

Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Internationales Recht

Band 46

33. Tagung in Luzern
13. bis 16. März 2013

Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?

Immunität

Referate und Thesen von

Andreas Paulus, Nina Dethloff,
Thomas Giegerich, Ingeborg Schwenzer, Heike Krieger,
Andreas R. Ziegler, Stefan Talmon, Haimo Schack

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 978-3-8114-3937-5

E-Mail: kundenservice@hjr-verlag.de

Telefon: +49 6221/489-555

Telefax: +49 6221/489-410

© 2014 C.F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH
Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg

www.cfmuller-campus.de

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

Druck: CPI Clausen & Bosse, Leck

Vorwort

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht führte vom 13. bis 16. März 2013 ihre 33. Zweijahrestagung durch. Sie war zu Gast an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

Der wissenschaftliche Teil der Tagung wurde eröffnet durch Ansprachen des Vorsitzenden, der auch ein Grusswort des Präsidenten der Société française pour le droit international, Alain Pellet, verlas, und von Paul Richli, Rektor der Universität Luzern.

Die Tagungsthemen lauteten „Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?“ und „Immunität“. Die gute Wahl der Themen und der Vortragenden fand ihre Bestätigung in einer erfreulich hohen Zahl von Tagungsteilnehmern. Es referierten am ersten Tag Andreas Paulus (Göttingen/Karlsruhe) über „Zusammenspiel der Rechtsquellen: aus völkerrechtlicher Perspektive“, Nina Dethloff (Bonn) über „Zusammenspiel der Rechtsquellen: aus privatrechtlicher Perspektive“, Thomas Giegerich (Saarbrücken) über „Internationale Standards: aus völkerrechtlicher Perspektive“ und Ingeborg Schwenzer (Basel) über „Internationale Standards: aus privatrechtlicher Perspektive“. Der zweite Tag war verschiedenen Gesichtspunkten der Immunität gewidmet. Vortragende waren Heike Krieger (Berlin) über „Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstrument“, Andreas Ziegler (Lausanne) über „Immunität der Staaten“, Stefan Talmon (Bonn) über „Immunität von Staatsbediensteten“ und Haimo Schack (Kiel) über „Zugriff auf Potentatengelder – zwischen Vollstreckungsimmunität und Opferschutz“.

Zum großen Erfolg der Luzerner Tagung trug auch das sehr attraktive Rahmenprogramm bei. Hierzu gehörten ein Lunchkonzert im bekannten Luzerner Konzertsaal, Führungen durch das Museum Sammlung Rosengart und das Richard Wagner Museum und ein Stadtrundgang. Einen Höhepunkt bildete ein musikalisch begleitetes Dinner im Hotel Schweizerhof und die Grussworte von Dr. Peter Maurer, Präsident des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, und Prof. Felix Bommer, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Ein Apéro an der Universität mit Grussworten des Stadtpräsidenten von Luzern beschloss den wissenschaftlichen Teil der Tagung. Eine schöne Abrundung fand die Luzerner Tagung mit einem Ausflug auf die verschneite Rigi bei prächtigem Wetter.

Die Organisation der Tagung lag in den guten Händen von Daniel Girsberger und Sebastian Heselhaus, die auch von Rektor Paul Richli und Dekan Felix Bommer unterstützt wurden. Große Verdienste am Erfolg der Tagung haben auch Lisbeth Meule und die hilfsbereiten Assistierenden, für deren Einsatz wir uns auch an dieser Stelle herzlich bedanken. Wir danken auch für die grosszügige Unterstützung der Tagung durch das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten sowie durch eine beträchtliche Zahl weiterer Sponsoren.

Daniel Thürer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort von <i>Daniel Thürer</i>	V
Begrüßung von <i>Daniel Thürer und Paul Richli</i>	1
<i>Andreas Paulus</i> Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Perspektive	7
Thesen	38
Summary	43
<i>Nina Dethloff</i> Zusammenspiel der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht	47
Thesen	81
Summary	84
Diskussion zu den Referaten <i>Paulus und Dethloff</i>	87
<i>Thomas Giegerich</i> Internationale Standards – aus völkerrechtlicher Perspektive	101
Thesen	176
Summary	182
<i>Ingeborg Schwenger</i> Hybridisierung der Rechtsordnungen – Internationale privatrechtliche Standards	187
Thesen	204
Summary	208
Diskussion zu den Referaten <i>Giegerich und Schwenger</i>	213
<i>Heike Krieger</i> Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut	233
Thesen	256
Summary	258
<i>Andreas R. Ziegler</i> Immunität der Staaten – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in der Schweiz	261
Thesen	282
Summary	287
Diskussion zu den Referaten <i>Krieger und Ziegler</i>	293

<i>Stefan Talmon</i>	
Immunität von Staatsbediensteten	313
Thesen	373
Summary	375
 <i>Haimo Schack</i>	
Zugriff auf Potentatengelder – zwischen Vollstreckungsimmunität und Opferschutz	377
Thesen	395
Summary	397
 Diskussion zu den Referaten Talmon und Schack	 399
 Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V.	 419

Begrüßung

Herr Thürer: Hiermit eröffne ich den wissenschaftlichen Teil der Zweijahrestagung 2013 der deutschen Gesellschaft für internationales Recht. Ich begrüße Sie, die Sie in so großer Zahl von zum Teil so weit weg unter teils widrigen Umständen hierher gereist sind, recht herzlich. Ich begrüße Sie in Luzern. Diejenigen, die über Basel angereist sind, haben vielleicht auf dem dortigen Bahnhof das Wandgemälde des Sees gesehen, an dem wir uns heute befinden. Es wird dort der See in den drei Sprachen als Vierwaldstättersee, als Lac des Quatre Cantons und als Lake of Lucerne bezeichnet, und damit werden indirekt auch diejenigen verschiedenen Perspektiven beleuchtet, aus denen die Schweiz gesehen werden kann. Zunächst der Gründungsmythos der Schweiz, der im 13. Jahrhundert in einer Konföderation der „Waldstätte“ verwurzelt ist, dann die moderne Schweiz, die mit den „quatre cantons“ angesprochen ist und mit der Verfassung von 1848 entstanden ist, und schließlich die mit den Worten „Lake of Lucerne“ gemeinte Verbindung, die zwischen den urbanen Elementen der Stadt und den ländlichen Kantonen besteht.

Ich heiße Sie als Mitglieder der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht in Luzern willkommen. Unsere Gesellschaft ist nicht mehr dieselbe, die sie war, als ich vor vier Jahren das Präsidium übernommen habe, so wie sie in vier Jahren nicht dieselbe sein wird, die sie heute ist.

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht weist einen erheblich größeren Mitgliederbestand auf als damals, indem sie seither zahlreiche junge Kolleginnen und Kollegen aufgenommen hat, so viel wie wahrscheinlich seit langer Zeit nicht mehr. Unsere Gesellschaft unterstützt auch Tagungen junger Völkerrechtler: gestern wurde anlässlich der Mitgliederversammlung zum ersten Mal in der Geschichte unserer Gesellschaft eine hervorragende Dissertation mit dem neugeschaffenen sogenannten Hermann Mosler-Preis der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht ausgezeichnet. Damit wurde ein Signal zur jungen Generation der Völkerrechtler und der International-Privatrechtler gesendet. Unsere Gesellschaft hat auch die Zusammenarbeit mit Schwestergesellschaften verstärkt, darunter vor allem der Société française pour le droit international. Ende des letzten Jahres haben die beiden Gesellschaften ein Kolloquium über Staatenimmunität in Basel veranstaltet.

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht hat als Zeichen und Sinnbild unserer Identität und gleichsam als eine Verkörperung der Idee unserer Gesellschaft in der Person von Prof. Rudolf Bernhardt aus Heidelberg gestern auch zum ersten Mal in ihrer Geschichte ein Ehrenmitglied gewählt. Sie hat damit die Verdienste ausgezeichnet, die Prof. Bernhardt für die Lehre und Praxis des Völkerrechts erworben hat.

Wir nennen uns „deutsch“, so heißt der Name: Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht, wobei mit deutsch natürlich „deutschsprachig“ gemeint ist. Diese Qualifizierung hat nicht im Geringsten einen provinziellen Charakter. Mit dem Bezug auf die Sprache meinen wir die Relevanz der Sprache für uns Juristen allgemein und für uns Internationalisten im Besonderen. Sprache bedeutet, so Hannah Arendt, „unter Menschen weilen“. Sprache aber hat in vielen Wissenschaften und auch im allgemeinen Umgang an Macht verloren. Wir suchen es mit der Sprache ernst und genau zu nehmen, große Worte skeptisch meidend, bestrebt, das rechte Wort zu finden und die

Worte sinngemäß zu interpretieren. Darum arbeiten unsere Referenten so sorgfältig an den Texten, eben weil wir keine Talkshows veranstalten, sondern uns mit ausgewogenen, präzise formulierten Texten befassen.

Wir nennen uns Gesellschaft für „internationales Recht“, auch das ein Novum, das auf der letzten Tagung in Köln beschlossen wurde. Durch die Neubenennung soll die intensive, die innere Verbindung betont werden, die wir suchen zwischen dem Völkerrecht auf der einen Seite und dem internationalen Privatrecht auf der anderen Seite: zwei Kerndisziplinen, die sich gegenseitig verstärken und gegenseitig ergänzen sollen. Und diese Leitidee der Verbindung der beiden international-rechtlichen Disziplinen soll auch in Reformbestimmungen ihren Ausdruck finden. Der Rat hat nämlich eine Kommission eingesetzt, die sich mit der Reform der Ausbildung des internationalen Rechts befasst, und in diesem Zusammenhang wurde der Vorschlag gemacht, dass wir vielleicht – und das geht an die Adresse des Vorstandes von Herrn Nolte – einmal im Rahmen einer Tagung einen gesonderten Akzent auf der Ausbildung des Völkerrechts legen könnten.

Was mir aber für unsere Identität besonders wichtig erscheint, ist, dass wir uns der besonderen Würde der Wissenschaft vermehrt bewusst sein sollten. Nicht sekundär der Praxis hintennach eilend, sondern bestrebt, die Praxis gewissermaßen als eine Avantgarde zu gestalten, wie dies in früheren Phasen der Geschichte unserer Gesellschaft immer wieder der Fall war. In diesem Sinne haben wir eine interessante wissenschaftliche Tagung vor uns, die wie immer getragen ist von einem eher abstrakt und einem eher konkret ausgestalteten Teil und wie immer unter dem Motto steht, dass wir die Verbindung zwischen dem Völkerrecht und dem internationalen Privatrecht suchen.

Und neben allem wissenschaftlichen Ernst soll auch der gesellschaftliche, der freundschaftliche Geist zum Ausdruck kommen: der Geist der persönlichen Zusammengehörigkeit. Es wird häufig gesagt, wir seien eine Art Familie der Internationalisten, verbunden durch den Willen der Zusammengehörigkeit, der die Veranstaltungen der Gesellschaft für Internationales Recht bisher immer geprägt hat. Dies zur Einführung.

Nun haben wir die Ehre, einen Kollegen und zugleich den Rektor der Universität zu empfangen, es ist dies Prof. Dr. Paul Richli. Paul Richli ist einer der polyvalentesten Persönlichkeiten der schweizerischen Universitätslandschaft. Er ist der legendäre Gründungsdekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Wir bedanken uns auch bei Herrn Richli ganz herzlich dafür, dass wir hier zu Gast sein können, in diesem schön gestalteten Auditorium der Universität Luzern, ich möchte Dir jetzt gerne das Wort erteilen.

Herr Richli: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, im Namen der Universität Luzern begrüße ich Sie sehr herzlich in diesem Hörsaal 1 an der Frohburgstraße 3 in Luzern. Es ist für die Universität Luzern eine große Ehre, dass eine so renommierte, internationale Organisation wie Sie, wie die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht, hier in Luzern ihre 33. Tagung durchführt. Ich möchte aber auch Ihnen danken, dass Sie hergekommen sind, obwohl das Prof. Thürer bereits gemacht hat. Ich danke auch den Organisatoren, Prof. Dr. Girsberger und Prof. Dr. Heselhaus und dem Team für die Arbeit. Es ist ja so, dass ein Kongress, eine Tagung nicht nur Freude, sondern auch Arbeit mit sich bringt, wenn man das organisiert, also vielen Dank auch an Sie.

Lassen Sie mich, meine Damen und Herren, ein paar Worte zur Universität Luzern sagen: Es ist die jüngste und die kleinste Universität, nicht nur in der Schweiz, sondern im ganzen deutschsprachigen Raum, mit 2500 Studierenden im Bachelor und Master. Wenn man Doktoranden dazu nimmt, sind es dann etwa 2800. Die Wurzeln gehen aber weit zurück, ins 16. Jahrhundert nämlich, in ein Jesuitenkolleg, das 1574 begründet worden ist, Biologie und dann Philosophie angeboten hat. Jesuiten sind ja seit gestern wieder ein ganz neues Thema, wird neue Aktualität erhalten nach der Papstwahl, so dass wir sagen können, unsere Wurzel, die längste Wurzel die wir haben, ist wieder von großer Aktualität. Vielleicht auch von einer etwas umstrittenen Aktualität.

Die Gründung der heutigen Universität datiert im Jahre 2000. Man stand damals vor der Option, entweder die theologische Hochschule zu schließen, oder sie eben auszubauen. Da hat man gesagt, was kostet am wenigsten? Rechtswissenschaft! Das war das Thema. Die Rechtswissenschaft hat nach einem Gründungsdekan gesucht und dann nach Professoren und die rechtswissenschaftliche Fakultät ist mittlerweile innerhalb von zehn Jahren zu einer Fakultät der mittleren Größe unter den Rechtsfakultäten der Schweiz geworden, also in diesem Sinne doch auch ein gewisses Erfolgsmodell.

Wir haben neben der katholischen Theologie und den Rechtswissenschaften noch eine kleine geistes- und sozialwissenschaftliche Fakultät und es soll noch eine vierte Fakultät, eine wirtschaftswissenschaftliche, dazukommen. Das ist allerdings kein Spaziergang, es ist eine ziemliche Auseinandersetzung entstanden über die Frage, ob man eine solche Fakultät errichten soll. Es gibt ein Monopol, medienoffener Platz Luzern, die Neue Luzerner Zeitung, die eine mehr oder weniger verdeckte Kampagne dagegen führt. Heute ist glücklicherweise im Tagesanzeiger, der zweiten großen Zeitung von Zürich, ein Artikel erschienen, in dem gezeigt wird, wie schwierig es ist, in Luzern eine Wirtschaftsfakultät zu errichten. Ich komme mir manchmal bei dieser Arbeit wie ein christlicher Missionar in einem muslimischen Land, das missioniert werden muss, vor. Der Kanton Luzern ist kein genuiner Universitätskanton, sondern ein Agrarkanton und es braucht Einsatz um hier den Universitätsgedanken zu implementieren.

Ich möchte aber etwas sehr Positives sagen: Es gab eine Volksabstimmung über einen Kredit, über etwa 150 Millionen Franken für dieses Haus hier, in dem wir uns befinden. Damit sind wir Spitze im Land, denn obwohl die Kleinste, hat niemand, keine andere Universität, eine so verkehrsgünstig gelegene Universität, wo sich alles unter einem Dach befindet. Wenn wir vier Punkte dieses Hauses herausheben wollen, dann sind es Folgende: Es gibt überall Hörsäle und Büros, das ist nichts Besonderes, aber die Fassade, die gibt es sonst nirgends. Sie kann einem gefallen oder auch nicht, aber es gibt keine in der Schweiz, die damit vergleichbar wäre. Es gibt kein Treppenhaus, das vergleichbar wäre. Wenn Sie vom vierten Stock herunter schauen, dann ist das, was Sie am Treppenhaus sehen, wirklich in der Nähe des Gigantischen. Es gibt keine Bibliothek mit 650 Arbeitsplätzen, 200.000 Büchern in der Präsenzbibliothek, die auch ausleihbar sind und alles auf einem Boden, alle Fakultäten zusammen. Ich denke das ist wirklich eine Stärke unserer Universität, dass wir nun dieses Haus haben.

Die rechtswissenschaftliche Fakultät hat, verglichen mit anderen Universitäten, in der Universität Luzern eine Sonderstellung. Wenn ich an Universitäten denke, in denen ich vorher auch gearbeitet habe, musste die Rechtswissenschaft dort immer um Anerkennung kämpfen. Heute müssen in Luzern die Anderen um die Anerkennung der Rechtswissenschaftler kämpfen, das ist eine sensationelle Situation. Die Fakultät ist

die „leading faculty“ der ganzen Universität, auch was die Finanzen anbelangt, das ist sonst nirgends so oder vergleichbar, in diesem Sinne können wir sagen, ist es sicher ganz interessant in Luzern auch an der rechtswissenschaftlichen Fakultät tätig zu sein.

Nun, der Tagungsort, den Sie gewählt haben, ist natürlich für den Rektor eine besondere Freude. Wie jede Universität ist die Universität Luzern auf die Mehrung der Reputation angewiesen. Und die Reputation kann man natürlich auch mit internationalen Tagungen mehren. Man kann sie im Bereich der Rechtswissenschaft ganz besonders mehren, wenn es um internationales Recht geht, denn das ist die bedeutendste wissenschaftliche Domäne innerhalb der ganzen Rechtswissenschaft. Das wird auch dadurch belegt, dass der höchste Wissenschaftspreis der Schweiz, der sogenannte Benoist-Preis, der auch als kleiner Nobel-Preis gilt, und der unter der Leitung des Bundesrates ermittelt wird, an zwei Internationalrechtler der Schweiz als Preisträger/Preisträgerin ging. Im Übrigen nur noch an zwei Leute außerhalb der Naturwissenschaft und Medizin. Immer waren es Mediziner und Naturwissenschaftler, bis auf drei Mal von denen einmal zwei Internationalrechtler, Völkerrechtler, ausgezeichnet wurden. Sonst hat das niemand geschafft, ich denke Nationalrechtler werden das nicht schaffen. Weshalb? Weil natürlich derjenige, der im internationalen Recht publiziert, sehr viel mehr auch von ausländischen Kolleginnen und Kollegen zitiert wird. Wenn jemand beispielsweise über den verwaltungsrechtlichen Vertrag im schweizerischen Recht publiziert, dann ist das eben nicht entsprechend Renommee-fördernd. Also, Sie nehmen bitte zur Kenntnis, dass ich ganz besondere Freude habe, dass Sie hier sind und nicht irgendeine andere Tagung einer rechtlichen Verbindung. Das Renommee, das Sie mitbringen, wirkt sich natürlich auch auf uns aus.

In Ihrem Programm sehe ich sehr viel Interessantes, also auch vieles, das für die Schweiz interessant ist. Wir haben in unserem Land, wie ich denke, eine besonders ausgeprägte Auseinandersetzung zur Frage Völkerrecht und Landesrecht. Das Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht ist auch das Thema eines Referats. Gerade hat ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, in dem das Verhältnis und die Dominanz des Völkerrechts gegenüber nationalem Recht ausformuliert wurden, wieder Staub aufgewirbelt. Es gibt eine Gegenbewegung im Parlament, möglicherweise im Sinne eines Gegenangriffs. Es läuft immer etwas im Lande Schweiz im Bereiche des Verhältnisses Völkerrecht/internationales Recht zum Landesrecht.

Ich wünsche Ihnen eine interessante Tagung und hoffe mit Ihnen, dass auch das Outdoor-Programm einigermaßen gut abgewickelt werden kann und dass Sie, wenn Sie auf dem Rigi Kulm oben sind, eine gute Aussicht haben. Schauen Sie auch etwas auf die historischen Dinge. Ich bin noch Präsident des Stiftungsrates der Rigi Historic. Wir müssen darauf achten, dass diese älteren Transportmittel und auch gewisse Brücken, die man aber nicht von Vitznau her, von Weggis her, sondern nur von der anderen Seite sieht, diese Wandflächen, diese faszinierende Bergbahn, erhalten bleiben. Ich kann jedenfalls die Fahrt sehr empfehlen.

Ich wünsche Ihnen eine angeregte Tagung und hoffe, dass Sie einen guten Eindruck von Luzern mitnehmen. Danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Herr Thürer: Danke ganz herzlich, Herr Rektor. Nun wurde auf unserem Programm eine Grußadresse auch noch angekündigt von Herrn Alain Pellet, dem Präsidenten der französischen Gesellschaft für internationales Recht. Herr Pellet war nicht in der Lage zu kommen, hat aber eine Grußbotschaft geschickt und mich gebeten, diese Gruß-

botschaft zu verlesen. Sie alle kennen Herrn Pellet, er ist Professor an der Universität Paris-Nanterre, er hat für 20 Länder in mehr als 40 Verfahren Prozesse vor dem Internationalen Gerichtshof geführt. Er ist Mitglied der Ehrenlegion, er ist auch Mitglied des Institut de Droit international. Die Botschaft, die hier nur zum Teil verlesen werden kann, damit wir mit dem Rest des Programms nicht in Verzug kommen, ist die folgende:

Since I am unable to speak a single word in Emerich De Vattel's mother tongue and since French, Vattel's working language, is no more the world lingua franca, I have asked my friend Daniel Thürer to read this very brief address in the imperialist dominant language, which permits all of us to understand one another across linguistic borders. It had been my honour and pleasure to inaugurate my presidency of the Société française pour le droit international on the occasion of the Swiss-Franco-German Colloquium so efficiently and pleasantly organized by Anne Peters in Basel last October. It is a renewed honour and pleasure to have been called to extend a cordial greeting to our sister society, the Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht and these are not pure words of politeness, I deeply mean it. First because, failing to be German speaking, I am nevertheless – and I say it in a simple fashion – sincerely germanophile. I deeply feel that beyond the German alleged rigidity and the French supposed frivolity, we share deep intellectual complicity. I note this in all international legal teams in which I participate, it is certainly easier for a French Cartesian mind to understand his or her German colleagues and to be understood by them than to have an immediate empathy for the common lawyers' sometimes... I would not say perfidious but, for us, sinuous a way of thinking.

Herr Pellet fährt dann fort und sagt:

I am sure that your debates will take you far beyond these hardly provocative platitudes and this, of course, leaves me with enormous regrets. Not to meet the very many friends I have in this most distinguished audience, not to discover Lucerne, which looks an especially enjoyable touristic place and missing the most attracting leisure part of your meeting is not the least of my regrets. More generally, not to be with you during these two enriching days but given my most regrettable inability to speak German I would have been the deaf and frustrated spectator of a silent movie.

Dann schließt Herr Pellet mit den Worten:

Let me, however, convey to you my warm wishes of success for this important and very promising colloquium and the most cordial greeting of the Société française de droit international in the name of which I already extend our friendly invitation to the 9th Franco-German Colloquium which might be held at Louvain in 2014 on a suggestion from Prof. Pierre d'Argent. We are inspired by your example to decentralizing the places of our meetings.

Die letzte Versammlung, das letzte Colloquium hat in Basel stattgefunden, nun folgt die französische Gesellschaft unserem Vorbild und veranstaltet ihre Zusammenkunft in Belgien. Das sind die Worte von Alain Pellet, er schreibt „All my best wishes again, Alain Pellet“.

(Applaus)

Damit sind wir am Ende unseres Eröffnungsteils und wir können mit der eigentlichen Arbeit beginnen. Ich möchte den ersten Teil unserer Veranstaltung mit zwei Referaten zum Thema Internationales, Nationales und Privates Recht, Hybridisierung der

Rechtsordnungen eröffnen. Das Völkerrecht steht in fundamentalen Umbrüchen, was die Rechtssubjekte betrifft, eben auch, was die Rechtsquellen betrifft, und wir haben zwei ausgezeichnete Kollegen gefunden, die hierzu vortragen werden. Es sind dies zunächst Andreas Paulus aus Göttingen und Karlsruhe. Herr Paulus wird über das Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Sicht sprechen. Über das Zusammenspiel der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht werden wir einen Vortrag von Nina Dethloff aus Bonn hören.

(Applaus)

Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Perspektive*

Von Prof. Dr. Andreas Paulus, Göttingen

- I. Einleitung: Von der Konstitutionalisierung über die Fragmentierung zur Hybridisierung?
- II. Internationales Recht zwischen Internationalität und Weltrechtsordnung
 1. Klassisches Völkerrecht: Bilateralismus und Reziprozität
 2. Institutionalisation und Konstitutionalisierung: Die Rolle der Vereinten Nationen
 3. Die Fragmentierung des Völkerrechts
- III. Der normative Befund: Einheit und Mehrheit der Rechtsquellen
 1. Die Eignung der Völkerrechtsquellen in Artikel 38 des IGH-Statuts für hybrides Recht
 - a) Verträge und ihre Auslegung
 - b) Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze
 - c) Der Bedeutungswandel der Hilfsmittel
 2. Die Bedeutung des soft law für die Entwicklung von Standards
 3. Die Vielfalt der Rechtsquellen in unterschiedlichen „Regimen“
- IV. Legitimation und Anerkennung pluraler Rechtsordnungen
 1. Das Prinzip der Rücksichtnahme
 2. Der europäische Verfassungsgerichtsverbund als Vorbild?
 - a) „Solange“: Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes
 - b) Einzelermächtigung als Bedingung demokratischer Akzeptanz: *ultra vires*
 - c) Identitätsschutz: Zwischen Verfassungskern und *ordre public*
- V. Schluss: Hybridität zwischen Pluralismus und Völkerrechtsordnung

Thesen

Summary

I. Einleitung: Von der Konstitutionalisierung über die Fragmentierung zur Hybridisierung?

Zur Jahrtausendwende veröffentlichte unser Torontoer Kollege Peer Zumbansen – noch vor dem 11. September 2001 – einen Abgesang auf das Völkerrecht.¹ Seine Ausrichtung auf den Nationalstaat mache es unfähig, auf die Herausforderungen der Globalisierung zu reagieren, in der nichtstaatliche Akteure wie Unternehmen und altruistische NGOs eine wachsende Rolle einnehmen. Nur eine Reorientierung auf den

* Für die Hilfe bei der Recherche und vielfältige Anregung und Kritik bin ich Matthias Lippold, Matthäus Fink und Nicolas Klein zu Dank verpflichtet. Die Verantwortung für alle Fehler liegt ausschließlich bei mir. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder

1 P. Zumbansen, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, Kritische Justiz 34 (2001) 46 ff. Ähnlich G.-P. Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (Tübingen: Mohr 2006), S. 185 f., 242-44; A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts (Frankfurt: Suhrkamp 2006) 10 ff., 21 f., 57 ff. *et passim*. Neuerdings bezieht Zumbansen seine Kritik auf die etatistische Grundlage des Völkerrechts, s. *ders.*, Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism, Transnational Law & Contemporary Problems 21 (2012-13) 305 (311 f.); *ders.*, Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order, Global Constitutionalism 1 (2012) 16 (24 f.).

Status des einzelnen könne es davor retten, in der Desaggregation staatlicher Funktionen in der Weltgesellschaft unterzugehen. Die Mehrheit der deutschsprachigen Völkerrechtslehre ist diesem von der Regimetheorie Niklas Luhmanns und ihrer Übertragung auf das Recht durch Gunther Teubner² inspirierten Vorschlag nicht gefolgt. Vielmehr hat sie zunächst versucht, nichtstaatliche Akteure durch die Postulierung einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts einzufangen; das soziale Substrat dieser normativen Integration der Weltgesellschaft wurde in einer internationalen Gemeinschaft gesehen,³ die über die Charta der Vereinten Nationen und die Rechtsinstrumente des *jus cogens* und der Verpflichtungen *erga omnes* vor allem in den Menschenrechten eine gemeinsame ethische Grundlage gefunden habe, die den Aufbau eines Weltverfassungsrechts ermögliche.⁴ Noch vor sechs Jahren, in einer Vortragsreihe des Max-Planck-Instituts in Heidelberg, schien die Konstitutionalisierungsthese das einigende Band zu sein, das die vielfältig angetretene deutsche Völkerrechtslehre zusammenhielt.⁵

-
- 2 *Fischer-Lescano/Teubner* (Fn. 1); *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (Frankfurt: Suhrkamp 1998), Bd. 1, S. 30 f., 78, 158-160; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt: Suhrkamp 1995) 571 ff.; *G. Teubner*, „Global Bukowina“: Legal Pluralism in World Society, in: *ders.* (Hg.), Global Law Without a State (Aldershot et al.: Dartmouth 1997) 3 ff.
- 3 Vgl. *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht (München: Beck 2001); s. jetzt auch *ders.*, International Community, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013), www.mpepil.com (zuletzt 15.10.2013) m.w.N.; *M. Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht (Heidelberg: Springer 2009).
- 4 Zu der Übertragung der Idee der „constitutional moments“ (grundlegend *B. Ackerman*, We the People (Cambridge/London: Belknap Press 1998), Band 2, Transformations, S. 409 ff. *et passim*) auf das Völkerrecht s. *A.-M. Slaughter/W. Burke-White*, An International Constitutional Moment, Harvard International Law Journal 43 (2002) 1.
- 5 S. Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007) 585 ff.; s. insbes. *E. Benvenuti*, The Future of International Law Scholarship in Germany: the Tension between Interpretation and Change, 585 (588 ff.); *S. Kadelbach*, Völkerrecht als Verfassungsordnung? Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, 599 (609) (Konstitutionalisierung als „Leitmotiv“ deutscher Völkerrechtswissenschaft); *H. Keller*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, 623 (633) („eines der beherrschenden Themen im Wissenschaftsdiskurs der letzten Jahre“); *A. Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, 695 (699 ff., 718); *E. de Wet*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, 777 (778); skeptisch *G. Nolte*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, 657 („Konstitutionalisierungsgedanke ... in [der] Defensive“). S. zuvor insbes. *P.-M. Dupuy*, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, Max Planck UNYB 1 (1997) 1; *B. Fassbender*, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998) 529; *J. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts; *BDGVR* 39 (2000) 427 m.w.N.; zuerst, soweit ersichtlich *A. Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung (Tübingen: Mohr 1923) 101; *ders.*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (1926); aufgegriffen in *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht (3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1984) § 91 *et passim*; Für Europa s. *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (Berlin: Duncker & Humblot 2001) 93-166. Skeptisch *A. von Bogdandy*, Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, Harvard International Law Journal 47 (2006) 223; für einen Verfassungpluralismus *C. Walter*, Constitutionalizing (Inter)national Governance, GYIL 44 (2001) 170 (173); ablehnend *C. Hillgruber*, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072; *U. Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003) 11.

