vorgaben einer auf dem Herkunftslandprinzip beruhenden Richtlinie harmonisiert, besteht keine Regelungslücke, die durch die Annahme einer „versteckten“ Richtlinien-Kollisionsnorm zu schließen wäre.

312 Näher v. *Hein*, in: *Baum et al.* (Hrsg.), *Perspektiven des Wirtschaftsrechts* (2008) 371, 379 ff.; *Jäger*, *DAJV-NL* 2010, 64, 67; *Junker*, *RIW* 2010, 257, 261 f.; *Christian Schmitt*, *BKR* 2010, 366, 368 f.; *Tschäpe/Kramer/Glück*, *RIW* 2008, 657, 661; *Christoph Weber*, *WM* 2008, 1581, 1584.

313 Näher zur Entstehungsgeschichte *Hellgardt/Ringe*, *ZHR* 173 (2009) 819, 823, m.w.N.

314 Näher die in N. 312 Genannten.

315 So *Benicke*, *FS Jayme* (2004) 25, 36; *Junker*, *RIW* 2010, 257, 261; *Kuntz*, *WM* 2007, 432, 433; *Mankowski*, *RIW* 2009, 98, 116; *Christian Schmitt*, *BKR* 2010, 366, 371; für eine kollisionsrechtliche Lesart aber *Tschäpe/Kramer/Glück*, *RIW* 2008, 657, 664 ff.

316 Ebenso *Christian Schmitt*, *BKR* 2010, 366, 371.

317 Näher *Handig*, *GRURInt* 2008, 24, 30; v. *Hein*, *VersR* 2007, 440, 441.

318 Im Erg. ebenso *Christian Schmitt*, *BKR* 2010, 366, 371.

c) *Art. 16 Rom I-VO*

Wegen der engen sachlichen Verknüpfung zwischen der öffentlichrechtlichen Prospektpflicht und der zivilrechtlichen Prospekthaftung ist zu erwägen, ob es sich bei Prospekthaftungsvorschriften um international zwingendes Recht (Eingriffsnormen) i.S. des Art. 16 Rom II-VO handelt<sup>319</sup>. Allgemeininteressen liegen jedoch auch dem Lauterkeits- und Kartellrecht zugrunde, das gleichwohl allseitig nach Art. 6 Rom II-VO an den betroffenen Markt und nicht gesondert über Art. 16 Rom II-VO angeknüpft wird<sup>320</sup>. Prospekthaftungsregeln stellen folglich keine gesondert anzuknüpfenden Eingriffsnormen dar<sup>321</sup>. Für andere Formen der Kapitalmarktinformationshaftung scheidet eine eingriffsrechtliche Qualifikation erst recht aus. Dies gilt auch für Ansprüche aus Schutzgesetzverletzung (§ 823 II BGB): Die einseitige öffentlich-rechtliche Anknüpfung des verletzten Schutzgesetzes (z.B. § 32 I KWG) präjudiziert nicht die Anknüpfung der zivilrechtlichen Haftung<sup>322</sup>.

d) *Art. 14 Rom II-VO*

Die Rom II-VO entscheidet sich für einen modernen und liberalen Ansatz, indem die Parteiautonomie nicht nur, wie bereits gem. Art. 42 EGBGB, nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses ermöglicht wird (Art. 14 I 1 lit. a Rom II-VO), sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch ex ante gestattet wird (Art. 14 I 1 lit. b Rom II-VO)<sup>323</sup>. Die Differenzierung hinsichtlich des Zeitpunkts dient dem Schutz des Schwächeren: Eine Rechtswahl ex post ist auch Kapitalanlegern eröffnet, die Verbraucher sind, weil angenommen werden kann, dass diese sich nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses der Tragweite ihrer Erklärung bewusst sind. Gehen hingegen Anbieter und Kapitalanleger einer kommerziellen Tätigkeit nach, können sie auch durch eine vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses frei ausgehandelte Vereinbarung eine Rechtswahl treffen. Die „kommerzielle Tätigkeit“ sollte aus Gründen der Konsistenz (Erwgr. 7) im Einklang mit dem Unternehmerbegriff in Art. 6 I Rom I-VO, d.h. der Ausübung einer „beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit“, interpretiert werden<sup>324</sup>. Eine im deutschen Schrifttum vereinzelt befürchtete Wahl des anlegerfreundlichsten Rechts zwischen Käufer und Verkäufer eines Wertpapiers zu Lasten des Emittenten droht nicht, da die Rechtswahl nur inter partes wirkt (Art. 14 I 2 Rom II-VO)<sup>325</sup>. Da es in der Regel aber an einem direkten Kontakt zwischen dem Emittenten und den Anlegern vor dem Erwerb der Wertpapiere fehlt, wird eine Wahl des Prospekthaftungsstatuts zwischen diesen Parteien ex ante auf geregelten Märkten

319 So noch *Hopt*, FS Werner Lorenz (1991) 413, 422 (zur bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung); *Kiel*, Internationales Kapitalanlegerschutzrecht (1994) 245 f.

320 Zum Internationalen Wettbewerbsrecht nach der Rom II-VO ausführlich *Handig*, GRURInt 2008, 24 ff.

321 Ebenso *Mankowski*, RIW 2009, 98, 116.

322 Zum Problembereich eingehend v. *Hoffmann*, FS Henrich (2000) 283 ff.; vgl. auch zur Feststellung des Gehilfenvorsatzes *BGH* 25. 1. 2011 – XI ZR 100/09, RIW 2011, 406, Nr. 42: „Der Umstand, dass ein Finanzdienstleister eine Erlaubnis der Finanzdienstleistungsaufsicht besitzt [...], lässt nicht ohne Weiteres auf die zivilrechtliche Unbedenklichkeit seines Verhaltens gegenüber seinen Kunden schließen“; m.w.N.

323 Ausführlich v. *Hein*, in: *Calliess* (Hrsg.), Rome Regulations (2011) Art. 14 Rom II-VO Rz. 1 ff., m.w.N.

324 *Calliess/v. Hein* (vorige Note) Art. 14 Rom II-VO Rz. 19, m.w.N.

325 Siehe aber noch zum deutschen IPR *Bischoff*, AG 2002, 489, 492.

nicht in Betracht kommen. Überdies ist es wegen der marktordnenden und -stabilisierenden Funktion der Börsenprospekthaftung zu erwägen, analog dem für Wettbewerbsdelikte geltenden Art. 6 IV Rom II-VO die Rechtswahl auf diesem Gebiet auszuschließen<sup>326</sup>. Macht man mit dem oben (I) beschriebenen Konzept der „Regulation through Litigation“ ernst, sollte der Marktfunktionsschutz kollisionsrechtlich nicht zur individuellen Disposition des Geschädigten stehen<sup>327</sup>. Für die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung und den „Grauen Kapitalmarkt“ kann aber, zumindest gegenüber gewerblich handelnden Anlegern, auch eine ex ante getroffene Wahl des Prospekthaftungsstatuts relevant sein.

e) *Art. 4 Rom II-VO*

aa) *Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt (Art. 4 II Rom II-VO)*

Haben die Parteien im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, ist dessen Deliktsrecht anzuwenden (Art. 4 II Rom II-VO). Bei juristischen Personen wie z.B. Aktiengesellschaften gilt grundsätzlich der Ort ihrer Hauptverwaltung gemäß Art. 19 I 1 Rom II-VO als Ort des gewöhnlichen Aufenthalts. Diese Anknüpfung ermöglicht eine effizientere Bewältigung von Rechtsstreitigkeiten, weil das Opfer gegen den Schädiger typischerweise am gewöhnlichen Aufenthaltsort prozessiert und dort auch die Folgen der erlittenen Schädigung bewältigen muss<sup>328</sup>. Veruntreut beispielsweise ein in Deutschland ansässiger Finanzdienstleister Gelder, die der ebenfalls in Deutschland wohnhafte Geschädigte zuvor nach Luxemburg überwiesen hat, kommt es auf den Lageort des geschädigten Vermögensteils – anders als im Internationalen Zivilverfahrensrecht (siehe oben 1 a) cc)) – nicht an, und es gelangt deutsches Recht zur Anwendung. Ob dieser Ansatz auch im Bereich der Kapitalmarktinformationshaftung sachgerecht ist, wird indes unterschiedlich beurteilt. Für die Anwendbarkeit des Art. 4 II Rom II-VO z.B. auf die Prospekthaftung wird angeführt, dass diese Kollisionsnorm „ein leicht ermittelbares, unproblematisches Anknüpfungsergebnis“ ermögliche, „das darüber hinaus den Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht gewährleiste“<sup>329</sup>. Hieran kann man jedoch in denjenigen Fällen zweifeln, in denen die Aktien des Emittenten nur an einer Börse außerhalb seines Sitzstaates notiert sind. Insoweit wird geltend gemacht, dass die Anwendung der Prospekthaftungsvorschriften des Sitzstaates in einem solchen Fall das Ziel des Marktfunktionsschutzes verfehle, da der Markt des Sitzstaates nicht betroffen sei<sup>330</sup>. Zur Stützung dieses Arguments könnte man auf das Internationale Wettbewerbsrecht der Rom II-VO verweisen, dass – abgesehen von rein bilateralen Wettbewerbsverstößen, die sich ausschließlich gegen einen Wettbewerber richten (Art. 6 II Rom II-VO) – keine Verdrängung des Marktortes durch einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Wettbewerber zulässt. Dagegen lässt sich jedoch ein Vergleich mit der inter-

326 Dagegen aber *Junker*, RIW 2010, 257, 262.

327 Hingegen hält *Junker*, RIW 2010, 257, 262 die ordnungspolitische Steuerungsfunktion der Prospekthaftung wegen der Prospektspflicht und der behördlichen Prospektprüfung für „wohl schwächer ausgeprägt“ als im Wettbewerbsrecht.

328 Näher *Dornis*, EuLF 2007, I-152 ff.; *Weintraub*, Tex. Int'l L. J. 43 (2008) 401, 407.

329 So *Junker*, RIW 2010, 257, 262.

330 *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1586; ebenso bereits zu Art. 40 II EGBGB *Floer*, Internationale Reichweite der Prospekthaftung (2002) 140 f.

nationalen Produkthaftung ins Feld führen, die zwar auch einen „unverfälschten Wettbewerb gewährleisten“ soll (Erwgr. 20 Rom II-VO), aber dessen ungeachtet einem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien den Vorrang vor dem Markt- oder Erwerbort einräumt (Art. 5 I 1 i.V.m. Art. 4 II Rom II-VO). Schließlich erscheint es auch im praktischen Ergebnis nicht unangemessen, dass etwa ein in Deutschland wohnhafter Anleger, der auf einen gemäß § 17 WpPG von der BaFin gebilligten Prospekt eines deutschen Emittenten vertraut hat, hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Ansprüche mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts rechnen darf, auch wenn die fraglichen Wertpapiere ausschließlich in Luxemburg notiert sind.

*bb) Erfolgsort (Art. 4 I Rom II-VO)*

(1) Allgemeines

Fehlt es an einem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Schädiger und Geschädigten, ist auch auf ein Kapitalmarktdelikt gem. Art. 4 I Rom II-VO das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat die schadensbegründende Handlung vorgenommen worden ist und in welchem Staat oder welchen Staaten die indirekten Schadensfolgen festzustellen sind. Trotz der umständlichen Formulierung ist hiermit der Erfolgsort, d.h. der Ort der Rechtsgutsverletzung, gemeint (vgl. auch Erwgr. 17)<sup>331</sup>, der allerdings bei reinen Vermögensschäden ebenso wie im Internationalen Zivilverfahrensrecht mit dem Schadensort zusammenfällt (siehe oben 1 a) cc)). Insoweit kann mutatis mutandis auf die bereits (oben 1 a) cc)) dargestellte Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu Art. 5 Nr. 3 EuGVO zurückgegriffen werden. Die Anknüpfung an den Erfolgsort ist im Regelfall eine effiziente Lösung, weil dem Schädiger grundsätzlich angesonnen werden kann, sich über das Recht des Staates zu informieren, in dem Schadensfolgen eintreten, während sie es dem Opfer erlaubt, sich – etwa bei der Wahl seines Versicherungsschutzes – an dem Recht der ihm vertrauten Umwelt zu orientieren<sup>332</sup>. Tritt der schädigende Erfolg in mehreren Staaten ein, greift ebenso wie im Internationalen Zivilverfahrensrecht (siehe oben 1 a) dd)) eine Mosaikbetrachtung, d.h. jede Rechtsgutsverletzung wird nach dem Recht des jeweiligen Erfolgsortes beurteilt<sup>333</sup>. Der Handlungsort spielt im Gegensatz zu Art. 5 Nr. 3 EuGVO – und auch zum autonomen deutschen IPR, wo er die Regelanknüpfung bildet (Art. 40 I 1 EGBGB) –, im europäischen Internationalen Deliktsrecht grundsätzlich keine Rolle mehr<sup>334</sup>. Zwar sollen die Rom II-VO und die EuGVO im Allgemeinen harmonisch ausgelegt werden (Erwgr. 7 Rom II-VO). Da sich für das

331 *Brière*, Clunet 2008, 31, 42; *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-84; *Hay*, EuLF 2007, I-137, I-139 ff.; *Heiss/Loacker*, JBl. 2007, 613, 624; *Hohloch*, YbPIL 9 (2007) 1, 7; *Junker*, NJW 2007, 3675, 3678; *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721, 724 ff.; *de Lima Pinheiro*, Riv. dir. int. priv. proc. 44 (2008) 5, 17; *Ofner*, ZfRV 2008, 13, 16; *Staudinger*, AnwBl. 2008, 8, 13; *Stone*, Ank. L. Rev. 4 (2007) 95, 110 ff.; *G. Wagner*, IPRax 2008, 1, 4.

332 Näher *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-84; *de Lima Pinheiro*, Riv. dir. int. priv. proc. 44 (2008) 5, 16; 217–220; *Junker*, NJW 2007, 3675, 3678 (mit der Feststellung, dass der Erfolgsort und der gewöhnliche Aufenthalt des Opfers häufig zusammenfallen würden).

333 *Brière*, Clunet 2008, 31, 42 ff.; *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-84; *Heiss/Loacker* JBl. 2007, 613, 625; *Hohloch*, YbPIL 9 (2007) 1, 10; *de Lima Pinheiro*, Riv. dir. int. priv. proc. 44 (2008) 5, 20; *Ofner*, ZfRV 2008, 13, 16; *Rushworth/Scott*, (2008) LMCLQ 274, 279; *Stone*, Ank. L. Rev. 4 (2007) 95, 111; *G. Wagner*, IPRax 2008, 1, 4.

334 Zu handlungsbezogenen Anknüpfungsmomenten für spezielle Deliktstypen näher v. *Hein*, RabelsZ 2009, 461, 476.

Ubiquitätsprinzip aber überzeugende, spezifisch prozessuale Gründe vorbringen lassen (insbesondere die Beweismähe, siehe oben 1 a) aa)), ist nicht damit zu rechnen, dass der EuGH das Inkrafttreten der Rom II-VO zum Anlass nehmen wird, seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 5 Nr. 3 EuGVO zugunsten einer alleinigen Anknüpfung an den Erfolgsort aufzugeben<sup>335</sup>. Letztlich soll die kollisionsrechtliche Festlegung auf den Erfolgsort allein den internationalen Entscheidungseinklang sichern und ein forum shopping verhindern (Erwgr. 6 Rom II-VO), aber nicht zur Beschneidung von Wahlgerichtsständen führen.

## (2) Bestimmung des Erfolgsortes

Die Anknüpfung an den Erfolgsort wird vielfach als für die Kapitalmarktinformativhaftung, insbesondere die Prospekthaftung, wenig geeignet abgelehnt, da es hier stets um den Ersatz reiner Vermögensschäden geht, die notorisch schwer zu lokalisieren seien; zudem ermögliche die Erfolgsortanknüpfung keine einheitliche Behandlung der Ansprüche von Kapitalanlegern, die in verschiedenen Staaten geschädigt worden seien<sup>336</sup>. Gerade für die Prospekthaftung ist eine schematische Berufung des Rechts am Lageort des jeweils geschädigten Vermögensteils, wie sie der EuGH zu Art. 5 Nr. 3 EuGVO entwickelt hat (siehe oben 1 a) cc)), überdies wenig einleuchtend, weil die entsprechenden Haftungsnormen nicht nur dem individuellen Schadensausgleich zwischen Täter und Opfer dienen<sup>337</sup>, sondern darüber hinaus einen marktordnenden und -stabilisierenden Gehalt haben, der sich auch in der kollisionsrechtlichen Anknüpfung niederschlagen sollte. Es ist daher dafür plädiert worden, in Anlehnung an die für Wettbewerbsdelikte geltende Kollisionsnorm (Art. 6 Rom II-VO), die den Erfolgsort i.S. des Marktortes präzisiert (siehe Erwgr. 21 Satz 1 Rom II-VO), auch für die Prospekthaftung den Erfolgsort als Marktort zu definieren<sup>338</sup>. Dies würde zu einem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht führen, wenn man der oben (bei N. 221) geschilderten Rechtsprechung des OLG Frankfurt/Main folgt, das im Falle der fehlerhaften Ad-hoc-Publizität den Sitz der Börse als Erfolgsort begreift. Jedoch ist diese Rechtsprechung nicht frei von Bedenken (siehe oben 1 a) dd)). Begrifflich ist es zweifelhaft, den nach Art. 4 I Rom I-VO legaldefinierten Erfolgsort im Sinne des Marktortes umzudeuten<sup>339</sup>. Eine Herleitung der Marktortanknüpfung aus einer Verallseitigung des § 44 Abs. 3 BörsG<sup>340</sup> kommt nicht mehr in Betracht, weil der mitgliedstaatliche Gesetzgeber wegen des Anwendungsvorrangs der Verordnung keine Kollisionsnormen mehr erlassen oder aufrechterhalten darf, die den unionsrechtlich vereinheitlichten Bereich betreffen<sup>341</sup>. Letztlich besteht für eine solche Begriffsver-

---

335 Näher *Kropholler/v. Hein* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 83 anders aber *Schlosser* (oben N. 8) Art. 5 EuGVO Rz. 18.