What a difference six years can make! Zwar erschienen 2009 und 2010 noch mehrere autoritative Monographien und Sammelwerke über die Konstitutionalisierungsthese,⁶ und die internationale Gemeinschaft fehlt immer noch in kaum einem internationalen Kommuniké.⁷ Aber schon lange, spätestens seit dem diesbezüglichen Bericht der Völkerrechtskommission (ILC),⁸ wird der Konstitutionalisierungsdiskurs vom Fragmentierungsdiskurs überlagert. Während die Idee der Verfassung auf eine rechtliche Gesamtordnung ausgelegt ist, baut die Fragmentierung auf dem Befund mehrerer Teilordnungen auf, die kaum noch durch ein gemeinsames Band zusammengehalten werden. Zwar ging die Völkerrechtskommission davon aus, dass die traditionellen rechtlichen Mechanismen die Fragmentierung in den Griff bekommen könnten, aber Zweifel daran erscheinen durchaus erlaubt. Der Versuch, Teilsystemen eine „Teilkonstitutionalisierung“ zu bescheinigen⁹ – Gunter Teubner spricht im Titel seines neuesten Buches treffend von „Verfassungsfragmenten“¹⁰ – spiegelt die Krise des Konstitutionalisierungsbegriffs vielleicht am besten wider.

Die neuere Pluralismusthese erstrebt nicht den Entwurf einer Gesamtrechtsordnung, sondern behandelt die Konkurrenz verschiedener Teilrechtsordnungen. Aus dem Versuch eines internationalen Verfassungsrechts wird ein internationales Verwaltungsrecht, das sich mit vielen administrativen Teilordnungen und vor allem der Suche nach gemeinsamen Grundprinzipien verschiedener Völkerrechtsregime beschäftigt, die induktiv gewonnen werden sollen.¹¹ Die Verfassungsschule redet derweil nur noch von „Verfassungsprinzipien“, nicht mehr von der „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“.¹² Das heutige Völkerrecht, so die Diagnose, hat es mit einem Pluralismus von Akteuren, Sachverhalten und Rechtswirkungen zu tun, die mit einer im weitesten Sinne monistischen Konzeption einer Weltrechtsordnung, in der sich die Völkerrechtsordnung pyramidal über die nationalen Verfassungsordnungen erhebt, nicht mehr in den Griff zu bekommen ist. Pluralismus statt Hierarchie heißt die neue Devise.

Wenn auch der Begriff des Hybrids im Thema unserer Tagung – der die Öffentlichkeit derzeit eher an umweltschonende Autoantriebe als das Völkerrecht denken lässt – viel-

6 B. Fassbender, *The United Nations Charter as the constitution of the international community* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2009); J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein, *The constitutionalization of international law* (Oxford: Oxford University Press 2009); J.L. Dunoff/J.P. Trachtman (Hg.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance* (Cambridge: Cambridge University Press 2009); T. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht* (Heidelberg: Springer 2012).

7 In der Datenbank der Vereinten Nationen erhält man allein in den Monaten Januar bis Juni des Jahres 2013 1040 Treffer für den Begriff „international community“, vgl. <http://www.un.org/en/documents/ods/> (letzter Zugriff: 26.06.2013).

8 M. Koskeniemi (Hg.), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/ZCN.4/L.682* (2006) (Helsinki 2007).

9 A. Fischer-Lescano/G. Teubner, *Regime-Kollisionen* (Fn. 1) 53-56.

10 G. Teubner, *Verfassungsfragmente* (Berlin: Suhrkamp 2012).

11 S. z.B. N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford: Oxford UP 2010) 8 *et passim*; B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems* 68 (2005) 15 (61). S. bereits N. MacCormick, *Questioning Sovereignty* (Oxford: Oxford UP 1999) 171 *et passim*; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism, Modern Law Review* 65 (2002) 317. Skeptisch ob der weiteren Staatsbezogenheit dieser Theorien, aber bezüglich des Mangels einer gemeinsamen Grundnorm im Sinne Kelsens zustimmend R. Michaels, *Globalisation and Law: Law Beyond the State*, in: R. Banakar/M. Travers (Hg.), *Law and Social Theory* (2. Aufl., Oxford and Portland: Hart 2013) 287 (298 f.).

12 S. T. Kleinlein (Fn. 6) 617.

gestaltig ist und auch juristisch in sehr verschiedenen Kontexten gebraucht wird,¹³ so steht er doch vor allem für die Entwicklung von Rechtsordnungen im Zusammenspiel von internationalem, staatlichem und privatem Recht. So urteilen die sog. hybriden Strafgerichte in Kambodscha, Libanon, Sierra Leone und neuerdings Senegal auf der Grundlage von nationalem Strafrecht und Völkerstrafrecht unter Beteiligung von nationalen und internationalen Richtern. Rechtsgrundlage dafür sind Verträge zwischen den jeweiligen Staaten und den Vereinten Nationen bzw. der Afrikanischen Union, im Fall des Libanons mit zweifelhafter nationaler Rechtswirksamkeit, aber abgestützt durch eine verbindliche Resolution des Sicherheitsrats unter Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen.¹⁴ Ähnliche Arrangements lagen der Menschenrechtskammer

13 Vgl. *M. Delmas-Marty*, *Ordering Pluralism* (Oxford: Hart 2009) 59 ff. (Übertragung rechtlicher Mechanismen in andere Rechtsordnungen); *L.A. Dickinson*, *The Promise of Hybrid Courts*, *AJIL* 97 (2003) 295 (gemischt staatliche/internationale Straftribunale); *Z. Douglas*, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *British Yearbook of International Law* 73 (2003) 151 (153); *P. Schiff Berman*, *Towards a Jurisprudence of Hybridity*, *Utah Law Review* (2010) 11; *id.*, *Global Legal Pluralism* (Cambridge: Cambridge UP 2012) 13 (25 ff.) (Pluralismus von Rechtsordnungen auf einem sozialen Gebiet); *V. Heyvaert*, *Levelling Down, Levelling Up, and Governing Across: Three Responses to Hybridization in International Law*, *EJIL* 20 (2009) 647 (Interaktion von staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren); *H. Koh*, *Twenty-First Century International Lawmaking*, *Georgetown Law Journal* 101 (2012) 725 (743) („hybrid private-public arrangements“); *S. Müller-Mall*, *Legal Spaces* (Heidelberg: Springer (Berlin/Heidelberg 2013) 12 ff. (Unmöglichkeit der Trennung pluraler Elemente in hybridem Recht); *A. Roberts/S. Sivakumaran*, *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, *Yale Journal of International Law* 37 (2012) 107 (142 ff.) (Verträge zwischen Staaten und nichtstaatlichen Aufständischen); *I.-J. Sand*, *Hybrid Law – Law in a Global Society of Differentiation and Change*, in: Teubner-FS (Berlin: De Gruyter 2009) 871 ff., m.w.N. S. 872 Fn. 8 (Beeinflussung rechtlicher und nichtrechtlicher Konzepte); *G. Teubner*, *Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, „Storrs Lectures 2003/04“ Yale Law School, in: *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman* (Stanford: Stanford University Press 2006) erhältlich unter http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852715/Coincidentia_eng_FSFriedman-1.pdf; *L. Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (Weilerswist: Velbrück 2013) 301 f. (Pluralismus von Rechtsordnungen unterschiedlicher Herkunft). Für „hybride Netzwerke“ zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht s. *Teubner*, *Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks*, in: *R. Kagan et al.* (Hg.), *Legality and community: on the intellectual legacy of Philip Selznick* (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield 2002) 311.

14 Der gemischte Charakter spiegelt sich in der parallelen Gründung durch Resolutionen von Generalversammlung oder Sicherheitsrat sowie einem Vertrag mit dem jeweiligen Territorialstaat, s. Generalversammlungsresolution 57/228 v. 22.5.2003, A/RES/57/228 (Begründung der Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia); Sicherheitsratsresolution 1315 vom 14.8.2000, S/RES/1315, Z. 1-3; Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2002/246 v. 8.3.2002, Appendix 2; Sicherheitsratsresolutionen 1664 vom 29.3.2006, S/RES/1664 und 1757 vom 30.5.2007, S/RES/1757 (Begründung des Special Tribunal for Lebanon durch verbindliche Kapitel VII-Resolution, die die evtl. Verfassungswidrigkeit der nationalen Zustimmung durch die völkerrechtliche Verbindlichkeit der Sicherheitsratsresolution aufzufangen sucht, was für die völkerrechtliche, wöglich aber nicht für die verfassungsrechtliche Verbindlichkeit ausreicht). Zusammenfassend *A. Paulus*, in *Simma et al.* (Hg.), *Charter of the United Nations* (3. Aufl., Oxford: Oxford UP 2012), Art. 29 Rn. 95-98 (im folgenden *Simma-Bearbeiter*); *L. Dickinson*, *The Promise of Hybrid Courts*, *AJIL* 97 (2003) 295; *C. Tomuschat*, *International Courts and Tribunals* (2011), in: *Wolfrum* (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (im folgenden *MPEPIL*) V (Oxford: Oxford UP 2012) 499, Rn. 11, 17 ff. S. jetzt auch die Einrichtung von Extraordinary African Chambers in Senegal zur Aburteilung des ehemaligen Diktators des Tschad, Hissène Habré, das Senegal durch Vereinbarung mit der Afrikanischen Union nach entsprechender Aufforderung durch den Internationalen Gerichtshof geschaffen hat, s. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Arrêt du 20 juillet 2012, www.icj-cij.org (zuletzt 15.10.2013), *ILM* 51 (2012) 709 (in englischer Sprache); Human Rights Watch, *Statut der Chambres africaines extraordinaires* (30.1.2013), erhältlich unter <http://www.hrw.org> (zuletzt 15.10.2013).

am Verfassungsgericht in Bosnien¹⁵ und liegen dem kosovarischen Verfassungsgericht zugrunde.¹⁶ Weitere Beispiele „hybrider“ Rechtskonstruktionen finden sich in der Schiedsgerichtsbarkeit und dort insbesondere im Investitionsschutz.¹⁷

Aus völkerrechtlicher Perspektive stellt sich bei diesen hybriden Konstrukten sofort die Frage danach, was mit den jeweils „einschlägigen Regeln des Völkerrechts“ – so Art. 42 Abs. 2 ICSID-Übereinkommen¹⁸ – gemeint ist. In der Praxis vieler Schiedsgerichte scheint das Völkerrecht eine eher untergeordnete Rolle zu spielen, es sei denn, es ist ein Völkerrechtler unter den Schiedsrichtern. Wir werden dieser These im Folgenden ebenso nachgehen wie der Frage, wie das Völkerrecht diesen Pluralismus verschiedener Rechtsordnungen – oder Teilrechtsordnungen? – in seine Rechtsquellenlehre einordnet und wie es zur Lösung tatsächlicher und rechtlicher Konflikte zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen beitragen kann. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, unterschiedliche Rechtsordnungen so weit wie möglich analytisch zu trennen und ihre rechtlichen Wirkungen zu differenzieren. Hybrid sind letztlich nicht die Rechtsordnungen, sondern die Akteure oder Sachverhalte, die sie regeln oder die von ihnen geregelt werden.¹⁹

Schließlich werden wir uns auch mit den Grenzen auseinandersetzen, welche die Völkerrechtsordnung, aber auch das nationale Verfassungsrecht diesen Rechtsordnungen setzen, und die Frage stellen, ob hieraus etwas für die Beziehungen des „hybriden“ Rechts mit dem allgemeinen Völkerrecht und anderen zwischenstaatlichen Ordnungen zu lernen ist. Dabei werden wir auch ein Augenmerk auf die Frage der Legitimation richten, die eine Bedingung für die langfristige Akzeptanz der Entscheidungen „hybrider“ Rechtssysteme darstellt.

II. Internationales Recht zwischen Internationalität und Weltrechtsordnung

Die Stellung des Völkerrechts zwischen der Ambition eines Weltrechts einerseits und einer bloßen zwischenstaatlichen Vertragsordnung andererseits ist nichts wirklich Neues. Sie spiegelt vielmehr die Entwicklung des Völkerrechts der Neuzeit wider.

15 S. Agreement on Human Rights, Annex 6 to the general framework agreement for peace in Bosnia and Herzegovina, ILM 35 (1996) 75 (130).

16 Vgl. M. Riegner, Die internationalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit in Kosovo: Instrument zur Friedenssicherung und Entwicklungsförderung?, ZaöRV 71 (2011) 543-568.

17 S. dazu Z. Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, British Yearbook of International Law 73 (2003) 151 (153).

18 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States vom 18.3.1965, UNTS 575, 159.

19 A.A. Müller-Mall (Fn. 13), S. 13 f. (Untrennbarkeit als Kennzeichen hybriden Rechts). Müller-Mall versucht die Unmöglichkeit einer analytischen Trennung mit den Umsetzungsakten im europäischen Richtlinienrecht zu begründen, übersieht dabei aber, dass es sich um einen hierarchisch dem europäischen Recht unterworfenen nationalen Umsetzungsakt handelt – eine analytische Trennung zwischen europäischem und nationalen Recht also sehr wohl möglich ist; vgl. auch BVerfGE 118, 79 (95 ff.) – *Emissionshandel*; 129, 78 (103 ff.) – *Le Corbusier-Möbel*.

1. Klassisches Völkerrecht: Bilateralismus und Reziprozität

Das klassische Völkerrecht war spätestens seit Vattel²⁰ als Zwischenstaatsrecht konzipiert, das zwar Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Einzelpersonen oder nichtstaatlichen Gruppen hat, sie aber nicht an der Rechtsetzung beteiligt – was allerdings nicht ausschloss, dass bedeutende Persönlichkeiten wie Henri Dunant oder nichtstaatliche Organisationen wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz²¹ und das Institut de Droit international²² großen Einfluss auf das Völkerrecht des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts ausübten. Die Mediatisierung nichtstaatlicher Organisationen und der Bürgerinnen und Bürger durch den Staat war jedenfalls in der Theorie vollkommen.²³

Aber die Rechtsbeziehungen der Staaten untereinander sind im Zwischenstaatsrecht notwendig bilateral; die Verpflichtungen weichen erheblich voneinander ab. Die Existenz divergierender Rechtspflichten in unterschiedlichen Vertragssystemen ist daher auch dem Bilateralismus keineswegs fremd.

2. Institutionalisierung und Konstitutionalisierung: Die Rolle der Vereinten Nationen

Die Gründung der Vereinten Nationen nach dem Zweiten Weltkrieg führte zu einer stärkeren Einbindung der Zivilgesellschaft in das Völkerrechtsgeschehen, welche in Artikel 71 der Charta ihren Ausdruck fand. Die Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung selbst wurde jedoch gerade nicht an sie übertragen; selbst die Generalversammlung der Vereinten Nationen kann nur Empfehlungen abgeben, als Expertengremium steht ihr die Völkerrechtskommission zur Seite.²⁴ Schließlich blieben die – in der Charta bereits sehr schwach ausgestalteten – Mechanismen der Bindung der Sonderorganisationen über den Wirtschafts- und Sozialrat auf die bloße Koordination beschränkt; das GATT und die Welthandelsorganisation verweigerten jede Unterordnung.²⁵

Auf der materiellen Ebene spielt schließlich die Charta der Vereinten Nationen durch die Klärung grundlegender Rechtsprinzipien einschließlich der Menschenrechte und des Selbstbestimmungsrechts eine Hauptrolle bei der Weiterentwicklung des Zwischenstaatsrechts zu einem Völker- oder gar Weltrecht. Deren Durchdringung des

20 *E. de Vattel*, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and the Affairs of Nations and of Sovereigns* (London: Coote 1759).

21 *D.-E. Khan*, *Das Rote Kreuz: Geschichte einer humanitären Weltbewegung* (München: Beck 2013).

22 Zu dessen problematischer Gründungsgeschichte vgl. *M. Koskeniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations* (Cambridge: Cambridge UP 2001) 11 ff.; zu seiner heutigen (wegen der Existenz formaler Institutionen wie der Völkerrechtskommission verminderten) Bedeutung s. *P. Macalister-Smith*, *Institut de Droit international*, in: *MPEPIL V* (Fn. 14) 219, Rn. 25.

23 Zur Mediatisierung des Menschen in der Völkerrechtsordnung und ihrer Auflockerung s. *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1984) §§ 47 f.

24 S. Art. 13 UN Charta, zur Völkerrechtskommission s. ihr Statut, in: UNGA Res. 174 (II) (1947), UN Doc. A/RES/174(II); dazu *Simma-Simma* (Fn. 14) Art. 13 Rn. 12 ff.

25 Vgl. Art. 57, 63, 64 UNC und die dazu getroffenen Vereinbarungen, *Agreements between the United Nations and the Specialized Agencies and the International Atomic Energy Agency*, UN Doc. ST/SG/14 (1961) 53, 60, 88, 111; dazu *Simma-Meng* (Fn. 14) Art. 63 Rn. 37 ff. Zu den Verträgen von Welthandelsorganisation und Internationalem Strafgerichtshof mit der UN, die auf gleichberechtigter Grundlage beruhen, s. *Letter from the [UN] Secretary-General to the President of ECOSOC* (24.10.1995), UN Doc. E/1995/125 (1995) sowie ECOSOC Res. 1995/322 („flexible framework for cooperation“); *Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations of 4 Oct. 2004*, UN Doc. ICC-ASP73/25, 301, Art. 2.

globalen Rechtssystems wird durch die Vorrangklausel des Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen,²⁶ aber vor allem durch die Kodifizierung des zwingenden Völkerrechts in der Wiener Vertragsrechtskonvention²⁷ und die Kreation von Pflichten gegenüber der Staatengemeinschaft in den Verpflichtungen *erga omnes* mit besonderer Rechtswirkung versehen;²⁸ die „internationale Staatengemeinschaft“ wird hier wenn nicht zum Rechtserzeuger, aber doch zu der maßgeblichen Instanz für die Erlangung des höchsten, „zwingenden“ Status einer Rechtsnorm. Die Investorenrechte, so stellte der Internationale Gerichtshof bereits am Anfang klar, gehören allerdings nicht dazu.

Die Wiederbelebung der Vereinten Nationen im Geiste ihrer Gründer nach dem Fall des Eisernen Vorhangs hat zu der breiten Konstitutionalisierungsdiskussion insbesondere in Deutschland, aber auch darüber hinaus geführt. Allerdings krankt diese Diskussion daran, dass ganz unterschiedliche Vorstellungen davon bestehen, wie eine Verfassung zu definieren ist; reicht es zum Beispiel, wenn die Welthandelsorganisation eine zweistufige Quasi-Gerichtsbarkeit erhält, um von einer „Teilkonstitutionalisierung“²⁹ der Organisation zu sprechen – oder ist das nicht bloß der Ausdruck einer Verrechtlichung oder Judizialisierung eines wesentlichen völkerrechtlichen Teilgebiets?

Die Aufwertung nichtstaatlicher Akteure in dem institutionellen System der Vereinten Nationen spiegelte sich in ihrer Beteiligung an großen Weltkonferenzen und in ihrem maßgeblichen Einfluss auf so unterschiedliche Vertragswerke wie die Klimaschutzabkommen oder das Römische Statut für den Internationalen Strafgerichtshof wider.³⁰ Das ändert jedoch nichts daran, dass es Staatenvertreter sind, welche die Verträge abschließen, und nationale Parlamente, die in demokratischen Staaten deren Ratifikation ermöglichen. Auch viele „hybride“ Ausschüsse werden von Staatenvertretern maßgeblich beeinflusst, deren Unabhängigkeit eine Frage des nationalen oder regionalen Rechts ist.³¹

26 S. dazu jetzt *R. Kolb*, L'Article 103 de la Charte des Nations Unies, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 2013 (im Erscheinen); *Simma-Paulus/Leiss* (Fn. 14) Art. 103 m.w.N.

27 Art. 53, 64 Vienna Convention on the Law of Treaties vom 23.5.1969, UNTS 1155, 331.

28 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment 5 February 1970, ICJ Rep 1970, 3 (32).

29 Zum Welthandelsrecht grundlegend *E.-U. Petersmann*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* (Fribourg: University Press Fribourg 1991); *ders.*, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, EJIL 6 (1995) 161; *D. Cass*, *The Constitutionalization of the World Trade Organization* (Oxford: Oxford UP 2005); *J. Trachtman*, *The Constitutions of the WTO*, EJIL 17 (2006) 623 (645 f.); s. insbesondere auch die Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht im Jahr 2001: *M. Hilf*, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Struktur, Institutionen und Verfahren*, BDGVR 40 (2003) 257; *W. Benedek*, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Kompetenzen und Rechtsordnung der WTO*, BDGVR 40 (2003) 283. Für die Menschenrechte s. *A. Fischer-Lescano*, *Globalverfassung* (2005). S. auch *ders./G. Teubner* (Fn. 2) 53-56.

30 S. bereits Art. 71 UNC, dazu *Simma-Hobe* (Fn. 14) Art. 71 Rn. 19 ff., insbes. Rn. 39 ff.; *S. Charnovitz*, *Nongovernmental Organizations and International Law*, AJIL 100 (2006) 348; *D. Otto*, *Non-Governmental Organizations in the United Nations System*, *Human Rights Quarterly* 18 (1996) 107; *A. Boyle/C. Chinkin*, *The Making of International Law* (Oxford: Oxford UP 2007) 62 ff.; kritisch *K. Anderson*, *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society*, EJIL 11 (2000) 91.

31 Zum Basel Committee on Banking Supervision der BIS s. *M. Jacob*, *Bank for International Settlements* (2011), MPEPIL (Fn. 14) I 821 (823), Rn. 12 ff., 23; vgl. *A.-M. Slaughter*, *A New World Order* (Princeton: Princeton UP 2004) 38 ff.

3. Die Fragmentierung des Völkerrechts

Dennoch ist der Konstitutionalisierungsdiskurs weitgehend durch einen Fragmentierungsdiskurs abgelöst worden. Die Missachtung des Rechts der Vereinten Nationen durch die verbliebene Supermacht USA,³² aber auch die eigene Reformunfähigkeit der Vereinten Nationen mangels Konsenses zwischen den ständigen Mitgliedern und zwischen den entwickelten postindustriellen Staaten in der „westlichen Welt“, den aufstrebenden BRICS-Ländern³³ und den Entwicklungsländern lassen Konstitutionalisierungsideen utopisch erscheinen. Der zeitweilige Aufstieg des multilateralen Welthandelssystems und die Institutionalisierung des Völkerstrafrechts, aber eben auch der Aufschwung des Schiedswesens und die – bei allen Schwierigkeiten – enorme Verdichtung der regionalen Integration in Europa hat zu der Vielgestaltigkeit des globalen Rechtssystems geführt, das sich einfachen allgemeinen Regeln zu entziehen scheint.

Die Fragmentierung des Völkerrechts³⁴ speist sich aus der zunehmenden Vielfalt internationaler Vertragsregime mit eigenen Rechtsprechungs- und Rechtdurchsetzungsmechanismen, die zum Teil auf internationalen Verträgen (wie Strafgerichtshof oder Welthandelsorganisation) beruhen, aber zum Teil auch autonome Regelungen auf Grundlage internationalen oder privaten Rechts sein können (wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz³⁵ oder das Internationale Olympische Komitee³⁶). Die Hybridisierung, die eine Interaktion zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Akteure internationalen und nationalen Rechts beschreiben soll, erscheint hier nur als die konsequente Fortentwicklung der Fragmentierung der Völkerrechtsordnung in verschiedene, sich wechselseitig nur begrenzt anerkennende Teilrechtsordnungen, deren Ableitung vom Völkerrecht zum Teil unklar ist³⁷ – nicht ganz unähnlich den sog. internationalisierten Verträgen zwischen Ölünternehmen und ölexportierenden Staaten, die unter nationales, aber eben auch internationales Recht fielen.³⁸ Heute finden sich

32 Vgl. dazu die Beiträge in *M. Byers/G. Nolte, United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge: Cambridge UP 2003).

33 Akronym für Brasilien, Russland, Indien und China. Der Begriff geht zurück auf den Bericht des Ökonomen *Jim O'Neill* von Goldman Sachs, *Building Better Global Economic BRICs*, Global Economics Paper No. 66, 30 November 2001.

34 S. insbesondere *Fragmentation of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission* (Fn. 8) m.w.N.; *M. Koskenniemi/P. Leino, Fragmentation of International Law: Post-modern Anxieties?*, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002) 553; *B. Simma/D. Pulkowski, Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, *EJIL* 17 (2006) 483 (494-506).

35 *D.-E. Khan* (Fn. 21).

36 Vgl. *D. J. Eittinger, The Legal Status of the International Olympic Committee*, *Pace Yearbook of International Law* 4 (1992) 97 (98 ff.); *S. Hobe, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht*, *AVR* 37 (1999) 152 (154 ff.). Zum Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Verbandsgerichtsbarkeit des IOC s. auch *EGMR, Pechstein/Schweiz*, Appl. Nr. 67474/10, Zustellung v. 12. Feb. 2013, *EuGRZ* 2013, 643 (2. Kammer, noch nicht entschieden). Das Schweizer Bundesgericht hielt Art. 6 Abs. 1 EMRK für nicht anwendbar, Urteil v. 10. Feb. 2010, Az. 4A_612/2009 – Pechstein, Z. 4.1; www.bger.ch (zuletzt 3.1.2014); s. aber auch *BGE* 133 III 235 (239 ff.), Z. 4 (Unzulässigkeit eines völligen Ausschlusses einer gerichtlichen Überprüfung wegen der Sondersituation im Sport).

37 Vgl. zur Diskussion über die Rechtsnatur des Investitionsschutzrechts *T. R. Braun, Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht* (Baden-Baden: Nomos 2012) 77 ff.; *M. Pappas, Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, *EJIL* 24 (2013) 617 (647).

38 Für die Internationalisierung dieser Verträge nach der Rechtswahl der Parteien s. *Texaco v. Libyan Arab Republic*, *ILR* 53 (1979) 389 (441 ff., 447, 458 f.), Z. 22 ff., 29, 31, 47 (R.-J. Dupuy); ebenso *Verdross/Simma* (Fn. 23) §§ 4, 429, 448, 1221; *A. v. Arnould, Völkerrecht* (Heidelberg: C.F. Müller 2012) Rn. 964;

solche „hybriden“ Systeme vor allem im weiten Bereich der Investitionsstreitigkeiten, in administrativen Lenkungsausschüssen wie dem internationalen Rechnungslegungsausschuss³⁹ oder auch in Menschenrechts- und Straftribunalen mit internationaler Beteiligung.

Der Pluralismus der zwischen- und überstaatlichen Rechtsordnungen geht mit einer Pluralisierung von Rechtsquellen und Auslegungsmethoden einher.⁴⁰ Doch dieser Pluralismus führt nicht notwendigerweise zum Auseinanderfallen der Gesamtrechtsordnung, die durch eine gemeinsame Rechtsquellenlehre und grundlegende Rechtsprinzipien verbunden bleibt. Für den Rechtsunterworfenen sind die verschiedenen Verhaltensanforderungen allerdings nur noch schwer zu durchschauen, was die Beachtung der Regeln erschwert. Hier liegt eine Aufgabe für die Rechtswissenschaft, aber auch die Rechtsprechung, Ausmaß und Grenzen des Einflusses der verschiedenen Rechtsordnungen klarzustellen. Die Anerkennung des *jus cogens* allein führt allerdings ebenso wenig wie die Kollisionsregel des Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen zu einer Vermeidung widersprechender Regelungen. Partielle Regeln zur Übernahme völkerrechtlicher Rechtentstehungs- und Rechtsauslegungsgrundsätze wie Art. 21 Römisches Statut,⁴¹ Art. 3 WTO-Streitbeilegungsvereinbarung⁴² oder Art. 42 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen⁴³ tragen zur Komplexität bei, sind aber durchaus typisch für die Entwicklung eines pluralistischen, netzwerkartigen Systems verschiedener Regelungsbereiche.

Als Beispiel soll hier das des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten dienen. Hybrid wird seine Konstruktion dadurch, dass einerseits die typischen Parteien einer Investitionsstreitigkeit unterschiedlich sind, indem der beklagte Staat einem oder mehreren privaten Investoren gegenübersteht, aber auch durch das anzuwendende Recht und den stark an der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit ausgerichteten Streitbeilegungsmechanismus.⁴⁴ So bestimmt Artikel 42 Abs. 1 Satz 2 ICSID-

vgl. aber noch *Le Paiement de Divers Emprunts Serbes Émis en France (France v. Royaume des Serbes, Croates et Slovènes)*, PCIJ, Ser. A No. 20, S. 41 (1929) : „Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale.“ Einen mittleren Weg mit Hinweis auf die Praxis der Investitionsschiedsgerichte gehen *I. Marboe/A. Reinisch*, *Contracts between States and Foreign Private Law Persons* (2011), MPEPIL (Fn. 14) II, 758, Rn. 14 ff. m.w.N.

39 Der Internationale Rechnungslegungsausschuss ist, zusammen mit dem International Financing Reporting Committee für die International Financing Reporting Standards (IFRS), zuständig für die International Accounting Standards der internationalen Rechnungslegung. Dazu VO (EG) Nr. 1358/2007 der Europäischen Kommission vom 21.11.2007, ABl. EU 2007 Nr. L 304/9 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den International Financial Reporting Standard und § 315a HGB. Kritisch *P.M. Huber*, *Rechnungslegung und Demokratie*, AöR 133 (2008) 389 m.w.N.

40 Zur Ausdifferenzierung der Rechtsquellen s. auch Symposium: *The Interpretation of Treaties – A Re-examination*, EJIL 21 (2010) 507 ff.; treffend *J.H.H. Weiler*, Preface, S. 507.

41 Römisches Statut für den Internationalen Strafgerichtshof vom 17.7.1998, UNTS 2187, 3.

42 Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten vom 15.4.1994, UNTS 1869, S. 401.

43 Oben Fn. 18. Vgl. zum Pluralismus innerhalb des Völkerrechts *A. Paulus*, *The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law*, in: *J. Nijman/A. Nollkaemper* (Hg.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (Oxford: Oxford UP 2007) 216 (231 ff.).

44 S. dazu grundlegend *J. Paulsson*, *Arbitration Without Privity*, 10(2) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (1995) 232 ff.; *Z. Douglas*, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *British Yearbook of International Law* 74 (2003) 151 (153) m.w.N.: „[I]nvestors are often convinced of a striking resemblance to international commercial arbitration.“

Übereinkommen, dass mangels Einigung der Parteien das Schiedsgericht „das Recht des Vertragsstaats, der Streitpartei ist, – einschließlich seines Internationalen Privatrechts – sowie die einschlägigen Regeln des Völkerrechts“ anwendet. Vorrangig ist in jedem Fall das jeweilige Investitionsschutzabkommen, das sozusagen selbst eine eigene Rechtsordnung für sich bildet. Darüber hinaus bleibt es weitestgehend den Staaten und den Schiedsrichtern überlassen, welches Recht sie anwenden; die Praxis divergiert erheblich.⁴⁵ Mit der Anwendbarkeit nationalen Rechts wird klargestellt, dass ihm grundsätzlich auch die Investoren unterworfen sind, dabei sind die Grenzen zwischen disponiblen und nicht-disponiblen Recht oft schwer zu ziehen.⁴⁶ Mit der Anwendung des Völkerrechts werden die Grenzen des nationalen Rechts deutlich: entspricht das nationale Recht den völkerrechtlichen Anforderungen nicht, dann kann stattdessen Völkerrecht unmittelbar angewendet werden. Daneben kann Völkerrecht ebenso gelegentlich mittelbar über nationales Recht zur Anwendung kommen wie nationales Recht mittelbar über das Völkerrecht.⁴⁷

Da Völkerrecht im Grundsatz dispositiv ist, gibt es mit dem Vorrang der Parteivereinbarung jedenfalls grundsätzlich keine völkerrechtlichen Probleme; Ausnahmen kommen hinsichtlich des *ius cogens* und der Charta der Vereinten Nationen in Betracht, nicht aber hinsichtlich des *ordre public* eines anderen als des Gaststaates. Dabei schlägt durch, dass der Investor nur über seine eigenen Rechte, nicht aber über die des Heimatstaates oder der internationalen Gemeinschaft disponieren kann.⁴⁸ Hier wirkt sich die völkerrechtliche Natur des ICSID-Übereinkommens aus.⁴⁹ *Christoph Schreuer* schlägt darüber hinaus vor, die völkerrechtlichen Minimalstandards insbesondere des Eigentumsschutzes als „framework of public order“ unabdingbar zu machen,⁵⁰ und zumindest das Schiedsgericht in *World Duty Free vs. Kenia* ist ihm mit der Annahme einer „international public policy“ oder eines internationalen *ordre public* bei der Korruptionsbekämpfung gefolgt.⁵¹ Offensichtlich bietet das Völkerrecht einen Bestand an Minimalregeln an, denen sich auch das nationale Recht nur schwer entziehen kann. Dies kann man wahlweise als Bestätigung der Bedeutung des Völkerrechts oder aber als Ausdruck eines Bestandes von allgemeinen Regeln des Rechtsstaats bzw., passender, der „rule of law“ lesen.⁵²

Hybride Systeme verstärken die Fragmentierung des Völkerrechts, haben aber ebenso großes Potential für seine Erweiterung zum „Weltrecht“ – nicht in dem Sinne einer hierarchischen Weltverfassungsordnung, aber doch als Residuum von überkulturellen

45 S. dazu *C. Schreuer*, *The ICSID Convention – A Commentary* (2. Aufl., Cambridge: Cambridge UP 2009, 3. Druck 2012) 549, Art. 42 Rn. 2, 21 ff. m.w.N.

46 Ebd., Rn. 46 f. Zu neueren Spannungen hinsichtlich der Frage des Unterworfenenseins von Investitionsschutzverträgen unter nationales Recht s. *W.M. Reisman*, *The Future of International Investment Law and Arbitration*, in: *A. Cassese* (Hg.), *Realizing Utopia* (Oxford: Oxford UP 2012) 275 (282 f.); zur alten Calvo-Doktrin s. nur *P. Juillard*, *Calvo Doctrine/Calvo Clause* (2007), MPEPIL (Fn. 14) I 1086, s. Rn. 30 (mit anderer Einschätzung als *Reisman* hinsichtlich der Gefahren ihrer Wiederkehr).

47 *Schreuer* (Fn. 45) Art. 42 Rn. 60 f. m.w.N.

48 Vgl. *M. Paparinskis*, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, EJIL 24 (2013) 617 (647).

49 *Schreuer* (Fn. 45) Art. 42 Rn. 32 ff.

50 *Schreuer* (Fn. 45) Art. 42 Rn. 70.

51 *World Duty Free vs. Kenia*, ICSID Case No. ARB/00/7, Rn. 138 ff.

52 Dazu *A. Nollkaemper*, *National Courts and the International Rule of Law* (Oxford: Oxford UP 2011); kritisch zur Frage der Homogenität *A. Paulus/P.B. Stephan/E. Benvenuti/Y. Shany*, *Book Symposium*, *Jerusalem Review of Legal Studies* 4 (2012) 5 ff.

Rechtsregeln, die in Ermangelung speziellerer Regeln auch vielfältige Rechtsbeziehungen unabhängig vom nationalen Recht regeln oder zu dessen Kontrolle herangezogen werden können. Schon daher spricht vieles dafür, völkerrechtliche Regeln auch auf die Beziehungen zwischen Staaten und Investoren anzuwenden, zumal eine wirkliche Alternative nicht sichtbar ist, wenn das Investitionsschutzrecht Investitionen vor willkürlichem Zugriff des Gastlandes schützen soll, gleichzeitig aber den berechtigten Interessen des Gastlandes und seiner Bevölkerung gerecht werden will. Das schließt die „Gemeinschaftsinteressen“ der Weltgemeinschaft ein – schon deswegen sollten auch Schiedsgerichte an die Mindestregeln des *jus cogens* und an die Beachtung des Vorrangs der Charta der Vereinten Nationen gebunden sein.

Die Fragmentierung des Völkerrechts, so zeigt dieses Beispiel, führt nicht notwendigerweise zu seiner Schwächung; vielmehr kann die Offenheit des zwischenstaatlichen Rechts für Abweichungen auch ein Rezept für seine Verbreitung darstellen.

III. Der normative Befund: Einheit und Mehrheit der Rechtsquellen

Das ICSID-Übereinkommen ist auch ein Beispiel für die Relevanz von Art. 38 IGH-Statut über das zwischenstaatliche Recht im engeren Sinne hinaus.⁵³ Im ersten Entwurf zum ICSID-Übereinkommen wurde Art. 38 ausdrücklich erwähnt; in der endgültigen Fassung wurde er immerhin in den Bericht der Exekutivdirektoren aufgenommen.⁵⁴ Jedenfalls ist dabei der Wille offensichtlich geworden, die Quellen des Art. 38 IGH-Statut auch im Investitionsschutzrecht zur Anwendung zu bringen.

1. Die Eignung der Völkerrechtsquellen in Artikel 38 des IGH-Statuts für hybrides Recht

Ungeachtet der regen akademischen Diskussion über die Enge des Artikels 38 und die Entwicklung weiterer Völkerrechtsquellen⁵⁵ zeigt sich, dass er – seiner Unvollkom-

53 Dazu und zur Praxis des Internationalen Gerichtshofs zusammenfassend *A. Pellet*, in: *A. Zimmermann et al.* (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (2. Aufl., Oxford: Oxford UP 2012) 731, Art. 38 (im folgenden *Zimmermann-Pellet*, ICJ-Statute); *A. Pellet*, *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*, *ICSID Review* (2013) 1 (18); *O. K. Fauchald*, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*, *EJIL* 19 (2008) 301 (364).

54 Memorandum from the General Counsel, R65-6 (Jan. 8, 1965), *Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the [ICSID] Convention* (Washington: ICSID 1970), Z. 41, Bd. II, S. 962; s. auch den ursprünglichen Entwurf, der Art. 38 sogar im Text der Konvention zitierte, Doc. 43, ebd., Bd. I, S. 192 Mit der Streichung war keine inhaltliche Änderung verbunden, s. *Modifications of Parts IV and V, SID/65-12* (March 9, 1965), Z. 25-27, ebd., Bd. II 2, S. 1025 (1029), dazu *Schreuer* (Fn. 45), Art. 42 Rn. 169.

55 S. z.B. aus der neueren Literatur *M. Ruffert*, *Gedanken zu den Perspektiven der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts: Festschrift für Meinhard Schröder* (Berlin: Duncker & Humblot 2012) 73-84; *I. Venzke*, *How Interpretation Makes International Law* (Oxford: Oxford UP 2012); *J. D'Aspremont*, *The Politics of Deformalization in International Law*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011) 503 (550); *A. Boyle/C. Chinkin*, *The Making of International Law* (Oxford: Oxford UP 2007); *C. Tietje*, *Recht ohne Rechtsquellen? Entstehung und Wandel von Völkerrechtsnormen im Interesse des Schutzes globaler Rechtsgüter im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Rechtsdynamik*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 24 (2003) 27; *H. Grant Cohen*, *Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources*, *Iowa Law Review* (2007) 65; *ders.*, *Finding International Law, Part II: Our Fragmenting Legal Community*, *New York University Journal of International Law and Politics* 44 (2011) 1049; *U. Fastenrath*, *Relative Normativity in*

menheit und gelegentlichen Unklarheit zum Trotz – weiterhin die einzig allgemein akzeptierte Ausformulierung der geltenden Völkerrechtsquellen darstellt. Für das Ineinandergreifen von Rechtsordnungen gibt die klassische Rechtsquellentrias des Artikel 38 IGH-Statut zwar keine Lösung vor, welche die Einheit des Völkerrechts gewährleisten würde. Sie bietet allerdings eine Blaupause für den Aufbau eines dezentralisierten Rechtssystems mit sparsamen Mitteln an, das die Füllung von Rechtslücken mit Hinweis auf die Rechtspraxis relevanter Akteure ermöglicht.

a) Verträge und ihre Auslegung

Verträge können schon seit jeher auch zwischen Staaten und nichtstaatlichen Akteuren geschlossen werden, von Unternehmen bis zu bewaffneten Gruppen im Konflikt.⁵⁶ Als konkrete, differenzierte und ausdrückliche Regelung erzielen insbesondere multilaterale Verträge über den Kreis ihrer Vertragspartner hinaus Wirkung, gerade auch für Verträge zwischen Vertragspartnern mit ungleichem Rechtsstatus. Die grundsätzliche Abdingbarkeit des Völkerrechts macht seine Eignung für die Ausdifferenzierung des Völkerrechtssystems aus – über die klassischen Akteure und Gegenstände hinaus.

Bei der Vertragsauslegung führen die traditionellen Hierarchie- und Vorrangregeln (*jus cogens*, *lex posterior*, *lex specialis*) in der Regel zu brauchbaren Ergebnissen. In gewisser Weise beruhen sie auf der Fiktion, dass die Staaten als Vertragsparteien einen einheitlichen Gesamtwillen haben, der sich in vielfältigen vertraglichen Bindungen widerspiegelt. Aus dieser Kohärenzfiktion folgt der Versuch, bei der Auslegung und Anwendung des Völkerrechts Konkordanz zwischen völkerrechtlichen Rechten und Pflichten in verschiedenen Systemen sowie mit Gewohnheitsrecht und Vertragspraxis herzustellen, was die Völkerrechtskommission als „Prinzip der systemischen Integration“ in Art. 31 Z. 3 WVÜ verankert sieht.⁵⁷ Letztlich stellen alle Unterabsätze des Art. 31 Z. 3 Schlussfolgerungen aus dieser Kohärenzfiktion dar: Buchstabe a) schließt jede spätere Übereinkunft der Parteien bei der Ermittlung ihres Willens in früheren Abkommen ebenso ein wie Buchstabe b) das spätere Verhalten der Parteien, wobei zu der Kohärenzfiktion noch eine Legalitätsfiktion hinzukommt, also die Annahme eines Parteiwillens zu einem stets völkerrechtskonformen Verhalten. Schließlich spricht

International Law, EJIL 4 (1993) 305; E. Riedel, Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?, EJIL 2 (1991) 58; ders., Theorie der Menschenrechtsstandards (Berlin: Duncker & Humblot 1986); H. Thirlway, Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning, RCADI 294 (2002) 267; P. Weil, Towards Relative Normativity in International Law, AJIL 77 (1983) 413; s. auch die Zusammenstellungen von M. Koskeniemi (Hg.), Sources of International Law (Aldershot: Ashgate 2000) und Zimmermann-Pellet, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 vor Rn. 1 sowie die Darstellung verschiedener (post)moderner Methoden des Völkerrechts in S. Ratner/A.-M. Slaughter (Hg.), The Methods of International Law (Washington: ASIL 2003).

56 Zur Internationalisierung von Verträgen s. oben Fn. 38 und begleitender Text. Gem. Art. 3 Abs. 3 der Genfer Rotkreuz Konventionen vom 12.8.1949, UNTS 75, 31 ff., können Konfliktparteien Regeln des internationalen Konflikts in nicht-internationalen Konflikten anwenden; für das Beispiel der Konfliktparteien im ehemaligen Jugoslawien s. die *Tadić*-Zwischenentscheidung des Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien (ICTY), *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72 v. 2. Oktober 1995, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Judicial Reports 1994-95, S. 352, Z. 73.

57 S. ILC, Fragmentation (Fn. 8) Rn. 17 ff; siehe auch G. Orellana Zabalza, The principle of systemic integration: towards a coherent international legal order (Wien: LIT 2012); B. Simma/T. Kill, Investment Protection and Human Rights, in: C. Binder/U. Kriebaum/A. Reinisch/S. Wittich (Hg.) International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer (Oxford: Oxford UP 2009) 678 (691-707).

diese Fiktion auch für die weite Auslegung des Art. 31 Z. 3 lit. c WVRK in dem Sinne eine Rolle, dass bei der Auslegung und Anwendung eines multilateralen Vertrages auf einen konkreten Streitfall alle zwischen den Streitparteien und nicht nur zwischen allen Vertragsparteien anwendbaren Völkerrechtsregeln heranzuziehen sind.⁵⁸ Unbestimmte Rechtsbegriffe, die Füllung von Vertragslücken durch objektive Auslegung und ausdrückliche (z.B. Art. XX GATT)⁵⁹ oder implizite Rechtfertigungsgründe (z.B. der Notstand) stellen Einfallstore für die Anwendung des allgemeinen Völkerrechts auch in hybriden Systemen dar, weil diese sich selbst in aller Regel auf einen völkerrechtlichen Vertrag zurückführen lassen.

Bei der Füllung von Vertragslücken ist abstrakt kaum zu entscheiden, ob die Vermutung der Ungebundenheit der Staaten, das wohlverstandene gemeinsame Interesse aller Vertragspartner oder gar das Völkergemeinschaftsinteresse maßgeblich ist. Die frühe Neigung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs zur ersten Lösung, wie sie im Lotus-Fall ihre klassische Ausprägung gefunden hat,⁶⁰ blieb schon in der Zwischenkriegszeit bekanntlich nicht unwidersprochen. Das damalige Plädoyer *Hersch Lauterpachts* für das Gemeinschaftsinteresse⁶¹ hat nach der Anerkennung des *jus cogens* sehr viel mehr Verbreitung gefunden. Wie wir gesehen haben, wird selbst bei hybridem Recht wie dem Investitionsschutzrecht für die Maßgeblichkeit von Gemeinschaftsinteressen als Ausdruck der *public policy* oder des *ordre public* des Völkerrechts plädiert.⁶² Man kann darin geradezu die legitimatorische Essenz der völkerrechtlichen Durchdringung hybriden Rechts sehen. Hybridität befreit nicht von normativer Bindung. Letztlich sind Kollektiv- und Einzelinteressen gegeneinander abzuwägen. Dabei kommen die Quasi-Verfassungsprinzipien zum Tragen, die vor allem in der Charta der Vereinten Nationen und in den universellen Menschenrechten Ausdruck gefunden haben.⁶³

b) Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

Das Gewohnheitsrecht setzt den Schwerpunkt klassischerweise auf die Staatenpraxis, enthält aber durch die Berücksichtigung der „Verbalpraxis“ insbesondere im Hinblick auf Unterlassungspflichten ein normatives Element, das die Berücksichtigung von Rechtspraxis auch in „hybriden“ (Teil-)Rechtssystemen ermöglicht. Allerdings erscheinen Gewohnheitsrechtssätze als weniger geeignet für hybride Systeme, welche – gerade wegen ihrer Hybridität – auf eindeutige Rechtsgrundlagen angewiesen sind, die in der Regel das Gewohnheitsrecht nicht liefern kann. Dennoch hat mit der *lex*

58 S. Fragmentation Report (Fn. 8) Z. 470 ff.; *J. Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law (Cambridge: Cambridge UP 2003) 257-263 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Streitschlichtungsgremiums der Welthandelsorganisation (Relevanz zumindest als Hinweis auf die gemeinsame Intention der Parteien); vgl. auch *A. Paulus*, International Adjudication in: *S. Besson/J. Tasioulas* (Hg.), The Philosophy of International Law (Oxford: Oxford UP 2010) 207 (222); skeptisch *D. Regan*, International Adjudication: A Response to Paulus, ebd., S. 225 (233 f.).

59 Art. XX General Agreement on Tariffs and Trade vom 1. Jan. 1948, UNTS 55, 262.

60 S.S. „Lotus“ (*France v Turkey*) PCIJ, Series A No. 10 (1927), S. 18.

61 *H. Lauterpacht*, The Function of Law in the International Community (Oxford: Clarendon Press 1933) 123 ff.; vermittelnd *A. Paulus*, International Adjudication, in: *S. Besson/J. Tasioulas* (Hg.), The Philosophy of International Law (Oxford: Oxford UP 2010) 207 (221 f.).

62 Siehe oben (Fn. 50, 51) und begleitender Text.

63 S. dazu *Simma-Paulus*, Charter (Fn. 14) Rn. 8 ff., 24 vor Art. 2 m.w.N.

*mercatoria*⁶⁴ ein Kernbestand von Regeln zwischen privaten Parteien eine beachtliche Wirkung erzielt; bei der Schiedsgerichtspraxis spielen gewohnheitsrechtliche Elemente eine zentrale Rolle, auch beim Austarieren von nationalem und Völkerrecht. Im Gewohnheitsrecht hybrider Systeme ist das klassische, auf Praxis beruhende Modell neueren Konzeptionen vorzuziehen, die verstärkt auf sog. Verbalpraxis setzen und auf diese Weise – wie der Internationale Gerichtshof im *Nicaragua*-Urteil⁶⁵ – die beiden Elemente der Praxis und der Rechtsüberzeugung konvergieren lassen. Die Validierung einer Regel durch Praxis schließt aber notwendig die Rechtspraxis und insbesondere die Gerichts- und ggf. Schiedspraxis ein, was nicht zuletzt auch die Hilfsmittel des Art. 38 Abs.1 lit. d nahelegen. Eine strikte Trennung der beiden Elemente des Gewohnheitsrechts erscheint daher auch nicht angezeigt; vielmehr ist gerade ihre Wechselbezüglichkeit zu betonen.

Dort allerdings, wo keinerlei Praxis der relevanten Akteure die normativen Behauptungen abstützen kann, haben wir es nicht mehr mit Gewohnheitsrecht zu tun, sondern mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, also Prinzipien, nicht Einzelregeln, welche sich bei der Rechtsanwendung allgemein herausgebildet haben. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut beschreibt einen Prozess der Lückenfüllung durch vergleichenden Rekurs auf die universell anerkannte Rechtspraxis nationaler Rechtsordnungen, von denen man sich 1920 die Füllung der Lücken der damaligen Völkerrechtsordnung versprach.⁶⁶

Buchstabe c kann als eine Teilregelung des allgemeineren Phänomens betrachtet werden, dass die Qualität rechtlicher Regelungen sowie ihrer Auslegung und Anwendung vom Rekurs auf die Problemlösungen anderer Rechtsordnungen profitieren kann. Auf diese Weise haben sich allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts entwickelt. Gerade das auf der Gleichordnung seiner Subjekte basierende Völkerrecht hält hier für unvollständige „hybride“ Rechtsordnungen Lösungskapazitäten bereit. Voraussetzung für die Akzeptanz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in diesem Sinne ist die Fairness⁶⁷ einer Regel, ihre innere Logik,⁶⁸ die den Interessen aller Seiten gerecht wird. In

64 Zum Begriff siehe S. Schill, *Lex Mercatoria* (2011), MPEPIL (Fn. 14) VI 823, Rn. 1: „a national body of legal rules and principles, which are developed primarily by the international business community itself based on custom, industry practice, and general principles of law that are applied in commercial arbitrations in order to govern transactions between private parties, as well as between private parties and States, in transborder trade, commerce, and finance.“ Vgl. schon *Texaco v. Libyen* (Fn. 38), ILR 53 (1979) 446 Z. 31; s. auch *A. v. Bogdandy/S. Delavalle*, Die *Lex Mercatoria* der Systemtheorie, in: *G.-P. Calliess et al.* (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner* (Berlin: De Gruyter 2009) 695 ff.; *G.-P. Calliess* (Fn. 1) 246 ff.

65 *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Rep 1986, 14, Rn. 183 ff; siehe auch *A. Roberts*, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, *AJIL* 95 (2001) 757 (758).

66 Zimmermann-Pellet, ICJ Statute (Fn. 53), Art. 38 Rn. 250; dazu s. *P.-Y. Marro*, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts: Zur Verfassungsordnung des Völkerrechts (Zürich: Schulthess 2010); *T. Kleinlein* (Fn. 6) 617 ff.; *J. Ellis*, General Principles and Comparative Law, *EJIL* 22 (2011) 949 (971); für das Umweltrecht *P.-M. Dupuy*, Formation of Customary International Law and General Principles, in *D. Bodansky et al.* (Hg.), *Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford: Oxford UP 2007) 449 (461 f.); für das Völkerstrafrecht *B. Simma/A. Paulus*, Le rôle relatif des différentes sources du droit international (dont les principes généraux de droit), in: *H. Ascensio et al.*, *Droit international pénal* (2. Aufl., Paris: Pedone 2012) 67 (73 ff.).

67 Zur Fairness im Völkerrecht s. vor allem *T. Franck*, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Oxford UP 1998) 25-46; dazu *Paulus*, *Internationale Gemeinschaft* (Fn. 3) 198-201.

68 *Franck* spricht von einem „but of course“ test“, *T. M. Franck*, Non-Treaty Law-Making: When, Where and How?, in: *R. Wolfrum/V. Röben* (Hg.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Heidelberg: Springer 2005) 417 (423).

gewissem Sinn leben die allgemeinen Rechtsgrundsätze von der Erwartung der Parteien bei der Unterwerfung unter ein Streitbeilegungssystem, dass sie nach den üblichen Regeln solcher Systeme behandelt werden.

In einer fragmentierten Rechtsordnung ist es jedoch schwierig, solche allgemeinen Regeln über die – in Art. 38 Abs. 1 lit. b) verankerte – Rechtspraxis hinaus aufzufinden und anzuwenden,⁶⁹ von den interkulturellen Problemen einmal ganz abgesehen, die es übrigens auch zwischen Völkerrechtlern und Schiedsrichtern mit nationalem Hintergrund oder zwischen verschiedenen Rechtsregimen gibt und nicht nur zwischen verschiedenen Zivilisationen.⁷⁰ Hier beschreibt Buchstabe c) – in Verbindung mit Buchstabe d) – einen Prozess, in dem die Regeln in verschiedenen Systemen ermittelt und auf die entscheidungserhebliche Rechtsordnung analog übertragen werden, soweit sie mit diesem anderen Rechtssystem kompatibel sind.

Jedoch sollte nicht unterschlagen werden, dass die offene Anwendung der Rechtsgrundsätze heute selten geworden ist. Das liegt wohl nur zum Teil an der anspruchsvollen rechtsvergleichenden Arbeit oder an der Spezialität hybrider Rechtssysteme, sondern auch an legitimatorischen Bedenken, Lösungen auf andere Rechtssubjekte ohne deren Zustimmung zu übertragen. Außerdem können die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht dazu dienen, die Praxisanforderungen an Gewohnheitsrecht zu umgehen.⁷¹ Dennoch: die offene Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen fordert von den Richtern und Schiedsrichtern erheblichen Mut, weil sie so offen von normativen Wertungen abhängt, die oft umstritten sein werden. Man muss nur an die Anfeindungen erinnern, denen der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten seit dem bloßen Zitieren ausländischer Entscheidungen ausgesetzt ist.⁷² Für die Zukunft der allgemeinen Rechtsgrundsätze spricht jedoch, dass gerade unvollständige Rechtsordnungen mit wenig Praxis, wie die hybriden Rechtsordnungen, notwendigerweise Zuflucht zu

69 Zur Problematik der Übertragung nationaler Regeln auf die internationale Ebene s. eingehend *Thirlway* (Fn. 55).

70 S. dazu auch *A. Roberts*, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *AJIL* 107 (2013) 45 (48).

71 Vgl. aber *B. Simma/P. Alston*, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles, *Australian Yearbook of International Law* 12 (1988-89) 82 (90 ff.), wonach die allgemeinen Rechtsgrundsätze, auf die sie rekurren, auf einer „consensualist conception of international law“ beruhen (S. 105). *Bianchi* hingegen kritisiert, dass die Verweisung auf das Naturrecht zeige, dass der Lösung über allgemeine Rechtsgrundsätze immer noch jene Ambiguität innewohne, die die beiden Autoren beseitigen wollten, *A. Bianchi*, Human Rights and the Magic of Jus Cogens, *EJIL* 19 (2008) 491 (493). Die ILC hat in ihrer bisherigen Arbeit das Praxiselement betont, s. Formation and evidence of customary international law, UN Doc. A/CN.4/659 (2013), paras. 16 ff. m.w.N. S. auch International Law Association, Formation of general customary international law, angenommen durch Res. Nr. 16/2000 v. 29.7.2000, www.ila-hq.org (zuletzt 15.10.2013), 8 *et passim*. Die Resolution geht so weit, das subjektive Element des Gewohnheitsrechts zu leugnen, S. 9 f., aber bezieht Verbalpraxis ein, ebd., S. 14; s. auch ebd., S. 40 (Ausgleich fehlender Praxis durch „substantial manifestation of acceptance“).

72 Vgl. *R. J. Delahunty/J. Yoo*, Against Foreign Law, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29 (2005) 291. Zum Gebrauch durch den US Supreme Court, s. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316 n 21 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573, 576 f. (2003); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575 (2005); s. aber *Atkins*, 536 U.S. 321, 325 (Rehnquist, CJ, dissenting); 536 US 337 (Scalia J, diss.); *Lawrence*, 539 U.S. 586 (598) (Scalia J, diss.). Seit *Roper* gab es keine vergleichbaren Zitate mehr. Zur Diskussion s. *A. Scalia and S. Breyer*, Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions, *American Univ.*, 13.1.2005 <<http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2005/050113.cfm>>; *John Roberts*, now CJ, Second Day of Hearings on the Nomination of (then) Judge Roberts, <http://www.nytimes.com/2005/09/13/politics/politicsspecial1/13text-roberts.html> (zuletzt 15.10.2013); *Paulus*, Emergence (Fn. 43) 236 ff.; *J. Waldron*, „Partly Laws Common to Mankind“: Foreign Law in American Courts (Yale: Yale UP 2012, urspr. Storrs Lectures 2007).

den Praktiken anderer Rechtsordnungen nehmen müssen; zumal es Schiedsrichtern im ICSID-System nach Art. 42 Abs. 2 verboten ist, auf ein *non liquet* auszuweichen.

c) Der Bedeutungswandel der Hilfsmittel

Offensichtlich spielen für das Austesten der rechtsvergleichenden Methode Gerichte und Schiedsgerichte eine besonders wichtige Rolle; ebenso wie die Wissenschaft, soweit sie die Fülle des Materials aufbereitet und weiterentwickelt, auch wenn Gerichte und Wissenschaft allein keine für die Staaten verbindlichen Regeln erzeugen können. Ursprünglich konnte man Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut als einen Ausgleich für das Fehlen einer Regel des *stare decisis* bzw. der Verbindlichkeit vorheriger Entscheidungen betrachten.⁷³ Letztlich ist aber schon bei der Behandlung der anderen Rechtsquellen klar geworden, dass die Rechts- und damit insbesondere Gerichtspraxis für die Ermittlung von Gewohnheitsrecht und Rechtsgrundsätzen von großer Bedeutung ist.⁷⁴ Das gilt besonders, aber nicht ausschließlich für die eigenen Entscheidungen, sondern auch für die Bezugnahme auf andere internationale Gerichte und Schiedsgerichte.⁷⁵ Den Entscheidungen völkerrechtlicher „Fachgerichte“ wie den Straftribunalen oder den regionalen Menschenrechtsgerichten kommt eine wesentliche Rolle für die Vereinheitlichung der internationalen Rechtsprechung als auch wegen ihrer Expertise zu.⁷⁶ Ob es der Autorität des Internationalen Gerichtshofs allerdings förderlich war, dass er im Völkermord-Fall für sich eine vorrangige Rolle bei der Auslegung und Anwendung des allgemeinen Völkerrechts beanspruchte,⁷⁷ sei dahingestellt.