336 *Arons*, NIPR 2008, 481, 484 f.; *Hellgardt/Ringe*, ZHR 173 (2000) 802, 824; *Jäger*, DAJV-NL 2010, 64, 68; *Christian Schmitt*, BKR 2010, 366, 370; *Tschäpe/Kramer/Glück*, RIW 2008, 657, 662; *Weber*, WM 2008, 1581, 1585.

337 Diesen Zweck betont aber *Junker*, RIW 2010, 257, 262: „Prospekthafungsrecht ist Anlegerschutzrecht“.

338 *Mankowski*, RIW 2009, 98, 116, m.w.N. zur Literatur vor Inkrafttreten der Rom II-VO.

339 Ablehnend *Junker*, RIW 2010, 257, 263: „Die [...] Gleichung [...] geht beim besten Willen nicht auf.“

340 Hierzu eingehend *Oulds*, WM 2008, 1573, 1575, m.w.N.

341 Ebenso *Jäger*, DAJV-NL 2010, 64, 67; *Junker*, RIW 2010, 257, 261; *Tschäpe/Kramer/Glück*, RIW 2008, 657, 664; *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1587 f.

schiebung im IPR auch kein praktisches Bedürfnis, da die Ausweichklausel in Art. 4 III eine hinreichende Flexibilität gewährleistet (dazu sogleich).

cc) *Ausweichklausel (Art. 4 III Rom II-VO)*

(1) Reichweite der Ausweichklausel

Art. 4 III Rom II-VO enthält eine Ausweichklausel, die nur ausnahmsweise anzuwenden ist, nämlich wenn sich „aus der Gesamtheit der Umstände [ergibt], dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen als dem in den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Staat aufweist.“ Gegen die Entwicklung einer deliktstypspezifischen Anknüpfung für die Kapitalmarktinformationshaftung auf dieser Grundlage wird allerdings eingewandt, dass diese Vorschrift nur zur Auflockerung der Anknüpfung im Einzelfall herangezogen werden dürfe, nicht aber zu einer allgemein abweichenden Regelbildung für besondere Deliktstypen tauge<sup>342</sup>. Diese rein begriffliche Interpretation ist jedoch zu eng<sup>343</sup>. Eine über die Bildung von Fallgruppen voranschreitende richterliche Konkretisierung der Ausweichklausel ist vielmehr zulässig, solange sie mit den Grundwertungen der Rom II-VO, namentlich dem Prinzip der engsten Verbindung und dem grundsätzlichen Vorrang des Erfolgsortes, in Einklang steht<sup>344</sup>. Hinsichtlich des Ergebnisses einer solchen Rechtsfortbildung besteht aber Uneinigkeit: Während eine starke Ansicht für die Entwicklung einer Marktortanknüpfung eintritt<sup>345</sup>, will eine vordringende Meinung die Haftung akzessorisch an die Prospektspflicht anknüpfen (siehe unten (3))<sup>346</sup>.

(2) Marktortanknüpfung

Für eine Marktortanknüpfung wird die Gleichbehandlung aller Anleger und Emittenten angeführt<sup>347</sup>. Dieses Argument lässt sich auf eine Parallelwertung zum Internationalen Lauterkeitsrecht stützen, das ebenfalls auf dem Gedanken der *par conditio concurrentium* beruht (Art. 6 I Rom II-VO). Jedoch spricht gegen eine allein an der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer ausgerichtete Anknüpfung, dass sie das Bedürfnis der Emittenten vernachlässigt, ihre Prospekte im Binnenmarkt auch in Bezug auf die Haftungsfolgen möglichst nur nach einem Recht auszurichten<sup>348</sup>. Hierdurch lassen sich Standardisierungsvorteile erzielen, die in der Summe höher sein dürften als die Effizienzgewinne, die sich aus der Marktortanknüpfung ergeben.

Ferner wird eine Marktortanknüpfung mit dem Gedanken der Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts begründet<sup>349</sup>. Auch dieses Argument ist aber ebenso wie im In-

342 *Christian Schmitt*, BKR 2010, 366, 370; *Tschäpe/Kramer/Glück*, RIW 2008, 657, 662.

343 Ablehnend auch *Junker*, RIW 2010, 257, 264; *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1586.

344 So auch *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1586.

345 Eingehend *Christoph Weber*, WM 2008, 1581, 1586 f.; *Göthel*, in: *Merk/Göthel* (Hrsg.), *Internationaler Unternehmenskauf*<sup>3</sup>, (2011) § 9 Rz. 45; die genaue dogmatische Einordnung offenlassend *Jäger*, DAJV-NL 2010, 64, 69 ff.; de lege ferenda auch *Arons*, NIPR 2008, 481 ff.

346 *Benicke* (oben N. 315) 36 f.; v. *Hein*, in: *Perspektiven ...* (oben N. 312) 371, 387; *Hellgardt/Ringe*, ZHR 173 (2009) 802, 832 f.; *Kronke/Haubold*, in: *Kronke/Melis/Schnyder* (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2005) Rz. L/360; *Kuntz*, WM 2007, 432, 439.

347 *Z.B. Göthel* (oben N. 345) § 9 Rz. 45.

348 Vgl. *Kronke* (oben N. 218) 308 f.: „Capital markets law [...] is about more than investor protection. It is also about economic issues such as efficiency [...] [and] predictability.“

349 *Göthel* (oben N. 345) § 9 Rz. 45.



ternationalen Zivilverfahrensrecht zu relativieren, weil bei einem Kundenauftrag zur bestmöglichen Ausführung der konkrete Marktort im Einzelfall nicht sicher vorhersehbar ist (siehe oben 1 a) dd)).

Für eine Marktortanknüpfung (im Sinne des Ortes, an dem die Wertpapiere erworben worden sind) spricht der Gedanke eines möglichst hohen Anlegerschutzes. In diesem Sinne lässt sich auch eine Parallelwertung zu dem für Verbraucherverträge im IPR und IZVR geltenden Ausrichtungsprinzip (siehe oben II 1 b) dd)) ziehen. Schließlich kann man annehmen, dass geschädigte Anleger Prospekthaftungsansprüche in der Regel an ihrem Wohnsitz erheben werden, sofern dort zugleich der Eintritt des schädigenden Erfolges i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVO lokalisiert werden kann (siehe oben 1 a) cc)). Da die meisten Kleinanleger wohl überwiegend auf ihren Heimatmärkten Effekten erwerben, käme es zu einem zeit- und kostensparenden Gleichlauf von internationaler<sup>350</sup> Zuständigkeit und IPR sowie im Kollisionsrecht zur parallelen Anknüpfung delikt- und vertragsrechtlicher Ansprüche<sup>351</sup>.

Zwar wird gegen die Anknüpfung an den Markt eingewandt, dass der Marktort nicht hinreichend sicher zu bestimmen sei<sup>352</sup>. In der Tat weichen die bisherigen Regelungsvorschläge voneinander ab<sup>353</sup>. Hier könnte aber durch eine Vorlage an den EuGH oder de lege ferenda Klarheit geschaffen werden. Zudem dürfte die mit der Definition des Marktortes verbundene Unsicherheit nicht größer sein als dies im Rahmen der herkömmlichen Bestimmung des Erfolgsortes bei reinen Vermögensschäden der Fall ist (siehe oben 1 a) aa)).

Jedoch bestehen ebenso wie im IZVR (siehe oben 1 a) dd)) auch im Kollisionsrecht inhaltliche Bedenken gegenüber einer Marktortanknüpfung: Das Recht des betroffenen Marktes muss nicht zwangsläufig das höchste Niveau an materiellem oder prozessualen Anlegerschutz gewährleisten. Auch die Parallele zum IPR der Verbraucherverträge ist wegen der bereits (oben II 2 b)) erwähnten Bereichsausnahmen in Art. 6 IV litt. d und e Rom I-VO zu relativieren. Überdies werden Prospekte in der Regel nicht von Kleinanlegern gelesen, sondern von Intermediären, die zu einer sachgerechten Auswertung in der Lage sind<sup>354</sup>. Schließlich sollte der angestrebte Gleichlauf mit dem IZVR nicht verabsolutiert werden. Sowohl die Rom I- als auch die Rom II-VO beruhen auf dem Grundgedanken des internationalen Entscheidungseinklangs i.S. *Savignys*, d.h. die Gerichte der Mitgliedstaaten sollen aufgrund der Kollisionsrechtsvereinheitlichung dasselbe materielle Recht anwenden, „unabhängig von dem Staat, in dem sich das Gericht befindet“<sup>355</sup>. Diese Zielvorgabe ist einem am Primat der *lex fori* orientierten Gleichlaufprinzip entgegengesetzt. Selbst wenn man dem OLG Frankfurt/Main darin folgt, dass der Erfolgsort in verfahrensrechtlicher Sicht am Marktort zu lokalisieren ist (siehe oben bei N. 221), lässt sich ein Gleichlauf zudem nicht vollständig gewährleisten, weil Art. 5 Nr. 3 EuGVO dem Geschädigten auch die Klage am Handlungsort des

350 (nicht notwendigerweise auch örtlicher, siehe oben N. 221 zum OLG Frankfurt/Main)

351 Vgl. *Kuntz*, WM 2007, 432, 434: „[E]inem inländischen Anleger fällt die Rechtsverfolgung leichter, wenn er auf sein Heimatrecht zurückgreifen kann.“ Im Erg. befürwortet aber auch *Kuntz* (a.a.O. 440) eine akzessorische Anknüpfung an die Prospektpflicht.

352 So *Junker* RIW 2010, 257, 264.

353 Überblicke bei *Jäger*, DAJV-NL 2010, 64, 68; *Junker*, RIW 2010, 257, 264, m.w.N..

354 So bereits *Kronke* (oben N. 218) 309: „[T]here seems to be evidence that only large and sophisticated institutional investors take notice of the contents of a prospectus anyway.“

355 So jeweils Erwgr. 6 Rom I-VO bzw. Rom II-VO.

Emittenten ermöglicht. Ebenso räumt Art. 16 I Alt. 1 EuGVO dem geschädigten Verbraucher die Befugnis ein, seine Ansprüche auch am Sitz des Unternehmers zu verfolgen. Ein starres Gleichlaufprinzip müsste hier zu einer Beschneidung der Wahlbefugnis des Klägers führen, eine Einschränkung, die aber dem Regelungsziel, den Kapitalanleger in seiner Eigenschaft als schwächere Partei zu schützen, zuwiderliefe.

### (3) Akzessorische Anknüpfung an die Prospektpflicht

Schließlich ist fraglich, ob die Marktortanknüpfung dem Konzept eines gemeinsamen europäischen Marktes für Kapitalanlagen gerecht wird oder ob diese Anknüpfung nicht vielmehr erneut zu einer unerwünschten Fragmentierung der EU in nationale Teilmärkte führt. Das Konzept des „Europäischen Passes“ nach der Prospekt-RL beruht in materiellrechtlicher Hinsicht auf dem Herkunftslandprinzip (siehe oben b)). Dieses Prinzip legt indes, wenn man es für das Kollisionsrecht weiterdenkt, eher eine über Art. 4 III 2 Rom II-VO erfolgende akzessorische Anknüpfung der Prospekthaftung an das Recht nahe, aus dem sich die Prospektpflicht ergibt<sup>356</sup>. Der harmonisierte Rechtsbestand hinsichtlich der Prospektpflicht und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, entsprechende Haftungsvorschriften vorzuhalten (Art. 6 I Prospekt-RL), gewährleisten, dass insoweit in der EU kein „race to the bottom“ droht<sup>357</sup>.

Gegen eine akzessorische Anknüpfung an die Prospektpflicht nach der Prospekt-RL spricht allerdings, dass sie eine Spaltung des Kollisionsrechts bedingt, wenn gegenüber Emittenten aus Drittstaaten wie den USA an der stärker am Anlegerschutz orientierten Erfolgsort- oder Marktortanknüpfung (im Sinne des Erwerbssortes) festgehalten wird<sup>358</sup>. Eine solche Lösung, wird eingewandt, sei mit der Rechtsnatur der Rom II-VO als *loi uniforme* unvereinbar<sup>359</sup>. Unter umgekehrtem Vorzeichen finden sich Stimmen, welche die akzessorische Anknüpfung auch auf Drittstaatenemittenten ausdehnen wollen. So wird zum Teil eine akzessorische Anknüpfung bei einer Anerkennung eines Drittstaatenprospekts als gleichwertig nach Art. 20 Prospekt-RL bejaht<sup>360</sup>. Hieran kann man aber zweifeln, weil das ausländische Prospekthaftungsrecht im Rahmen dieser Äquivalenzprüfung keine Rolle spielt. Ferner wird eine allgemeine Anknüpfung der Prospekthaftung an den Sitz auch eines drittstaatlichen Emittenten befürwortet, weil die Prospekthaftung ein Teil der externen Corporate Governance sei<sup>361</sup>. Diese Argumentation kehrt im praktischen Ergebnis zu einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation der Prospekthaftung zurück. Es erscheint jedoch wenig konsistent, eine solche dogmatische Einordnung der Prospekthaftung abzulehnen, um die Hürde des Art. 1 II lit. d Rom II-VO zu überwinden (siehe oben a)), sodann jedoch das Personalstatut des Emittenten gewissermaßen „durch die Hintertür“ allgemein für maßgebend zu erklären. Im Falle eines cross-listing eines europäischen Emittenten in den USA wird vereinzelt eine alternative Anknüpfung an das Markt- oder Personalstatut befürwortet<sup>362</sup>. Eine solche Lösung stünde aber zu grundlegenden Wertungen der Rom II-VO, die sich

356 Zur akzessorischen Anknüpfung an die Prospektpflicht siehe die Nachweise in N. 346.

357 Zutreffend *Benicke* (oben N. 315) 36.

358 *Junker*, RIW 2010, 257, 264.

359 *Junker*, RIW 2010, 257, 264.

360 Näher *Benicke* (oben N. 315) 37; *Kuntz*, WM 2007, 432, 439 f.

361 *Hellgardt/Ringe*, ZHR 173 (2009) 802, 826 ff.

362 *Hellgardt/Ringe*, ZHR 173 (2009) 802, 833 f.

vom herkömmlichen deutschen Günstigkeitsprinzip *in favorem laesi* ganz überwiegend verabschiedet hat<sup>363</sup>, in Widerspruch.

Es ist schließlich trotz des Charakters der Rom II-VO als *loi uniforme* nicht schlechthin unzulässig, zwischen EU-/EWR-Emittenten einerseits, solchen aus Drittstaaten andererseits zu differenzieren. Soweit durch Richtlinien angeglichenes Recht betroffen ist, unterscheidet das europäische Kollisionsrecht nicht nur im Verbrauchervertragsrecht (siehe zu Art. 46b EGBGB oben II 2 d)), sondern auch im Deliktsrecht schon heute zwischen Mitglied- und Drittstaaten, so in Art. 14 III Rom II-VO. Diese Vorschrift errichtet eine Rechtswahlshranke für rein innereuropäische Fälle, d.h. Konstellationen, in denen alle Sachverhaltselemente in einem oder mehreren Mitgliedstaaten belegen sind. Bei dieser Sachlage kommen, ebenso wie bei Verträgen nach Art. 3 IV Rom I-VO, ungeachtet der Rechtswahl der Parteien die (intern) zwingenden Vorschriften des Unionsrechts zur Anwendung, bei Richtlinien ggf. in der durch die *lex fori* gewählten Umsetzung. Die Schaffung eines europäischen Rechtsraums kann es folglich rechtfertigen, vom Grundgedanken der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen, der dem klassischen Kollisionsrecht zugrunde liegt, Ausnahmen zu machen, denn die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten stehen uns in einem gemeinsamen Kapitalmarkt vielfach inhaltlich näher als diejenigen dritter Staaten.

#### f) *Punitive Damages und ordre public*

Während in den EU-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrensrecht zunehmend auf eine *ordre public*-Klausel verzichtet wird<sup>364</sup>, stellt die Rom II-VO in Art. 26 einen solchen Vorbehalt weiterhin auf. Dieser Unterschied ist dadurch zu erklären, dass nach den verfahrensrechtlichen Verordnungen nur Titel aus anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen sind, während nach Art. 3 Rom II-VO ggf. auch drittstaatliches, z.B. US-amerikanisches Recht, Anwendung findet, dem man nicht ohne Weiteres einen Vertrauensvorschuss einräumen kann. Im Gegensatz zum autonomen deutschen IPR (Art. 40 III Nrn. 1 u. 2 EGBGB) enthält die Rom II-VO zwar keine spezielle Abwehrklausel gegenüber US-amerikanischen *punitive* und *treble damages* mehr<sup>365</sup>. Erwgr. 32 Rom II-VO stellt indes klar, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten entsprechende Formen des Strafschadensersatzes weiterhin als mit der öffentlichen Ordnung der *lex fori* unvereinbar einstufen dürfen<sup>366</sup>. Wenn hinreichende Berührungspunkte zu den USA bestehen, welche die Anwendung US-amerikanischen Haftungsrechts rechtfertigen, wird allerdings zumeist auch eine internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte bestehen (näher unten IV 4), so dass die Frage des *ordre public* nicht im Rahmen der Anwendung US-amerikanischen Rechts durch deutsche Gerichte, sondern erst bei der Anerkennung US-amerikanischer Urteile (§ 328 I Nr. 4 ZPO) aktuell wird<sup>367</sup>.

363 Näher v. *Hein*, *RabelsZ* 2009, 461, 478.

364 EuVTVO (Verordnung [EG] Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels, ABl. EU 2004 Nr. L 143, S. 15); EuMVVO (Verordnung [EG] Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. 2006 Nr. L 399, S. 1); EuBagatellVO (Verordnung [EG] Nr. 861/2007 zur Einführung eines Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. EU 2007 Nr. L 199, S. 1); siehe jetzt auch den EuGVO-E, KOM(2010) 748 endg.

365 Zum Verlauf der Gesetzgebung v. *Hein*, *VersR* 2007, 440 f.

366 Näher *Calliess/v. Hein* (oben N. 323) Art. 26 Rom II-VO Rz. 1 ff.

367 Hierzu grundlegend *BGH* 4. 6. 1992, *BGHZ* 118, 312.

### g) Verbleibender Spielraum des autonomen IPR

Soweit die Bereichsausnahmen in Art. 1 II litt. c, d Rom II-VO eingreifen, gilt das oben (II 2 a)) zur Rom I-VO Gesagte entsprechend. Im Übrigen spielen die Artt. 40–42 EGBGB im internationalen Kapitalanlegerschutz außer für Altfälle praktisch keine Rolle mehr.

## IV. Forum Shopping in den USA

### 1. Die bisherige Bestimmung des internationalen Anwendungsbereichs des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts

Die USA verfügen bislang ebenso wenig wie die EU über ein Gesetz, das in systematisch kohärenter und erschöpfender Weise den internationalen Anwendungsbereich kapitalmarktrechtlicher Normen regelt. Sowohl der Securities Act<sup>368</sup> von 1933 als auch der Securities Exchange Act<sup>369</sup> von 1934 beschränken sich auf sachrechtliche Regelungen und behandeln innerstaatlichen und internationalen Wertpapierhandel grundsätzlich gleich<sup>370</sup>. Der internationale Anwendungsbereich dieser Vorschriften wurde bislang von den Gerichten und der SEC im Wege der Auslegung bestimmt<sup>371</sup>. Hierbei war die Maxime zu beachten, dass von einer Vermutung für die nicht-extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auszugehen sei („presumption against extraterritoriality“)<sup>372</sup>. Repräsentativ für dieses methodische Vorgehen ist z.B. folgende Urteilspassage:

„Ein Auslegungsgrundsatz ist, dass Gesetze des Kongresses nur innerhalb des territorialen Zuständigkeitsbereichs der Vereinigten Staaten angewendet werden wollen, wenn nicht ein anderer Wille deutlich wird. Der Kongress befasst sich vorrangig mit inländischen Verhältnissen. Der [Securities Exchange] Act bekräftigt diese Auslegung, indem er in Section 30(b) seinen Anwendungsbereich auf Rechtsgeschäfte innerhalb der Vereinigten Staaten beschränkt.“<sup>373</sup>

Zivilrechtliche Haftungstatbestände US-amerikanischen Rechts konnten dessen ungeachtet grundsätzlich auch auf Transaktionen an ausländischen Handelsplätzen angewendet werden, wenn die haftungsauslösende Handlung, etwa die Verbreitung fehlerhafter Informationen, in den USA vorgenommen worden (Conduct Test) oder dort der schädigende Erfolg zulasten amerikanischer Anleger eingetreten war (Effects Test)<sup>374</sup>.

368 15 U.S.C. §§ 77a–77mm (2004), abrufbar unter <[www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf](http://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf)>.

369 15 U.S.C. §§ 78a–78mm (2004), abrufbar unter <[www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf](http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf)>.

370 Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen näher *Kersting*, ZIP 2003, 233, 235.

371 Näher *H. Buxbaum*, IPRax 2003, 78, 80.

372 Konzis zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen der „presumption against extraterritoriality“ *H. Buxbaum*, IPRax 2003, 78, 80; ausführlicher *Knox*, Am. J. Int. L. 104 (2010) 351 ff.; zur aktuellen Entwicklung auf verschiedenen Rechtsgebieten (u.a. Terrorismusbekämpfung, Kartellrecht, Insolvenzrecht) siehe die Beiträge „Developments in the Law – Extraterritoriality“, Harv. L. Rev. 124 (2011) 1226 ff., alle m.w.N. zur US-amerikanischen Judikatur.

373 *Kook v. Crang*, 182 F.Supp. 388 (390 f.) (S.D.N.Y. 1960), hier in der Übersetzung von *Göthel*, IPRax 2001, 411, 413; siehe im gleichen Sinne *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.* 519 F.2d 974, 985 (2d. Cir. 1975).

374 Ausführlich hierzu *Göthel*, IPRax 2001, 411, 413 f.; *Haß/Zerr*, RIW 2005, 721, 724; *Patterson*, Fordham L. Rev. 74 (2005) 213–256; *Shirley*, B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 27 (2004) 501, 519 f., alle m.w.N. zum reichhaltigen amerikanischen Case Law; ferner *H. Buxbaum*, IPRax 2003, 78, 81.

Angesichts der Globalisierung des Kapitalmarkts wurde jedoch in zunehmendem Maße zweifelhaft, welches Gewicht die Vornahme einzelner Handlungen in den USA oder die Spürbarkeit einzelner Auswirkungen auf den US-amerikanischen Markt haben musste, um den Anwendungsbereich des dortigen Rechts zulasten ausländischer Emittenten zu eröffnen. Eine klare und für ausländische Emittenten vorhersehbare Linie ließ sich der Rechtsprechung nur bedingt entnehmen<sup>375</sup>.

## 2. Die neue Rechtsprechung des U.S. Supreme Court

Der U.S. Supreme Court hat jüngst in der auch in Deutschland vielbeachteten Rechtsache *Morrison* die bisher großzügig dimensionierte extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auf ausländische Emittenten erheblich eingeschränkt<sup>376</sup>; Verklagen australische Kapitalanleger eine australische Aktiengesellschaft wegen eines Anlagebetruges aufgrund des Erwerbs von Wertpapieren an einer australischen Börse, findet das US-amerikanische Kapitalmarkthaftungsrecht hierauf keine Anwendung, auch wenn der Betrugsvorwurf mittelbar auf Vorgänge bei einer US-amerikanischen Tochtergesellschaft der Beklagten gestützt wird<sup>377</sup>. Maßgebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts sei vielmehr – sofern das fragliche Wertpapier nicht an einer US-Börse notiert sei – der Ort, an dem die fragliche Transaktion vorgenommen worden sei, im gegebenen Fall also Australien<sup>378</sup>. Diese restriktive Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung dürfte deutschen Emittenten zumindest teilweise die Sorge nehmen, von deutschen Kapitalanlegern in den Vereinigten Staaten wegen Sachverhalten verklagt zu werden, die allenfalls einen peripheren Bezug zu den USA haben.

Aus kollisionsrechtsdogmatischer Sicht ist die Klarheit zu begrüßen, mit der die Mehrheitsmeinung des Supreme Court Versuchen eine Absage erteilt, aus einem rein materiellrechtlichen Gesetz einen versteckten kollisionsrechtlichen Anwendungswillen zu ermitteln. Dass derartige unilaterale, statuentheoretische Ansätze ins Abseits führen, ist in Deutschland seit *Carl-Georg von Wächters* bahnbrechender Aufsatzreihe im AcP 1841/42 Gemeingut der IPR-Dogmatik<sup>379</sup>. Nun spricht sich auch in den USA Justice *Scalia* deutlich gegen „judicial-speculation-made-law“ aus: „[D]ivining what Congress would have wanted if it had thought of the situation before the court“ ist kein Weg, der zu vorhersehbaren und rechtssicheren Kollisionsnormen führt<sup>380</sup>. Der US-amerikanische Gesetzgeber ist folglich zum Handeln aufgefordert. Das *Morrison*-Urteil bildet daher einen wichtigen Markstein auf dem Weg zu einer größeren Orientierung des US-amerikanischen Kollisionsrechts an gesetzlichen Regeln statt an bloß richterrecht-

---

375 Ebenso *Kaal/Painter*, ECFR 8 (2011) 77, 78, die von einer „inkonsistenten“ Rechtsprechung reden und das Fehlen einer „bright-line rule“ beklagen; s. auch *Stephan*, 49 I.L.M. 1217 (2010): „[C]ourts were engaged in improvisation without a clear mandate from Congress.“

376 *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*, 130 S.Ct. 2869 = 177 L.Ed.2d 535 = 49 I.L.M. 1220 (2010); besprochen von *Lehmann*, RIW 2010, 841 ff.; *Kaal/Painter*, ECFR 8 (2011) 77 ff.; *Mankowski*, NZG 2010, 961 ff.; *Stephan*, 49 I.L.M. 1217 ff. (2010).

377 *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.* (vorige Note).

378 *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*, 130 S.Ct. 2869, 2884.

379 v. *Wächter*, AcP 24 (1841) 230; 25 (1842) 1; 25 (1842) 361.

380 *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*, 130 S.Ct. 2869, 2881.

lichen „Approaches“<sup>381</sup>. Insoweit schließt sich der Kreis zur Paradigmen-Diskussion auf der Kölner Tagung<sup>382</sup>.

### 3. Reaktion des US-amerikanischen Gesetzgebers

Der Kongress hat im Dodd-Frank Act von 2010 umgehend auf die neue Rechtsprechung des Supreme Court reagiert<sup>383</sup>. Mit Section 929 P dieses Gesetzes wird die Entscheidung in der Sache *Morrison* für den Bereich des öffentlichen Kapitalmarktrechts wieder eingeschränkt: Für Klagen der SEC<sup>384</sup> wird in Bezug auf die internationale Zuständigkeit („extraterritorial jurisdiction“) am herkömmlichen conduct/effects-Test festgehalten, wodurch nach überwiegender Meinung auch das anwendbare (öffentlich-rechtliche) Kapitalmarktrecht angeknüpft wird<sup>385</sup>. In Bezug auf Haftungsklagen von Privatpersonen sieht das Gesetz hingegen vor, dass die SEC vor weiteren legislativen Maßnahmen eine juristische und ökonomische Studie durchführen soll (Section 929 Y des Dodd-Frank Act). In diesem Rahmen soll die SEC prüfen, ob ein privates Klagerecht auf jeden Kapitalanleger ausgedehnt werden oder ob es nur institutionellen Investoren zugestanden werden soll, welche Auswirkungen ein privates Klagerecht auf die internationale *Comitas* hätte, wie das ökonomische Kosten- und Nutzen-Kalkül ausfällt und ob ein strengerer Maßstab für die Anwendung des privaten Haftungsrechts angebracht ist. Diese Studie soll spätestens 18 Monate nach der Verabschiedung des Dodd-Frank Act, also voraussichtlich im Januar 2013, vorgelegt werden. Insoweit bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber auch in Bezug auf Privatklagen zum conduct/effects-Test zurückkehren oder ob er sich stärker an dem von Justice *Scalia* entworfenen, transaktionsbasierten Ansatz orientieren wird. Für die letztgenannte Lösung lassen sich diejenigen Argumente anführen, die auch in der europäischen und deutschen kollisionsrechtlichen Diskussion für eine stärkere Ausrichtung der Anknüpfung auf den betroffenen Markt geltend gemacht werden (siehe oben III 2 e) cc) (2)) – ebenso allerdings die unter dem Blickwinkel des Kapitalanlegerschutzes dagegen erhobenen Bedenken<sup>386</sup>. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Justice *Scalia* den von ihm favorisierten transaktionsbezogenen Ansatz nicht als eine „Segelanweisung“ für den Gesetzgeber konzipiert hat, sondern als eine bloße Auffangregel, die im Falle gesetzgeberischer Untätigkeit eingreift. Das verfassungsmäßige Recht des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des US-amerikanischen Kapitalmarkthaftungsrechts weiter zu ziehen als im Sinne einer solchen Minimallösung, hat auch der Supreme Court nicht bestritten<sup>387</sup>.

---

381 Hierzu bereits *Kropholler/v. Hein*, From Approach to Rule-Oriented in American Tort Conflicts?, in: *Nafziger/Symeonides* (Hrsg.), Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honor of Arthur T. von Mehren (2002) 317 ff.

382 Zum Kollisionsrecht siehe die Beiträge von *Michaels* und *Wendehorst* in diesem Band.

383 Wall Street Reform and Consumer Protection Act, H.R. 4173, 111th Cong. (2010).

384 Zum Begriff der „civil action“ im US-amerikanischen Recht siehe oben II 1 a).

385 Einzelheiten sind str., näher *Kaal/Painter*, ECFR 8 (2011) 77, 92 ff.; *Stephan*, 49 I.L.M. (2010) 1217, 1219.

386 Siehe das Minderheitsvotum von Justice *Stevens*, *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*, 130 S.Ct. 2869, 2895; zur Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt des Anlegers und des Emittenten siehe oben III 2 e) aa); relativierend zu den „Schutzlücken“ eines rein transaktionsbezogenen Ansatzes aber *Mankowski*, NZG 2010, 961, 965.

387 So auch *Lehmann*, RIW 2010, 841, 849.

#### 4. Auswirkungen auf die EU und Deutschland

Zu prüfen bleibt, welche Auswirkungen die *Morrison*-Entscheidung auf die EU und Deutschland hat. Zunächst sollten die Europäer die Chance nutzen, ihre Vorstellungen in dem bevorstehenden US-amerikanischen Gesetzgebungsverfahren zur Geltung zu bringen. Der Fall *Morrison* bietet ferner einen Anlass, sich von der irrigen Vorstellung zu verabschieden, US-amerikanische Gerichte seien erpicht darauf, dass ausländische Emittenten von ausländischen Kapitanlegern in den USA verklagt würden<sup>388</sup>. Vielmehr zeigt das Urteil eine grundsätzlich begrüßenswerte Tendenz, den internationalen Anwendungsbereich des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auf Fälle mit einer realen Anknüpfung zu den USA zu beschränken. Insoweit wäre es ein willkommenes Signal im Sinne einer transatlantischen Abrüstung, wenn der deutsche Gesetzgeber bei der im Jahre 2012 anstehenden, endgültigen Evaluation des KapMuG die generelle Anerkennungsverweigerung gegenüber US-amerikanischen Class-Action-Urteilen aufgeben würde. Zudem wäre es wünschenswert, wenn die EU auch in Bezug auf die Anerkennung von drittstaatlichen Urteilen aus Sammelklageverfahren zu einer einheitlichen Position finden würde.

---

388 Vgl. zu den Befürchtungen des deutschen Gesetzgebers bei der Vorbereitung des KapMuG oben III 1 c) aa).

# Thesen

*zum Referat von Prof. Dr. Jan von Hein, Universität Trier*

1. Die indirekte und dezentrale Regulierung der internationalen Finanzmärkte durch die grenzüberschreitende Geltendmachung der Ansprüche geschädigter Kapitalanleger bildet grundsätzlich eine sinnvolle Ergänzung und Entlastung öffentlich-rechtlicher Aufsichtsmechanismen.

2. Die neuere Rechtsprechung des BGH zum international-verfahrensrechtlichen Kapitalanlegerschutz weist eine anlegerfreundliche Tendenz auf, die sich insbesondere an drei Punkten zeigt:

- der autonomen Qualifikation von Ansprüchen aus Schutzgesetzverletzung (§ 823 II BGB i.V.m. § 32 KWG) und aus c.i.c. als vertraglich,
- der großzügigen Handhabung der internationalen Zuständigkeit für deliktische Ansprüche am Handlungsort in Fällen arbeitsteiliger Tatbegehung,
- der Bejahung einer internationalen Zuständigkeit für deliktische Ansprüche am Erfolgsort in Fällen der Überweisung des Anlagekapitals vom Wohnsitz des Geschädigten.

Es ist im Interesse der europäischen Rechtseinheit zu wünschen, dass der BGH insofern noch öfter als bisher seiner Vorlagepflicht an den EuGH (Art. 267 III AEUV) nachkommt.

3. Die Beschränkung des spezifischen verfahrensrechtlichen Schutzes nicht-professioneller Kapitalanleger auf vertragliche Ansprüche (Artt. 15 ff. EuGVO) sollte im Zuge der Revision der EuGVO überdacht werden. Sofern der Anbieter seine Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Kapitalanlegers ausrichtet, erscheint dort auch für außervertragliche Ansprüche (Delikt, c.i.c.) eine internationale Zuständigkeit unter näher zu bestimmenden Voraussetzungen grundsätzlich angemessen.

4. Die von der EU-Kommission vorgeschlagene Ausdehnung des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs der EuGVO (Art. 5 Nr. 3, Artt. 15 ff.) auf Beklagte mit Wohnsitz in Drittstaaten (wie z.B. den USA) ist zu begrüßen. Fortbestehende Defizite sind hinsichtlich der europäischen Regulierung von Gruppenklagen festzustellen.

5. Die in Art. 6 IV litt. d und e Rom I-VO getroffenen Bereichsausnahmen vom kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz für bestimmte kapitalmarktrechtliche Vertragstypen sind redaktionell verbesserungsfähig, aber in der Sache berechtigt. Art. 15 EuGVO sollte im Zuge der Revision entsprechend angepasst werden.

6. Die Beschränkung auf den Erfolgsort im europäischen Internationalen Deliktsrecht (Art. 4 I Rom II-VO) erzwingt keine Aufgabe des Ubiquitätsprinzips im Internationalen Zivilverfahrensrecht (Art. 5 Nr. 3 EuGVO).

7. Die Ausweichklausel des Art. 4 III Rom II-VO ermöglicht zwar eine deliktstypspezifische Konkretisierung der Anknüpfung, z.B. für die internationale Prospekthaftung; eine klare Regelung in der VO ist aber de lege ferenda wünschenswert. Diese sollte zumindest für EU-Emittenten zu einem Gleichlauf von Prospektpflicht und -haftung führen.