Schließlich deutet sich an, dass bei der Heranziehung von Gerichtsentscheidungen für die Feststellung von Gewohnheitsrecht und Rechtsgrundsätzen auch nationale Gerichte eine normative Rolle spielen.⁷⁸ Dabei sollte es weniger um die Frage gehen, ob diese

73 S. Zimmermann-Pellet, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 Rn. 307.

74 Aus der Perspektive der Straftribunale siehe hierzu jüngst A. Zammit Borda, A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals, EJIL 24 (2013) 649.

75 Kritisch Zimmermann-Pellet, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 Rn. 308 ff.; zur neueren Praxis des Gerichtshofs im Hinblick auf andere Gerichte oder quasi-judizielle Gremien ebd., Rn. 317 ff. m.w.N. Insbesondere der Menschenrechtsausschuss des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte ist hier zu nennen, s. *Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo)*, Judgment of 30 November 2010, ICJ Rep 2010, 639, Z. 66; dort auch Zitationen regionaler Menschenrechtsgerichte, ebd., Z. 66-68.

76 So zutr. der IGH in *Diallo* (Fn. 75) Z. 66-68.

77 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Rep 2007, 43 (209), Z. 403; a.A. die ICTY Berufungskammer in *Tadić* (Fn. 56), Z. 11 (Straftribunale als „self-contained regime“); *Prosecutor v. Mucić (Čelebici Camp)*, IT-96-21-A (20 Feb. 2001), Z. 24 („no hierarchical relationship“ zwischen den Straftribunalen und dem Internationalen Gerichtshof). Vgl. die Bemerkung von P.-M. Dupuy, Competition among International Tribunals and the Authority of the ICJ, in: Fastenrath et al., From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma (Oxford: Oxford UP 2011) 862 (875), dass die Autorität des IGH als einem „de facto Supreme Court in the international legal order“ von ihm selbst und der Qualität seiner Rechtsprechung abhängt.

78 Zum Bundesverfassungsgericht s. A. Paulus, The Judge and International Custom, Conference co-organised by the Ministry of Foreign Affairs of France and the Council of Europe Paris, 21 September 2012 m.w.N.. Auch der Internationale Gerichtshof hat im Verfahren zwischen Deutschland und Italien eine Vielzahl an nationalen Gerichtsentscheidungen analysiert, siehe *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3rd February 2012, Rn. 72-78: „The Court next turns to State practice in the form of the judgments of national courts regarding State immunity in relation to the acts of armed forces.“ Kritisch Zimmermann-Pellet, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 Rn. 321.

Entscheidungen dogmatisch (wohl in der Regel zutreffender) als Teil der Staatenpraxis und nicht als Präzedenzfälle zu werten sind,⁷⁹ sondern um das Ineinandergreifen von internationaler und nationaler Völkerrechtsprechung.

Die überkulturelle Besetzung von Gerichten wie dem Internationalen Gerichtshof (Art. 9 IGH-Statut) mag zwar angesichts der Ausbildung vieler Völkerrechtler an einer kleinen Anzahl von Spitzenuniversitäten nicht überzubewerten zu sein, trägt aber dennoch zur Legitimation der Entscheidungen pluralistisch besetzter Gerichte und Schiedsgerichte erheblich bei. Bei den Lehrmeinungen erscheinen heute aus ähnlichen Gründen kollektive Gremien wie die Völkerrechtskommission, aber auch private Vereine wie das Institut de droit international und die International Law Association wegen ihrer pluralistischen Zusammensetzung mit Recht wichtiger als einzelne Autoren⁸⁰ – es sei denn, sie haben ihre Autorität gerade durch die Gewinnung von Mehrheiten in solchen Gremien und in jahrelanger Rechtspraxis erworben. Hier wäre analog auch an pluralistisch bzw. hybrid besetzte Normungsgremien zu denken. Lehre und vor allem Wissenschaft haben zudem eine große Bedeutung bei der für Gewohnheitsrecht und Rechtsgrundsätze erforderlichen Rechtsvergleichung.⁸¹ Schließlich sind sie für die allmähliche Weiterentwicklung der bloßen Kodifikation existierender Regeln in kohärente Regelungssysteme verantwortlich. Große Kodifikationen wie die Staatenverantwortlichkeit bieten hierfür Anschauungsmaterial. Die Rechtsgrundsätze eignen sich auch für die Lückenfüllung in anderen, eigenständigen Rechtssystemen.⁸²

2. Die Bedeutung des soft law für die Entwicklung von Standards

Nur zur Ergänzung sei erwähnt, dass eine weitere Komplexitätsebene dadurch erreicht wird, dass Rechte und Pflichten von unterschiedlicher „Härte“ sein können. Soft law hilft bei der Auslegung und Lückenfüllung, aber auch bei der Suche nach näherungsweisen Verhaltensstandards. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut beschreibt in diesem Zu-

79 Vgl. *R. Jennings/A. Watts*, *Oppenheim's International Law* (9. Aufl., London/New York: Oxford UP 1996) 41 f. (kollektive Evidenz von Staatenpraxis); Zimmermann-*Pellet*, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 Rn. 321 (Elemente der Staatenpraxis) m.w.N., *H. Thirlway*, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989: Part Two*, BYIL 61 (1990) 1 (128).

80 Vgl. Zimmermann-*Pellet*, ICJ Statute (Fn. 53) Art. 38 Rn. 339, der zwar die Feststellung der größeren Bedeutung der ILC teilt, aber nicht auf Art. 9 eingeht.

81 Zur Rechtsvergleichung im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze siehe *J. Ellis*, *General Principles and Comparative Law*, EJIL 22 (2011) 949.

82 Anders offenbar BVerfGE 118, 124 (145) – Argentinische Zwangsanleihen (keine völkerrechtlich zwingende Anwendung des Notstands, wenn der Staat privaten Gläubigern gegenübersteht); für die Anwendung nationalen Zivilrechts auch *Emprunts Serbes* (Fn. 38) 41. Vgl. aber die abw. Meinung der Richterin *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 118, 146 (156 f.), die dem Senat eine Vermischung von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen vorwirft, in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 46, 342 (362 f.) zur Bedeutung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts von Art. 25 GG im innerstaatlichen Recht. S. auch das *Dictum* in *Affaire de l'Indemnité Russe*, UNRIAA XI (1912) 431 (443): „L'exception de la force majeure ... est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé“; dazu *A. Reinisch*, Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens und der Wirkung des völkerrechtlichen Rechtsfertigungsgrundes „Staatsnotstand“, ZaöRV 68 (2008) 23 ff. (Z. 76 ff.), 41 (Z. 145) m.w.N. Zur Anwendung des völkergewohnheitsrechtlichen Notstands in Investitionsstreitigkeiten siehe nur *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding) Z. 119 ff., insb. 132, 133, 134; dazu *A. Reinisch*, *Necessity in Investment Arbitration*, Netherlands Yearbook of International Law 41 (2010) 137 (150 f. *et passim*), demzufolge nur ein einziges Schiedsgericht, das nicht dem ICSID-Régime unterfällt, die Anwendung des völkerrechtlichen Notstands auf Beziehungen zwischen dem Staat und Privaten rundheraus abgelehnt hat (*BG Group Plc v. Argentina*, UNCITRAL Award, 24 December 2007, Z. 408).

sammenhang einen Prozess der „Härtung“ von Maßstäben zu allgemein anerkannten Rechtssätzen durch die Rechtspraxis. Auch für hybride Rechtssysteme ist *soft law* von erheblicher Bedeutung, weil gemischte Normungsgremien häufig keine formale Autorität besitzen, aber die Rechtspraxis wesentlich prägen. So ist zwar richtig, dass Entscheidungen des Basler Ausschusses⁸³ keine unmittelbare Rechtsbindung erzeugen, sondern dafür auf nationale Akzeptanz angewiesen sind, aber es wäre zumindest naiv zu glauben, aus mangelnder formaler Rechtsbindung auf das Fehlen rechtlicher Wirkungen schließen zu können. Nämliches gilt schon im allgemeinen Völkerrecht für nicht in Vertragsform gegossene Kodifikationsprojekte der Völkerrechtskommission,⁸⁴ wofür die Staatenverantwortlichkeit nur das prominenteste Beispiel darstellt. Auch Normungen für private Akteure, vom UN Compact⁸⁵ zu Verhaltenskodizes der OECD,⁸⁶ haben erhebliche Rechtswirkungen diesseits der Verbindlichkeit.

3. Die Vielfalt der Rechtsquellen in unterschiedlichen „Regimen“

Bei unvollständigen Rechtsordnungen ist die gegenseitige Einwirkung von Rechtsordnungen von besonderer Bedeutung. Durch die jeweilige Selbstdefinition in Öffnungsnormen, von Art. 3 DSU⁸⁷ über Art. 21 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs⁸⁸ bis zu Art. 311 der Seerechtskonvention,⁸⁹ Art. 42 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen⁹⁰ oder Art. 15 Abs. 1 UDRP-Rules (Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)⁹¹ oder auch in Art. 41 und 46 EMRK und Art. 345 ff. AEUV

83 Zu diesem s. oben Fn. 31.

84 *P.S. Rao*, International Law Commission, MPEPIL (Fn. 14) Rn. 8 ff.; *Simma-Fleischhauer/Simma* (Fn. 14) Art. 13 Rn. 12: „[A]ll texts adopted by the Commission contain, in varying degrees, elements of both the codification and the progressive development of international law, and it would be impossible to determine in which of the two categories any given provision falls.“

85 Vgl. R. Khan, Global Compact (2011), MPEPIL (Fn. 14) IV 482; für aktuelle Informationen <http://www.unglobalcompact.org> (zuletzt 15.10.2013).

86 S. z.B. OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 edition), <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (zuletzt 15.10.2013).

87 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization v. 15. April 1994, Annex 2, UNTS 1869, 401, welches die „customary rules of interpretation of public international law“ in das WTO Recht integriert, aber eben auch nur diese. Vgl. auch Art. 20 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994/47), ebd., Annex 1a, UNTS 1867, 4 (190): Beziehungen zwischen dem GATT und anderen völkerrechtlichen Verträgen.

88 Art. 21 Rome Statute of the International Criminal Court vom 17. Juli 1998, UNTS 2187, 3: „1. The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, ... (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, ... (c) failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world ... 3. the application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, ... “ Die Hierarchie der Rechtsquellen unterscheidet sich erheblich von derjenigen des allgemeinen Völkerrechts.

89 United Nations Convention on the Law of the Sea vom 30. April 1982, UNTS 1833, 3, Art. 311.

90 Art. 42 ICSID-Konvention (Fn. 18): „The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute ... and such rules of international law as may be applicable.“ Vgl. oben Fn. 45 und begleitender Text.

91 Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the „Rules“), erhältlich auf der Internetseite der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp> (zuletzt 15.10.2013). Rule 15 a) lautet: „A Panel shall decide a complaint on the basis of the statements and documents submitted and in accordance with the Policy, these Rules and any rules and principles of law that it deems applicable.“ Zum Verhältnis zu allgemeinen völkerrechtlichen

werden Einwirkungen anderer Rechtsordnungen für das jeweilige Rechtssystem in jeweils unterschiedlicher Weise ermöglicht, aber auch limitiert. Das gilt genauso wie für hybride Systeme wie zum Beispiel die diversen Straftribunale, welche das anwendbare Recht selbst dann bestimmen müssen, wenn sie sich als bloßes Organisationsstatut gerieren. Prominentestes Beispiel sind die Terrorismusdefinition, zu der das Libanon-Tribunal gefunden hat,⁹² oder auch die Anerkennung von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen Konflikten durch das (allerdings nicht im eigentlichen Sinne hybride) Statut des Ruanda-Tribunals.⁹³

Dabei bleibt festzustellen, dass diese Systeme keineswegs immer der traditionellen Rechtsquellenlehre folgen, wenn es um die Normierung von Rechtshierarchien geht. So bezieht sich Artikel 42 ICSID-Übereinkommen nebeneinander auf nationales und internationales Recht, und Art. 21 IStGH-Statut stellt – durchaus begrüßenswert – die Anwendung und Auslegung des Statuts allgemein unter die „international anerkannten Menschenrechte“, ohne etwa Menschenrechte mit zwingendem Charakter von solchen dispositiver Natur zu unterscheiden.

Öffnungsnormen weisen auch nationale Rechtsordnungen auf, wie z.B. Art. 23, 24, 25, 59 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes. Hier wird die Komplexität dadurch erhöht, dass übergreifende Vorrangregeln wie Art. 103 UN-Charta oder das *ius cogens* nicht anwendbar sind.⁹⁴ Das bedeutet, dass nationales und internationales Recht über miteinander kompatible Öffnungsnormen verfügen müssen, um Konflikte zu vermeiden. Die Öffnung der eigenen Rechtsordnung kann zudem konditioniert erfolgen, wofür Art. 23 GG das wohl bestuntersuchte, aber keineswegs das einzige Beispiel darstellt.⁹⁵ Wie wir erst neulich wieder gesehen haben, ist auch in der Schweiz das Verhältnis von Völkerrecht und Verfassung eines der meistdiskutierten und umstrittensten Probleme des Verfassungsrechts.⁹⁶ Auch die Wirkung hybrider Rechtssysteme in der nationalen Rechtsordnung hängt von nationalen Öffnungsnormen ab, die zum Beispiel den Verzicht auf die Einwendung des *ordre public* im ICSID-Übereinkommen umsetzen oder – durchaus nicht unproblematisch – auf internationale Rechnungslegungsstandards verweisen.⁹⁷

Regeln vgl. *G.-P. Calliess* (Fn. 1) 275 f. m.w.N. zur Praxis der UNDP-Schiedsgerichte, der damit (unwillkürlich) zeigt, dass eine autonome bzw. autopoietische Herleitung problematisch ist.

92 Special Tribunal for Lebanon (STL), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01/I/AC/R176bis, 16 February 2011; siehe hierzu *K. Ambos*, *Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?*, *Leiden Journal of International Law* 24 (2011) 655. A.A. jetzt aber UK Supreme Court, *R. v. Mohammed Gul*, Urteil v. 23.10.2013, [2013] UKSC 64, Z. 44 ff. (Lords Neuberger and Laws). Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der Terrorismusdefinition nur am Rande befasst, s. BVerfG, Urteil vom 24.2.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 – Antiterrordatei, Rn. 103, 133, 146, s. auch Rn. 156 (nicht tragend).

93 S. Art. 3 Statut Ruanda-Tribunal, in UNSC Res. 944 (1994), UN SCOR, 59th session, S. 15, UN Doc. S/INF/50 (1994), Annex; s. dazu App. Ch., *Tadić* Interlocutory Appeal (Fn. 56) Z. 94 ff.; *B. Simma/A. Paulus*, *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View*, *AJIL* 93 (1999) 302 (308-13).

94 Vgl. neuerdings *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* (2010) EWCA Civ 758, [2011] QB 773, 817, Z. 176 ff.; *Simma-Paulus/Leiss*, *Charter* (Fn. 14) Art. 103 Rn. 71 m.w.N.

95 Ausführliche Analyse der europäischen Rechtsordnungen bei *M. Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck 2011) 375 ff.

96 S. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. Oktober 2012 – 2C_828/2011, BGE 139 I 16 (22 ff.).

97 S. dazu *Huber* (Fn. 39) und begleitender Text.

Gefordert sind eine Anerkennung der Geltung der jeweiligen anderen Rechtsordnung sowie der Versuch praktischer Konkordanz⁹⁸ zwischen den gegenseitigen Anforderungen. Gegenseitig schulden sich die unterschiedlichen gerichtlichen Akteure dabei Respekt durch Begründung für Abweichungen von etablierten rechtlichen Maßstäben der anwendbaren Rechtsordnungen.⁹⁹ Besondere Probleme entstehen dabei durch die Unterschiedlichkeit der jeweiligen Rechtshierarchie. So ist nach deutschem Verfassungsrecht der Kern der Verfassungsgewährleistungen gem. Art. 79 Abs. 3 GG unabdingbar, woraus geschlossen werden kann, dass auch andere Rechtsordnungen daran nichts mit Wirksamkeit für die deutsche Verfassungsordnung ändern können.

Für die Europäische Menschenrechtskonvention hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zwar grundsätzlich Art. 103 UN-Charta anerkannt, aber gleichzeitig in *Nada* die Schweiz dazu aufgefordert, eine harmonisierende Auslegung zu finden, welche den Terrorismus nicht auf Kosten der Menschenrechte bekämpft. Dabei ging er an die Grenze der Auslegbarkeit der Anforderungen des Sicherheitsrats oder sogar darüber hinaus.¹⁰⁰ Umgekehrt hat der Gerichtshof der Europäischen Union in seinen beiden Urteilen in der Rechtssache *Kadi*¹⁰¹ sein Heil nicht etwa in einer Art stellvertretenden Völkerrechtspflege und der Anwendung völkerrechtlicher Schranken der Befugnisse des Sicherheitsrats gesucht, sondern auf die Hierarchie des EU-Rechts verwiesen, derzufolge die Menschenrechte als Grundsätze des Unionsrechts vorrangig vor völkerrechtlichen Verpflichtungen von Union und Mitgliedstaaten anzuwenden seien. Anders als zunächst der Generalanwalt *Maduro*¹⁰² hat der Gerichtshof dabei allerdings Art. 103 der UN-Charta nicht für unanwendbar erklärt, sondern schlichtweg ignoriert. Eine solche Auseinandersetzung kann jedoch durch die bloße Bemerkung, die Unionsgrundrechte entsprächen auch den Werten der Vereinten Nationen,¹⁰³ nicht ersetzt werden. Eher entspricht es da schon dem Dilemma zwischen dem Respekt vor dem Vorrang der Charta vor anderem zwischenstaatlichem Recht gem. Art. 103 UN Charta einerseits und der Beachtung der eigenen Grundwerte und insbesondere der Menschenrechte andererseits, die Unterschiede durch menschenrechtskonforme Auslegung des Umsetzungsspielraums hinwegzudefinieren¹⁰⁴ oder aber in einer Solange-Logik¹⁰⁵ die Gefolgschaft an Bedingungen zu knüpfen. Auf diese Weise wäre sicherzustellen, dass die Resolutionen so ausgelegt und angewendet werden, dass sie den Zielen der Charta aus Art. 1 Abs. 3 GG und damit auch den grundlegenden Menschenrechten

98 Zum Begriff s. *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller 1999) Rn. 72; BVerfGE 77, 240 (255); 81, 298 (308); 83, 130 (143).

99 Vgl. zum Verhältnis der deutschen Rechtsprechung zur EMRK, BVerfGE 111, 307 (322); 128, 326. – Görgülü; 128, 326 – Sicherungsverwahrung.

100 EGMR (GK), *Nada v. Schweiz*, Urt. v. 12. September 2012, Nr. 10593/08, Z. 195. Eindeutig jetzt aber die zweite Sektion, die den Solange-Vorbehalt anwendet, EGMR (K), *Al-Dulimi v. Schweiz*, Urt. v. 26. Nov. 2013, Nr. 5809/08, Z. 120 *et passim*.

101 *Kadi v. Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rs. 402/05 *et al.*, Urteil v. 3. Sept. 2008, Slg. 2008 I-06351, Z. 285; *Europäische Kommission und Vereinigtes Königreich v. Kadi*, Rs. C-584/10 *et al.*, Urteil vom 18. Jul. 2013, Z. 131 ff.

102 *Kadi v. Rat und Kommission* (Fn. 101), Schlussanträge von GA *Maduro* v. 16. Jan. 2008, Z. 24.

103 *Kommission v. Kadi* (Fn. 101) Z. 101: „Eine solche gerichtliche Kontrolle ist unerlässlich, um einen gerechten Ausgleich zwischen der Erhaltung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit und dem Schutz der Grundfreiheiten und -rechte der betroffenen Person, die gemeinsame Werte der UNO und der Union darstellen, zu gewährleisten.“ (Meine Hervorhebung).

104 Vgl. den EGMR in *Nada*, oben Fn. 100.

105 S. dazu sogleich (Fn. 123) und begleitender Text.

entsprechen.¹⁰⁶ In diesem Sinne lässt sich nicht zuletzt auch die Charta selbst auslegen, wenn sie die Durchführungspflicht von Resolutionen des Sicherheitsrats gem. Art. 25 und 24 Abs. 2 Satz 1 der Charta an ein Handeln des Sicherheitsrats im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen knüpft.¹⁰⁷

Ich möchte nicht verhehlen, dass ich die Lösung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – und, bei anderem Ergebnis, die des Gerichts 1. Instanz mit dem Vorrang des völkerrechtlichen *jus cogens*¹⁰⁸ – bevorzuge. Der Hinweis auf die Hierarchie der eigenen Rechtsordnung erscheint nur als letztes Mittel, wenn eine Harmonisierung gescheitert ist. Gerade dort, wo andere Rechtsordnungen zwar nicht in der Normierung selbst, aber in der Anwendungskontrolle defizitär sind, bietet sich ein Modell an, das – analog etwa zur „stellvertretenden Strafrechtspflege“ nach bundesdeutschem Strafrecht¹⁰⁹ – stellvertretend für fehlende Rechtsschutzmechanismen auf internationaler Ebene die Rechtswirkungen internationaler Regeln mit Anspruch auf innerstaatliche Umsetzung zunächst anhand der Völkerrechtsordnung und nicht der eigenen Rechtsordnung untersucht.

IV. Legitimation und Anerkennung pluraler Rechtsordnungen

Damit sind wir schon mitten bei der zentralen Frage – der Frage der Legitimation. Hier wird Legitimation in dem Sinne einer Rechtfertigung öffentlicher Autorität in- und außerhalb des positiven Rechts verstanden,¹¹⁰ die sich gleichermaßen auf staatliche,

106 So auch Simma-Peters, UN Charter (Fn. 14) Art. 25 Rn. 170 ff.; J. Kokott/C. Sobotta, The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?, EJIL 23 (2012) 1015; letztlich auch (mit anderem Ergebnis) GA Y. Bot in seinen Schlussanträgen vom 19. März 2013 in *Kommission v. Kadi* (Fn. 101), Z. 49, 67 ff., der im Hinblick auf die Einführung eines Kontrollsystems der Terrorlisten des Sicherheitsrats durch eine Ombudsperson zum Ergebnis kommt, die Mindestanforderungen seien gewahrt. Zum mit SC Res. 1904 (2009) und 1989 (2011) geschaffenen Ombudspersonensystem auch A. v. Arnould, Der Weg zu einem „Solange I ½“, EuR 2013, 236 (245 ff.); Simma-Paulus, Charter (Fn. 14) Art. 29 Rn. 41 ff. m.w.N.

107 Vgl. auch die Views des Menschenrechtsausschusses des Zivilpakts in *Sayadi v. Belgium*, CCPR/C/94/D/1472/2006 (29. Dez. 2008), dazu kritisch M. Milanovic, The Human Rights Committee's Views in *Sayadi v. Belgium*: A Missed Opportunity, GOJIL 1 (2009) 519. Zu einer Diskussion von Art. 25 in diesem Licht s. Simma-Peters, UN Charter (Fn. 14) Art. 25 Rn. 56 ff. m.w.N. Anders als Peters sieht der Verfasser hier weniger einen Widerspruch zwischen Art. 24 und 25 – Art. 24 Abs. 2 UNC bestimmt, an welche Regeln des allgemeinen Völkerrechts sich der Sicherheitsrat neben der Charta halten muss – wohl aber das von Peters aufgeworfene Problem der Selbstinterpretation der Bindungswirkung durch die Mitgliedstaaten, welches den Sicherheitsrat einer mitgliedstaatlichen Kontrolle unterwürfe und nicht umgekehrt. Mehr als das Gutgläubensersfordernis (Art. 2 Z. 2 UNC) lässt sich hier wohl in der Tat nicht anführen.

108 *Kadi v. Rat und Kommission*, Rs. T-315/01, Urteil v. 21. Sept. 2005, Z. 226 ff.

109 Vgl. § 7 Abs. 1 deutsches StGB.

110 So R. Wolfrum, Legitimacy in International Law (2011), MPEPIL VI (Fn. 14) 808, Rn. 1. Zu Fragen der Legitimation und Legitimität im Völkerrecht siehe allgemein R. Wolfrum/V. Röben (Hg.), Legitimacy in International Law (Heidelberg: Springer 2008) 1-24; N. Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip (Berlin et al.: Springer 2009) 5 ff. Zur Legitimität des Völkerrechts s. die Beiträge von A. Buchanan und J. Tasioulas, The Legitimacy of International Law, in: S. Besson/J. Tasioulas (Hg.), The Philosophy of International Law (Oxford: Oxford UP 2010) 79 ff., 97 ff.; T. Cristiano, Democratic Legitimacy and International Institutions, ebd., S. 119; M. Krajewski, International Organization, Democratic Legitimacy (2008), MPEPIL (Fn. 14) V 1102. Zu soziologischen und ethischen Legitimitätsbegriffen s. L. H. Meyer/P. Sanklecha, Introduction, in L. Meyer (Hg.), Legitimacy, Justice and Public International Law (Cambridge: Cambridge UP 2009) 1 (2 ff.) m.w.N.

zwischenstaatliche und private Inanspruchnahme von Autorität beziehen kann. Legitimationsfragen sind von Juristen häufig nur schwer zu beantworten, weil juristische Instrumente für die Legitimation jenseits des Rechts fehlen. In Publikationen aus pluralistischer Sichtweise herrscht gelegentlich denn auch die Auffassung vor, die Vielfalt von Rechts- und Verfassungssystemen sei ein Fakt, den das Rechtssystem als ephemere Widerspiegelung der multidimensionalen Fragmentierung der Weltgesellschaft hinzunehmen habe.¹¹¹ Am ehesten sei eine schwache normative Kompatibilität der Rechtsfragmente zu erreichen.¹¹²

Die Feststellung der Pluralität postmodernen Rechts vermeidet die Probleme, statt sich ihnen zu stellen. Die Hinnahme der Autopoiesis reicht zur Legitimation eines Rechtssystems, das die Pflichten und Rechte Dritter betrifft, jedenfalls nicht aus. Sofern Wirkungen für Dritte begründet werden sollen, genügt weder das Abstellen auf die Selbstbindung noch eine bloß funktionale Legitimation pluraler Ordnungen. Zu einer Regulierung gegen den Willen der Rechtsunterworfenen ist nach demokratischen Grundsätzen nur der von einem – im Wesentlichen sich selbst definierenden – Demos ausgehende, von wechselnden Mehrheiten unter Anerkennung der Rechte der Minderheit regierte demokratische Staat berechtigt.¹¹³ Das schließt aber ein pluralistisches Modell nicht aus, wonach sich verschiedene demokratische Einheiten die Kompetenzen teilen,¹¹⁴ so wie im föderalen Bundesstaat oder auch in einigen Zukunftsmodellen für die europäische Integration.¹¹⁵ Ebenso bleibt ein weiter Spielraum für die Selbstre-

-
- 111 A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004) 999 (1004).
- 112 A. Fischer-Lescano/G. Teubner, ebd.; s. auch N. Krisch, *Beyond Constitutionalism* (Oxford: Oxford UP 2010), s. dazu die Kritik von T. de Boer, *The Legal Limits of Legal Pluralism*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012) 543.
- 113 Zur „no demos“-These – vor allem in Bezug auf die Europäische Integration – s. nur J. Isensee, Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in *ders.* (Hg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form* (2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1994) 103 (133); P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts X* (3. Aufl. 2012) 855, Rn. 10 ff., 49 ff.; vgl. auch BVerfGE 89, 155 (186) – *Maastricht*; 83, 37 (50 ff.); 83, 60 (70 ff. – *Ausländerwahlrecht*); 123, 267 (343 ff.) – *Lissabon*. Bei aller Kritik am Bundesverfassungsgericht – dazu J.H.H. Weiler, *The State „über alles“*. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, in *Everling-FS* (Baden-Baden: Nomos 1995) 1651 – teilt auch Weiler letztlich die No Demos-These, ausdrücklich. *The Geology of International Law*, *ZaöRV* 64 (2004) 547 (560): „[T]here is no convincing account of democracy without demos“.
- 114 Zu monistischen und pluralistischen Legitimationsmodellen s. M. Jestaedt, *Radien der Demokratie, Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation?*, in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neotätismus* (Tübingen: Mohr Siebeck 2013) 3 (9 ff.); zu Möglichkeiten und Grenzen einer dezentralen demokratischen Legitimation des Völkerrechts und für die Entwicklung globaler demokratischer Prozesse A. Paulus, *Subsidiarity, Fragmentation and Democracy*, in: T. Broude/Y. Shany (Hg.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law* (Oxford: Hart 2008) 193 (198 ff.). Für eine „demoikratische“ Legitimation S. Besson, *Institutionalizing global demoi-cracy*, in: L. Meyer (Hg.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (Cambridge: Cambridge UP 2009) 58 (66 ff.); für Europa bereits K. A. Nicolaidis, *The New Constitution as European Demoi-cracy?* (December 2003), *Federal Trust Constitutional Online Working Paper No. 38/03*, 5 ff., s. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=517423> (zuletzt 15.10.2013).
- 115 S. dazu neuerdings J. Habermas, *Zur Verfassung Europas – ein Essay* (Berlin: Suhrkamp 2011) 39 ff.; C. Calliess, *Zukünftige europäische Integrationsschritte – durch oder statt Demokratie?*, in: Heinig/Terhechte (Fn. 114) 77 (86 ff.); skeptisch F. Schorkopf, *Zukünftige europäische Integrationsschritte – durch oder statt Demokratie?*, ebd., 61 (67 ff.). Zum Wandel der Demokratiekonzeption s. auch M. Jestaedt (Fn. 114), ebd., 3 (5 ff.) sowie J.P. Terhechte, *Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft*, ebd., 193 (202 ff.).

gulation, die dann aber nach Beteiligung und einer Vetoposition für die Betroffenen verlangt.