8. Die Restriktion des internationalen Anwendungsbereichs des zivilen US-amerikanischen Kapitalmarktrechts durch die neuere Rechtsprechung des Supreme Court (*Morrison v. National Australia Bank*) mindert die Anreize zum Forum Shopping und ist daher zu begrüßen. Die EU bzw. die Bundesrepublik sollten ihre Vorstellungen in das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren einbringen. Die generelle deutsche Anerkennungsverweigerung gegenüber US-amerikanischen Urteilen aufgrund von class actions (§ 328 I Nr. 1 i.V.m. § 32b I ZPO) wird zwar durch die geplante Revision der EuGVO nicht tangiert, ist aber angesichts der neueren Rechtsprechung des Supreme Court überzogen.

9. Der klassische multilaterale Ansatz des europäischen Kollisionsrechts (generell-abstrakte Bestimmung der engsten Verbindung des Sachverhalts) ist der herkömmlichen unilateralen US-amerikanischen Herangehensweise (Feststellung des Anwendungsbereichs im Einzelfall „vom Gesetz her“) grundsätzlich überlegen. Er ist daher auch einer anzustrebenden Vereinheitlichung des internationalen Kapitalmarktdeliktsrechts, etwa im Rahmen der Haager Konferenz, zugrunde zu legen.

## Summary

### *Financial Crisis and the Conflict of Laws*

*Prof. Jan von Hein, University of Trier*

1. The indirect and decentralized regulation of international financial markets by way of private investors who have suffered losses and institute civil transnational litigation complements and supports supervisory mechanisms rooted in public law.
2. The most recent case law of the German Federal Court of Justice concerning the protection of investors by means of civil procedural law is marked by a tendency favouring investors. This can be shown by three developments of the court's jurisprudence:
  - (1) The autonomous characterization of claims rooted in domestic tort law (§ 823(2) of the German Civil Code in connection with § 32 of the German Banking Act) and in *culpa in contrahendo* as contractual within the meaning of the Brussels I/Lugano-régime;
  - (2) The generous affirmation of jurisdiction in tort cases which involve a plurality of tortfeasors;
  - (3) The affirmation of jurisdiction under Article 5(3) Brussels I if the victim has transferred sums of money from a bank account located in his or her own country of habitual residence.

With regard to a uniform interpretation of the Brussels I/Lugano rules, it is desirable that the Federal Court of Justice would resort more frequently to referring cases to the Court of Justice of the European Union (Article 267(3) TFEU).

3. The restriction of consumer protection to contractual claims under the Brussels I-Regulation (Articles 15–17) should be reconsidered in the course of the on-going revision of the Regulation. When a professional directs his or her activity to the state where the consumer is domiciled, it is appropriate to extend the court's jurisdiction to claims rooted in tort law or *culpa in contrahendo*.
4. The extension of the Brussels I-Regulation (Article 5 no. 3, Article 15) to defendants domiciled in third states (e.g. the United States) is to be welcomed. Deficits remain with regard to the European regulation of class or group actions.
5. The capital market-related exceptions from the Rome I rules on consumer protection show a potential for linguistic improvement, but they are substantially adequate and justified. They should be extended to Article 15 of the Brussels I-Regulation as well.
6. The fact that European private international law opts for the place of damage as the single decisive connecting factor for torts (Article 4(1) Rome II) does not necessarily require giving up the principle of ubiquity developed by the CJEU with regard to Article 5 no. 3 of the Brussels I-Regulation.
7. The escape clause contained in Article 4(3) Rome II allows for the development of an adequate conflicts rule for international prospectus liability and other types of market-related torts; nevertheless, a precise black-letter rule would be desirable for reasons of legal certainty. With regard to EU issuers, such a rule should be based on a

harmony between the law governing the issuer's obligation to issue a prospectus and the law governing the issuer's civil liability.

8. The most recent case law of the U.S. Supreme Court (*Morrison v. National Australia Bank*) curtails the extraterritorial reach of U.S. securities law and thus reduces the incentives for forum shopping, which is to be welcomed. The EU and the FRG should make their voice heard in the course of the pending U.S. legislation on this matter. The fact that Germany generally refuses to recognize U.S. class action judgments against German issuers pursuant to § 32b(1) of the Code of Civil Procedure is left untouched by the revision of the Brussels I-Regulation; yet it is no longer convincingly justifiable in light of this case law.

9. The classic multilateral approach of European private international law (general and abstract legal rules based on the principle of proximity) is, generally speaking, superior to the traditional U.S.-American unilateral approach (determination of the spatial reach of substantive laws by courts in a variety of cases). It should be the preferred method when it comes to an international unification of private international law governing securities torts, e.g. within the framework of the Hague Conference.



# Diskussion

*zu den Referaten Weiss und von Hein*

**Frau Coester-Waltjen:** Meine Damen und Herren, vielen Dank, dass Sie wieder in die Arena gekommen sind, sozusagen zum letzten Kampf. Ich habe bereits einige Wortmeldungen. Herr Michaels, Sie haben sich als Erster zu Wort gemeldet.

**Herr Michaels:** Ja, danke. Ich habe eine Frage - theoretisch für beide, aber praktisch wahrscheinlich hauptsächlich für Jan von Hein. Gestern habe ich Frau de Wet gefragt, ob nicht das Kollisionsrecht besser geeignet wäre, mit dem Pluralismus umzugehen, als die Wiener Vertragsrechtskonvention. Heute andersherum die Frage, ob das Kollisionsrecht als klassisches Verweisungsrecht wirklich geeignet ist, mit diesen Fragen des Finanzmarktrechts umzugehen?

Und das aus zwei Gründen. Erstens: Du beginnst mit „regulation through litigation“, Savigny's Verweisungsrecht hat nun aber gerade eine Idee der Litigation, die nicht Regulation ist und knüpft auch aufgrund anderer Gedanken als regulatorischer Ansätze an. Da fragt sich, ob das passt?

Und der zweite Grund ist dieser: Herr Weiss, schlägt eine Weltfinanzordnung vor, weil er das Problem als globales konzeptualisiert. Wir haben einen globalen Finanzmarkt und globale systemische Krisen, und dafür brauchen wir globale Lösungen. Das Verweisungsrecht ignoriert das und versucht, die Regelung dieser globalen Probleme bestimmten Staaten zuzuweisen. Du hast den U.S. Supreme Court sehr dafür gelobt, dass er sich darauf beschränkt, das US-Recht innerterritorial zu lassen und nicht global regulierend tätig zu sein, mit dem Argument im Urteil, dass es eine Vermutung gegen extraterritoriale Anwendung gibt. Tatsächlich wirft das Gericht in den ersten 20 Seiten 40 Jahre Rechtsprechung über Bord und sagt: Handlungs- und Erfolgsort sind zu komplizierte Tests: wir brauchen diese Vermutung gegen Extraterritorialität. Und dann braucht es aber 20 Seiten, um zu definieren, ob der konkrete Sachverhalt eigentlich intraterritorial oder extraterritorial ist. Das Problem ist also, dass diese Zuordnung überhaupt nicht mehr möglich ist, weil wir es mit globalen Problemen zu tun haben. Und deshalb die Frage: kann man das tatsächlich mit Verweisungsrecht, mit historisch apolitischem Verweisungsrecht machen, oder muss man darüber nicht anders nachdenken? Völlig paradigmatisch anders, um auf gestern zurückzukommen.

Und noch kurz zu Deiner Referenz auf Wächter: Wächter hätte mit Sicherheit US-Recht angewandt. In dem Fall hätte er mit Sicherheit auf dem Anwendungsbefehl des eigenen Rechts bestanden. Danke.

**Herr Kämmerer:** Wir haben zwei sehr gehaltvolle und anregende Vorträge erlebt. Wenn ich mich heute nur zu Herrn Weiss äußere, dann deswegen, weil sein Thema mir fachlich näher steht. Herausgreifen möchte ich dessen Idee einer „World Finance Organization“. Ich gehe davon aus, dass es hierbei nicht um Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften im zwischenstaatlichen Verkehr, sondern dass ihre Angleichung, möglicherweise ihre Bildung überhaupt zur Debatte steht. Der Gedanke ist für sich genommen reizvoll und scheint Unterstützung zu verdienen, insbesondere weil wir

durchaus Vorbilder auf europäischer Ebene haben. Hier sind als Element der Vergangenheitsverhinderung, um Ihren schönen Begriff aufzugreifen, jüngst Finanzaufsichtsbehörden geschaffen worden. Ob und wie sie funktionieren werden, wird man sehen müssen. Aber immerhin gibt es sie, wenn auch erst nach einem sehr langen Kampf, der jetzt noch einmal auf globaler Ebene geführt werden müsste. Insofern wird man vielleicht nicht allzu hohe Erwartungen an eine solche Weltorganisation stellen dürfen. Der Vorschlag, eine internationale Kartellbehörde zu schaffen, ist ja auch schon im Ansatz gescheitert.

Meine Fragen betreffen die Ausgestaltung. Was soll die „World Finance Organization“ nach Ihrer Vorstellung leisten, und was kann sie leisten? Die erste Frage betrifft ihren Zuständigkeitsbereich. Die Finanzkrise ist ja doch ein relativ komplexes Phänomen, sie ist eine Governance-Krise, eine Liquiditätskrise, sie ist mittlerweile eine Staatsschulden- und Währungskrise geworden. (In Parenthese: Wäre das dann nicht doch eine Aufgabe für den IWF?) Staatliches und privates Handeln greifen ineinander, so dass geklärt werden muss, welche Akteure die Organisation überhaupt überwachen und kontrollieren und wer ihr gegenüber informationspflichtig sein soll.

Die zweite Frage betrifft die materiellrechtlichen Maßstäbe. Herr von Hein hat ja schon dargelegt, dass sie teilweise selbst auf europäischer Ebene fehlen. Wir haben einen Mangel an übergreifenden Regeln; sie müssten, jedenfalls sofern sie nicht soft law sein sollen, wie es in einigen Bereichen durchaus schon in relativ fortgeschrittener Form besteht, mit Hilfe dieser Organisationen selbst geschaffen werden. Aber es gibt auch einen Mangel an Konsens über die Notwendigkeit bestimmter Regeln. Das Beispiel der Leerverkäufe ist hier ja schon genannt worden. Und wenn es der neuen Organisation doch gelingt, Regeln zu schaffen, wie werden die dann umgesetzt? Gibt es ein Endorsement-Verfahren? Das wäre die eine Möglichkeit. Oder sie setzt Leitlinien, was allerdings kein wesentlicher Gewinn im Verhältnis zu dem wäre, was wir schon haben. Oder sie unterbreitet Vorschläge für internationale Übereinkünfte, die durch die Mitgliedstaaten umgesetzt würden. Dann bleibt aber stets die Frage, ob man tatsächlich zu einem materiellen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten kommt, oder ob am Ende nicht doch eine Vereinbarung von Minimalstandards und damit, zumindest besteht diese Gefahr, ein „race to the bottom“ stattfindet. Für Koordination wäre eine internationale Organisation natürlich immer ein geeignetes Forum.

Dritter und letzter Aspekt: Die Finanzmarktkrise ist ja doch mit einer gewissen Plötzlichkeit in Erscheinung getreten. Die Probleme waren da, aber sie wurden mit einem Schlag für alle Beteiligten erkennbar. Dies zeigt, wie rasch reagiert werden muss. Nötig ist also eine Finanzfeuerwehr, und könnte eine World Finance Organization diesem Anspruch gerecht werden? Die EU versucht es nun mit einem Ausschuss für Systemrisiken. Auch hier wird man abwarten müssen, ob er rechtzeitig erkennt, dass es irgendwo brennt. Wenn dies tatsächlich geschieht, hat beispielsweise die europäische Aufsichtsbehörde ESMA als letzte Möglichkeit Durchgriffsbefugnisse und kann die nationalen Aufsichtsbehörden ausbremsen. Ich befürchte, dass eine internationale Organisation auf Weltebene so etwas nicht leisten könnte.

**Herr Krajewski:** Ich möchte mich auch für zwei exzellente Referate bedanken. Ich habe auch jeweils eine Frage zu den Referaten. Erstmal zu dem Referat von Herrn Weiss und da speziell zu dem Zusammenhang von Handel und Finanzen oder genauer vielleicht zur Handelsliberalisierung und Finanzen. Das ist, glaube ich, in den Diskus-

sionen bislang noch etwas unterbelichtet gewesen. Du hattest den Stiglitz-Report kurz angesprochen, der ja auch heute Morgen schon einmal angesprochen wurde. Dort steht der Satz, dass die Handelsliberalisierung in der WTO und auch in den regionalen Abkommen durchaus zu der Krise beigetragen hat. Das kann man sicherlich anders sehen, aber die erste Frage wäre, gibt es da empirische Untersuchungen? Wie könnte man das untersuchen? Wenn das so ist, finde ich, muss man sich das Strukturmodell der WTO, der Handelsliberalisierung anschauen, das ja auf dem Gedanken beruht, „Liberalisierung auf internationaler Ebene, Regulierung auf nationaler Ebene“. Und das führt in der Begrifflichkeit von Karl Polanyi zu „Disembedded Markets“. Im WTO-Annex zur Finanzdienstleistung wird das ganz ausdrücklich auch so gesehen: Die Mitgliedstaaten können „Prudential Regulations“ nutzen; Die Mitgliedstaaten können also regulieren, aber sie können es eben auch bleiben lassen. Das heißt, wir haben auf internationaler Ebene keinerlei Verpflichtungen auf irgendein Regulierungsmodell. Das ist bei Finanzdienstleistungen anders als im Bereich der Telekommunikationsliberalisierung, wo nämlich durch das „Reference Paper“ Regulierung und Liberalisierung jedenfalls teilweise verknüpft wird. Und da wäre jetzt meine Frage: Ist es im Rahmen der WTO, oder im Rahmen von regionalen Handelsabkommen denkbar, dass man im Rahmen eines solchen „Reference Paper for Financial Services“ einen gewissen Zusammenhang zwischen Liberalisierung und Regulierung auf internationaler Ebene herstellt, um ein „Reembedding of Markets“ zu erreichen?

Die zweite Frage betrifft die erste These von Herrn von Hein: Sie haben gesagt, dass die grenzüberschreitende Geltendmachung der Ansprüche geschädigter Kapitalanleger eine Ergänzung und Entlastung öffentlich rechtlicher Aufsichtsmechanismen darstellen kann. Da stellt sich mir die Frage, wie war das denn eigentlich ganz konkret bezogen auf die Finanzmarktkrise? Wenn ich das richtig erinnere, hatte von den drei Beispielen, die Sie genannt haben, nur der letzte Fall einen Bezug zur Finanzkrise. Vielleicht habe ich den Sachverhalt auch nicht richtig verstanden. Es würde mich interessieren, ob es empirische Erkenntnisse darüber gibt, inwieweit die Form der Geltendmachung von Ansprüchen durch die Anleger als Krisenprävention oder als Krisenbewältigung wirken kann. Wie muss man sich die Wirkungsmechanismen vorstellen, wenn man annimmt, dass hier eine Ergänzung und Entlastung von Aufsichtsmechanismen stattfindet? Danke schön.

**Herr Martenczuk:** Auch ich möchte mich für diese sehr anregenden Vorträge zu den Auswirkungen der Finanzkrise bedanken, die es erlauben, diese Phänomene einmal stärker wissenschaftlich zu reflektieren, auf die wir in der Praxis in Brüssel eher reagieren müssen.

Ich hätte drei Anmerkungen, die allesamt die Regelungsebene betreffen und insofern vorrangig das Referat von Herrn Weiss, teilweise aber auch das von Herrn Tietje.

Zuerst möchte ich die Frage aufwerfen, ob es wirklich realistisch ist, zu erwarten, dass man auf multilateraler und insbesondere auf globaler Ebene adäquate Regelungsansätze finden kann, etwa durch die Schaffung einer International Financial Organization oder auch durch eine Stärkung der UNO. Man darf nicht vergessen, dass die Fragen, die wir hier diskutieren, seien es jetzt die Finanzmarktregulierung, die Stärkung der Haushaltsdisziplin von Staaten oder die Währungspolitik, Fragen sind, die die wirtschaftspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten der Staaten und damit den Kernbereich der Souveränität sehr stark betreffen. Und wir haben es natürlich, wenn wir uns auf

globaler Ebene bewegen, mit einer sehr heterogenen Gruppe zu tun, die es fraglich erscheinen lässt, ob man sich da auf einen praktikablen gemeinsamen Nenner einigen kann, der dann auch adäquate Lösungen bietet.

Die zweite Anmerkung betrifft spezifisch die WTO. Ich glaube, die WTO ist gerade eine Organisation, die dieses Problem illustriert. Die WTO hat ja bereits einige Regeln, die durchaus relevant gewesen wären für die Finanzkrise, insbesondere das Abkommen über Subsidies und Countervailing Measures, das Regeln über staatliche Beihilfen enthält, die Auswirkungen auf den Güterhandel haben. Das Subsidies-Abkommen verbietet im Prinzip solche Beihilfen und hat kaum Ausnahmeregelungen. Die Regelungen über „Non-actionable Subsidies“ sind 2000 ausgelaufen, weil man sich nicht über Kategorien zulässiger Beihilfen einigen konnte. Das bedeutet, dass die Finanzhilfen, die die EU, aber natürlich auch die Vereinigten Staaten und viele andere Wirtschaftspartner für die Realwirtschaft gewährt haben, alle potentiell angreifbar gewesen wären. Angegriffen hat sie allerdings keiner, aus gutem Grunde natürlich. Man hat letztlich die Regelung der WTO in diesem Bereich für den Augenblick ignoriert. Was nicht unbedingt ein gutes Zeichen für die Regelungseffizienz der WTO oder des internationalen Rechts in dieser Krise ist.