Das demokratische Defizit internationaler Regulierung kann – jedenfalls auf absehbare Zeit – nur durch eine Doppelstrategie der Demokratisierung internationaler Entscheidungen durch Partizipation der Betroffenen und der Öffentlichkeit¹¹⁶ sowie der Rückbindung der Übertragung von Zuständigkeiten auf internationale Institutionen an nationale demokratische Prozesse gemildert werden. Nationale Parlamente sind frühzeitig an der Aushandlung internationaler Abkommen zu beteiligen, aber auch an Umsetzungsentscheidungen nationaler Regierungen. Die Demokratisierung internationaler Entscheidungsprozesse – z.B. durch internationale oder regionale Parlamente oder durch Betroffenenbeteiligung – und die Verschränkung mit nationalen parlamentarischen Verfahrensweisen gewährleistet ein Maximum an demokratischer Legitimation in einem Mehrebenensystem, in dem sich alle Entscheidungen auf die „beschränkte Einzelermächtigung“ in demokratischen Prozessen rückführen lassen („Legitimationskette“).¹¹⁷

Nichtstaatliche Akteure sind in der Regel nicht dazu legitimiert, Pflichten mit Wirkung für Dritte zu begründen, sondern müssen ihre Regelungskompetenz insoweit von demokratischen Entscheidungen ableiten.¹¹⁸ Das gilt allerdings nicht für die Selbstbindung, die auf Freiwilligkeit der Rechtsunterworfenen beruht, wie sie in so unterschiedlichen Gebieten wie dem Recht des bewaffneten Konflikts oder bei der Schiedsgerichtsbarkeit vorkommt. Außerdem spielen nichtstaatliche Akteure durch Expertise sowie Auslegung und Anwendung zwischenstaatlichen Rechts eine wichtige Rolle im

116 Skeptisch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 123, 267 (369) – *Lissabon*, der deren dienende Funktion betont: „Zwar kann die bloß deliberative Teilhabe der Bürger und ihrer gesellschaftlichen Organisationen an politischer Herrschaft – ihre unmittelbare Einbeziehung in die Erörterungen der für die verbindlichen politischen Entscheidungen zuständigen Organe –, den auf Wahlen und Abstimmungen zurückgehenden Legitimationszusammenhang nicht ersetzen. Solche Elemente partizipatorischer Demokratie können aber ergänzende Funktion bei der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt übernehmen.“ Der Internationale Gerichtshof konnte sich ebenfalls nicht dazu durchringen, der Betroffenenpartizipation in grenzüberschreitenden Zusammenhängen völkergewohnheits- oder -vertragsrechtlichen Status einzuräumen, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, ICJ Rep 2010, 14, Z. 215-19; dies trotz entsprechender Anhaltspunkte in Art. 2.6. und 3.8 der Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context („Espoo Convention“) vom 25.2.1991, UNTS 1989, 309 (der alle deutschsprachigen Staaten angehören, nicht aber die Streitparteien) und Art. 13 der ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, in: A. *Pronto/M. Wood* (Hg.), *The International Law Commission 1999-2009*, Bd. 4 (Oxford: Oxford UP 2010) 359 (401). Die Völkerrechtskommission selbst spricht von einem „growing right under national law as well as international law“, *Commentary* Z. 14, ebd., S. 403. Zur deliberativen Demokratie und ihren Grenzen s. auch S. *Besson/J.L. Martí* (Hg.), *Deliberative Democracy and its Discontents* (Aldershot: Ashgate 2006).

117 Zurückgehend auf E.-W. *Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts III* (3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004) § 24 Rn. 16; BVerfGE 47, 253 (275) – *Gemeindeparlamente*; BVerfGE 77, 1 (40) – *Neue Heimat*; BVerfGE 83, 60 (73) – *Ausländerwahlrecht II*; BVerfGE 93, 37 (67 f.) – *Personalvertretung*.

118 Das gilt z.B. auch für die Århus-Konvention, *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters* vom 25.6.1998, UNTS 2161, 447, BGBl. 2006 II 251, der von den deutschsprachigen Ländern Deutschland und Österreich beigetreten sind – die Schweiz und Liechtenstein haben sie nur unterzeichnet, aber nicht ratifiziert –, welche die Beteiligung nichtstaatlicher Akteure im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung durch Ratifikation des Abkommens legitimiert; anders aber wohl A. *Fischer-Lescano*, *Transnationales Verwaltungsrecht*, JZ 2008, 373 (374 f.), der hier eine weltgesellschaftliche Kopplung am Werk sieht.

Prozess der Rechtsentstehung und -fortbildung. Schließlich können Staaten in den von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen rechtliche Befugnisse an nichtstaatliche Akteure delegieren.

1. Das Prinzip der Rücksichtnahme

Die Ausbalancierung verschiedener Entscheidungsprinzipien ist vor allem die Aufgabe internationaler und nationaler Gerichte. In einem Mehrebenensystem können sie diese Aufgabe nur erfüllen, wenn sie sich nicht gegenseitig abschotten, sondern wenn sie aufeinander eingehen. Mechanismen für einen solchen Dialog der Gerichte¹¹⁹ wurden vor allem von nationalen Gerichten in Bezug auf die europäischen Gerichte entwickelt, erweisen sich aber durchaus als verallgemeinerungsfähig. Sie erlauben (nur) unter engen Bedingungen, sich internationalen Verpflichtungen zu entziehen, setzen aber vor die Konfrontation und das Aushandeln die harmonisierende Auslegung, die bis an die Grenzen der Auslegbarkeit gehen kann.

Das Prinzip der gegenseitigen Rücksichtnahme von demokratisch und rechtlich legitimierte Gerichten ist der zentrale Grundsatz eines verschränkten Mehrebenenrechtssystem wie dem europäischen. Ohne die *bona fide*-Anwendung der eigenen Kompetenzgrenzen kann ein solch inhärent labiles Konstrukt nicht lange bestehen. Das setzt voraus, dass alle Akteure sich der eigenen Ableitung aus demokratisch zustandekommenen Verfassungen bzw. aus zwischenstaatlichen Verträgen auf der Grundlage der Zustimmung aller Beteiligten bewusst sind, welche die Voraussetzung gegenseitiger Akzeptanz darstellen. Umgekehrt müssen auch die nationalen Rechtsordnungen durchlässig sein, sich auf die „fremden“ Rechtsmaterien einlassen, anstatt sich auf sich selbst zurückzuziehen. Nur so können sie der Permeabilität der nationalen Rechtsordnung gerecht werden.¹²⁰

2. Der europäische Verfassungsgerichtsverbund als Vorbild?

Die Gerichte des „europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“¹²¹ aus europäischen und nationalen Höchstgerichten haben insbesondere drei „Gegengewichte“¹²² zu einer mangelnden demokratischen Rückbindung der Entscheidungen anderer Rechtsordnungen entwickelt, die deren Akzeptanz durch das nationale Recht bestimmen. Inwieweit diese Kriterien auf das Verhältnis zwischen verschiedenen internationalen Rechtsordnungen übertragbar sind, kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden; hier bietet sich aber die Verbundidee ebenfalls an, weil letztlich alle Akteure auf völkerrechtlicher Grundlage agieren und damit im Völkerrecht über ein gemeinsames Band verfügen.

119 Der Begriff stammt von *A.-M. Slaughter*, *A Typology of Transjudicial Communication*, *University of Richmond Law Review* 29 (1994-1995) 99; *dies.*, *A Global Community of Courts*, *Harvard International Law Journal* 44 (2003) 191.

120 Vgl. *Wendel* (Fn. 85).

121 *A. Voßkuhle*, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *NVwZ* 2010, 1.

122 Der Begriff der „counterlimits“ stammt soweit ersichtlich von *P. Barile*, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, *VI Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente* (1969) 33 (49); s. auch *Corte Costituzionale sentenza 183/73 v. 18.12.1973*, *Z. 7*; vgl. *G. Martinico*, *Is the European Convention going to be „Supreme“?* *EJIL* 23 (2012) 401 (419).

a) „Solange“: Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes

Die Solange-Rechtsprechung ist zu einem die Bedingung gegenseitigen Vertrauens beschreibenden allgemeinen Topos des Verhältnisses verschiedener Rechtsordnungen geworden, wobei die Einzelheiten zwischen der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹²³ und der Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹²⁴ divergieren. So kann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so verstanden werden, dass sich dieses ganz erheblich zurücknimmt und nur dann eingreifen würde, wenn der europäische Menschenrechtsschutz *in toto* verkäme. Allerdings lassen neuere Entscheidungen erkennen, dass die generelle Unterschreitung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes auch in einem Einzelfall geltend gemacht werden kann.¹²⁵

Äquivalenz statt Identität des Menschenrechtsschutzes beschreibt aber nicht nur ein vorhandenes Vertrauensverhältnis zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, sondern ist auch Bedingung für die gegenseitige Akzeptanz von Entscheidungen. Der Dialog zwischen Rechtssystemen nach diesem Muster stellt ein Gegenmodell zu den Scheuklappen eines strikten Verweises auf die systemeigene Normenhierarchie dar. Ein eher problematisches Vorbild hat der Gerichtshof der Europäischen Union in seinen vielbeachteten Kadi-Urteilen¹²⁶ abgegeben – dies sei bei aller Sympathie für die ehrenwerten Versuche gesagt, das Urteil in die Solange-Logik einzupassen.¹²⁷ In seinem neuesten Urteil hat der Gerichtshof allerdings darauf abgestellt, dass eine gerichtliche Überprüfung der Balance zwischen Frieden und Sicherheit einerseits und dem Schutz der Grundrechte andererseits erforderlich sei und dies zu den gemeinsamen Werten von Europäischer Union und Vereinten Nationen gehöre.¹²⁸ Die weitere Exploration dieser Gemeinsamkeit ist die Grundlage der Solange-Logik, derzufolge die beteiligten Gerichte zur Optimierung der jeweils anderen beitragen, statt die Flucht in den Vorrang des eigenen Rechts anzutreten. Das neue Kadi-Urteil ist in diesem Sinne ein Schritt in die richtige Richtung, weil es die Gemeinsamkeiten der Rechtsordnungen hervorhebt – ohne allerdings ins Detail zu gehen.¹²⁹

Das *Al-Dumili*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wendet mit Recht die Solange-Logik auf die Terrorlisten des Sicherheitsrats an,¹³⁰ führt aber keine eigene Prüfung anhand der Rechtsordnung der Vereinten Nationen durch und berücksichtigt nicht deren Vorrang nach Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen. Wünschenswert wäre hingegen, vor Nutzung eines Solange-Vorbehalts zunächst einmal die

123 BVerfGE 37, 271 (285) – *Solange I*; BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*; BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*; BVerfGE 102, 147 (163) – *Bananenmarktordnung*; BVerfGE 123, 267 (335) – *Lissabon*. Diese Rechtsprechung wurde von anderen europäischen Verfassungsgerichten übernommen, s. z.B. K. Granat, Kontrolle des EU-Sekundärrechts durch den polnischen Verfassungsgerichtshof – Anmerkung zum Beschluss des polnischen Verfassungsgerichtshof vom 16. November 2011, SK 45/09, EuR 2013, 205.

124 EGMR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Urteil v. 30.6.2005, Beschwerde Nr. 45036/98, NJW 2006, 197 ff. S. jetzt auch EGMR (K), *Al-Dulimi v. Schweiz*, UrT. v. 26. Nov. 2013, Nr. 5809/08, Z. 114 ff. (nicht endgültig).

125 BVerfGE 102, 147 (163) – *Bananenmarktordnung*.

126 S. *Kadi v. Kommission* (2008) und *Kommission und Vereinigtes Königreich v. Kadi* (2013), oben Fn. 101.

127 S. insbes. *Kokott/Sobotta*, EJIL 23 (2012) 1015 (1019), oben (Fn. 106) und begleitender Text.

128 *Kommission v. Kadi* (Fn. 101) Z. 131.

129 S. das Zitat oben Fn. 103.

130 Oben Fn. 100.

andere Rechtsordnung anzuwenden, was durchaus Konflikte zwischen den Rechtsordnungen verhindern hilft – es sei denn, man betrachtet den Sicherheitsrat als letzte Autorität hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seiner eigenen Handlungen, was die Solange-Kriterien gerade ausschließen wollen.

b) *Einzelermächtigung als Bedingung demokratischer Akzeptanz: ultra vires*

Verschiedene gleichgeordnete Rechtsordnungen können nur nebeneinander bestehen, wenn sie ihre jeweiligen Kompetenzen respektieren. Die Grenze der Akzeptanz wird erreicht, wenn ein Gericht die ihm gesteckten Kompetenzgrenzen rücksichtslos überschreitet, mit anderen Worten, wenn es *ultra vires* handelt.¹³¹ In Ausnahmefällen kann dies auch zwischen internationalen und nationalen Gerichten zu Divergenz und Nichtbeachtung führen.

Allerdings sind dabei die Mechanismen zu beachten, welche eine leichtfertige Annahme eines Handelns *ultra vires* der anderen im Geist von Dialog und Rücksichtnahme verhindern sollen. Gerade ein Rechtssystem, das wie unsere nationalen Rechtsordnungen andere Rechtssysteme neben sich nicht nur duldet, sondern das eigene Rechtssystem für deren verbindliche Rechtsakte ausdrücklich öffnet, muss zu Abstrichen an der Selbstentscheidung über die eigene Kompetenz bereit sein. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung hat das Gericht das „Übersetzen“ von Entscheidungen anderer Höchstgerichte in die eigene Rechtsordnung unter Berufung auf *Peter Häberle*¹³² wie folgt umschrieben: „Die menschenrechtlichen Gehalte des jeweils in Rede stehenden völkerrechtlichen Vertrags müssen im Rahmen eines aktiven (Rezeptions-)Vorgangs in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung ‚umgedacht‘ werden“.¹³³ Es ist diese aktive Rezeption, und nicht eine passive Hinnahme und buchstabengetreue Umsetzung, die für den Umgang verschiedener Rechts(sub)systeme gefordert ist.¹³⁴

Das gilt allerdings wechselseitig. So fordert bekanntlich Artikel 23 Abs. 1 GG die Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union und öffnet die deutsche Rechtsordnung für den Anwendungsvorrang europäischen Rechts selbst vor der nationalen Verfassung. Konditioniert ist diese Akzeptanz einerseits durch diverse Bedingungen,

131 In dieser Bedeutung BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht („ausbrechender Rechtsakt“); 123, 267 (353 ff.) – *Lissabon*, zu den dort gezogenen Folgerungen aus diesem Begriff kritisch *A. Paulus* From Dualism to Pluralism: The relationship between international law, European law, and domestic law, in: *P.H.F. Bekker et al.* (Hg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts* (Cambridge: Cambridge UP 2010) 132 (140) m.w.N.; einschränkend jetzt BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – Honeywell. Zu *ultra vires* Akten im Völkerrecht allgemein s. IGH, *Certain Expenses of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, 151 (168); *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. UK)*, ICJ Rep. 1992, 3 (15), para. 39; *R. Bernhardt*, *Ultra Vires Activities of International Organizations*, in *J. Makarczyk* (Hg.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Den Haag: Kluwer 1996) 599; *N. Weiß*, *Kompetenzlehre internationaler Organisationen* (Heidelberg: Springer 2008) 420-23, 436 m.w.N.

132 *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre* (7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2011) 255 f.

133 BVerfGE 128, 326 (370) – *Sicherungsverwahrung*.

134 *Anthea Roberts* zieht daraus den Schluss, dass nationale Gerichte durch deren Rezeption von Völkerrecht „hybrid international/national norms“ kreieren, und spricht daher von einer Hybridisierung von internationalem und nationalem Recht, *dies.*, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011) 57 (60, 73).

welche sich eben nicht nur auf die nationale Rechtsordnung, sondern auch auf die europäische Rechtsordnung berufen können, die sich selbst den Respekt vor der nationalen Verfassungsidentität in Art. 4 EUV auf die Fahnen schreibt. Bekanntlich hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in *Honeywell*¹³⁵ die abstrakten Ausführungen seiner Urteile zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon zum „ausbrechenden Rechtsakt“¹³⁶ bzw. zum Handeln der Union *ultra vires*¹³⁷ präzisiert, indem er die Nichtbeachtung von Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht nur von einer bedeutsamen Kompetenzverschiebung abhängig machte, sondern auch von einer Vorlage an den Gerichtshof selbst, die diesem die Möglichkeit der Reaktion auf nationale Bedenken böte.¹³⁸

Aber die grundsätzliche Akzeptanz wäre nicht aufgegeben, wenn ein Verstoß gegen diese Grenzen im Einzelfall zu einer Nichtbefolgung führte. Bekanntlich ist die Unionsrechtsordnung durch die tschechische Verweigerung in einem Einzelfall¹³⁹ keineswegs zusammengebrochen. Stattdessen hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher stets darauf beschränkt, die Grenzen der Bereitschaft zur Gefolgschaft aufzuzeigen, ohne dem Taten folgen zu lassen. Der Dialog der Gerichte ist jedoch nicht mit einem Verschweigen der Probleme zu verwechseln; ein gelegentlich deutliches Wort gehört hinzu, gerade um radikalere Optionen nicht zum Tragen kommen zu lassen. Die kritische Reaktion auf die *Åkerberg*-Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs¹⁴⁰ ordnet sich hier ein. Der Erste Senat stellt nicht die Befolgung des Urteilsausspruchs selbst, sondern nur eine bestimmte Auslegung in Frage. Zum Dialog gehört auch die Bereitschaft der nationalen Gerichte, die Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV zu beachten, die beide Senate des Bundesverfassungsgerichts auch für sich selbst ausdrücklich erklärt haben.¹⁴¹ Allerdings übersieht so manche Kritik an der Seltenheit eigener Vorlagen des Bundesverfassungsgerichts,¹⁴² dass in aller Regel die Vorlage nicht durch das Bundesverfassungsgericht, sondern durch die Fachgerichte erfolgt, weil sie selten

135 BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – *Honeywell*.

136 BVerfGE 89, 155 (188) – *Maastricht*.

137 BVerfGE 123, 267 (353-355) – *Lissabon*.

138 BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell*.

139 S. TschechVerfG, Entscheidung vom 31.1.2012 – Pl.ÚS 5/12 (Holoubec); dazu *Martin Faix*, Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt, EuGRZ 2012, 597 ff.; *A. Vincze*, Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH – zum Urteil des tschechischen Verfassungsgerichts Pl.ÚS 5/12 vom 14.2.2012, EuR 2013, 194; *J. Komárek*, „Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl.ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII“, European Constitutional Law Review (2012) 323.

140 *S. Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, Gerichtshof (GK), Urteil v. 26. Februar 2013, Rs. C-617/10, Rn. 16-31: vorsichtiger noch *Pringle v. Irland*, Gerichtshof (Plenum), Urteil v. 27. November 2012, Rs. C-370/12, Rn. 179-182; dagegen *P. Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385 ff. m.w.N. Zur Reaktion des Bundesverfassungsgerichts auf die *Åkerberg*-Entscheidung siehe die Entscheidung des Ersten Senats in seinem Urteil zur Antiterrordatei (Fn. 92), Rn. 91 und die insgesamt gemäßigte Reaktion von *T. v. Danwitz*, Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 2013, 253 (261).

141 BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell* (2. Senat); BVerfGE 125, 260 (308) – *Vorratsdatenspeicherung*. S. jetzt die erste BVerfG-Vorlage im Beschluss des zweiten Senats vom 14.1.2014, NJW 2014, 907 – *OMT*.

142 So z.B. *D. Thym*, Anmerkung, JZ 2011, 1011 (1014), der übersieht, dass eine Vorlage im ESM-Eilverfahren deshalb nicht angebracht war, weil es um die nationale Zuständigkeitsverteilung und die primärrechtliche Vertragsratifikation ging, sodass keine Entscheidungserheblichkeit vorlag.

auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene entscheidungserheblich ist und die Erfüllung der europarechtlichen Vorlagepflicht Voraussetzung einer Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ist.¹⁴³ Die Vorlagepraxis der Fachgerichte wird dabei – eine Seltenheit in Europa – über die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) vom Bundesverfassungsgericht am gleichen (Unhaltbarkeits-)maßstab überprüft wie interne Zuständigkeitsmängel.¹⁴⁴ Eine Vorlage durch das Gericht selbst kommt daher in aller Regel nur bei einer unmittelbaren Anrufung des Gerichts gegen ein Gesetz in Betracht, das in Durchführung des Europarechts ergangen ist.¹⁴⁵

Dort, wo überlappende Kompetenzen unvermeidbar sind, wie etwa im Grundrechtsbereich,¹⁴⁶ ist die Zurückhaltung im Umgang mit der eigenen Rechtsordnung von umso größerer Wichtigkeit. Dies zeigt der nicht immer geradlinige, aber doch im Ganzen schonende Umgang des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit dem Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“) nationaler Gerichte bei der Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention.¹⁴⁷ Allerdings setzt dies eine gewisse Selbstdisziplin voraus, es reicht nicht, die „Margin“ zu erwähnen, dann aber in der Sache „durchzuzentscheiden“.¹⁴⁸

c) Identitätsschutz: Zwischen Verfassungskern und ordre public

Am schwierigsten ist sicher die Forderung nach Berücksichtigung der Identität anderer Rechtsordnungen. So muss deren unterschiedliche Legitimationsgrundlage im Blick behalten werden. Hier bietet sich eine Skala zwischen der Unantastbarkeit des Verfassungskerns – wie z.B. Art. 79 Abs. 3 GG – und dem allgemeineren international-

143 BVerfGE 129, 186 (199).

144 S. BVerfGE 128, 157 (187 ff.) – *Universitätsklinikum*; BVerfGE 129, 78 (105 f.) – *Le Corbusier-Möbel*; BVerfGE 126, 286 (315 ff.) – *Honeywell*. Zum Ganzen auch *G. Britz*, Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens, NJW 2012, 1313; *C. Calliess*, Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes, NJW 2013, 1905. A. A. *U. Fastenrath*, Nochmals: Kontrolle der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG, JZ 2013, 299; *ders.*, BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH, NJW 2009, 272 (274); *R. Jäger*, Menschenrechtsschutz im Herzen Europas / Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 2005, 193 (196 f.), die eine strengere Kontrolle analog der Vorlage von allgemeinen Regeln des Völkerrechts gem. Art. 100 Abs. 2 GG fordert; dagegen mit Recht *L. Michael*, Partielle Verschärfung der Vorlagenkontrolldichte des BVerfG zugunsten des EuGH als „gesetzlichem Verfassungsrichter“, JZ 2013, 302; *ders.*, Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG, JZ 2012, 870 (876 ff.).

145 Das war bei der Vorratsdatenspeicherung zwar der Fall, aber das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass nur das Umsetzungsgesetz, nicht aber die zugrundeliegende Richtlinie der Europäischen Union verfassungswidrig war, s. BVerfGE 125, 260 (306 f., 308 f.).

146 Hier beansprucht der Gerichtshof der Europäischen Union eine Kontrolle der mitgliedstaatlichen Umsetzung auch dort, wo das Unionsrecht der nationalen Umsetzung Spielräume setzt, vgl. dazu die in Fn. 140 zitierte Rspr. und Literatur sowie BVerfGE 118, 79 (95 f.) – *Emissionshandel*.

147 Vgl. *D. Spielmann*, Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? (Cambridge: Centre for European Legal Studies/Working Paper Series 2012) m.w.N.

148 Zu einem ins Auge springenden Beispiel s. EGMR, *Springer v. Deutschland*, Nr. 39954/08, Urteil v. 7. Feb. 2012, NJW 2012, 1058 (1059 f.), EuGRZ 2012, 294 (304 ff.), Z. 85-88, s. aber abw. Meinung *Lopez Guerra et al.*, EuGRZ 2012, 308 f. Für einen weiteren Spielraum demokratischer Entscheidungen nach entsprechender parlamentarischer Beratung und in Anbetracht stark divergierender nationaler Regelungen siehe die – mit knapper Mehrheit getroffene – Entscheidung der Großen Kammer in *Animal Defenders International v. UK*, Nr. 48876/08, Urteil vom 22. Apr. 2013, Z. 108 ff.

privatrechtlichen *ordre public* an,¹⁴⁹ wie er vor allem bei der Indienstnahme staatlichen Rechts zur Durchsetzung ausländischen und privat gesetzten Rechts zum Ausdruck kommt (s. Art. 6 deutsches EGBGB)¹⁵⁰ – sofern er nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie durch Art. 53 f. ICSID-Übereinkommen.

Das Identitätsargument ist ohne Zweifel problematisch, weil es den nationalen „Ausstieg“ aus der Verbindlichkeit des internationalen oder hybriden Rechts ermöglicht. Daher bleibt dieser Geist gewöhnlich in der Flasche. Aber das Beispiel des völkerrechtlichen *ius cogens* zeigt, dass auch das Völkerrecht selbst in dem Verhältnis seiner Kernregeln zum „gewöhnlichen“, aber eben auch verbindlichen Recht nicht ohne ein Ausstiegsventil auskommt. Dass die Berufung auf die eigenen unhintergehbaren Verfassungsgrundsätze als Argument gegen die Implementierung vorrangigen Rechts Fallstricke enthält, hat jüngst der Gerichtshof der Europäischen Union erfahren, als das Bundesverfassungsgericht sich bei dem Identitätsvorbehalt gegenüber der Union auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs gegenüber den Vereinten Nationen berief.¹⁵¹

Dazu kommt, dass Art. 4 Abs. 2 EUV die Geltendmachung eines Vorbehalts der nationalen Verfassungsidentität zu ermöglichen scheint.^{151a} *Puttler* verschiebt allerdings den Deutungsgehalt, wenn sie von einem „Notfallmechanismus“ spricht, der (nur) bei gravierenden Vertragsverletzungen und nach Anrufung des Gerichtshofs in Betracht komme,¹⁵² weil es eben nicht um Verletzung des Kerns des europäischen, sondern gerade des nationalen Rechts geht. Dennoch kann die Anwendung dieses Vorbehalts nur in Extremfällen in Betracht kommen.

Hier liegen die Kernprobleme des Umgangs verschiedener Rechtsordnungen und Subsysteme miteinander: Wieviel Rücksichtnahme ist zumutbar, und ab wann ist ein „Hier stehe ich, ich kann nicht anders“ unvermeidbar? Die jeweiligen Richter können und dürfen jedenfalls weder ihre Unabhängigkeit noch ihre Verpflichtung auf die eigene Rechtsordnung ignorieren. Es ist kaum zu erwarten, dass ein nationaler Richter die Kernprinzipien seiner eigenen Rechtsordnung, wie sie in der Verfassung normiert sind, ohne zwingenden Grund hinter – zum Beispiel – eine Investitionsschutzentscheidung zurücktreten lässt. Hier liegt die Kunst darin, solche Widersprüche zu vermeiden, und

149 Zu diesem s. nur *M. Gebauer*, *Ordre Public (Public Policy)* (2007), MPEPIL VII 1008, der in Rn. 1 mit Recht darauf hinweist, dass es sich um ein nationales Instrument des Internationalen Privatrechts und nicht des Völkerrechts handelt; *C. Ohler*, *Ordre public*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts XI* (3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2013) § 238, S. 453 ff., der ein weiteres Begriffsverständnis vertritt (Rn. 1 f.) und in Rn. 38 Art. 79 Abs. 3 GG als *ordre public* der Verfassungsordnung identifiziert. Zum *ordre public*-Vorbehalt im Internationalen Privatrecht s. *A. Spickhoff*, *Der ordre public im internationalen Privatrecht* (Neuwied/Frankfurt: Metzner 1989); bei der Anerkennung von Schiedssprüchen s. *M. Elena Alvarez de Pfeifle*, *Der Ordre Public-Vorbehalt als Versagungsgrund der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung internationaler Schiedssprüche* (Frankfurt et al.: Lang 2009); zur WTO *C. Feddersen*, *Der ordre public in der WTO* (Berlin: Duncker & Humblot 2002). Zur Anwendung des *ordre public* gegenüber der Sportgerichtsbarkeit s. Schweizer Bundesgericht, Urteil vom 10. Feb. 2010 – Pechstein, oben Fn. 36, Z. 2.4.1, 6; allgemein Urteil vom 8. März 2006, BGE 132 III 389 E.2.1 m.w.N. („caractère insaisissable“, aber Präferenz für eine übernationale Bestimmung seines Inhalts). Zur Verwendung des *ordre public* als Rechtfertigung für die Nichtbefolgung europäischer Urteile s. BVerfGE 123, 267 (401) – *Lissabon*; dazu kritisch *Paulus*, (Fn. 131) 144 ff.

150 S. dazu die Kommentierungen von *M. Voltz*, in *J. v. Staudinger*, EGBGB/IPR (Berlin: Sellier/de Gruyter 2013), Art. 6 EGBGB, Rn. 7 (Teil des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts); *H.-J. Sonnenberger*, in *Münchener Kommentar zum BGB X* (4. Aufl., München: Beck 2006), Art. 6 EGBGB.

151 BVerfGE 123, 267 (401).

151a Vgl. dazu OMT-Beschluss (Fn. 141), Z. 29; EuGH, Slg. 2010, S. I-13639, Rn. 83 – Sayn-Wittgenstein.

152 *A. Puttler*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV* (4. Aufl., München: Beck 2011), Art. 4 Rn. 17.

Art. 42 ICSID-Übereinkommen bietet dafür, wie ausgeführt, eine geeignete Grundlage, wohl gerade weil er das exakte Verhältnis zwischen der Anwendung nationalen und internationalen Rechts offenlässt und dabei dem vereinbarten Recht den Vorrang gibt. Es ist diese Sensibilität, die von internationalen wie hybriden Rechtssystemen gleichermaßen gefordert ist.¹⁵³ Nur in wechselseitiger Rücksichtnahme kann die Wahrnehmung einer solchen „Ausstiegsklausel“ verhindert werden. Andernfalls geriete nicht nur die Anwendung der betroffenen Rechtsordnung in Gefahr, sondern erlitt die Rechtsidee insgesamt Schaden.

Allerdings zeigt das Investitionsschutzrecht auch die Grenzen jeden „Ausstiegs“ auf. Anders als die New Yorker Konvention¹⁵⁴ schließen Art. 53 Abs. 1 und 54 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen die Berufung auf den nationalen *ordre public* gegenüber einer Entscheidung des Investitionsschutztribunals gerade aus.¹⁵⁵ Vielmehr gilt der nationale oder internationale *ordre public* allenfalls materiell als vom Tribunal selbst zu beachtende Grenze. Solange das Interesse des Mitgliedstaats an dem Investitionsschutzregime andauert, wird er kaum seine Reputation und damit ausländische Investitionen aufs Spiel setzen.¹⁵⁶ Darüber hinaus sichert Art. 54 Abs. 1 der Konvention die Umsetzbarkeit eines Schiedsspruchs in allen Vertragsstaaten und macht einen Ausstieg so besonders riskant.¹⁵⁷

Dadurch, dass Schiedssprüche in jeder Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten durchgesetzt werden können, verlieren die nationalen Gerichte des betroffenen Staates eine wesentliche Kontrollmöglichkeit. Dies mag womöglich auch einer der Gründe dafür sein, weshalb eine ‚margin of appreciation‘ oder sonstige Ermessensspielräume im Investitionsschutzrecht, wenn überhaupt, nur sehr zögerlich anerkannt werden. Art. 54 Abs. 1 beschränkt lediglich die unmittelbare Durchsetzung auf die Zahlungsverpflichtung, sodass lokale Gegebenheiten bezüglich nicht-pekuniärer Aspekte berücksichtigt werden können.¹⁵⁸

Auf einen Dialog mit der nationalen Gerichtsbarkeit ist ein ICSID-Schiedsgericht demnach weniger angewiesen als sonstige internationale Gerichte.¹⁵⁹ Das gilt in gleicher

153 Zu einem jüngeren Beispiel aus der Praxis der WTO-Streitschlichtung s. *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, Panel Report v. 25.11.2013, WT/DS400/R, Z. 7.409 ff. (Verbot von Produkten aus der Robbenjagd fällt unter den Schutz der „public morals“ in der EU).

154 (New York) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards v. 10 Juni 1958, UNTS 330, 338, Art. V.

155 Das unterscheidet das ICSID-Regime von anderen Schiedsgerichtssystemen, s. *Schreuer* (Fn. 45) Art. 54 Rn. 81. Für die Frage der Anerkennung der Aufhebung einer Schiedsgerichtsentscheidung eines nationalen Gerichts durch die Gerichte eines Drittstaates unter dem Regime der New Yorker Konvention (oben Fn. 154) und der vergleichbaren inter-amerikanischen (Panama) Inter-American Convention on International Commercial Administration v. 30. Jan. 1975, UNTS 1438, 245, vgl. *Termo-Rio v. Electranta*, 487 F.3d 928, 935 (D.D.C. 2007); *Baker Marine (Nig.) Ltd, v. Che, Ton (Nig.) Ltd*, 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999) je m.w.N. (Akzeptanz einer Nullifizierung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. e der New York Convention); s. jetzt aber *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, No. 10 Civ. 206 (AKH), 2013, U.S. Dist. LEXIS 121951 (S.D.N.Y. August 27, 2013), S. 14 ff. (Anwendung des *ordre public* zugunsten der Durchsetzung einer in Mexiko für nichtig erklärten Schiedsgerichtsentscheidung wegen Verstoßes der Aufhebung gegen das Rückwirkungsverbot).

156 *Schreuer*, ebd., Art. 53 Rn. 39.

157 *Schreuer*, ebd., Art. 54 Rn. 2.

158 Dazu *Schreuer*, ebd., Art. 54 Rn. 72 ff.

159 Ich danke Herrn Dipl.-Jur. *Nicolas Klein* für den Hinweis auf diesen Sachverhalt.

Weise etwa für die Sport- oder Internet(schieds)gerichtsbarkeit,¹⁶⁰ sofern nur die ihnen zur Verfügung stehenden Sanktionen – wie ein Ausschluss von Sportwettkämpfen oder der Verlust einer Domain – *erga omnes* wirken und das Interesse der unterlegenen Partei wie auch des Territorialstaates an der weiteren Mitwirkung an dem System oder der Institution höher ist als an der Nichtumsetzung einer einzelnen Entscheidung.

Das ändert nichts daran, dass ein Vertragsstaat die Erfüllung rein faktisch verweigern kann, wenn er die Konsequenzen für künftige ausländische Direktinvestitionen und für sein Vermögen im Ausland tragen will und kann. Letztlich bleibt es Kunst der Schiedsrichter, die Unvollstreckbarkeit durch Berücksichtigung aller Interessen zu vermeiden.

V. Schluss: Hybridität zwischen Pluralismus und Völkerrechtsordnung

Frei nach Mark Twain: Die Nachricht vom Tode des Völkerrechts war weit übertrieben.¹⁶¹ Auch in hybriden Rechtssystemen spielt es eine herausragende Rolle, in dem es Lösungsmechanismen und Legitimation für sich neu entwickelnde Subsysteme bereitstellt, gleichzeitig aber die Anpassung an verschiedene Sachbedürfnisse erlaubt, solange ein Mindestmaß an Rechtsschutz und demokratischer Legitimation gewahrt bleibt.

Eine Lösung von Kompetenzkonflikten kann nur in einem gegenseitigen Prozess des Gebens und Nehmens, also im Dialog legitimierter gerichtlicher und nichtgerichtlicher, staatlicher und nichtstaatlicher Entscheidungsträger über Zeit gefunden werden. Kein Rechtssystem – auch nicht das nationalstaatliche – kann allein dem normativen Pluralismus und den multiplen Zugehörigkeiten in der heutigen Welt gerecht werden. Allgemeine Rechtsgrundsätze, die allen Rechtsordnungen gemeinsam sind und/oder die auf zwischenstaatlichem Konsens beruhen, bieten eine gemeinsame Klammer. Die gewollte Integration in ein regionales und internationales Beziehungsgeflecht, das nicht nur Staaten, sondern eben auch Menschen und Unternehmen einbezieht, erfordert Abstriche an, nicht aber die Aufgabe der eigenen Rechts- und Verfassungsidentität.

Auf der anderen Seite stellt der Pluralismus als solcher kein Argument gegen, sondern für die Beachtung des Rechts und damit der Konkordanz der Rechte des einen mit den Rechten der anderen dar¹⁶² – mit anderen Worten, für die Akzeptanz und Beachtung eines globalen Rechts- oder vielmehr Rechtesystems.

160 Zur Sportschiedsgerichtsbarkeit s. *F. Oschütz*, Sportschiedsgerichtsbarkeit: Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts (Berlin: Dunker & Humblot 2005) m.w.N. sowie die Pechstein-Verfahren (oben Fn. 36); zur Internetschiedsgerichtsbarkeit vgl. *G-P. Calliess* (Fn. 1) 262 ff.; *G. Kaufmann-Kohler/T. Schultz*, Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice (Den Haag: Kluwer 2004) m.w.N.

161 Vgl. *M. Reisman*, Designing and Managing the Future of the State, EJIL 3 (1997) 409.

162 Vgl. schon *I. Kant*, Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. Königsberg 1787) 373, AA III (247 f.), „daß jedes Freiheit mit der anderen ihrer zusammen bestehen kann“.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Andreas Paulus, Göttingen

I. Einleitung: Monismus, Pluralismus, Hybridisierung

1. Das heutige Völkerrecht hat es – über die Perspektive eines „zwischenstaatlichen“ Rechts hinaus – mit einem Pluralismus von Akteuren, Sachverhalten und Rechtswirkungen (von *jus cogens* zu soft law) zu tun. Mit einer monistischen Konzeption ist der Pluralismus der Rechtsordnungen nicht in den Griff zu bekommen, weil die hierarchische Betrachtungsweise die Verschiedenheit von Rechtsordnungen und ihrer Wirkungen nicht zu erfassen vermag.

2. Die These von der Hybridisierung der Rechtsordnungen ist Ausdruck dieses Pluralismus. Sie geht aus von Rechtssystemen wie den sog. hybriden Straftribunalen für Sierra Leone, Kambodscha und Libanon, die sowohl internationales wie auch nationales Strafrecht zur Verfolgung von Völkerstraftätern anwenden, oder „gemischten“ Durchsetzungssystemen, die nichtstaatliche Akteure in die Pflicht nehmen oder ihnen eine begrenzte Vertragsabschlusskompetenz zubilligen. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es dabei, unterschiedliche Rechtsordnungen so weit wie möglich analytisch zu trennen und ihre rechtlichen Wirkungen zu differenzieren. Hybrid sind letztlich nicht die Rechtsordnungen, sondern die Akteure oder Sachverhalte, die sie regeln.

3. Der Pluralismus der zwischen- und überstaatlichen Rechtsordnungen geht mit einer Pluralisierung von Rechtsquellen und Auslegungsmethoden einher. Doch dieser Pluralismus führt nicht notwendigerweise zum Auseinanderfallen der Gesamtrechtsordnung, die durch eine gemeinsame Rechtsquellenlehre und Rechtsprinzipien verbunden bleibt. Für den Rechtsunterworfenen sind die verschiedenen Verhaltensanforderungen allerdings nur noch schwer zu durchschauen, was die Beachtung der Regeln erschwert. Hier liegt eine Aufgabe für die Rechtswissenschaft, aber auch die Rechtsprechung, Ausmaß und Grenzen des Einflusses der verschiedenen Rechtsordnungen klarzustellen.

II. Vom Bilateralismus zur Herausbildung gemeinsamer Rechtsgrundsätze

4. Schon das klassische Völkerrecht war durch seinen Bilateralismus notwendigerweise fragmentiert; Rechte und Pflichten verschiedener Staaten sind nicht deckungsgleich, ebensowenig wie die Rechtsdurchsetzungsmechanismen. Das heutige Völkerrecht ist schon allein durch die Existenz verschiedener, auf multilateralen Verträgen aufbauender Institutionen pluralistisch. Das gilt auch für Regelungskomplexe, welche neben staatlichen auch private Akteure einbeziehen, wie dem Investitionsschutz und privaten Streitschlichtungsmechanismen.

5. Durch die Charta der Vereinten Nationen haben sich konsensuale Rechtssetzungsmechanismen und Rechtsgrundsätze ausgebildet, die auch als Maßstäbe für „hybride“, nicht ausschließlich zwischenstaatliche Akteure dienen können. Andererseits sieht der Sicherheitsrat als ihr wichtigstes Organ – Art. 24 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 der Charta zum Trotz – seine Beschlüsse selbst formal kaum an Prinzipien gebunden.

6. Die Anerkennung des *jus cogens* allein führt ebensowenig wie die Kollisionsregel des Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen zu einer Vermeidung widersprechen-

der Regelungen. Partielle Regeln zur Übernahme völkerrechtlicher Rechtsentstehungs- und Rechtsauslegungsgrundsätze wie Art. 21 Römisches Statut, Art. 3 DSU oder Art. 42 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen tragen zur Komplexität bei, sind aber durchaus typisch für die Entwicklung eines pluralistischen, netzwerkartigen Systems verschiedener Regulierungsbereiche.

III. Rechtsquellenlehre und Pluralismus der Rechtsordnungen

7. Für das Ineinandergreifen von Rechtsordnungen gibt die klassische Rechtsquellentrias des Art. 38 IGH-Statut keine Lösung vor, welche die Einheit des Völkerrechts gewährleisten könnte. Sie bietet allerdings eine Blaupause für den Aufbau eines dezentralisierten Rechtssystems mit sparsamen Mitteln, das die Füllung von Rechtslücken mit Hinweis auf die Rechtspraxis relevanter Akteure ermöglicht.

8. *Verträge* können schon seit jeher auch zwischen Staaten und nichtstaatlichen Akteuren geschlossen werden, von Unternehmen bis zu bewaffneten Gruppen im Konflikt. Als konkrete, differenzierte und ausdrückliche Regelung können insbesondere multilaterale Verträge über den Kreis ihrer Vertragspartner hinaus Wirkung erzielen, das gilt gerade auch für Verträge zwischen Vertragspartnern mit ungleichem Rechtsstatus.

9. Bei der *Vertragsauslegung* führen die traditionellen Hierarchie- und Vorrangregeln (*jus cogens*, *lex posterior*, *lex specialis*) zusammen mit der Vermutung der Konkordanz mit völkerrechtlichen Rechten und Pflichten in anderen Systemen und gegenüber anderen Parteien und mit Gewohnheitsrecht und Vertragspraxis („Prinzip der systemischen Integration“, Art. 31 Z. 3 WVÜ) in der Regel zu brauchbaren Ergebnissen. Als Einfallstore für allgemeines Völkerrecht dienen unbestimmte Rechtsbegriffe, die Füllung von Vertragslücken und ausdrückliche (z.B. Art. XX GATT) oder implizite Rechtfertigungsgründe (z.B. der Notstand).

10. Bei der Füllung von *Vertragslücken* ist abstrakt kaum zu entscheiden, ob die Vermutung von der Ungebundenheit der Staaten (*Lotus*) oder das Gemeinschaftsinteresse maßgeblich ist. Letztlich sind Kollektiv- und Einzelinteressen gegeneinander abzuwägen. Dabei kommen die Verfassungsprinzipien zum Tragen, die vor allem in der Charta der Vereinten Nationen und in den universellen Menschenrechten Ausdruck gefunden haben. Diese Mechanismen der Vertragsauslegung scheinen in der bisherigen Schiedspraxis nur unzureichend genutzt zu werden.

11. Das *Gewohnheitsrecht* setzt den Schwerpunkt klassischerweise auf die Staatenpraxis, enthält aber durch die Berücksichtigung der „Verbalpraxis“ insbesondere im Hinblick auf Unterlassungspflichten ein stärker normatives Element, das die Berücksichtigung von Rechtspraxis auch in „hybriden“ (Teil-) Rechtssystemen ermöglicht. Die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* reflektieren schließlich einen Prozess der Lückenfüllung durch vergleichenden Rekurs auf die universell anerkannte Rechtspraxis nationaler Rechtsordnungen. Daraus haben sich allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts entwickelt. Gerade das auf der Gleichordnung seiner Subjekte basierende Völkerrecht hält hier für unvollständige „hybride“ Rechtsordnungen Lösungskapazitäten bereit. Voraussetzung für die Akzeptanz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in diesem Sinne ist die Fairness einer Regel, die einen Ausgleich der Interessen aller Seiten widerspiegelt.

12. Schließlich deutet sich bei Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut an, dass bei der Heranziehung von Gerichtsentscheidungen für die Feststellung von Gewohnheitsrecht und

Rechtsgrundsätzen auch nationale Gerichte eine normative Rolle spielen; während bei den Lehrmeinungen kollektive Gremien wie der Völkerrechtskommission, aber auch private Vereine wie das Institut de droit international und die International Law Association wegen ihrer pluralistischen Zusammensetzung heute mit Recht eine größere Rolle spielen als einzelne Autoren. Hier wäre analog auch an pluralistisch bzw. hybrid besetzte Normungsgremien zu denken.

13. Eine weitere Komplexitätsebene wird dadurch erreicht, dass Rechte und Pflichten von unterschiedlicher „Härte“ sein können. Soft law hilft bei der Auslegung und Lückenfüllung, aber auch auf der Suche nach gemeinsamen Verhaltensstandards. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut beschreibt in diesem Zusammenhang einen Prozess der „Härtung“ von Maßstäben zu allgemein anerkannten Rechtssätzen durch die Rechtspraxis.

14. Nichtstaatliche Akteure sind in der Regel nicht dazu legitimiert, Recht mit Wirkung für Dritte zu setzen, sondern müssen ihre Regelungskompetenz von der Zustimmung der Rechtsunterworfenen oder demokratischen Entscheidungen von Staaten oder anderen öffentlichen Akteuren, die demokratisch legitimiert sein müssen, ableiten. Letzteres gilt allerdings nicht für die Selbstbindung, die auf Freiwilligkeit der Rechtsunterworfenen beruht, wie sie in so unterschiedlichen Gebieten wie dem Recht des bewaffneten Konflikts oder im Investitionsrecht vorkommt. Außerdem spielen nichtstaatliche Akteure durch Expertise sowie Auslegung und Anwendung zwischenstaatlichen Rechts eine wichtige Rolle im Prozess der Rechtsentstehung und -fortbildung. Schließlich können in weitem Maße rechtliche Befugnisse an nichtstaatliche Akteure delegiert werden.

15. Die gegenseitige Einwirkung von Rechtsordnungen wird durch die jeweilige Selbstdefinition in Öffnungsnormen, von Art. 3 DSU über Art. 21 IStGH-Statut bis zu Art. 298 UNCLOS Art. 42 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen oder Art. 15 Abs. 1 UDRP Rules (Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) oder Art. 41 und 46 EMRK, Art. 345 ff. AEUV, in jeweils unterschiedlicher Weise ermöglicht, aber auch limitiert. Ähnliche Öffnungsnormen weisen auch nationale Rechtsordnungen auf, wie z.B. Art. 23, 24, 25, 59 Abs. 2 GG oder Artikel VI der US-Verfassung. Daneben steht die Anwendung völkerrechtlicher Regeln auf nichtstaatliche Akteure wie im ICSID-System. Gegenseitig schulden sich die gerichtlichen Akteure dabei Respekt durch praktische Konkordanz sowie – mindestens – eine Begründung für Abweichungen von etablierten rechtlichen Maßstäben.

IV. Legitimation und Anerkennung pluraler Rechtsordnungen

16. Sofern Wirkungen für Dritte begründet werden sollen, genügt weder das Abstellen auf die Selbstbindung der Parteien noch eine bloß funktionale Legitimation pluraler und hybrider Ordnungen. Zu einer Regulierung gegen den Willen der Rechtsunterworfenen ist nach demokratischen Grundsätzen nur der von einem – im Wesentlichen sich selbst definierenden – Demos ausgehende, von wechselnden Mehrheiten unter Anerkennung der Rechte der Minderheit regierte demokratische Staat berechtigt. Dabei bleibt aber ein weiter Spielraum für die Selbstregulierung, die nach Beteiligung der Betroffenen verlangt.

17. Das demokratische Defizit internationaler Regulierung kann – jedenfalls auf absehbare Zeit – nur durch Rückbindung der Delegation von Zuständigkeiten auf internationale Institutionen an nationale demokratische Prozesse gemildert werden. Natio-

nale Parlamente sind frühzeitig an der Aushandlung internationaler Abkommen zu beteiligen, aber auch an Umsetzungsentscheidungen nationaler Regierungen. Die Demokratisierung internationaler Entscheidungsprozesse – z.B. durch internationale oder regionale Parlamente oder durch Betroffenenbeteiligung – und die Verschränkung mit nationalen parlamentarischen Verfahrensweisen gewährleisten ein Maximum an demokratischer Legitimation in einem Mehrebenensystem, in dem sich idealiter alle Entscheidungen auf die „beschränkte Einzelermächtigung“ in demokratischen Prozessen rückführen lassen.

18. Die Ausbalancierung verschiedener Entscheidungsprinzipien ist vor allem die Aufgabe internationaler und nationaler Gerichte. In einem Mehrebenensystem können sie diese Aufgabe nur erfüllen, wenn sie sich nicht gegenseitig abschotten, sondern wenn sie aufeinander eingehen, gerade dort, wo dies kritisch geschieht. Mechanismen für einen solchen Dialog der Gerichte wurden vor allem von nationalen Gerichten in Bezug auf die europäischen Gerichte entwickelt, erweisen sich aber zunehmend als verallgemeinerungsfähig. Sie erlauben (nur) unter engen Bedingungen, sich internationalen Verpflichtungen zu entziehen, setzen aber vor die Konfrontation und das Aushandeln die harmonisierende Auslegung, die bis an die Grenzen der Auslegbarkeit gehen kann. Dies gilt grundsätzlich auch für Schiedsgerichte.

19. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat – gemeinsam mit anderen Mitgliedern des „europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“ (Voßkuhle) aus europäischen und nationalen Höchstgerichten – insbesondere drei „Gegengewichte“ zu einer mangelnden demokratischen Rückbindung der Entscheidungen anderer Rechtsordnungen (weiter)entwickelt, die deren Akzeptanz durch das nationale Recht bestimmen. Inwieweit diese Kriterien auf das Verhältnis zwischen verschiedenen internationalen Rechtsordnungen übertragbar sind, bleibt zu klären.

a) Die *Solange*-Rechtsprechung ist zu einem allgemeinen Topos des Verhältnisses verschiedener Rechtsordnungen geworden. Äquivalenz statt Identität des Menschenrechtsschutzes beschreibt aber nicht nur ein vorhandenes Vertrauensverhältnis zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, sondern ist auch Bedingung für die gegenseitige Akzeptanz von Entscheidungen.

b) Für die Forderung nach Berücksichtigung der *Identität* anderer Rechtsordnungen muss deren unterschiedliche Legitimationsgrundlage im Blick behalten werden. Hier bietet sich eine Skala zwischen der Unantastbarkeit des Verfassungskerns – wie z.B. Art. 79 Abs. 3 GG – und dem allgemeineren *ordre public* an, wie er vor allem bei der Indienstnahme staatlichen Rechts zur Durchsetzung ausländischen und privat gesetzten Rechts zum Ausdruck kommt.

c) Verschiedene gleichgeordnete Rechtsordnungen können nur nebeneinander bestehen, wenn sie ihre jeweiligen Kompetenzen respektieren. Die Grenze der Akzeptanz wird erreicht, wenn ein Gericht die ihm gesteckten Kompetenzgrenzen rücksichtslos überschreitet, mit anderen Worten, wenn es *ultra vires* handelt. In Ausnahmefällen kann dies auch zwischen internationalen und nationalen Gerichten zu Divergenz und Nichtbeachtung führen. Dabei ist jedoch stets die Vorzugswürdigkeit einer mit anderen Rechtsordnungen konformen Auslegung und Anwendung des eigenen Rechts zu beachten, sofern diese für die fragliche Materie zuständig und mit verbindlicher Entscheidungsgewalt ausgestattet sind.

V. Schluss: Auf dem Weg zu einem pluralen Weltrechtssystem

20. Eine Lösung von Kompetenzkonflikten kann nur in einem gegenseitigen Prozess des Gebens und Nehmens, also im Dialog legitimierter gerichtlicher und nichtgerichtlicher, staatlicher und nichtstaatlicher Entscheidungsträger über Zeit, gefunden werden. Kein Rechtssystem – auch nicht das nationalstaatliche – kann allein dem normativen Pluralismus und den multiplen Zugehörigkeiten in der heutigen Welt gerecht werden. Allgemeine Rechtsgrundsätze, die allen Rechtsordnungen gemeinsam sind und/oder die auf internationalem Konsens beruhen, bieten eine gemeinsame Klammer. Auf der anderen Seite stellt der Pluralismus als solcher kein Argument gegen, sondern für die Beachtung des Rechts und damit der Konkordanz der Rechte des einen mit den Rechten der anderen dar – mit anderen Worten, für die Akzeptanz und Beachtung eines globalen Rechts- oder vielmehr Rechtesystems.

Summary

The interplay of legal sources from a public international law perspective

by Prof. Dr. Andreas Paulus, Göttingen

I. Introduction: Monism, Pluralism, Hybridization

1. Beyond the horizon of an inter-State law, present-day international law deals with a pluralism of actors, subjects and legal effects – from *jus cogens* to soft law. A monist conception of law fails to adequately reflect the pluralism of legal orders, because a hierarchical concept of law cannot grasp the multiplicity of legal orders and their respective legal effects.

2. The thesis of the hybridization of legal orders is an expression of this pluralism. Legal systems such as the “hybrid” criminal tribunals for Sierra Leone, Cambodia and Lebanon apply both international and domestic penal law to prosecute crimes against international law, whereas “mixed” implementation régimes include non-State actors and provide them with a limited treaty-making capacity. It is the task of legal research to analytically separate different legal orders as far as possible and to differentiate between their legal effects. In the last resort, not the legal orders themselves are hybrid, but rather the actors and the subjects regulated by them.

3. The pluralism of inter- and supranational legal orders also produces a multitude of legal sources and methods of interpretation. But this pluralism does not necessarily lead to a falling apart of the complete legal order that is kept together by a common régime of sources and basic principles. Citizens may be confused by the differing claims of authority that makes it difficult to follow them. The task of legal research, but also legal decision-making, lies in the clarification of the scope and the limits of differing legal orders.

II. From Bilateralism to the establishment of common principles

4. Bilateralism necessarily fragmented classical international law. Rights and duties of different States do not coincide; neither do the mechanisms of implementation. Contemporary international law is pluralist by means of different institutions based on several multilateral treaties. This fragmentation a fortiori also applies to regulations that include private next to public actors, such as investment protection and arbitration.

5. The Charter of the United Nations has established basic principles and consensual mechanisms for the implementation of international law that can also be applied to “hybrid” actors. However, the Security Council as most important organ of the United Nations does not consider itself formally bound by these principles, regardless of the proviso contained in Charter Articles 24 para. 2 in conjunction with Article 1.

6. Neither the recognition of *jus cogens* nor the conflict rule of Article 103 of the UN Charter can avoid contradictory regulations. Rules incorporating public international law on law-making and interpretation, such as Art. 21 of the Rome Statute, Art. 3 of the WTO Dispute Settlement Understanding or Art. 42 of the ICSID Convention

contribute to complexity, but are typical for the development of a pluralist network of regulatory régimes.

III. Sources doctrine and legal pluralism

7. The classic sources triad of Article 38 of the ICJ Statute cannot maintain the unity of public international law by connecting different legal orders. However, it provides a modest blueprint for establishing a decentralized legal system that allows for the filling of lacunae by reference to the legal practice of relevant actors.

8. *Treaties* are not only concluded between States, but also between States and non-State actors, from multinational enterprises to armed groups under the law of armed conflict. As explicit, concrete, and detailed regulation, multilateral treaties can produce legal effects beyond the State parties. This is also the case with regard to treaties between parties with unequal legal status.

9. In treaty interpretation, traditional conflict rules such as *jus cogens*, *lex posterior* or *lex specialis* commonly lead to acceptable results when combined with the presumption of coherence with international rights and duties in other legal systems, towards other parties and with custom and subsequent practice (“principle of systemic integration” in Article 31 para. 3 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). A recourse to general international law can reduce indeterminacy, help to fill gaps and provide explicit (Article XX GATT) as well as implicit (state of necessity) reasons of justification for *prima facie* violations of the law.

10. It is impossible to decide in the abstract whether and how far gaps in the law are to be filled by the presumption of the freedom of States (*Lotus*) or by community interests. In the last resort, collective and individual interests have to be balanced against each other. International constitutional principles have found their expression in the UN Charter and in the “bill of rights” contained in universal and regional human rights treaties. However, it seems that these mechanisms of interpretation are not sufficiently used in arbitration so far.

11. *Customary law* is traditionally based on State practice, but also takes “verbal practice” into account, in particular with regard to duties of abstention. It thus contains a normative element that also gives weight to the legal practice of “hybrid” (sub)systems. *General principles of law* reflect a process of gap filling by comparative recourse to the generally acceptable practice of domestic legal orders and have gradually developed into general principles of *international law*. As a law between equal subjects, international law thus has a problem-solving capacity also for incomplete “hybrid” legal orders. Pre-condition for the acceptance of a general principle of law in this sense is the fairness of a rule that brings the interests of all sides into balance.

12. Finally, national courts increasingly play a normative role in the use of judicial decisions for the determination of custom and general principles. With regard to doctrine, collective bodies such as the International Law Commission, but also private associations such as the Institut de droit international or the International Law Association play – due to their pluralist composition – a more important role than individual authors (“publicists”). In addition, one may think of pluralist or hybrid normative bodies.

13. Further complexity is added by the different “hardness” of rights and duties. Soft law supports interpretation and gaps filling in the law, but also the search for general

standards of behaviour. Art. 38 para. 1 lit. d ICJ Statute thus describes a process of „hardening” of standards to generally accepted principles by legal practice.