Dritte Anmerkung: Ich denke, wenn wir von einem Mehrebenensystem sprechen, dann dürfen wir auch die regionale Ebene nicht vergessen. Vielleicht sollten wir hier – auch wenn es sich natürlich nicht genuin um Völkerrecht handelt – die Lehren berücksichtigen, die sich aus der Bewältigung der Krise auf europäischer Ebene ergeben. Was das Europäische Beihilfenrecht angeht, haben wir da seit 2008 relativ erfolgreich an der Bewältigung und Kanalisierung der Beihilfen an Unternehmen des Finanzsektors und auch anderer betroffener Sektoren gearbeitet. Ich denke, das ist eher eine Erfolgsgeschichte gewesen, die bemerkenswert ist, wenn man die Auswirkungen und die Spannungen, die diese Krise gezeitigt hat, bedenkt. Nun befinden wir uns im zweiten Stadium der Krise und hier ist der Prozess jetzt natürlich noch im Gange und der Ausgang bleibt offen. Ich denke, wir sind auf einem ganz guten Weg; die Union und die Mitgliedstaaten haben die soweit erforderlichen Maßnahmen getroffen, aber man sieht doch auch hier, dass, sobald es um Fragen der Haushaltspolitik oder der Koordinierung der Wirtschaftspolitik geht, selbst im Rahmen der EU die Widerstände noch erheblich sind. Es ist ja schon bemerkenswert, dass – unter anderem auf Betreiben Deutschlands – z.B. die EFSF, die European Financial Stability Facility, eben nicht direkt im Rahmen der Union, sondern in intergouvernementaler Form, das heißt, unter Rückgriff auf die Mechanismen des Völkerrechts, geschaffen wurde. Auch hier zeigen sich die realen Widerstände, die es gegen effektive internationale Regulierung weiterhin gibt, selbst in einem Kreis, im Vergleich zur internationalen Gemeinschaft insgesamt noch relativ homogen ist. Vielen Dank.

**Herr Remien:** Meinem ehrlichen Dank für zwei interessante Referate möchte ich unmittelbar zwei kurze Anmerkungen folgen lassen.

Die eine Anmerkung richtet sich eigentlich an praktisch alle Redner der zwei Tage, oder jedenfalls des heutigen Tages. Herr Sandrock hat heute Morgen das Wort Staatskonkurs angesprochen. Da denkt man natürlich erst mal an den Argentinien-Fall und andere Fälle. Wenn man ein bisschen Skeptiker ist und kein absoluter Optimist, dann kann man ja überlegen, ob das nicht auch innerhalb der Europäischen Union heute ein Thema ist, über das man nachdenken könnte. Das heißt, es ist ja nicht vollkommen



ausgeschlossen, vielleicht freundlich formuliert, dass vielleicht auch ein europäischer Mitgliedstaat irgendwann sagen muss, wir können unsere Schulden nicht mehr bedienen und dass der dann eine entsprechende Maßnahme erlässt. Dann könnte er wahrscheinlich mit seinen Gläubigern verhandeln, wahrscheinlich kann er es auch mit vielen tun, möglicherweise aber nicht mit allen, denn die können in allen Teilen der Welt sitzen. Deshalb meine Frage: Müsste man dann nicht darüber nachdenken, dass eventuell ein solcher Staat, falls es dazu kommen sollte – ich will nicht schwarz malen, aber ich will auch nicht beschönigen, ich stelle trotzdem die Frage –, dass der dann eben eine legislative Maßnahme erlässt, die die Schulden reduziert oder ein Zahlungsverbot oder dergleichen enthält und dann stellt sich ja die Frage, die kollisionsrechtliche Frage, vielleicht aber auch völkerrechtliche Frage – ich denke sie betrifft insoweit uns alle –: Wie ist in anderen Mitgliedstaaten und in anderen Staaten diese staatliche Maßnahme eines EU-Mitgliedstaates zu würdigen? Das würden wir, die IPRler, wahrscheinlich unter Maßstäben der Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom-I-Verordnung erörtern. Das ist mit vielen Problemen verbunden, die will ich im Augenblick hier gar nicht weiter ausführen. Aber müsste man dann, wenn das nicht absolut unreal ist, was ich frage, nicht auch überlegen, ob man möglicherweise eine europarechtliche oder völkerrechtliche Regelung zur Verstärkung, internationalen Absicherung und Anerkennung eines solchen nationalen, legislativen Moratoriumszahlungsverbots oder Schuldenschnittsmaßnahme erlässt? Das wäre meine Frage, für die ich auch für jede Antwort dankbar wäre.

Die andere Frage betrifft Jan von Hein und diese Gerichtsstandsfälle, die finde ich alle hoch interessant, spannend, ich kannte viele von denen noch nicht. Ich finde die an sich auch gut entschieden im Grunde genommen, nur ein kleiner Punkt, in dem ich über einen Dissens nachdenke: nämlich bei dem Luganer-Übereinkommen, da neige ich zu der Theorie: das Luganer-Übereinkommen ist in Konformität mit der EuGVVO – ich habe das eine V nicht gestrichen bei mir – auszulegen. Und deshalb würde ich da sagen, wie bei der überschießenden Richtlinienumsetzung kann ich auch bei einem Auslegungsproblem zum Luganer-Übereinkommen eine Auslegungsvorabentscheidungsfrage zur gleichlautenden EuGVVO an den EuGH stellen. Aber vielleicht irre ich mich auch da. Danke schön.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank Herr Remien. Jetzt wird Herr Weiss zunächst einmal auf die an ihn gestellten Fragen antworten und dann bitte Sie, Herr von Hein.

**Herr Weiss:** Ja, danke recht herzlich für die interessanten Fragen. Ich werde, so gut ich das vermag, versuchen, auf sie im Einzelnen einzugehen. Herr Kämmerer war der Erste, der die Frage gestellt hat: was soll denn so eine WFO überhaupt tun? Gute Frage. Gewissermaßen nützlich wäre meiner Meinung nach so eine Organisation nur dann, wenn sie die in den verschiedenen Märkten vorzufindenden Unterschiede, auch wissenschaftliche, mathematisch-statistische Unterschiede, bei der Erstellung von Standards, sei es der Risikobewertung von diversen Instrumenten, sei es bei der Festlegung der Indikatoren wann gewisse Krisenmaßnahmen ausgelöst werden sollen und so weiter, dass man diese Unterschiede, die ja zum Teil dafür verantwortlich sind, dass verschiedentlich reagiert wird und keine einheitliche Vorgangsweise möglich ist, dass man die, soweit möglich, harmonisiert. Bei jeder Harmonisierung ist selbstverständlich immer die Gefahr gegeben, dass man letztlich auf dem geringsten gemeinsamen Nenner harmonisiert und der möglicherweise dann auch nicht wirklich taugt. Aber wenn es so etwas gibt wie *optimal regulation* und man sich darüber verständigen könnte, worin sie

besteht, so schiene mir das eine lohnende Aufgabe für so eine Organisation, bzw. für die *best scientific practice*, die sie sich „einkaufen“ könnte.

Ich weiß zufällig aus dem Privatbereich, wie das z.B. bei Banken läuft, in den Abteilungen, die mit Risikobewertung zu tun haben.. Dort sind die besten Mathematiker tätig, die sie sich einkaufen können, und erstellen Modelle, immer wieder angepasste neue Modelle. In ihrer Arbeit sind sie natürlich mit anderen vernetzt. Dann werden diese Ergebnisse den übergeordneten Managern vorgelegt, die sie dann in den Papierkorb werfen. Ich weiß nicht, ob der Herr Tichy noch da ist, – nein, nicht der Herr Tietje, der Herr Tichy, der sich sehr für das Denken auch der Rechtsberater im österreichischen Außenministerium eingesetzt hat. – Lachen im Publikum -

Ich stelle mir das so vor wie bei Rechtsberatern. Die sagen was möglich ist und das sind die *red lines* und so weiter. Und der Minister verwirft das. So soll sich der Herr Westerwelle, wie mir jemand in der Kaffeepause gestern gesagt hat, über alles hinweggesetzt haben, was ihm von seinem Außenministerium auf der Reise nach New York mitgegeben worden war. Ich weiß nicht, ob das stimmt. So etwas darf nicht sein. Das heißt, es darf die *best scientific practice available* – und das mag sich natürlich ständig ändern, die muss multilateral und, soweit das möglich ist, objektiv abgeklärt werden – nicht willkürlich missachtet werden. Und dafür, dh um ein solches Verhalten zu verhindern, könnte glaube ich eine Organisation taugen. Im CERN, zufällig fällt mir das jetzt ein, geht es auch nicht darum, dass man da sagt: Bei mir sind die Partikel aber anders, als bei Ihnen am Monitor. Da sind Wissenschaftler tätig, die eine gemeinsame Sprache, gemeinsame Konzepte, gemeinsame Standards (be)achten und entwickeln. Und so etwas stelle ich mir vor. Übrigens ist es nicht so revolutionär, als es vielleicht zunächst aussehen mag. Wir alle kennen den Codex Alimentarius und fühlen uns irgendwie rückversichert, wenn wir die Gewissheit haben, dass unsere Lebensmittel nach den *best scientific practices* – durch die Codex Alimentarius-Kommission - beurteilt, eingeordnet und gewährleistet sind. In der EU-Freizügigkeitsrichtlinie (auch Unionsbürgerrichtlinie, Niederlassungsrichtlinie, 2004/38) gibt es einen Verweis auf WHO-Standards zur Beurteilung dessen, was ein EU-Mitgliedsland gegenüber reisewilligen EU-Bürgern als Ausnahme von der Freizügigkeit in Anspruch nehmen kann. Was ist eine Krankheit mit epidemischem Potenzial, was sind durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten? Dies festzustellen ist nicht dem einzelnen EU-Mitgliedsland vorbehalten, sondern einem objektiven Rechtsinstrument der WHO zu entnehmen. Wo das definiert wird, wie man das definiert, das ist eine Frage der Ausformung, eine wie mir scheint, geeignete Aufgabe, beispielsweise für so eine Organisation, bei deren Lösung man sich dann auch über divergierende transatlantische Praktiken, Präferenzen und Konflikte einigen müsste. Ob es gelingt, weiß ich nicht. In Wettbewerbsfragen, insbesondere bei Fusionskontrolluntersuchungen gibt es bereits seit 1991 ein bilaterales Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA (mittlerweile auch mit Kanada, Japan und Korea) um sowohl der Europäischen Kommission als auch den US Behörden eine auf „best practice“ beruhende, das heißt sachlich fundierte Entscheidungsfindung zu ermöglichen. So etwas Ähnliches stelle ich mir vor, Herr Kämmerer. Ich weiß nicht, ob das Ihre Frage auch nur im Entferntesten beantwortet.

Herr Krajewski. Sie sind der Experte, was Dienstleistungen betrifft, und Sie kennen den Zusammenhang zwischen Liberalisierung und Regulierung sehr gut. Den Zusammenhang muss es geben, das ist ganz klar. Ob man, ich glaube es war Ihre These, mit der WTO das Auslangen findet, ist zweifelhaft. Innerstaatliche Regelungen („domestic

regulation“) bleibt weitgehend autonom, wenn auch in mancher Hinsicht diszipliniert durch objektive und durchschaubare Kriterien, die nicht belastender sind als nötig, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten. Genau diese Freiheit, auch wenn sie dort verbrieft ist, hat ja zum Teil dazu geführt, dass es unterreguliert oder gar nicht reguliert war. Das ist tatsächlich die Frage. Mir scheint nur allgemein, dass die Benutzung alter Instrumente, was ich so als das „Ancien Regime“ bezeichnet habe, fragwürdig geworden ist. Die sind müde geworden, auch unter den Anfechtungen der Regierungen, die sie errichtet haben. Diese wiederum beleben zu wollen und ich glaube, das war jemandes Frage, schiene mir nicht zielführend.

Herr Martenczuk, Sie haben drei sehr interessante Anmerkungen gemacht. Die erste war mit der Frage verbunden: Ist das realistisch? Gewiss nicht. Im Moment ist es nicht realistisch, aber wenn Sie sich ansehen, wie vor 2 Wochen noch die Einstellung gegenüber AKWs hier und da und dort ausgesehen hat und wie sie jetzt aussieht. Jetzt spricht man von europaweiter Standardisierung, Stresstests oder wie auch immer, es interessieren ja nur noch Vokabeln. Es bedarf vielleicht des Anhaltens der Krise. Vielleicht kommt sie noch einmal zurück mit noch größerem Eklat, man weiß es nicht. Aber das schiene mir der Anlass, ernstlich über solche Dinge nachzudenken. Dazu kommt noch, ich wollte es erwähnen, habe es aber vergessen, dass die jeder internationalen Institutionalisierung gegenüber feindlich eingestellte Bush-Regierung ja weg ist. Übrigens, nach 2007 hat es die ersten Kontakte zwischen Europa und den Vereinigten Staaten gegeben, inklusive der Möglichkeit, wie man das gemeinsam angeht. Und die Bush-Regierung hat gesagt: internationale Instrumente kommen nicht in Frage. Das mag sich geändert haben. Das ändert sich auch unter dem Eindruck von weiteren Erfahrungen und so weiter, also ganz ausschließen würde ich es nicht, aber wenn Sie mich direkt fragen, ist es realistisch? Reagan hat gesagt: keine WTO, dann ist sie gekommen. Bush hat das gleiche gesagt: das kostet Geld, brauchen wir nicht. Sie erinnern sich, das ist eine konsistente Linie der Vereinigten Staaten gewesen, geht zurück bis auf die Zeit der Commodity – Agreements. Es hieß ideologisch fest: Das brauchen wir alles nicht. Dann kamen sie doch, z.B. für Kaffee, Kakao usw., ich brauch Ihnen das nicht in Erinnerung zu rufen. Mittlerweile ist es vielleicht anders geworden, also ganz so unrealistisch mag es vielleicht doch nicht aussehen. Aber es ist im Moment wirklich nicht ernstlich in den Diskussionen. Das stimmt.

**Frau Coester-Waltjen:** Gut. Herr von Hein, etwas Realismus. - Lachen - Etwas Realistisches.

**Herr Weiss:** Privatrechtler können das.

**Herr von Hein:** – Lacht –

Legal Realism hat andere Konnotationen.

Vielen Dank für die Fragen. Wenn Sie gestatten, werde ich sie in der umgekehrten Reihenfolge beantworten, also zunächst mit Oliver Remiens Frage zum Lugano-Übereinkommen und zur Auslegungskompetenz anfangen. Hier müssen wir drei Szenarien unterscheiden. Zum einen gibt es das neue Lugano-Übereinkommen von 2007, das von der Europäischen Union mit den EFTA-Staaten, ausgenommen Liechtenstein, abgeschlossen wurde. Dieses Übereinkommen ist zwar ein Staatsvertrag, aber als ein Staatsvertrag, der von der Europäischen Union abgeschlossen worden ist – beziehungsweise

damals von der EG, deren Rechtsnachfolgerin jetzt die EU ist –, Teil des Unionsrechts; insoweit hat der EuGH auch für dieses neue Lugano-Übereinkommen nach ganz einheitlicher Ansicht die Auslegungskompetenz. Also brauchen wir insoweit gar keine Parallelen zur überschießenden Richtlinienumsetzung zu ziehen. Schwierig ist allerdings die Frage, ob auch dänische Gerichte vorlegen können, denn Dänemark ist zwar auch Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens, aber als eigenständiger Staat, nicht als durch die EU repräsentiertes EU-Mitglied, weil Dänemark an der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht partizipiert. Daraus wird der Schluss gezogen, soweit sich überhaupt jemand bisher in der Literatur dazu geäußert hat, dass dänische Gerichte keine Vorabentscheidungsersuchen stellen können, weil das Lugano-Übereinkommen dort nicht als Unionsrecht, sondern nur als konventioneller Staatsvertrag gilt. Das halte ich persönlich für eine sehr enge Sichtweise. Diese Frage sollte man teleologisch im Sinne der Entscheidungsharmonie großzügiger handhaben, zumal es auch ein Parallelabkommen mit Dänemark gibt, mit dem die Geltung der EuGVO auf Dänemark erstreckt worden ist. Darin ist auch eine besondere Auslegungskompetenz des EuGH vorgesehen, sodass auch dänische Gerichte zur EuGVO Vorabentscheidungsersuchen stellen können. Warum sollen sie es dann nicht auch für das Lugano-Übereinkommen von 2007 tun dürfen? Aber das ist, wie gesagt, bisher noch nicht abschließend geklärt.

Das sind die zwei Szenarien zum geltenden Lugano-Übereinkommen von 2007. In Bezug auf das Lugano-Übereinkommen von 1988, das derzeit noch im Verhältnis zu Island fortgilt, ist es so, dass es sich in der Tat um einen konventionellen Staatsvertrag handelt, der nicht von der damaligen europäischen Gemeinschaft abgeschlossen wurde, sondern von den einzelnen Mitgliedstaaten. Dieser Staatsvertrag ist nicht unionisiert und wird es auch nicht werden; also hat der Europäische Gerichtshof für ihn keine Auslegungskompetenz. Das erklärt wiederum, warum in den Altfällen zum Lugano-Übereinkommen, auf die ich in meinem Vortrag eingegangen bin, der BGH diese Sachen nicht vorlegen konnte. Rechtspolitisch ist das natürlich bedauerlich; nicht zuletzt deshalb hat man auch beim neuen Lugano-Übereinkommen den Weg des Abschlusses über die EU gewählt, damit auch die Frage der Auslegungskompetenz geklärt ist. Aber ich glaube nicht, dass man rückwirkend an dieser Rechtslage jetzt noch etwas ändern kann, auch wenn sich dies theoretisch eventuell durch eine Parallele zur überschießenden Richtlinienumsetzung begründen ließe. Ich sehe durchaus, dass man das so machen könnte, aber ich glaube nicht, dass der EuGH nun gewissermaßen „auf den letzten Metern“, nachdem man 20 Jahre lang gesagt hat wir haben keine Auslegungskompetenz, dass er das jetzt noch für irgendeinen Altfall ändern wird, zumal Island möglicherweise demnächst auch der Europäischen Union beitreten wird. So einen Paradigmenwechsel in der Abendstunde eines Staatsvertrages – insofern bin ich dann doch Legal Realist – würde ich nicht erwarten.

Zweiter Punkt: Staatsinsolvenz. Natürlich wäre es wünschenswert, wenn man dafür Regeln hätte. Wer daran intensiv arbeitet ist der Kollege Christoph Paulus, nicht Andreas Paulus, der hier bei unserer Tagung ist oder war, sondern der Insolvenzrechtler von der Humboldt-Universität, und verschiedene andere Leute auch - das sind aber sehr diffizile Fragen. Insoweit möchte ich jetzt nicht ad-hoc, aus dem hohlen Bauch irgendeine Prognose abgeben, wie die weitere Entwicklung verlaufen wird. Man könnte sich natürlich vorstellen, wenn tatsächlich in Griechenland ein Staatsnotstand eintreten sollte, dass dies ähnliche Rechtsfragen aufwerfen würde, wie wir sie auch bei der Argentinienkrise gesehen haben. Dort hatten wir das Phänomen, dass Argentinien sagte: Wir

können nicht mehr zahlen; das ist ein Staatsnotstand. Unter anderem hat Argentinien sich dann auch auf Artikel VIII Abschn. 2 lit. b des IWF-Abkommens berufen, was aber die deutschen Gerichte abgelehnt haben mit der Begründung, es ist keine Devisenkontrollbestimmung im Sinne des IWF-Abkommens, wenn ein Staat einfach sagt, er könne nicht mehr zahlen und deshalb herrsche ein Staatsnotstand. Insofern gilt auch unter Staaten das, was wir alle im allgemeinen Schuldrecht gelernt haben: „Geld hat man zu haben.“ Dieser Ansatz hilft also nicht weiter. Bei den Einzelfragen, wie ist es z.B. mit den Anleihen, muss man natürlich sehr genau prüfen, was in den Anleihebedingungen steht, welches Recht gilt, wie die Anleihen strukturiert sind und so weiter. Aber ebenso wie es bei großen privaten Schuldern sinnvoll ist, geordnete Insolvenzverfahren zu haben, ist es natürlich auch für staatliche Schuldner *de lege ferenda* wünschenswert. Ob man sich allerdings in der Europäischen Union in näherer Zukunft darauf einigen wird, weiß ich nicht. Denn dies wäre auch ein Signal an die Märkte, dass man ernsthaft damit rechnet, demnächst könnte ein EU-Mitgliedstaat insolvent werden. Vielleicht spricht dies unter Aspekten politischer Klugheit dann doch eher dafür, dass man die Frage der Staateninsolvenz rechtlich etwas im Ungefähren lässt. Aber ansonsten wäre es natürlich wünschenswert, wenn man dazu klarere Regeln hätte.

Dann zu Herrn Krajewski, zur Anmerkung zu meiner These 1: Wie sind die empirischen Zusammenhänge zwischen der Finanzkrise und den Fällen? Aktuelle empirische Untersuchungen speziell zu der Frage, ob und inwieweit sich die Finanzkrise von 2008 auf die Litigation, auf die Prozessführung oder auf die Häufigkeit der Prozesse ausgewirkt hat, gibt es meines Wissens noch nicht. Ich kann ihnen nur sagen, dass ich als jemand, der diese Rechtsprechung zumindest in Deutschland recht aufmerksam verfolgt, weil ich auch einen Kommentar zu den maßgeblichen Vorschriften schreibe, schon den Eindruck habe, dass in den Jahren 2009/2010 doch signifikant mehr Fallmaterial angefallen ist als in den Jahren davor. Man merkt doch, dass einige komplexe Finanzprodukte, z.B. irgendwelche Call-Options-Konstruktionen usw., Derivate, die man an gutgläubige Verbraucher verkauft hat, jetzt infolge der Krise nicht mehr funktionieren und dass es dann zu Prozessen kommt, vor allem gegen die Finanzdienstleister, gegen die Vermittler, gegen die Anlageberater und so weiter. Das sind also schon Ausläufer dieser Krise, die die Gerichte derzeit bewältigen. Darüber hinaus gibt es natürlich auch zahlreiche Prozesse um die Lehman-Zertifikate in Deutschland, die auch an zum Teil private Anleger veräußert worden sind. Soweit ich das überblicke, geht es dort bislang aber um Klagen gegen deutsche Finanzdienstleister und insofern ist natürlich klar, dass, wenn ein Anleger von einem deutschen Finanzdienstleister so ein Papier erwirbt, deutsches Recht gilt und auch eine Zuständigkeit in Deutschland gegeben ist. Diese Fälle sind also, was die Aufklärungspflichten usw. angeht, materiellrechtlich komplex, aber kollisionsrechtlich und international-zivilverfahrensrechtlich nicht problematisch, weil der Rechtsstreit, um den es geht, der Rechtsstreit zwischen einem deutschen Kunden und seiner Bank, als solcher kein grenzüberschreitender Rechtsstreit ist, auch wenn das zugrunde liegende Zertifikat einen Bezug zu den USA aufweist.

Aber die Frage nach der Empirie, d.h. ob dieses Konzept der „Regulation through Litigation“ auch empirisch aufgeht, ist natürlich berechtigt. Dazu gibt es in den USA bereits eingehende Studien. Der von mir schon zitierte Viscusi und andere haben sich damit eingehend beschäftigt. Ich weiß, Rainer Kulms hat diese Fragen damals im Zuge eines Max-Planck-Gutachtens für das BVerfG, an dem ich auch beteiligt war, zusammen mit Herrn Hopt sehr eingehend aufbereitet, wie insoweit der empirische Stand

ist. Also meine ich, das man auch empirisch nachweisen kann, dass dieses Konzept, wenn die Instrumente vorhanden sind, wenn es reizvoll ist für Kläger so vorzugehen, wenn die Bündelungsmöglichkeiten bestehen, wenn keine allzu großen Kostenrisiken bestehen, dass dann auch solche Klagen eingereicht werden und dass diese eine gewisse marktdisziplinierende Wirkung haben. Das Problem ist natürlich auf der anderen Seite, wie man diese Anreize schafft, aber zugleich das Missbrauchspotenzial ausschaltet. Das sieht man auch in den USA und kann dies auch empirisch belegen: Es gibt natürlich Missbrauch bei der Securities Class Action. Es gibt Klagen, die substanzlos sind, die nur eingereicht werden, um ein gewisses Erpressungspotenzial zu erzielen. Und hier muss man natürlich aufpassen, dass man nicht bei der Indienstnahme des Privat- und Prozessrechts für regulierende Zwecke übersteuert. In diesem Bereich hat es in den vergangenen Jahrzehnten in den USA einige Reformen gegeben, speziell im Bereich der Securities Litigation, aber auch im Bereich der allgemeinen Class Action, namentlich durch den Class Action Fairness Act. Auch in den USA ist man sich des Problems bewusst.

Ich komme zu Ralf Michaels; das waren drei Fragen. Ich gehe sie der Reihe nach durch. Zum einen die Frage: Ist das Verweisungsrecht für das Finanzmarktrecht geeignet? Wenn man sagt: „Regulation through Litigation“, nimmt man das Privatrecht für regulatorische Zwecke in Anspruch und die Frage war, ob darauf noch dieses Savigny'sche Paradigma passt, das auf der Fungibilität, auf der Neutralität der Sachrechtsordnung, basiert. Unmittelbar, unmodifiziert passt es darauf nicht, weil wir hier eine gewisse Aufladung des Kollisionsrechts vornehmen, um es für regulatorische Zwecke in Anspruch zu nehmen. Aber ich denke, das klassische Verweisungssystem ist flexibel genug, um solche regulatorischen Zwecke zu integrieren, ohne dass man gleich das ganze Paradigma im Sinne eines politisierten, quasi öffentlich-rechtlichen Kollisionsrechts ablöst. Das sehen wir z.B. auch in der Rom II-Verordnung bei Umweltschäden. Dort haben wir ein Wahlrecht des Geschädigten. Das wird in der Präambel mit dem Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus gerechtfertigt. Insoweit kann der Geschädigte sich aussuchen, ob er am Handlungs- oder am Erfolgsort klagt, ob er Ansprüche nach dem Recht des Handlungsortes, also dem Standort der emittierenden Anlage oder nach dem Recht des Erfolgsorts, also dort, wo der Schaden eingetreten ist, geltend machen will. Dieses Optionsrecht rechtfertigt man gerade dadurch, dass man sagt, dieses Wahlrecht schaffe einen Anreiz für den Schädiger, ein möglichst hohes Niveau des Umweltschutzes einzuhalten, das dann auch einem Allgemeininteresse diene. Wir sind aber trotzdem eigentlich noch im Verweisungsparadigma: Wir fragen nicht, wie wir die Anwendungsproblematik etwa im öffentlich-rechtlichen Bereich regeln würden, wir fragen nicht nach dem Anwendungswillen irgendwelcher zivilrechtlicher Umweltschutzhaftungsnormen, sondern wir treffen eine kollisionsrechtliche Entscheidung. Nur bauen wir in die kollisionsrechtliche Entscheidung dieses materiell-rechtliche Element als determinierend ein. Beim Verbraucherschutz ist es auch ähnlich. Grundsätzlich sind wir neutral und sagen, auch der Verbraucher kann mit dem Unternehmer eine Rechtswahl treffen, aber wir ziehen ein Mindestniveau ein: Der Schutzstandard des Wohnsitzstaates darf nicht unterlaufen werden. Insofern denke ich, dass das Verweisungsparadigma, um bei diesem Begriff zu bleiben, durchaus offen ist für solch eine Aufladung mit regulatorischen Zwecken, aber diese führt nicht zu einer vollständigen Ablösung des klassischen Paradigmas, sondern eher zu einer evolutionären Modernisierung.

Dann zum U.S. Supreme Court: Ich finde die Entscheidung Morrison nach wie vor richtig, weil in der Tat die Rechtsunsicherheit, zu der der Conduct and Effects-Test geführt hat, doch beachtlich war und aus meiner Sicht die Rechtsprechung des Second Circuit in gewisser Weise auf einem problematischen Ansatz beruht, in dem Sinne, dass man fragt, was ist der extraterritoriale Geltungswille dieser Norm, also Rule 10b-5, der Vorschrift gegen Kapitalanlagebetrug, und im direkten Ansatz knüpft man sodann akzessorisch auch die zivilrechtlichen Haftungsvorschriften an. Das ist aber zumindest aus europäischer Sicht eine Stufe zu undifferenziert. Denn auch wenn man das private Haftungsrecht für regulatorische Zwecke in Dienst nimmt, heißt das ja nicht, dass das private Haftungsrecht dadurch in öffentliches Recht transformiert wird und dass allein deshalb die Anknüpfungsregeln, die für öffentliches Recht gelten, zugleich für das private Recht passen. Denn bei den Haftungsansprüchen greifen auch andere Erwägungen ein, z.B.: wo typischerweise Beweismittel zu erwarten sind, die wir brauchen, um so einen Anspruch nachzuweisen. Wo besteht ein Gerichtstand, der so nah zum Geschädigten ist, dass man erwarten kann, dass er dort auch seine Ansprüche durchsetzt? Und findet dieses Recht dann auch Anwendung, damit den Parteien die Kosten der Fremdrechtsanwendung möglichst erspart bleiben? All diese Punkte bedingen andere Abwägungen, als wir sie bei der Frage stellen, ob ein öffentlich-rechtliches Gesetz auf einen bestimmten Sachverhalt angewendet werden soll. Insofern ist die jüngste Entwicklung in den USA wie folgt verlaufen: Der Supreme Court hat entschieden, der Conduct and Effects-Test, der diese Fragen miteinander vermengt, ist zu undifferenziert, und der Gesetzgeber hat jetzt darauf reagiert, indem er festgelegt hat: Wir behalten den Conduct and Effects-Test im öffentlichen Recht für Klagen der SEC bei, aber für zivilrechtliche Fragen gibt die SEC eine Studie in Auftrag. Und diese Studie soll Folgendes analysieren: Erstens die Aspekte von Recht und Ökonomik, also Cost-Benefit-Analysis: Ist es wirtschaftlich sinnvoll, diesen Conduct and Effects-Test auch auf private Haftungsansprüche auszudehnen? Zweitens sollen die Aspekte der International Comity, der Comitas, Berücksichtigung finden. Und das sind doch im Grunde ganz klassische Fragen, wie wir sie auch im europäischen Kollisionsrecht stellen. Ich räume ein: Savigny hat nicht von Law and Economics gesprochen. Aber das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs und der dadurch geförderten Rechtssicherheit sowie die Vorteile für den Handel, die daraus hervorgehen, das finden wir alles schon bei Savigny. Wenn man das, was er dann noch über christliche Gesittung schreibt, weglässt, ist das schon sehr modern, was man dort im System des heutigen römischen Rechts findet.

Schließlich zu Carl-Georg von Wächter. Von Wächter hätte natürlich die *lex fori* angewandt. Das stimmt. Savigny hätte es aber auch gemacht, weil Savigny der Meinung war, das Deliktsrecht sei so eng mit dem Strafrecht verzahnt, dass man dort die allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätze, die er selbst entwickelt hat, nicht anwenden könnte. Aber das ist gerade ein Punkt, der ein bisschen ironisch ist, weil von Wächter und Savigny das moderne Kollisionsrecht gewissermaßen begründet haben, aber gerade im internationalen Deliktsrecht allein die *lex fori* für maßgebend erklärten. Allerdings haben sie damit schon ihre Zeitgenossen nicht überzeugt. Schon wenige Jahre später hat Carl Ludwig von Bar das in Bausch und Bogen abgelehnt und gesagt: Im Deliktsrecht knüpfen wir an den Tatort an, und das ist auch richtig so. Insofern finde ich es problematisch, Wächter und Savigny als Kronzeugen anzuführen, weil sie im internationalen Deliktsrecht eine Meinung vertreten haben, die – zumindest bei Savigny – zu seinem eigenen System eigentlich in Widerspruch steht, und die dann von den Jüngern

auch im Sinne der Tatortregel überwunden worden ist. Insofern sind wir heute, was das internationale Deliktsrecht anbelangt, vielleicht nicht päpstlicher als der Papst, aber savignyanischer als Savigny selbst.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank Herr von Hein. So, wir kehren jetzt wieder zurück in das Plenum. Herr Benedek bitte.

**Herr Benedek:** Ich danke Friedl Weiss für seinen Beitrag, der anfangs sehr nach britischem Pragmatismus ausgesehen hat, dann aber auch österreichische Visionen zum Thema entwickelt hat. Vielleicht kommt dies davon, weil wir aus Österreich nicht so bedeutsam sind, Mitglied der G20 zu sein, dass wir daher Zeit haben nachzudenken und solche Modelle zu entwickeln. Und es ist sicher sinnvoll Denkmodelle auszuarbeiten, anhand derer man zeigen kann, wo die Defizite liegen, und das kann dann wieder herangezogen werden, um bestehende Institutionen zu verbessern, wenn schon nicht neue Institutionen zu schaffen.

In dem Zusammenhang, zwei, drei Fragen. Die UNO hat ja im Rahmen dieser Wirtschaftskrise auch Vorschläge ausgearbeitet. Es gab dazu einschlägige Konferenzen. Diese sind mir heute noch zu kurz gekommen, somit stellt sich die Frage, wie man diese in die Überlegungen aufnimmt. Ich möchte jedenfalls darauf hinweisen.

Zur WFO im Spezielleren: ich weiß jetzt gar nicht, gibt es schon eine World Food Organization? Wäre dies geplant, wäre es auch kein Problem, weil hinsichtlich der WTO gibt es ja auch die World Tourism Organization und beide haben dasselbe Akronym. Aber wie auch immer, was könnte die neue Organisation leisten, was im Rahmen des Bestehenden nicht möglich ist? Du hast angesprochen, dass z.B. auch eine stärkere demokratische Legitimation durch den Einbezug von nichtstaatlichen Völkerrechtssubjekten oder jedenfalls nichtstaatlichen Akteuren erfolgen könnte und das wäre, aus meiner Sicht, durchaus ein interessantes Modell, das man hier ausarbeiten könnte. Denn sowohl die WTO als auch der Währungsfonds und die Weltbank haben in diese Richtung nicht sehr viel aufzuweisen. Und es fehlt ein Beratungsorgan, in dem z.B. NGOs, aber auch transnationale Unternehmen ihre Expertise einbringen können. Das ist ja etwas, worauf internationale Wirtschaftsorganisationen derzeit eher zu leichtfertig verzichten.

Ein zweiter Aspekt: Du hast über Kohärenz gesprochen. Wenn ich es richtig sehe, sollte das Problem damit gelöst werden, dass die WFO an die Spitze gestellt wird. Das erscheint mir wenig realistisch, jedenfalls kann ich mir vorstellen, dass die bestehenden Organisationen damit unglücklich sein werden. Auch stellt sich schon die Frage, auf welche Weise die Kohärenz erreicht werden soll. Jedenfalls auf der Grundlage des Multilateralismus, das erscheint mir das Entscheidende, auch Herr Hein hatte so über diesen Aspekt gesprochen. Multilateralismus versus Unilateralismus, das ist die große Herausforderung.