14. Non-State actors are in general not legitimized to produce law with binding force for third parties. Thus, their jurisdiction over third parties either derives from consent or from democratic decisions by States or other more or less democratic holders of public authority. Examples for consent-based régimes are investment law and the law of armed conflicts. In addition, non-State actors play an important role in the process of law-making and its further development by providing expertise, but also by interpreting and applying international rules. Finally, legal authority can be broadly delegated to them.

15. Clauses opening a legal system enable a mutual effect of legal orders on each other. Art. 3 DSU, Art. 21 ICC-Statute or Art. 298 UNCLOS, Art. 42 ICSID Convention and Art. 15 UDRP Rules, but also Articles 41 and 46 ECHR or Art. 345 ff. TFEU provide important examples that enable, but also limit the mutual impact, each in a specific fashion. Similar opening rules are contained in domestic legal orders such as Art. 23, 24, 25, 59 para. 2 German GG or Article VI of the U.S. Constitution. In addition, international legal rules are applied to non-State actors, as in the ICSID example. The judicial actors owe each other mutual respect reaching, wherever possible, „practical concordance” between rights and duties emanating from different legal orders. At least, diversions from established legal standards need to be justified.

IV. Legitimation and Recognition of plural legal orders

16. As far as they establish duties for third persons, it is not sufficient to legitimize hybrid and pluralist legal orders by the consent of the original parties or the fulfilment of their function. Pursuant to a democratic model of legitimacy, only the democratic State – based on a plural demos and governed by changing majorities that protect the rights of minorities – is legitimized to regulate also against the individual will of the subjects of the law. However, a large space is left open for self-regulation that requires the participation of those subjected to the respective régime.

17. For the foreseeable future, the democratic deficit of international regulation can be mitigated only by tying the delegation of powers to international institutions to the domestic democratic process. National parliaments should participate at an early moment in the negotiation of international agreements, but also in their national implementation. In a multi-level system, the democratization of international decision-making – for example by introducing international or regional parliaments or by the participation of the persons concerned – and links to national parliamentary processes provide a maximum of democratic legitimacy, in which ideally all decisions are based on a delegation of limited enumerated powers from the democratic State to the international legal sphere.

18. It is the main task of international as well as national courts and tribunals to balance different principles of decision. In a multi-level system, they can fulfil this task not by insulating themselves, but rather by engaging with each other, in particular when this is done in a critical fashion. National courts have developed mechanisms for such a dialogue of courts and tribunals in the European framework, but they can be generalized also beyond. Only rarely do they allow withdrawal from international obligations,

but they prefer a harmonizing interpretation over re-negotiation or confrontation. For that purpose, interpretation may occasionally test its limits.

19. Together with the other members of the European network of constitutional courts, the German Federal Constitutional Court has developed three “counterweights” to the democratic deficit of international institutions and their decisions. How far these criteria can be transferred to the relationship between different international legal orders remains to be clarified.

a) The “Solange” (“so long as”)-jurisprudence has developed into a general topos of the inter-relationship of different legal orders. Equivalence rather than identity of human rights protection does not only describe an existing relationship between legal orders, but also circumscribes the conditions for their reciprocal acceptance.

b) In order to respect the *identity* of another legal order it is necessary to keep their basis of legitimation in mind. We find a scale from the untouchability of the core principles of a constitution by other law – such as in Articles 23 (1) and 79 (3) of the German Grundgesetz – to the more general *ordre public* with regard to the implementation of foreign or private law within another domestic legal order.

c) Different legal order of the same rank can exist only next to each other if they stick to their respective jurisdiction. The limit of acceptance is reached when a Court obviously disregards its competences or powers, in other words, when it acts *ultra vires*. In exceptional cases, this can lead to divergence and denial of implementation. In general, Courts and tribunals will prefer to interpret and apply their law in conformity with other legal orders with jurisdiction on the matter.

V. Conclusion: Towards a plural world system of rights

20. A solution of conflicts of powers can only be found in a process of mutual “give and take”, in other words, in a dialogue over time between legitimate holders of power, be they judicial or non-judicial, state or non-State. No legal system – even not the national one – can manage the normative pluralism and multiple allegiances in the contemporary world alone. General principles of law common to all major legal orders and/or based on international consent provide a common frame. Thus, pluralism does not constitute an argument against but rather for the observance of the law and thus for the concordance of the rights of the one with the rights of the other – in other words, an argument in favour of accepting and observing a global system of law – or, rather, of reciprocal rights and duties.

Zusammenspiel der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht

Von Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.(Georgetown), Bonn*

- I. Pluralisierung und Entstaatlichung : Alte Phänomene und neue Dimensionen
 - II. Vielfalt der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht
 - 1. Kollisions- und Sachrecht
 - 2. Grund- und Menschenrechte
 - 3. Privates Recht
 - III. Zusammenwirken im Prozess der Angleichung des Kollisionsrechts
 - 1. Von der internationalen zur europäischen Vereinheitlichung
 - 2. Internationale Übereinkommen und Unionsrecht
 - a) Koexistenz und Konkurrenz
 - b) Koordination statt Konkurrenz
 - aa) Kompetenzielle und institutionelle Voraussetzungen
 - bb) Wahl der Instrumente: Principles statt Übereinkommen
 - 3. Unionsrecht und nationales Recht
 - a) Territoriale Zersplitterung und fragmentarische Rechtsetzung
 - b) Ausstrahlungswirkung
 - 4. Parteiautonomie und privates Recht
 - a) Nichtstaatliches Recht vor staatlichen Gerichten
 - b) Wahl nichtstaatlichen Rechts in Schiedsverfahren
 - c) Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts
 - 5. Grund- und Menschenrechte und ordre public
 - IV. Zusammenwirken im Prozess der Sachrechtsangleichung
 - 1. Internationale Übereinkommen, Modellgesetze und Principles
 - 2. Rechtsangleichung in Europa
 - a) Richtlinienrecht und nationales Recht
 - b) Fakultatives Unionsprivatrecht
 - aa) Optionale Regelungsregime
 - bb) Einheitsrecht und Kollisionsrecht
 - cc) Konkurrenz zwischen europäischem und internationalem Einheitsrecht
 - dd) Auslegung und Lückenfüllung
 - c) Regionale Rechtsangleichung jenseits der Union
 - V. Schlussbetrachtung
- Thesen
Summary

* Der Beitrag ist während meiner Zeit als Fellow am Käte Hamburger Kolleg „Recht als Kultur“ entstanden.

I. Pluralisierung und Entstaatlichung: Alte Phänomene und neue Dimensionen

Einheit in Vielfalt – oder ein Rechtsquellenchaos, das den Ruf nach dem „Chaosberater“¹ laut werden lässt? Faktum ist, dass der Nationalstaat wachsende Konkurrenz bei der Rechtsetzung erhält. Internationale oder supranationale Organisationen schaffen ebenso wie Private eigene Regelwerke. Entstanden ist eine große Vielfalt von Rechtsquellen. Verstärkt treten auch Gerichte auf supra- oder internationaler Ebene hinzu und die Beilegung vor allem transnationaler Streitigkeiten erfolgt durch Schiedsgerichte. Rechtsprechung und Rechtsfortbildung verlagern sich zum Teil auf konkurrierende Instanzen.

Nun sind freilich gerade im Bereich des Privatrechts ein Pluralismus von Rechtsquellen ebenso wie Rechtsetzung nichtstaatlichen Ursprungs oder Streitbeilegung durch andere Instanzen keine neuen Phänomene:² In Europa braucht man den Blick nicht zurück bis zum universalen Kaufmannsgewohnheitsrecht des Mittelalters zu richten.³ Die Verflechtungen von lokalem Partikularrecht und subsidiär anwendbarem *ius commune* prägten bis in die Zeit der großen Privatrechtskodifikationen das Bild.⁴ Die Ausgestaltung des Eherechts, das lange Zeit kirchliches Recht war, haben staatliche Instanzen erst spät übernommen.⁵ Der Primat nationalstaatlicher Rechtsetzung erscheint so eher als Etappe auf dem Weg zum heutigen Pluralismus der Rechtsquellen – der seinerseits Durchgangsstadium auf dem Weg hin zu einem Einheits- oder Weltrecht⁶ sein mag.

Neu ist allerdings die Dimension des heutigen Pluralismus von Rechtsregimen. Sie ist global und hat zu einer kaum mehr überschaubaren Vielfalt von Rechtsordnungen und Rechtsquellen auf den verschiedensten Ebenen geführt. Ob man die Zukunft eher in einer Konstitutionalisierung⁷ oder im „global law without a state“⁸ sieht, die Plura-

-
- 1 Vgl. die Formulierung von *Siehr*, Kollisionen des Kollisionsrechts, in: Baetge et al. (Hrsg.), Festschrift Jan Kropholler, Tübingen 2008, S. 211 (226).
 - 2 Zu der kollisionsrechtlichen Entwicklung in einzelnen Nationalstaaten siehe *Basedow*, Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung, in: Hohloch et al. (Hrsg.), Festschrift Hans Stoll, Tübingen 2001, S. 405 (408 ff.); zur Geschichte auch *Jansen/Michaels*, Private Law and the State, Comparative Perceptions and Historical Observations, *RabelsZ* Bd. 71 (2007), S. 345 ff.
 - 3 Zur Geschichte der sog. *lex mercatoria Meyer*, *Bona fides* und *lex mercatoria* in der europäischen Rechtstradition, Göttingen 1994, S. 48 ff.; *Ipsen*, Private Normenordnungen als transnationales Recht, Berlin 2009, S. 66 ff.
 - 4 Siehe dazu grundlegend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967, S. 97 ff., insbesondere S. 124 ff.; *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, München 2010, S. 220 ff.
 - 5 Näher *Schwab*, Grundlagen und Gestaltung der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld 1967 sowie *Conrad*, Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 67 (1950), S. 336 ff.
 - 6 Zum privaten Weltrecht auch *Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, Berlin 2007, S. 194 f.
 - 7 Siehe dazu etwa *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts in Zeiten der Globalisierung: Fragmentierung, Konstitutionalisierung und Vernetzung globaler Rechtsregimes, in: Murakami et al. (Hrsg.), Globalisierung und Recht, Berlin 2007, S. 3 ff.; *Fischer-Lescano/Viellechner*, Globaler Rechtspluralismus, *APuZ* 2010, S. 34 f.; *Peters*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, *ZÖR* (65), 2010 S. 3 ff.; *Knauff*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *ZaöRV* 68 (2008), S. 453 ff.; *Kadelbach/Kleinlein*, Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, *Archiv des Völkerrechts* 44 (2006), S. 235 ff.; *Ladeur/Viellechner*, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 42 ff.
 - 8 *Teubner*, *Global Law without a state*, Dartmouth 1977; siehe dazu auch *Ipsen*, Fn. 3, S. 37 ff.

lisierung und Fragmentierung der Rechtsordnungen und Rechtsquellen stellen unumkehrbare Prozesse dar. Sie führen in den verschiedensten Bereichen zu einem Konglomerat unterschiedlicher Rechtsregime und Regeln, die miteinander konkurrieren, einander verdrängen, ineinandergreifen, sich überlagern und durchdringen.⁹ Die Rechtswissenschaft ist mit Fragen konfrontiert: Welche Formen nimmt dieses Zusammenwirken an und bedarf es eigener Meta-¹⁰ oder Kollisions-Kollisionsregeln?¹¹ Kann hier überhaupt noch eine normative Kompatibilität gewährleistet werden? Oder hat das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsquellen und Normkomplexe gar eine Hybridisierung der Rechtsordnungen zur Folge? Ein Hybrid lässt unweigerlich an *Gregor Mendel* und die aus Botanik und Zoologie geläufige Kreuzung zweier Arten denken, die Neues entstehen lässt. Der Begriff der Hybridisierung hat aber seit einiger Zeit Einzug in die Geistes- und Sozialwissenschaften gehalten¹² und findet nun vermehrt, freilich für recht diverse Phänomene, auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs Verwendung.¹³ Vor allem aus der Rechtsvergleichung ist dieses Phänomen schon länger durch *mixed* oder *hybrid legal systems*¹⁴ vertraut, die Komponenten verschiedener Rechtssysteme miteinander vereinen. Rezeption¹⁵, *legal transplants*¹⁶ oder Rechtstransfer¹⁷ ergeben Mischrechtsordnungen, wie sie etwa aus Südafrika oder Schottland¹⁸ bekannt sind. Entstehen auch durch das Zusammenwirken von internationalem, nationalem und privatem Recht hybride Gebilde, in denen Elemente der verschiedenen Rechtsordnungen verschmelzen und die sich zu einem Neuen verbinden?¹⁹

-
- 9 Siehe dazu *Basedow*, Fn. 2, S. 405 (410 ff.). Zum Begriff dieser eben beschriebenen Interlegalität siehe auch *Amstutz*, Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, S. 213 ff.
- 10 Siehe *Köndgen*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, *AcP* 206 (2006), S. 477 (479).
- 11 Zu dem Entwurf von Kollisionsregeln erster bis dritter Dimension *Joerges*, Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte, *TranState Working Papers* Nr. 146, Bremen 2011, S. 1 (15 ff.).
- 12 Siehe etwa *Schneider*, Hybridisierung als Signatur der Zeit, in: Robertson/Wintert (Hrsg.), *Kulturwandel und Globalisierung*, Baden-Baden 2000, S. 175.
- 13 Aus dem privatrechtlichen Schrifttum *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex – Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, *AcP* 200 (2000), S. 445 ff.; vgl. auch *Pfeiffer*, Hybride Rechtslagen, in: Baetge et al. (Hrsg.), *Festschrift Jan Kropf*, Tübingen 2008, S. 175 ff.
- 14 Dazu *du Plessis*, Comparative Law and the study of mixed legal systems, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2008, S. 478 ff.; *Örücu*, What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12.1., 2008, abrufbar unter www.ejcl.com; *Donlan*, Comparative Law and Hybrid Legal Traditions – An Introduction, online abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874050, S. 9 ff.
- 15 Siehe hierzu auch *Nußberger*, Der „Russische Weg“ – Widerstand gegen die Globalisierung des Rechts, in: Schwarze (Hrsg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband I, Tübingen 2008, S. 71 (73 ff.).
- 16 Siehe hierzu auch *Berkowitz/Pistor/Richard*, The Transplant Effect, *Am. J. Comp. L.* Vol. 163 (2003), S. 163 ff.; *Janssen/Schulze*, Legal Cultures and Legal Transplants in Germany, *European Review of Private Law* 2011, S. 225 ff.
- 17 Dazu *Duss* et al. (Hrsg.), *Rechtstransfer in der Geschichte*, München 2006.
- 18 Zu Südafrika siehe *Van der Merwe/Du Plessis*, Introduction to the Law of South Africa, The Hague 2004; zu Schottland vgl. *Reid/Zimmermann*, A History of Private Law in Scotland: Obligations, Oxford 2000; siehe auch zum Beispiel Quebec *Handschug*, Einführung in das kanadische Recht, München 2003, S. 63 ff.
- 19 Zum Begriff des eben beschriebenen Rechtspluralismus siehe *Twining*, Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, S. 473 ff.; *Riles*, Comparative Law and Socio-Legal Studies, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2008, S. 776 (793 ff.); *Michaels*, Global Legal Pluralism, *Annual Review of*

Die Pluralisierung der Rechtsquellen hat praktisch alle Bereiche des Rechts erfasst. In einem ersten Schritt ist der Blick auf die Vielfalt der Rechtsquellen zu richten, die aus der Sicht des Privatrechts von Bedeutung sind. In der Folge wird deren Zusammenspiel näher beleuchtet. Das Ziel ist es, die verschiedenen Facetten dieses Zusammenwirkens und die sich hieraus ergebenden Herausforderungen aufzuzeigen, um einige Gelingensbedingungen zu benennen.

II. Vielfalt der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht

1. Kollisions- und Sachrecht

Traditionell ist es Aufgabe des Kollisionsrechts, das Zusammenspiel der nationalen Privatrechtsordnungen zu koordinieren. Schon seit geraumer Zeit hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass nationales Kollisionsrecht diese Aufgabe nicht leisten kann. Die Internationalisierung des *Privatrechts* ist daher zunächst eine Internationalisierung des *Kollisionsrechts* gewesen, die maßgeblich durch die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht geprägt war.²⁰ Heute ist Internationales Privat- und Verfahrensrecht in erheblichem Umfang internationales *und* supranationales Recht, insbesondere Unionsrecht,²¹ neben dem nationales Kollisionsrecht fortbesteht. Zunehmend hat der Prozess der Angleichung aber auch materielles Recht ergriffen und ist bestimmt von der Schaffung internationalen Einheitsrechts wie des UN-Kaufrechts einerseits und der Privatrechtsintegration auf Unionsebene²² andererseits.

2. Grund- und Menschenrechte

Für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten entfalten verstärkt auch die Grund- und Menschenrechte Bedeutung. Dies gilt nicht mehr nur innerhalb des nationalen Rechts. Auch im Mehrebenensystem wirken heute internationale und supranationale Grund- und Menschenrechte auf vielfältige Weise auf das Sach- und das Kollisionsrecht ein. Diese werden hier nur punktuell berührt. Gerade der aus kollisionsrechtlicher Perspektive relevante Einfluss der Grundfreiheiten und die hiermit verknüpfte Diskussion um ein Anerkennungsprinzip im Internationalen Privatrecht hat *Christiane Wendehorst* umfassend in ihrem Vortrag über die Denkschulen des Internationalen Privatrechts vor zwei Jahren beleuchtet.²³

Law & Social Science, Vol. 5, 2009, S. 1 ff.; *Tamanaha*, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, Sydney Law Review, Vol. 30, 2008, S. 375 ff.

20 Diese beschäftigt sich seit über hundert Jahren mit dem Entwurf von einheitlichen Kollisionsregeln, siehe dazu auch *Kropholler*, Der Einfluss der Haager Übereinkommen auf die deutsche IPR-Kodifikation, *RabelsZ* Bd. 57 (1993), S. 207 ff. sowie unter www.hcch.net.

21 Siehe dazu auch *Michaels*, Die europäische IPR-Revolution, in: Baetge et al. (Hrsg.), Festschrift Jan Kropholler, Tübingen 2008, S. 151 ff.

22 Siehe kritisch dazu *Honsell*, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, *ZIP* 2008, S. 621 ff.; *ders.*, Die Zukunft des Privatrechts, *ZSR* 2007, S. 219 ff.

23 *Wendehorst*, Denkschulen im Internationalen Privatrecht, in: *Paradigmen im internationalen Recht/ Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, Berichte DGVR, Band 45, Heidelberg 2012, S. 29 ff.

3. Privates Recht

Neben den bislang erwähnten Rechtsquellen staatlichen Ursprungs gilt es schließlich das „private Recht“²⁴ in den Blick zu nehmen. Mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁵, Satzungen, Kollektivverträgen oder technischen Normen existieren im nationalen Raum schon länger von Privaten, sei es im Wege der Selbstbindung oder durch Delegation staatlicher Befugnisse²⁶, geschaffene Regeln und Regelwerke.²⁷ Jenseits dessen ist die private Normproduktion in jüngerer Zeit vor allem eng mit dem Globalisierungsprozess verknüpft und durch ihn befördert.²⁸ Die Akteure privater Normproduktion als Folge der Globalisierung sind so vielfältig wie die Erscheinungsformen,²⁹ die mit dem schillernden Begriff des privaten Rechts verbunden werden. Es sind Private ebenso wie internationale Organisationen, wie UNIDROIT³⁰, UNCITRAL³¹ oder die Internationale Handelskammer (ICC)³², Gruppen von Wissenschaftlern³³, Sachverständigen oder Interessenverbände. Sie bringen für sich selbst oder Dritte im

24 Auch „privatisiertes“ Recht oder „private governance“ genannt, *Köndgen*, Fn. 10, S. 477 (478). Zur Diskussion des privaten Rechts aus rechtssoziologischer Sicht näher *Calliess*, *Reflexive Transnational Law*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), S. 185 ff. Ferner auch *Caruso*, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, *NYU J. Int'l L. & Pol.* 2006-2007, S. 1 ff.; *Voigt*, *Rechtssysteme im Zeitalter der Globalisierung*, in: Peter (Hrsg.), *Globalisierung im Fokus von Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, Wiesbaden 2011, S. 123 ff. sowie *Sieber*, *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt*, *Rechtstheorie* 41 (2010), S. 151 ff.

25 Dazu *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen 2010, S. 50 ff.

26 Auch als spontanes (im Bereich der Märkte und des internationalen Sports) oder initiiertes (Entwurf für ein europäisches Vertragsrecht oder das Technikrecht) Recht bezeichnet, siehe *Bumke/Röthel*, *Auf der Suche nach einem Recht des privaten Rechts*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 1 (5 f.).

27 Siehe zu der umfassenden Literatur in diesem Bereich auch *Bachmann*, *Legitimation privaten Rechts*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 207 ff. m.w.N.

28 Näher auch *Basedow*, Fn. 2, S. 405 (406 ff.). Zur Reaktion auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen *Köndgen*, Fn. 10, S. 477 (478). Zu den einzelnen Ursachen für die Entstehung auch *Voigt*, *Globalisierung des Rechts*. Entsteht eine „dritte Rechtsordnung“?, in: *Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden 2003, S. 13 (14 ff.); insbesondere in Bezug auf die *lex mercatoria* siehe *Weise*, *Lex mercatoria*, Frankfurt am Main 1990, S. 15; *Röhl/Magen*, *Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17 (1996), S. 1 (39); *Stein*, *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, Frankfurt am Main 1995, S. 16 ff.; *Mertens*, *Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff*, *RabelsZ* Bd. 56 (1992), S. 219 (220); *Hölker*, *Die Rolle der lex mercatoria im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*, Tübingen 2006, S. 23 ff. Generell zu Globalisierung und Recht siehe *Michaels*, *Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?*, *RabelsZ* Bd. 69 (2005), S. 525 ff.

29 Zu der Regelungstechnik des Optionsmodells im Privatrecht siehe *Bachmann*, *Optionsmodelle im Privatrecht*, *JZ* 2008, S. 11 ff.

30 Institut International pour l'Unification du Droit, www.unidroit.org.

31 United Nations Commission on International Trade Law, www.uncitral.org.

32 International Chamber of Commerce, www.iccwbo.org.

33 Auch als akademisches Recht bezeichnet, siehe *Zimmermann*, „Wissenschaftliches Recht“ am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 21 ff.; *Riesenhuber*, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 49 ff.

Bereich von Handel und Wirtschaft³⁴, Technik³⁵ oder Sport³⁶ äußerst heterogene Regelwerke unterschiedlichen Konkretisierungsgrads – in Form von Rules, Principles, Standards, Restatements³⁷ oder Modellgesetzen – hervor.³⁸ Hierzu zählen die sog. neue *lex mercatoria*³⁹, die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts⁴⁰, die Incoterms der ICC⁴¹, die Principles of European Contract Law (auch Lando-Principles genannt)⁴², der Draft Common Frame of Reference⁴³ und religiöses Recht⁴⁴, um nur einige aus privatrechtlicher Perspektive⁴⁵ relevante zu nennen.

Betrachtet man derartige Regelwerke aus der Sicht einer staatszentrierten Rechtsquellenlehre, so mag man die Existenz privaten Rechts von vornherein verneinen: Nur kraft staatlichen Geltungsbefehls entsteht im demokratisch legitimierten Verfassungsstaat Recht.⁴⁶ Dies wird auch im Rahmen der seit langem und äußerst kontrovers geführten

34 Dazu sogleich.

35 Zur Einführung in das Technikrecht *Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates*, JZ 2007, S. 755 (757); *Buck-Heeb/Dieckmann*, Fn. 25, S. 159 ff.; zum Internetrecht *Boele-Woelki*, *Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?*, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System*, Berichte DGVR, Band 39, Heidelberg 2000, Thesen S. 347 ff. sowie *Engel*, *Das Internet und der Nationalstaat*, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System*, Berichte DGVR, Band 39, Thesen S. 421 ff.; *Engel*, *The Role of Law in the Governance of the Internet*, in: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Bonn 2012/2013; *Spindler*, *Private Rechtsetzung in IT-Märkten*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 21 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Fn. 25, S. 177 ff.

36 Zum Sportrecht *Röthel*, Fn. 35, S. 755 (757); *Adolphsen*, *Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, S. 93 ff.; *Haas*, *Loslösung des organisierten Sports aus der Umklammerung des nationalen Rechts*, SJZ 106 (2010), S. 585 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Fn. 25, S. 67 ff.

37 Bekannt durch die Restatements des American Law Institute mit Sitz in Philadelphia, Pennsylvania. Siehe auch zuletzt *Zekoll*, *Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband II, Tübingen 2008, S. 101 ff.

38 Nach *Bumke/Röthel*, Fn. 26, S. 1 (6) führt dies „zu den hinreichend bekannten Steuerungs- und Gewährleistungsfragen: Welche Arten und Formen des Zusammenspiels von staatlichem und privatem Recht empfehlen sich für welche Steuerungsaufgabe?“.

39 Siehe dazu sogleich.

40 Hierzu auch *Schulze*, *Der anationale Geltungsgrund der UNIDROIT-Principles*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), *Festschrift Bernd von Hofmann*, S. 856 ff.

41 Abgedruckt in *Baumbach/Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, 35. Auflage, München 2012, Anhang 6; aktuell auch *Weick*, *Incoterms 2010 – Ein Beispiel für die „neue lex mercatoria“*, ZJS 5/2012, S. 584 ff. Daneben sind auch noch die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für die Dokumenten-Akkreditive (ERA) als ICC Standardklauseln zu nennen. Dazu *Blaurock*, *Übernationales Recht des Internationalen Handels*, ZEuP 1993, S. 247 ff. sowie *Schroeder*, *Die lex mercatoria arbitralis*, Frankfurt am Main 2007, S. 85.

42 Abgedruckt in *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law*, The Hague 2000.

43 Dazu auch *Zimmermann*, Fn. 33, S. 21 (24 ff.).

44 Vgl. hierzu auch *Rohe*, *Religiös gespaltenes Zivilrecht in Deutschland und Europa*, in: *De Wall/Germann* (Hrsg.), *Festschrift Christoph Link*, Tübingen 2003, S. 409 ff.

45 Zur Entwicklung einzelner Regelwerke siehe *Leible*, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, S. 2558 ff.; ferner auch *Reich*, *A European Contract Law: Ghost or Host for Integration*, *Wisconsin International Law Journal* 2006-2007, S. 425 ff.

46 Dazu *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Auflage, München 2008, S. 519 ff. Zum zeitgemäßen Umgang mit der Rechtsquellenlehre siehe *Köndgen*, Fn. 10, S. 477 (517); *Bachmann*, Fn. 27, S. 207 (225); *ders.*, *Private Ordnung*, Tübingen 2006, S. 21. Zur Diskussion um die Ausbreitung des privaten Rechts im Rahmen der Top-down und Bottom-up Modelle siehe *Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, Tübingen 2008, S. 1 ff., 9, 98 f. sowie im Rahmen des Diskurses um die *lex mercatoria* *Schmidt*, *Lex mercatoria: Allheilmittel? Rätsel? Chimäre?*, in: *Murakami et al.* (Hrsg.), *Globalisierung und Recht*, Berlin 2007, S. 153 (158); zum Streit der „Traditionalisten versus Transnationalisten“ siehe *Zumbansen*, *Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *RabelsZ* Bd. 67 (2003), S. 637 (679).

Diskussion um die Existenz eines autonomen Rechts der internationalen Wirtschaft,⁴⁷ einer als transnational⁴⁸ zu verstehenden (neuen) *lex mercatoria*⁴⁹ angeführt.⁵⁰ Während hier teilweise eine Autonomie der *lex mercatoria* bejaht wird,⁵¹ leitet man daher andernorts ihre Existenz von „staatlichen Gnaden“⁵² ab.⁵³

Auch auf der Grundlage einer rein nationalen Rechtsquellenlehre ist allerdings zwischen Erzeugung und Ingeltungsetzung von Recht zu differenzieren.⁵⁴ Schaffen können zweifellos auch Private Normen.⁵⁵ Maßgeblich für deren Rechtsqualität ist, dass

47 Wobei im Rahmen des *lex mercatoria*-Diskurses bereits umstritten ist, welche Quellen sie beinhaltet. Grob lässt sich folgende Einteilung vornehmen (nach *Ipsen*, Fn. 3, S. 80 ff.): Allgemeine Rechtsprinzipien wie „*pacta sunt servanda*“, Gewohnheitsrecht und Handelsbräuche, Standardverträge, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formulare wie die Incoterms der ICC, Privatkodifikationen wie die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und Principles of European Contract Law, Schiedsentscheidungen und zuletzt die Listenbildung des CENTRAL (Center for Transnational Law), siehe zu letzterem auch *Berger*, Die Neue Lex Mercatoria. Ist Transnationales Wirtschaftsrecht kodifizierbar?, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 119 (127); ferner *Blaurock*, Lex mercatoria und Common Frame of Reference, ZEuP 2007, S. 118 ff.

48 Begriff des transnationalen Rechts erstmalig von *Philip Jessup* eingeführt, *Jessup*, Transnational Law, Yale 1956, S. 2: „(...) all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.“ Siehe zu den UNIDROIT Principles als Allgemeinem Teil des transnationalen Vertragsrechts *Michaels*, Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien, Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts, RabelsZ Bd. 73 (2009), S. 866 ff.