Aber dann vielleicht noch eine Frage: Wer wird denn innerstaatlich für diese Organisation zuständig sein? Denn wir müssen immer auch die innerstaatliche Dimension mitdenken. Und da hab ich den Verdacht, es werden unsere Finanzministerien sein, allein vom Namen her schon. Und diese haben eine andere Ausrichtung als die Außenministerien. Es ist nicht ohne Bedeutung, dass die WTO außerhalb der UN gelandet ist, weil dort die Handelsdiplomaten und nicht die Leute von den Außenministerien das Sagen haben. Daraus ergibt sich die Frage, ob die neue Organisation überhaupt



im Rahmen der Vereinten Nationen angesiedelt werden würde? Wenn nicht, wäre das eigentlich kein Fortschritt. Und das führt mich zur weiteren Frage, ob man denn nicht als Alternative besser über eine Ausweitung der Aktivitäten des internationalen Währungsfonds und der Weltbank nachdenken sollte, denn diese Organisationen gibt es schon und sie stehen ohnedies in einem ständigen Reformprozess. Da gäbe es auch weniger Widerstände, auch weil z.B. die USA dort ihre Vorrechte hat. Und Studien können diese Organisationen auf jeden Fall erstellen, sie haben genug Personal dafür. Du hast auch gesagt, sie sollten mehr tun, das heißt sie müssten letztlich die Finanzmärkte überwachen. Das wäre eine zusätzliche Verantwortlichkeit, die hier gegeben werden müsste. Zur Realisierbarkeit denke ich nochmals an die Geschichte der WTO. Da gab es auch schon jahrzehntelang vorher verschiedene blueprints, Vorschläge dafür und dann, zu gegebener Zeit, wurde das Vorhaben, für viele überraschend, verwirklicht. Auch deshalb stimme ich Dir zu, dass man eine solche Möglichkeit nie zu früh ausschließen soll. Danke.

**Herr Roth:** Herr von Hein, wenn man die regulative Funktion des Verweisungsrechts des IPR betont und dies mit der Begründung bejaht, dass das IPR die Sachnormzwecke durchsetzen soll, dann wäre meine Frage an Sie bezüglich der Anknüpfung des Kapitalmarktdeliktsrechts in der Rom-II-Verordnung: die Ausrichtung am Vermögen statt der Handlung. Steht das nicht in einem Widerspruch? Wenn man die regulative Funktion betont, würde man doch eher auf das Verhalten abstellen und daher auf den Handlungsort und nicht auf den Vermögensort. Letzterer ist doch dann eigentlich irrelevant. Das würde auch eine Brücke schlagen zu der US-amerikanischen Entscheidung, in der ja offensichtlich für die australischen Betroffenen das Vermögen, das in Australien betroffen ist, keine Rolle spielt, sondern auf die regulative Funktion des Kapitalmarktrechts abgestellt wird.

**Herr Winkelmann:** Ich glaube, ich kann mich ganz kurz fassen mit meiner Frage an Herrn Weiss. Vieles ist schon aufgenommen worden, etwa in den Beiträgen von Herrn Kämmerer und Herrn Benedek. Meine Frage betrifft die zu schaffende Weltfinanzorganisation, die Sie so kreativ vorgeschlagen haben. Für diesen Ideenreichtum meinen Respekt. Zugleich verhehle ich aber nicht meine Skepsis, ob die Schaffung einer solchen Organisation nicht mit den Mängeln behaftet wäre, die wir bei den bereits bestehenden internationalen Organisationen kennen. Wäre eine neue Organisation wirklich effektiv? Wir könnten uns ebenso einstellen auf eine lange Diskussion zur Finanzierung dieser Organisation. Weiterhin: Eine solche Organisation könnte wahrscheinlich nur im Konsens entscheiden. Schließlich: Wenn alle Staaten der Staatengemeinschaft dort vertreten wären, würden die westlichen Staaten, deren Finanzprobleme es ja derzeit zu lösen gilt, nur so gewichtig vertreten sein, wie andere Staatengruppen auch, etwa die der südlichen Hemisphäre. Würde dies letztlich der Sache hilfreich sein? Bitte entkräften Sie meine diesbezügliche Skepsis.

Ein letzter Punkt betrifft noch die Frage der Überwachung. Ich glaube, Sie sagten, so eine Organisation könnte auch eine Überwachungsfunktion übernehmen und würde sich auch dadurch auszeichnen können, dass sie Nichtregierungsorganisationen aufnehmen würde. Nun ist Überwachung bekanntermaßen eines der Dinge, die am schlechtesten bei internationalen Organisationen funktioniert. Auch die Frage, wer denn aus der Zivilgesellschaft aus Asien, Afrika oder Südamerika dort vertreten sein sollte, würde

die gleichen Probleme aufwerfen, die wir bereits vom ECOSOC und anderen Organisationen her kennen. Auch hier bleibe ich daher eher skeptisch. Danke.

**Herr Basedow:** Herr Weiss, ich stehe dem Gedanken einer solchen Weltorganisation an sich aufgeschlossen gegenüber, allerdings nur, wenn sie nicht nur eine Vergangenheitsverhinderungsorganisation sein soll, wie diejenigen des anciens régime, wie Sie das nennen. Dann wird eine solche Organisation sehr auf die Märkte und ihre Entwicklung schauen müssen: nicht nur Standards setzen, sondern eher sehen, was passiert. Wir haben ja heute von den immer wieder neuen Entwicklungen gehört. Da waren zunächst die Eurobonds, die haben plötzlich für völlig neue Verhältnisse auf den Finanzmärkten gesorgt. Später kam die Verbriefung von Konsortialkrediten. In den 90er Jahren war es dann die Securitisation. Ich kann mich erinnern, dass wir im Hamburger Max-Planck-Institut Ende der 90er Jahre eine Tagung über die UNCITRAL-Abtretungskonvention, die sich damals noch im Entwurfsstadium befand, veranstaltet haben. Bei dieser Tagung war vielen Teilnehmern noch nicht klar, was Securitisation genau bedeutet. Während der Veranstaltung ging es vor allen Dingen darum, überhaupt erst mal die vertraglichen Strukturen zu begreifen, die Verbindung von Abtretungsrecht und Gesellschaftsrecht, die in der Securitisation kombiniert werden. Über Risiken der neuen Finanztechnik hat kein Mensch gesprochen. Ähnlich geht es mit jeder Innovation auf den Finanzmärkten. Wer sich eine neue Kautelarkonstruktion ausdenkt, hat zunächst einen deutlichen Informationsvorsprung. Er kann damit Gewinne produzieren, aber produziert auch im gewaltigen Umfang Risiken. Es wäre meines Erachtens des Schweißes der Edlen Wert, dass man rechtzeitig versteht, welche Risiken mit neuen Finanztechniken verbunden sind.

Zu Herrn von Hein noch eine Bemerkung, die den Art. 15 der Brüssel-I-Verordnung, also EuGVO, betrifft: Sie sagen, diese Vorschrift finde auf Verbandsklagen keine Anwendung. Ich bin mir da nicht so ganz so sicher. Für Verbandsklagen nach dem deutschen Modell mag dies sein, aber wir befinden uns gegenwärtig in Europa ja in einer spürbaren Bewegung in Richtung kollektiver Rechtsschutz. Wenn Sie den Text des Art. 15 genau lesen, dann steht da nicht, dass eine der Parteien Partei des Vertrags sein muss, um den es in dem Verfahren geht. Ich glaube, diesbezüglich sollte man sich die Auslegung noch etwas offen halten. Und eine weitere Frage, anknüpfend auch an das, was Herr Roth sagte: Sie haben sich etwas bedeckt gehalten bei der Frage, wie Sie denn nun die Kapitalmarkthaftung anknüpfen möchten nach Art. 4 der Rom-II-Verordnung. Ich sehe einen gewissen Widerspruch zwischen denjenigen, die sich für eine Anknüpfung an das Recht des Emittenten aussprechen, und der klaren Positionierung des Art. 4 zugunsten des Rechts des Landes, wo der Schaden eintritt.

**Herr Seidel:** Martin Seidel aus Bonn. Ich bin leider aus Gründen höherer Gewalt verspätet eingetroffen, glaube aber zwei kurze Bemerkungen wagen zu dürfen. Zunächst, Herr Weiss, zu Ihren Ausführungen über die Staateninsolvenz: Die Insolvenz von Staaten besteht anders als die Insolvenz von Unternehmen nicht in der Verschönerung von staatlichem Vermögen, sondern erschöpft sich in verschiedenen Formen und in verschiedenem Ausmaß in der Beteiligung von Gläubigerstaaten oder anderer öffentlichen Gläubiger sowie aller privaten Gläubiger, d.h. der Banken, anderer Finanzinstitutionen und Privater Gläubiger der betreffenden Staatsanleihen bei einer sog. Umschuldung des zahlungsunfähigen Staates. Das gilt innerhalb der Europäischen

Union nicht nur für die diejenigen Mitgliedstaaten, die wie Ungarn, Polen, Großbritannien und andere die Einheitswährung noch nicht eingeführt haben, sondern auch für die Mitgliedstaaten der Währungszone, konkret für Griechenland und die anderen zurzeit von einem Zahlungsausfall bedrohten Staaten, deren Währung der Euro ist. Für die Abwicklung der Insolvenz eines Mitgliedstaates der Währungszone bedarf es keiner zuvor vom Unionsgesetzgeber erlassenen supranationalen Insolvenzordnung oder eines völkerrechtlichen Vertrages, obgleich eine Insolvenzordnung oder ein völkerrechtlicher Vertrag, wie die aktuelle öffentliche Diskussion bezeugt, die Umschuldung eines vom Konkurs bedrohten Staates zweifellos erleichtern würde.

Es reicht aus, dass sich die Staaten und öffentlichen Institutionen, alle Banken und sonstigen Finanzinstitute sowie alle Privatpersonen, die staatliche Anleihen des von der Insolvenz bedrohten Staates halten, wenn eine Mitgliedstaat wie Griechenland oder - im zweiten und dritten Fall - Länder wie Irland und Portugal, die Europäische Union und deren anderen Mitgliedstaaten, wie geschehen, um Finanzhilfen ersuchen, in der Hoffnung, durch eine Umschuldung zumindest einen Teil ihrer Forderungen nicht einbüßen zu müssen, zusammen mit dem von der Insolvenz bedrohten Mitgliedstaat auf eine wie auch immer geartete Umstellung der Verschuldung des von einem Zahlungsausfall bedrohten Staates formlos verständigen. Die Umschuldung kann in verschiedenster Weise ausfallen, angefangen von einer Verlängerung der Laufzeiten bis hin zu einem teilweisen Erlass der Schulden. Der Zwang zu einer Verständigung der Gläubiger ergibt sich aus den Umständen, wobei bereits eine Mehrheit der Gläubiger, ausgedrückt in ihren Forderungen, eine Verständigung gewährleistet. Dieses Verfahren ist keine Neuerung, sondern gelangt üblicherweise bei Staatskonkursen zur Geltung und wird wohl auch im Rahmen des sog. Londoner bzw. Pariser Clubs praktiziert. Die Einbindung derjenigen Gläubiger, die der Übereinkunft fernbleiben oder ihr sogar widersprechen, in eine mehrheitlich beschlossene Umschuldung wäre zwar durch eine Insolvenzordnung oder einen völkerrechtlichen Vertrag absolut gesichert, ersichtlich haben aber bislang die politischen Zwänge, die von einem mehrheitlich beschlossenen Umschuldung zu Lasten der „überstimmten“ Gläubiger den fehlenden rechtlichen Zwang ersetzen können. Hinweise auf die bisherige Verfahrenspraxis bei Staatskonkursen, die in der Vergangenheit keineswegs selten waren, geben in Deutschland die einschlägigen Gutachten der wissenschaftlichen Beiräte des Bundeswirtschafts- und Bundesfinanzministeriums, in Österreich dürfte das traditionelle Verfahren der Abwicklung von Staatskonkursen ebenfalls bekannt sein und eine Insolvenzordnung in Form eines Gesetzgebungsaktes der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages - so sinnvoll sie wären - nicht für erforderlich erachtet werden.

Die deutsche, die niederländische und die österreichische Regierung, deren Interessen übereinstimmen, haben sich bei der Aushandlung des sog. permanenten Rettungsmechanismus mit ihrer gemeinsamen Forderung nach einer Umschuldung Griechenlands im Sinne einer fünfzig- oder zumindest vierzigprozentigen Beteiligung der Gläubiger als Voraussetzung für die Gewährung weiterer Hilfsmaßnahmen nicht durchsetzen können. Abzuwarten bleibt, ob in Deutschland der Bundestag und der Bundesrat den in Brüssel beschlossenen Verzicht auf eine Umschuldung hinnehmen werden. Die in Brüssel mit Zustimmung der deutschen Regierung getroffenen Beschlüsse müssen ratifiziert werden. Zunächst muss in Deutschland der Vertrag zur Änderung des Artikels 137 des Vertrages von Lissabon förmlich ratifiziert werden. Er enthält zugunsten der an der Währungszone teilnehmenden Mitgliedstaaten die Einräumung einer Ermächti-

gung zur Errichtung des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, die hinsichtlich ihres außerordentlich weit reichenden Inhaltes und Ausmaßes durch einen zweiten – eher dem Völkerrecht zuzuordnenden - Vertrag, durch der Europäische Stabilisierungsmechanismus (ESM) dann errichtet wird, genau bestimmt ist und das Verfahren der Ratifizierung Änderungsvertrages zum Lissabon Vertrag – möglicherweise Zweidrittelmehrheit im Bundestag und im Bundesrat – bestimmt. Der Vertrag über die Errichtung des besagten Europäischen Stabilisierungsmechanismus (ESM) bedarf im Anschluss daran, wenn auch mit der Ratifizierung des Änderungsvertrages verbunden, einer gesonderten Ratifizierung nach den einschlägigen Regelungen der deutschen Verfassung. In Deutschland wird außerdem das Bundesverfassungsgericht ob bereits vierer anhängiger Individualbeschwerden gegen die Griechenlandhilfe und den Rettungsschirm und zu erwartender weiterer Individualbeschwerden nach Einbringung der beiden neuen Verträge in den Bundesrat und den Bundestag bzw. nach deren Billigung durch die beiden Gesetzgebungskammern zu den in Brüssel getroffenen Vereinbarungen, die eine Umschuldung der von einer Insolvenz bedrohten Mitgliedstaaten als Vorbedingung für weitere finanzielle Hilfeleistungen nicht vorsehen, ein Wort zu sagen haben.

Die Einholung neuer Studien über das rechtliche Erfordernis sowie über die Ausgestaltung einer Insolvenzordnung der Europäischen Union, für die Sie sich ausgesprochen haben, scheint mir entbehrlich. Meines Wissens gibt es solche Studien - zumindest der Wirtschaftswissenschaft - bereits. Da ich in Maastricht als Mitglied der deutschen Delegation bei der Schaffung der Währungsunion beteiligt war, verfolge ich die derzeitige Entwicklung mit Aufmerksamkeit und auch mit Sorge. Es geht um den Erhalt und die Sicherung der Währungsunion, wenn auch notfalls in deren etwas anderen Ausgestaltung. Die bisherigen Maßnahmen der Hilfeleistung der Europäischen Union zugunsten schwächelnder Mitgliedstaaten der Währungszone werden wahrscheinlich auf Dauer nicht auf ausreichende Akzeptanz in der Bevölkerung stoßen. Sie dürften auch wirtschaftspolitisch nicht ausreichen, sodass über ein anderes Vorgehen nachzudenken sein wird.

Zum zweiten möchte ich eine Anmerkung zu der angesprochenen Frage machen, ob eine grenzüberschreitende Regulierung der Finanzaufsicht für die Europäische Union nur Sinn macht, wenn sie in einem größtmöglichen, am ehesten im weltweiten Rahmen erfolgt. Neben den Mitgliedstaaten hat auf der weltweiten Ebene nur die Europäische Union eine echte „rule setting function“ in dem Sinn, dass sie in Ausübung einer ihr übertragenen und den Mitgliedstaaten übergeordneten echten Rechtsetzungsbefugnis, verbindliches Bankenaufsichtsrecht erlassen und die Mitgliedstaaten zur wechselseitigen Aberkennung Ihrer aufsichtsrechtlichen Hoheitsakte verpflichten kann. Weltweit oder in kleinerem Rahmen der Völkergemeinschaft gibt es keine anderen Institutionen, die vergleichbar der Europäischen Union mit einer effektiven grenzüberschreitenden Regulierung den nationalen Gesetzgeber ersetzen könnte. Im Rahmen der anderen Institutionen wie der G 20 mag es zwar zu Harmonisierungsarbeiten und zu Beschlüssen über gemeinsame Regelungen und über ein gemeinsames Vorgehen bei der Aufsicht über die Finanzinstitute kommen. Die rechtliche Umsetzung der beschlossenen Regelungen bleibt aber den teilnehmenden Staaten und in der Europäischen Union anstelle der Mitgliedstaaten dieser vorbehalten. Sie ist stets mit dem Risiko behaftet, dass das zu übernehmende Recht in den einzelnen Staaten unterschiedlich angewendet bzw. die wechselseitige Anerkennung von aufsichtrechtlichen Hoheitsakten aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gewährleistet ist. Die Europäische Union ist die

einzig überstaatliche Institution, die nicht zuletzt dank ihrer zentralen Gerichtsbarkeit eine rechtlich verbindliche grenzüberschreitende Regulierung durch Harmonisierung erlassen und gewährleisten kann.

Ich bin der Meinung, dass sich die Europäische Union bei den weltweiten Bemühungen um eine grenzüberschreitende Regulierung nicht nur als Teilnehmer, sondern als Vorreiter präsentieren soll. Sie sollte sich auch gegenüber anderen Teilnehmerstaaten bei Interessenkonflikten – ungeachtet ihrer nicht absolut demokratisch legitimierten Rechtsetzungs- und Rechtsangleichungsfunktion – durchzusetzen versuchen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sollten an den Harmonisierungsarbeiten der G20 nicht individuell, sondern ausschließlich nach vorausgegangener Harmonisierung und Erarbeitung einer einheitlichen Regelung im Rahmen der Europäischen Union gemeinsam teilnehmen. Gleiches gilt für ihre Teilnahme an Harmonisierungsarbeiten in einem noch größeren Rahmen. Die verschiedentlich beschworene Angst, dass vorausgehende Festlegungen im nationalen oder im Rahmen der Europäischen Union weltweit Wettbewerbsverfälschungen bedingen könnten, ist unberechtigt. Die Gefahr von Wettbewerbsverfälschungen ist bei einschlägigen Diskussionen über den richtigen Rahmen für eine internationale Regulierung ein beliebtes Totschlagargument.

Ich bin wie Sie ebenfalls der Meinung, dass jegliches Vorgehen vorbereitet sein muss und dass vorab eine Organisation mit der Erfassung aller Probleme und Aufarbeitung aller einschlägigen Fragen zu betrauen ist. Eine solche Organisation braucht aber nicht erst gegründet zu werden, sondern ist für mich die Kommission der Europäischen Union, die sich auf die Arbeiten der OECD und auch auf die Arbeiten in den Mitgliedstaaten stützen kann.

Danke schön!

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank Herr Seidel. Jetzt möchte ich dann den Vortragenden des heutigen Nachmittages das letzte Wort geben. Wollen Sie anfangen, Herr Weiss?

**Herr Weiss:** Wenn ich darf. Vielleicht in umgekehrter Reihenfolge, wie die Fragen gestellt wurden.

Herr Seidel, ich stimme Ihnen natürlich zu. Ich wäre sogar bereit zu sagen – in Abwandlung des geflügelten Wortes: „Am europäischen Wesen soll die Welt genesen.“ Nur sie müsste sich auch wirklich tatkräftig dafür einsetzen, dass man ihr zuhört, dass man mit ihr in Diskussionen eintritt und das Wort transatlantisch benutzen und das war bisher nicht der Fall. Unter sich selbst ist man sehr bald einig, was zu geschehen hat. Aber das soll auch nicht eine Insel, eine Insel der Seligen in Europa konstruieren. Das kann man natürlich schon, aber das bleibt dann auch angreifbar als Insel, als regulatorische Insel. Es geht ja genau darum, dass man die Konsequenzen des Faktums akzeptiert, dass Finanzmärkte globale Märkte sind und zwar die am wahrscheinlich raschesten sich verändernden.

Ich habe versucht, in einem Nebensatz darauf hinzuweisen, dass die Finanzkrise ja nicht nur aus der Perspektive der Europäer oder aus der europäischen Perspektive zu sehen ist. Von Entwicklungsländern hat kein Mensch gesprochen, wie es denen als Folge der Finanzkrise ergangen ist. Sei es, dass Transferleistungen und Leistungen anderer Art gekürzt wurden usw. Aber die sind auch Bestandteil der von der globalen Finanz-

krise und Wirtschaftskrise Betroffenen. Also, wenn Sie sagen: „Wir hatten alles schon“ -das mag sein, aber man hat noch nicht die entsprechenden Strukturen gefunden, die einer von allen getragenen und alle Interessengruppen miteinander abstimmenen Organisation. Oder vielleicht ist das zu idealistisch. Aber man muss gemeinsame Regeln annehmen können, die den legitimen Interessen aller „stakeholders“ – der Ausdruck ist schon wieder aus der Mode gekommen – Rechnung tragen. Ich weiß nicht, der Herr Basedow hat, glaube ich, hat Ähnliches gesagt. Mir scheint, dieser alte, der berühmte Satz, der in England immer wieder zu hören ist: „No taxation without representation“ Nach wie vor gültig zu sein. Also wenn man Schuldenkrisen als taxation des Steuerzahlers betrachtet - ich weiß nicht, ob man das kann, ob das technisch möglich ist, dann machen sich im Bankenausschuss in Basel oder anderswo die Banken aus, was sie gerne hätten. Und wenn ich davon gesprochen habe, dass die Regierungen wiederum erpressbar geworden sind, dann meinte ich, dass sie schon wieder den Regierungen „Nicht“- bzw. soft-law-artige Regulierung abpressen. (War das nicht gestern oder vorgestern in Deutschland, ein Bankentag, in dessen Rahmen die Banken aufgestanden sind und der Regierung erklärt haben, was sie alles nicht wollen, und warum sie es nicht wollen, and you better watch it, Regierung?). Wenn man dem Rat der Banken unbekümmert folgt und im Krisenfall immer einzelstaatlich und je nach politischer Orientierung versucht, politisch zu reagieren oder sich aus der Enge heraus zu manövrieren, dann wird das nicht klappen. Ich glaube es war Herr Basedow - Sie haben gesagt, man soll auf die Märkte achten bzw. sie genau beobachten. Die sind sehr innovativ. Sie sind vor allem rasch und die kommen ständig mit neuen Dingen daher. Das stimmt schon. Aber wenn man vollkommen nackt den Märkten gegenüber tritt, dann ist das ohne Instrumente jeder Art keine Spielregel.

Ich weiß nicht, ob sie alle das Buch kennen „Too big to fail“ by Andrew Ross Sorkin, in dem unter anderem darauf verwiesen wird, dass der CEO von Lehmann Brothers kurz vor dem Kollaps seiner Firma gesagt haben soll, er verstehe diese Dinge auch nicht. Er verstehe sie nicht, die Konstruktionen, diese neuen SPVs (special purpose vehicles). Er versteht sie nicht, dafür sei sein FCO (Financial Chief Officer) zuständig, der vergeblich versucht hat, sie ihm zu erklären. Aber er, der CEO, trifft die Entscheidungen.

Was anderes, was ich noch sagen wollte und das kommt vielleicht auch in die Richtung von Herrn Wolfgang Benedek: wie kann man vermeiden, dass die Industrie sich ihre eigenen Regeln macht, wie bisher? Ich könnte mir nur vorstellen, dass man eben mit der Industrie gemeinsam, aber nicht unter ihrer Keule und durch eine Erweiterung der zu vertretenden Interessen, gemeinsame Regeln erstellt. Dafür wäre eine solche Organisation unter Umständen das Forum.

„Best scientific practice“, was immer man darunter versteht. Ich versuche in Wien immer wieder mit Ökonomen ins Gespräch zu kommen, weil ich mir nicht vorstellen kann, dass es nicht möglich ist, ein Optimum an Regulierung in Hinblick auf gewisse Sachfragen zu definieren. Die sagen mir aber immer wieder: es ist zu kompliziert, das geht nicht. Aber hier haben wir es vielleicht mit einem Bereich zu tun, in dem das denkbar wäre. Man muss eben dann Indikatoren festsetzen für Risikobewertung, das macht man gemeinsam. Wenn man allerdings ein Finanzplatz ersten Ranges bleiben will und gegen die Finanzplätze zweiten, dritten und vierten Ranges kämpft, im Wettbewerb, dann wird es schwierig. Das verstehe ich und das ist, glaube ich, auch bisher das Problem gewesen. Aber genau das wäre eine Mission für eine Organisation dieser Art. Ich weiß nicht, ob Sie sich damit verständigen können.

Ja, ich will nicht einmal auf diese Finanztransaktionssteuer, die früher Tobin-Steuer hieß, zurückkommen, da die Frage aufgeworfen worden ist. Was machen wir damit? Wie wird die finanziert? Die Begeisterung hält sich in Grenzen, überhaupt internationale multilaterale Standards, geschweige denn Organisationen zu kreieren. Wie gesagt, die amerikanischen Regierungen der letzten 20 Jahre sind vielleicht nicht für immer das Geschenk an die amerikanische Nation und die Welt. Es kann also durchaus sein, dass da auch ein Umdenken entsteht, vielleicht teilweise wenigstens auch durch die Krise bewirkt.

Noch zu Wolfgang Benedek: welches Ministerium zuständig sein soll? Du denkst vermutlich an den gegenwärtigen österreichischen Finanzminister und ich verstehe das durchaus, dass Du da sehr skeptisch bist. Vielleicht könnte man aber an diesen Grand Bargain denken, der, wenn ich mich richtig erinnere, in Rio 1992 gemacht wurde. Wenn Sie sich erinnern, bis dahin gab es die Konfliktsituation zwischen den Ländern, die gesagt haben, Handel bringt Wohlstand, Umweltschutz hingegen frisst ihn wieder auf, das heißt, vermindert den Wohlstand, der aus dem Handel zu ziehen wäre. Und doch hat man damals festgestellt, dass Handel und Umweltschutz einander nicht unbedingt feindlich gesinnt sind, dass man sie miteinander sehr wohl vereinen und auch in Regeln gießen kann. So etwas stelle ich mir vor. Das heißt, dass die scheinbar unversöhnlichen Interessen der Märkte und derer die sie brauchen, dass man die doch in gemeinsame Regelwerke eingießen kann und einer Organisation überantwortet, die ihre Durchsetzung dann betreibt und überwacht. Das könnte ich mir vorstellen. Wie das technisch gemeinsam entworfen werden kann, dass zu beschreiben bin ich heute sicher nicht der richtige Mann, am richtigen Ort.

**Frau Coester-Waltjen:** Vielen Dank Herr Weiss. Jetzt ein allerletztes Wort noch von Herrn von Hein.

**Herr von Hein:** Vielen Dank. Ich werde mich bemühen, mich kurz zu fassen. Herr Roth, das ist natürlich genau der Punkt: Wo siedeln wir diese regulatorische Funktion des Verweisungsrechts an? Ist insoweit der Handlungsort oder der Erfolgsort geeigneter? Die Rom II-Verordnung entscheidet sich prinzipiell in Artikel 4 Abs. 1 für den Erfolgsort, aber ich denke, man muss auch berücksichtigen, dass beispielsweise der Marktort, wie die Verordnung ihn für Lauterkeits- und Wettbewerbsdelikte vorsieht, in Artikel 6 der Rom II-Verordnung selbst als Erfolgsort eingestuft wird. In Erwägungsgrund 21 heißt es, die Sonderregel nach Artikel 6 stelle keine Ausnahme von der allgemeinen Regel nach Artikel 4 Abs. 1 dar, sondern vielmehr eine Präzisierung derselben. Also, wenn wir den Marktort als Erfolgsort, als präzisierten Erfolgsort verstehen, müssen wir eigentlich keine Gewissensbisse haben, denn dann knüpfen wir nicht irgendwie heimlich an den Handlungsort an. Ob diese Begriffsverschiebung ganz zulässig ist, kann man kritisch hinterfragen, da gebe ich Ihnen völlig recht, darüber können wir lange streiten, und es gibt auch Fälle, in denen die Rom II-Verordnung – bei Arbeitskampfmaßnahmen etwa – ganz offen an den Handlungsort anknüpft. Oder auch bei der Produkthaftung: Wenn der Ort des „Indenverkehrbringens“ nicht vorhersehbar ist, gilt insoweit das Recht am Sitz des Herstellers. Artikel 17 darf man auch nicht vergessen, der die Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensregeln, die am Handlungsort gelten, vorschreibt. Die Rom II-Verordnung trägt dem Bedürfnis nach Berücksichtigung verhaltenssteuernder Regeln an verschiedenen Stellen schon Rechnung,

und man muss sich auch beim Kapitalmarkthafungsrecht fragen, welches Recht denn diese steuernde Funktion ausüben soll. Ich denke, es kommt hier auch darauf an, welche Gruppen von Anlegern geschädigt sind. Bei nichtprofessionellen Kapitalanlegern kann man durchaus rechtfertigen, dass man sie, ebenso wie Verbraucher im Verbrauchervertragsrecht, begünstigt. Bei professionellen Kapitalanlegern kann man hingegen eher rechtfertigen, dass man den Aspekt der Vorhersehbarkeit des Haftungsregimes für den Emittenten stärker in den Vordergrund stellt, etwa zum Beispiel durch eine Anknüpfung an den Marktort oder auch bei der Prospekthaftung durch eine akzessorische Anknüpfung an die Prospektpflicht. Das ist im Moment der Streit, um den es in diesem Bereich geht.

Herr Basedow, zu Artikel 15 EuGVO und den Verbandsklagen: Insoweit muss man unterscheiden, was *de lege lata* und was sollte man in der Revision anstreben? Zur geltenden Fassung hat der EuGH entschieden, dass Artikel 15 die Verbandsklage als solche nicht abdeckt, weil Artikel 15 auf die individuell schutzbedürftigen Verbraucher abziele und der Verband, der typischerweise gut organisiert ist, der professionellen Rechtsrat entweder in den eigenen Reihen hat oder problemlos einholen kann, nicht darunter falle. Ob man daran in der Revision festhalten sollte oder ob man nicht insofern Artikel 15 öffnet, ist eine rechtspolitische Frage, über die man diskutieren kann. Sie müsste dann natürlich in dem Gesamtzusammenhang diskutiert werden: Wie halten wir es überhaupt mit Regeln für Gruppen-, Sammel-, Musterklagen und ähnliche Dinge? Da ist die Verbandsklage nur ein Ausschnitt. Insoweit müsste man zu einem sinnvollen Ganzen kommen. Das kann ich aber in der zur Verfügung stehenden Zeit hier nicht mehr sinnvoll entfalten.

Dann bleibt die Frage, wie sich die Kapitalmarkthftung in Artikel 4 der Rom II-Verordnung einfügt. Insoweit gibt es verschiedene Ansätze. Die einen sagen, man muss schon den Erfolgsort im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 im Sinne des Marktorts konkretisieren. Das wird aber wohl doch überwiegend abgelehnt, weil es wegen des engen Auslegungszusammenhangs des ersten Absatzes, auch mit der EuGVO, eine unzulässige Begriffsverschiebung ist. Die wohl überwiegende Meinung möchte es über die Ausweichklausel lösen, also über Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO. Und ich denke, auch wenn diese Ausweichklausel sehr eng formuliert ist, dass sie durchaus eine hinreichende Flexibilität für eine Fallgruppenbildung in diesem Bereich lässt, die nicht für jedes Kapitalmarktdelikt gleich ausfallen muss. Hier gibt es durchaus unterschiedliche Deliktstypen. Das reicht von dem Betrug zur Untreue, über die fehlerhafte Ad-hoc-Publizität zur Prospekthaftung. Diese Konkretisierung muss nicht für jeden Deliktstyp einheitlich ausfallen, aber wie gesagt, auch das lässt sich jetzt in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht mehr bis ins Einzelne durchdeklinieren, wofür ich um Verständnis bitte.

Und Herr Seidel, Sie haben natürlich Recht. Gegenwärtig scheint man in der EU mit den Bordmitteln zurechtzukommen. Aber wenn ich Herrn Remien richtig verstanden hatte, war seine Frage zur Staateninsolvenz *de lege ferenda* gemeint. Und insoweit bin ich mir nicht sicher, ob man sagen kann: Das lässt sich so alles schlicht und einfach regeln, in irgendwelchen Brüsseler Nachtsitzungen. Es gibt ferner auch Nicht-EU-Staaten, bei denen sich die Frage der Staateninsolvenz in der Vergangenheit gestellt hat, sodass ich denke, die weitere Arbeit an internationalen Projekten in diesem Bereich hat durchaus ihre Berechtigung. Und damit möchte ich schließen. Vielen Dank.



**Frau Coester-Waltjen:** Recht herzlichen Dank. – Applaus – Vielen Dank liebe Kolleginnen und Kollegen, auch dafür, dass Sie heute Nachmittag auf unserer letzten Sitzung noch so lange ausgehalten haben und sie mit Ihren Fragen und Kommentaren bereichert haben. Ich übergebe jetzt an unseren großen Vorsitzenden, der noch ein paar Schlussworte zum offiziellen Abschluss der Tagung äußern möchte.

**Herr Thürer:** Wir haben eine hochinteressante Tagung erlebt. Es war eine der gehaltvollsten und innovativsten Konferenzen, die ich in letzter Zeit besuchte. Ich danke ganz besonders den ausgezeichneten Referenten und Votanten, aber auch all unseren Kollegen und ihren Mitarbeitern, die für die Konzeption und Organisation der Kölner Tagung mitverantwortlich waren. Ich danke Ihnen Allen für die Teilnahme und Ihr Engagement für unsere so wertvolle Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, jetzt die Deutsche Gesellschaft für internationales Recht.



# Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht

## **Vorstand**

Professor Dr. Dr. h.c. Daniel Thürer, LL.M. (Cambridge)  
Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht  
Rämistrasse 74/36  
8001 Zürich  
Schweiz  
Tel.: 0041/(0)44 634 20 31; Fax: 0041/(0)44 634 49 93  
*e-Mail: thuerer@ivr.unizh.ch*

Professorin Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan)  
*e-Mail: coewa@freenet.de*

Professor Dr. Georg Nolte  
*e-Mail: intlaw@rewi.hu-berlin.de*

## **Rat**

Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard)  
Professor Dr. Wolfgang Benedek  
Professorin Dr. Andrea Büchler  
Professorin Dr. Astrid Epiney  
Professor Dr. Ulrich Fastenrath  
Professor Dr. Gerhard Hafner  
Professor Dr. Meinhard Hilf  
Professor Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)  
Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Professor Dr. Gerhard Hohloch  
Professor Dr. Wolfram Karl, LL.M. (Cambridge)  
Professor Dr. Eckart Klein  
Professor Dr. Walter Kälin  
Professor Dr. phil. Thilo Marauhn  
Professor Dr. Stefan Oeter  
Professor Dr. Bernd von Hoffmann †  
Professor MMag. Dr. August Reinisch, LL.M. (NYU)  
Professor Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress  
Professor Dr. Kurt Siehr  
Professor Dr. Dr. h.c. Bruno Simma  
Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum, LL.M. (Columbia)  
Professor Dr. Christian Walter  
Professor Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum  
Professor Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

– Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht im Internet: <http://dgfir.de> –