49 Siehe folgende Monographien: *Dasser*, Internationale Schiedsgerichte und *lex mercatoria*, Zürich 1989; *De Ly*, De *lex mercatoria*, Antwerpen 1989; *Weise*, Fn. 28; *Kappus*, Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, Frankfurt am Main 1990; *Stein*, Fn. 28; *Berger*, Formalisierte oder „schleichende Kodifizierung“ des transnationalen Wirtschaftsrechts, Berlin 1996; *Schroeder*, Fn. 41; *Ipsen*, Fn. 3. Hingewiesen sei noch auf den Aufsatz von *Dasser*, worin mit ernüchterndem Ergebnis die tatsächliche Anwendung der *lex mercatoria* in der Praxis untersucht wird, *Dasser*, Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the *lex mercatoria*, in: Zimmermann (Hrsg.) Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband II Tübingen 2008, S. 129 ff.; zu vorherigen Ergebnissen von *Dasser* und *Dezalay/Garth* siehe *Ipsen*, Fn. 3, S. 91 ff.

50 Siehe *Mann*, Schiedsrichter und Recht, in: Jakobs et al. (Hrsg.), Festschrift Werner Flume, Köln 1978, S. 593 ff.; *ders.*, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130, 1968, S. 97 (101); *Herber*, Lex mercatoria und „Principles“ – gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht, IHR 2003, S. 1 (5); *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allg. Lehren, 2. Auflage, München 2003, § 2 Rn. 77, der sogar eine Schadenersatzpflicht der Schiedsrichter erwägt, wenn sie einen Schiedsspruch auf die *lex mercatoria* stützen; *von Breitenstein*, Rechtsordnung und „*lex mercatoria*“: Zur vergeblichen Suche nach „anationalem Recht“ für die internationale Arbitrage, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 179 ff., der die *lex mercatoria* als „funkelnde Sternschnuppe“ bezeichnet und es für „utopisch“ hält, dass es eine *societas mercatorum* gäbe und arabische Staaten, der indische Subkontinent, China, der Ferne Westen, Westeuropa und Nordamerika dieselben ethischen Standards oder Handelsgewohnheiten hätten.

51 Basierend auf dem normativen Ansatz von *Goldman*, Lex mercatoria, Deventer 1983 mit zwei wesentlichen Argumenten: Die *societas mercatorum* fühle sich durch Rechtsüberzeugung an bestimmte Regelungen im internationalen Handel gebunden. Eine eigenständige Durchsetzung erfolge durch Selbstüberwachung in Form von schwarzen Listen, Entzug von Mitgliedschaftsrechten, Verfall von Kauttionen, kommerzieller Rufschädigung u.ä.

52 Vgl. die Formulierung von *Ipsen*, Fn. 3, S. 76.

53 Basierend auf dem deskriptiven Ansatz von *Schmitthoff*, Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ Bd. 28 (1964), S. 47 ff.

54 So auch *Bachmann*, Fn. 27, S. 207 (211).

55 Hierbei ist die Schiedsgerichtsbarkeit ein entscheidender Katalysator von privat gebildetem Recht; sie schafft beispielsweise neues materielles Recht, um Streitigkeiten von internationalen Handelsgeschäften oder Streitigkeiten um die Verwendung von Domainnamen zu lösen, siehe *Bumke/Röthel*, Fn. 26, S. 1 (8); auch *Maniruzzaman*, The Lex Mercatoria and International Contracts: A challenge for International Commercial Arbitration?, Am. U. Int'l L. Rev., Vol. 14 (3), 1999, S. 657 (693 ff.).

ihnen staatlicherseits Geltungskraft und Durchsetzbarkeit verliehen wird.⁵⁶ Den entscheidenden Aspekt stellt also die Verknüpfung der Regelwerke mit einer staatlichen Rechtsordnung dar,⁵⁷ die auf sehr unterschiedliche Weise, zum Beispiel durch Rechtswahl⁵⁸, Inkorporation⁵⁹, Verweisung, Anerkennung⁶⁰ oder in Form einer Rechtmäßigkeitsvermutung⁶¹ erfolgen kann. Im global geprägten Kontext, in dem es gerade um die vielfältigen Formen des Zusammenwirkens von Rechtsquellen und -ordnungen geht, wird man „jenseits des Nationalstaates“⁶² zumindest all jene Regelwerke in die Betrachtung einbeziehen müssen, die in irgendeiner Weise mit der Rechtsordnung eines Staates oder auch einer supra- oder internationalen Organisation verknüpft sind.⁶³

III. Zusammenwirken im Prozess der Angleichung des Kollisionsrechts

Ist die Vielfalt der Rechtsquellen damit umrissen, stellt sich nunmehr die Frage nach ihrem Zusammenspiel – zunächst im Prozess der Angleichung des Internationalen Privatrechts.

1. Von der internationalen zur europäischen Vereinheitlichung

Lange Zeit hatte die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht⁶⁴ in Europa praktisch ein „Monopol zur Rechtsvereinheitlichung“⁶⁵ auf den Gebieten des Inter-

56 Dazu *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, Berlin 1987, S.138 ff.; *Köndgen*, Fn. 10, S. 477 (519 f.) sowie *Magen*, Zur Legitimation privaten Rechts, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 229 ff.

57 So *Bumke/Röthel*, Fn. 26, S. 1 (3).

58 Siehe unten, III.4.a. und b.

59 So knüpft beispielsweise § 1631d BGB bei der Beschneidung des männlichen Kindes zwar nicht an religiöse Motive an, jedoch sah der Gesetzgeber Regelungsbedarf von religiös motivierten (und medizinisch indizierten) Beschneidungen, Bundestag-Drucksache 17/11295, S. 6 f. Auch in anderen Ländern beeinflussen religiöse Regeln das nationale Recht: In Frankreich bestimmt Art. 370-3 Code Civil, dass eine Adoption untersagt ist, wenn das Kind oder die Adoptiveltern einem Land angehören, welches das im Koran angelegte Adoptionsverbot kennt. Danach ist die Adoption nach westlichen Vorstellungen verboten, möglich ist nur eine sog. kafala, eine Annahme des Kindes in Form einer Pflege bzw. Vormundschaft, ohne dass das Kind seine ursprünglichen verwandtschaftlichen Beziehungen verliert. Die französische Regelung gilt jedoch nicht, wenn das Kind in Frankreich geboren ist, dazu *Büchler*, Kulturelle Vielfalt und Familienrecht, in: Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Berichte DGVR, Band 43, Heidelberg 2008, S. 215 (231).

60 So müssen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Entscheidungen von Schiedsgerichten im Vollstreckungsstaat anerkannt und vollstreckt werden. Dies geschieht überwiegend im Rahmen der New York Convention (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), Text abrufbar unter www.uncitral.org, siehe dazu unten, III.4.b.

61 So häufig im Bereich des Technikrechts für die Konkretisierung der verkehrüblichen Sorgfalt i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB oder im Werkvertragsrecht als „anerkannte Regeln der Technik“, siehe auch BGHZ 139, 16 (19).

62 *Röthel*, Fn. 35, S. 755 (755).

63 So auch *Bumke/Röthel*, Fn. 26, S. 1 (3).

64 Siehe oben, Fn. 20.

65 So *Wagner*, Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zehn Jahre nach der Vergemeinschaftung der Gesetzgebungskompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, *RabelsZ* Bd. 73 (2009), S. 215 (222).

nationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts.⁶⁶ 120 Jahre reichen ihre Bemühungen zurück, einheitliche Regelungen zur Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung zu schaffen und divergierende nationale Verweisungsnormen durch ein universales Kollisionsrecht zu ersetzen. Einer ganzen Reihe der zahlreichen Übereinkommen⁶⁷ ist großer Erfolg beschieden, so vor allem einigen das Verfahren und die internationale Zusammenarbeit betreffenden Staatsverträgen, aber etwa auch dem Haager Kindesentführungsübereinkommen⁶⁸ und jüngst dem Kindesschutzübereinkommen⁶⁹. Vor allem hat sie sich gerade in jüngerer Zeit durch den Beitritt vieler neuer Staaten von einer stark europäisch bestimmten zu einer internationalen Institution gewandelt.⁷⁰

Konkurrenz erhielt sie im vergangenen Jahrzehnt durch die Europäische Gemeinschaft. Nachdem mit dem Amsterdamer Vertrag die Gesetzgebungskompetenz für die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen vergemeinschaftet worden war,⁷¹ sind zahlreiche Unionsrechtsinstrumente zunächst auf dem Gebiet des Internationalen Verfahrensrechts und sodann auch des Kollisionsrechts geschaffen worden. Die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen ohne kollisionsrechtliche Überprüfung erfordert einheitliche Kollisionsnormen, die gewährleisten, dass in der Vielzahl der Gerichtsstände dasselbe materielle Recht Anwendung findet.⁷² In jüngerer Zeit erstrecken sich die Aktivitäten verstärkt auf den Bereich des Familien- und Erbrechts und Instrumente wie die Erbrechtsverordnung⁷³ und die Entwürfe für die Güterrechts- bzw. die

66 Die erste Session der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht wurde 1893 einberufen, siehe dazu die Geschichte unter www.hcch.net. Daneben existierten auch schon früh regionale Vereinheitlichungen wie beispielsweise konkurrierende Übereinkommen Lateinamerikas, aber auch die der nordischen Staaten, welche den regionalen Besonderheiten Rechnung tragen, dazu *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 2006, § 9 III. So wird in Einwanderungsländern häufig an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft.

67 Alle abrufbar unter www.hcch.net; teilweise sind die Übereinkommen Ergebnis des kleinsten gemeinsamen Nenners und damit ein eher bescheidenes Ergebnis, so *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (218). Früher ging die Haager Konferenz nach dem Abstimmungsprinzip vor, nunmehr sieht die Konferenz eine Arbeit nach dem Konsensprinzip vor, welches auch die Ratifikationschancen von Übereinkommen erhöht, siehe Art. 8 Abs. 2 der Satzung, BGBl. 2006 II, S. 1418; dazu auch *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (224) und *Bischoff*, Die Europäische Gemeinschaft und die Konventionen des einheitlichen Privatrechts, Tübingen 2010, S. 356.

68 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, abrufbar unter www.hcch.net.

69 Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996, abrufbar unter www.hcch.net; daneben genannt seien auch das Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993, abrufbar unter www.hcch.net, und jüngst das am 1.1.2013 in Kraft getretene Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom 23.11.2007, abrufbar unter www.hcch.net.

70 Vgl. *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (223).

71 Dazu auch *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (217 ff.); *Dutta*, Europäische Integration und nationales Privatrecht nach dem Vertrag von Lissabon: die Rolle des Internationalen Privatrechts, EuZW 2010, S. 530 (531 ff.).

72 Siehe auch *Mansel*, Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 2002, S. 14 ff. sowie *Kreuzer*, Gemeinschaftskollisionsrecht und universales Kollisionsrecht, in: Baetge et al. (Hrsg.), Festschrift Jan Kropholler, Tübingen 2008, S. 129 (133).

73 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 4.7.2012.

Partnerschaftsverordnung⁷⁴ enthalten sowohl verfahrens- als auch kollisionsrechtliche Regelungen. Ergebnis dieses Entwicklungsprozesses ist ein dichtes Geflecht von Normen internationalen, europäischen und nationalen Ursprungs. Nationales Kollisionsrecht, bislang zudem durchdrungen von Normen staatsvertraglichen Ursprungs, wird zunehmend durch fragmentarisches EU-Verordnungsrecht verdrängt, das je nach Materie zum Teil auch noch mit Staatsverträgen konkurriert.

2. Internationale Übereinkommen und Unionsrecht

Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, wie das infolge der Kompetenzerlagerung entstehende Nebeneinander von Unionsrecht und staatsvertraglichen Rechtsinstrumenten mit universalem Geltungsanspruch wie den Haager Übereinkommen zu bewältigen ist.

a) Koexistenz und Konkurrenz

Rechtstechnisch lässt sich eine Koexistenz derartiger Regelungen ermöglichen, indem der Unionsrechtsakt einen beschränkten räumlichen Anwendungsbereich aufweist, also nur auf innergemeinschaftliche Sachverhalte oder Verfahren anwendbar ist, und das internationale Übereinkommen ihm durch eine Abkoppelungsklausel den Vorrang einräumt, ein Weg, der im Verfahrensrecht und vor allem bei der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen beschränkt wird.⁷⁵

Im Bereich des Kollisionsrechts beanspruchen hingegen sowohl Unionsrechtsinstrumente als auch Staatsverträge universale Reichweite, d.h. sie gelten auch für Drittstaatsverhältnisse und verweisen auf drittstaatliches Recht. Damit treten sie in unmittelbare Konkurrenz zueinander.⁷⁶ Zwar lassen sich Anwendungskonflikte zwischen Unionsrecht und *bestehenden* Staatsverträgen durch Rangregeln vermeiden: Die Unionsrechtsinstrumente räumen grundsätzlich bestehenden internationalen Übereinkommen Vorrang gegenüber der unionsrechtlichen Regelung ein.⁷⁷ Dadurch kommt es

74 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. sowie 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.

75 Die sog. Abkoppelungsklauseln (disconnection clauses) regeln das Verhältnis von völkerrechtlichen Übereinkommen zum Gemeinschaftsrecht, siehe *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (140) sowie *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (228). Zur Kritik siehe *Bischoff*, Die europäische Gemeinschaft und die Konventionen des einheitlichen Privatrechts, Tübingen 2010, S. 282; *Lickova*, European Journal of International Law 19, 2008, S. 463 (485), abrufbar unter <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/3/463.full>; *Smrkolj*, The Use of Disconnection Clause in International Treaties, 2008, abrufbar unter http://www.ies.be/files/repo/conference2008/EUinIA_V_4_Smrkolj.pdf, S. 485 ff.

76 Dazu auch *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (231). Damit ist allerdings die Reichweite und nicht die Geltung oder der Anwendungsbereich gemeint, siehe *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (130).

77 Der Umfang dieses Vorrangs kann sich jedoch im Einzelnen unterscheiden. Beispielsweise haben nach der Rom I-Verordnung (Art. 25) und der Rom II-Verordnung (Art. 28) Staatsverträge Vorrang vor Unionsrecht, wenn sie nicht ausschließlich zwischen den Mitgliedstaaten gelten. Damit bleibt auch das Haager Kauf-Übereinkommen von 1955 (Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Sachen vom 15.6.1955) in den fünf Mitgliedstaaten (acht Vertragsstaaten), die das Übereinkommen ratifiziert und in Kraft gesetzt haben, weiter anwendbar.

aber im Ergebnis zu einer gespaltenen Rechtslage.⁷⁸ So bestimmen verschiedene Mitgliedstaaten das auf Kaufverträge, Straßenverkehrsunfälle oder – künftig – das auf Güterstände anwendbare Recht nicht nach der Kollisionsrechtsverordnung über vertragliche Schuldverhältnisse⁷⁹ (Rom I-Verordnung), der Kollisionsrechtsverordnung über außervertragliche Schuldverhältnisse⁸⁰ (Rom II-Verordnung), der Erbrechtsverordnung⁸¹ (Rom IV-Verordnung) bzw. der Güterrechtsverordnung⁸², sondern nach dem jeweiligen Haager Übereinkommen.⁸³ Inhaltlich divergierende Kollisionsnormen staatsvertraglichen und europäischen Ursprungs beeinträchtigen den internationalen Entscheidungseinklang und es bestehen Anreize zum *forum shopping*.

b) Koordination statt Konkurrenz

Dies lässt sich nur verhindern, wenn von vornherein eine Konkurrenz zwischen unionsrechtlichen Instrumenten und Staatsverträgen vermieden wird.

aa) Kompetenzielle und institutionelle Voraussetzungen

Entscheidend für das Gelingen der Koordination sind zunächst die kompetenziellen und institutionellen Voraussetzungen: Mit der internen Rechtsetzungskompetenz hat die Union nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch die Außenkompetenz erworben.⁸⁴ Dies erlaubt ihr den Beitritt zu Haager Übereinkommen.⁸⁵ Möglich ist dies seit die Haager Übereinkommen Öffnungsklauseln für „Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration“ vorsehen.⁸⁶ Auf diese Weise kann die Union den Haager kollisionsrechtlichen Regelungen ganz den Vortritt lassen und in eigenen

78 So auch *Graziano*, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, *RabelsZ* Bd. 73 (2009), S. 1 (26). *Kreuzer* geht hingegen davon aus, eine Rechtsspaltung finde *de facto* nicht statt, weil konkurrierende Staatsverträge so gut wie keine Rolle spielten, siehe *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (136).

79 Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

80 Verordnung Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

81 Verordnung Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

82 Vorschlag für eine Verordnung des Rates vom 16.3.2011 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts.

83 Dies gilt vor allem für das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (siehe schon Fn. 77), für das Haager Übereinkommen vom 4. Mai 1971 über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht und das Übereinkommen vom 14. März 1978 über das auf das eheliche Güterrechtsregime anwendbare Recht. Insbesondere zum Verhältnis des zweitgenannten Übereinkommens zur Rom II-Verordnung siehe *Graziano*, Fn. 78, S. 1 (26).

84 EuGH vom 31.3.1971, Rs. 22/70 AETR, Slg. 1971, 263. Dabei entwickelte der EuGH (ungeschriebene) Außenkompetenzen der Gemeinschaft, weil diese – in Anlehnung an die *Implied-Powers*-Doktrin – zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben und Ziele mit ausreichenden Befugnissen ausgestattet werden muss.

85 Dazu *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (135).

86 Mit Inkrafttreten der neuen Satzung der Haager Konferenz am 1.1.2007 (BGBl. 2006 II, S. 1418) konnten auch „Organisationen der regionalen Wirtschaftsorganisation“ Mitglieder der Haager Konferenz werden.

Instrumenten, wie jüngst der Unterhaltsverordnung, lediglich auf sie verweisen.⁸⁷ Kohärenz kann aber auch dadurch erzielt werden, dass auf Unionsebene korrespondierende oder konkretisierende Regelungen getroffen werden.⁸⁸

Seitdem die Union Mitglied der Haager Konferenz ist – was infolge der Anpassung des Statuts⁸⁹ der Haager Konferenz möglich wurde⁹⁰ –, kann sie inhaltlich Einfluss auf die Gestaltung der Übereinkommen nehmen und ist an den Verhandlungen förmlich beteiligt.⁹¹ Angesichts des Strebens nach universalem Entscheidungseinklang sollten partikular-europäische kollisionsrechtliche⁹² Regelungen nur in den Bereichen in Betracht gezogen werden, in denen Unionsziele dies erfordern⁹³ oder angesichts starker rechtskultureller Unterschiede von vornherein wenig Aussicht auf ein Übereinkommen mit hohem Ratifikationsstand besteht.⁹⁴

bb) Wahl der Instrumente: Principles statt Übereinkommen

Konflikte können schließlich auch durch die Wahl des Instruments vermieden werden, ein Weg, den die Haager Konferenz jüngst mit der Entscheidung für ein nicht bindendes Instrument statt eines Staatsvertrages⁹⁵ beschreitet: Der Entwurf der Principles

87 Art. 15 der 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 verweist beispielsweise auf die kollisionsrechtlichen Regelungen des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.

88 Siehe beispielhaft Erwägungsgrund Nr. 8 der 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. Dazu auch *Dutta*, Fn. 71, S. 530 (532).

89 Siehe oben, Fn. 86.

90 Beschluss des Rates vom 5.10.2006 über den Beitritt der EG zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, ABI 2006 L 297/1.

91 Zu den Einzelheiten, beispielsweise der Aufteilung der Stimmberechtigung, aufgrund derer mitunter von einer eingeschränkten Mitgliedschaft gesprochen wird, vgl. *Bischoff*, Fn. 84, S. 334 (347).

92 So wurde etwa beim Haager Wertpapier-Übereinkommen vom 5. Juli 2006 im Interesse eines weltweit einheitlichen kollisionsrechtlichen Regimes auf die Einfügung einer Abkopplungsklausel verzichtet, siehe *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (141).

93 So etwa im Gesellschaftsrecht, siehe auch *Kieninger*, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, *RebelsZ* Bd. 73 (2009), S. 607 (613 ff.).

94 So auch *Kreuzer*, Fn. 72, S. 129 (145 f.). Vgl. auch den Ansatz beim Vorschlag für ein EU-Instrument zum Erwachsenenschutz und sein Verhältnis zum Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, wobei mit letzterem erst einmal Erfahrung gesammelt werden sollte, siehe *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (237). Dies dürfte auch für den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften gelten, letzte Fassung abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0337+0+DOC+XML+V0//DE>, bei dem selbst innerhalb der EU möglicherweise eine Einigung nur im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit möglich sein könnte.

95 Es existieren bereits „Principles for the Establishment of Mediation Structures“, abrufbar unter http://www.hcch.net/upload/wop/mediationprinc_e.pdf, die für effektive Mediationsstrukturen bei grenzüberschreitenden Familienstreitigkeiten sorgen sollen – und zwar insbesondere, wenn Staaten involviert sind, die nicht Vertragspartei des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 und des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 sind. Diese Principles sollen den von den Übereinkommen aufgezeigten rechtlichen Rahmen in diesen Fragen ergänzen (siehe http://www.hcch.net/upload/wop/mediationmemo_e.pdf). Es wurde somit zwar nicht erstmals die Form der Principles gewählt, allerdings dienen die Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts – anders als die Principles for the Establishment

on Choice of Law in International Commercial Contracts⁹⁶ sieht Regelungen vor, die als Modelle und Inspirationsquelle für nationale, supranationale oder internationale Instrumente dienen sollen.⁹⁷ Die Haager Konferenz verzichtet damit darauf, im Bereich der Rom I-Verordnung durch ein eigenes Übereinkommen mit der Union in Konkurrenz zu treten, sieht ihre Regelungen aber zugleich auch als Anregung für künftige Revisionen.⁹⁸

Im Ergebnis stellt das mit der Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die Europäische Union verstärkelt auftretende Nebeneinander europäischer und internationaler Rechtsquellen eine Herausforderung dar. Diese muss bewältigt werden, ist aber auch zu bewältigen. Die Voraussetzungen hierfür sind gegeben, so dass die Kompetenzverlagerung auf die Union nicht den befürchteten „Todesstoß“⁹⁹ für die Haager Konferenz bedeutet.

3. Unionsrecht und nationales Recht

Trotz Voranschreitens der Europäisierung des Internationalen Privatrechts verdrängen unionsrechtliche Regelungen die autonomen Rechte keineswegs vollständig.

a) Territoriale Zersplitterung und fragmentarische Rechtsetzung

Zum einen besteht eine nicht unerhebliche territoriale Zersplitterung: Schon bislang nehmen im „Europa à la carte“¹⁰⁰ nicht alle Staaten an der justiziellen Zusammenarbeit teil.¹⁰¹ Mit der Rom III-Verordnung¹⁰² wurde im Bereich des internationalen Scheidungsrechts zudem erstmals von der Verstärkten Zusammenarbeit Gebrauch gemacht,¹⁰³ die folglich nur in bislang 15 Staaten gilt – und ein ähnlicher Weg könnte mit der kontroversen Partnerschaftsverordnung eingeschlagen werden. Zum anderen hat das Unionsrecht bislang nur stark fragmentarischen Charakter. Die Verordnungen und

of Mediation Structures – nicht in erster Linie der Ergänzung oder Unterstützung bereits vorhandener Übereinkommen.

96 Abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd06en.pdf>.

97 Siehe den Kommentar zur Präambel Paragraph 2 Nr. 13, Consolidated Version of preparatory Work leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts, abrufbar unter http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf : „They may be used as a model for national, regional, supranational or international instruments“.

98 Vgl. den Kommentar zur Präambel Paragraph 2 Nr. 13, Consolidated Version of preparatory Work leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts, abrufbar unter http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf.

99 *Jayme*, Zur Jahrtausendwende, Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRax 2000, S. 165 (167); siehe auch *Wagner*, Fn. 65, S. 215 (222), nach dem die „Haager Konferenz in ihrer Gesamtheit ins Mark getroffen“ wurde. Zur geplanten Verbesserung der Zusammenarbeit mit der Haager Konferenz *Wagner*, Die Aussagen zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Haager Programm, IPRax 2005, S. 66 (67).

100 *Basedow*, The Communitarisation of Private International Law, *RabelsZ* Bd. 73 (2009), S. 455 (459).

101 Dänemark nimmt zwar an der justiziellen Zusammenarbeit nicht teil, kann sich aber nach dem Vertrag von Lissabon für das opt-in-Modell nach dem Vorbild von Irland und dem Vereinten Königreich entscheiden, siehe Art. 3 f. des Anhangs zum Protokoll Nr. 22 zum Vertrag von Lissabon.

102 Verordnung Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

103 Vgl. *Winkler von Mohrenfels*, Die Rom III-VO und die Parteiautonomie, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), *Festschrift Bernd von Hoffmann*, S. 527 (532 f.).

Entwürfe lassen zwar gemeinsame Strukturprinzipien erkennen,¹⁰⁴ so – mit Blick auf die Anknüpfung – der Vorrang und die zunehmende Stärkung der Parteiautonomie, die auch jenseits des *common core* der Mitgliedstaaten in den Bereich des Familien- und Erbrechts vorgedrungen ist.¹⁰⁵ Es bestehen aber auch Unterschiede, so etwa bei Regelungen zu allgemeinen Fragen, wie Renvoi, Eingriffsnormen oder dem *ordre public*.¹⁰⁶ Divergenzen können auf sachlichen Erwägungen, aber auch allein auf der „pointillistischen“¹⁰⁷ Rechtsetzung beruhen. Die jüngste Debatte um eine Rom 0-Verordnung hat indes nicht nur die unzureichende Abstimmung von Parallelvorschriften¹⁰⁸, sondern auch das *Fehlen* von Regelungen des Allgemeinen Teils¹⁰⁹ wie zu Vorfrage¹¹⁰, Qualifikation¹¹¹ oder Mehrstaatern¹¹² ausgelöst. Lässt sich die betreffende Frage nicht im Wege der Auslegung lösen, wird ein Rückgriff auf nationales Recht notwendig.¹¹³ Dies bringt die Gefahr von Divergenzen mit sich, wie die Präferenz der nationalen Anknüpfungen zugunsten der jeweiligen *lex fori* bei Doppelstaatern belegt.¹¹⁴

b) Ausstrahlungswirkung

Die fragmentarische Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts hat weiter zur Folge, dass nationales und Unionsrecht nicht mehr kohärent sind. Jede neue Verordnung verdrängt nicht nur den betreffenden Normenkomplex,¹¹⁵ sondern übt einen er-

104 Näher zu den Gemeinsamkeiten von Rom I-Verordnung und Rom II-Verordnung mit Blick auf die universale Anwendung, Parteiautonomie, Binnenmarktklausel, Verwirklichung der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit und Anknüpfung an die engste Verbindung *Leible*, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 173, 2009, S. 1 (23 ff.).

105 Grundlegend *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen 2013, S. 99 ff. Siehe zur Entwicklung im Familienrecht *Winkler von Mohrenfels*, Fn. 103, S. 527 (527 ff.).

106 *Dutta*, Fn. 71, S. 530 (534) verweist hier auf die unterschiedlichen Regelungen zur Rechtswahl (Art. 3 Rom I-Verordnung, Art. 14 Rom II-Verordnung) und zu den Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I-Verordnung, Art. 16 Rom II-Verordnung).

107 Dazu *Dutta*, Fn. 71, S. 530 (534).

108 Teilweise wird diesbezüglich jedoch statt der Vereinheitlichung des Allgemeinen Teils durch eine Rom 0-Verordnung angemahnt, die parallelen Regelungen des Allgemeinen Teils des Kollisionsrechts in den Einzelverordnungen besser zu koordinieren, vgl. *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts, IPRax 2013, S. 1 (2).

109 *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?, IPRax 2006, S. 537 (541); daran anknüpfend auch *Reichelt*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, Wien 2007, S. 6.

110 Dazu *Dutta*, Fn. 71, S. 530 (534).

111 *Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Baetge et al. (Hrsg.), Festschrift Jan Kropholler, Tübingen 2008, S. 105 (107); *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Auflage, München 2010, IPR Einleitung, Rn. 153.

112 Siehe zu Doppelstaatern *Bariatti*, Multiple Nationalities and EU Private International Law, Yearbook of Private International Law 13 (2011), S. 1 ff.; *Jayme/Zimmer*, Fn. 114, S. 99 (99).

113 *Dutta*, Fn. 71, S. 530 (534); *Kreuzer*, Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?, in: *Jud/Rechberger/Reichelt* (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union (2008), S. 1 (58).

114 Siehe dazu auch *Jayme*, Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils des Europäischen Internationalen Privatrechts, IPRax 2012, S. 103 ff. sowie *Jayme/Zimmer*, Fn. 114, S. 99 ff., hier jedoch mit dem Vorschlag der alternativen Heranziehung jeder der beiden Staatsangehörigkeiten bei Doppelstaatern im Hinblick auf die neue Rolle der Staatsangehörigkeit im europäischen Kollisionsrecht.

115 *Coester-Waltjen*, Fernwirkungen der Europäischen Verordnungen auf die international-familienrechtlichen Regelungen des EGBGB, FamRZ 2013, S. 170 (170).

heblichen Anpassungsdruck auf das verbleibende autonome Recht aus. Er geht derzeit vor allem von den das Familien- und Erbrecht prägenden unionsrechtlichen Anknüpfungsprinzipien aus, die den gewöhnlichen Aufenthalt als primären Anknüpfungspunkt für das objektiv anwendbare Recht vorsehen, aber eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts erlauben. Im Internationalen Vertragsrecht längst als der „Eckstein des Systems der Kollisionsnormen“¹¹⁶ anerkannt, lässt sie sich im Familien- und Erbrecht als hybridbildende Anknüpfung begreifen, die das im europäischen Rechtsraum konkurrierende Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsprinzip miteinander verknüpft¹¹⁷. Die unionsrechtliche Anknüpfung entfaltet „Fernwirkungen“¹¹⁸ auf das autonome Kollisionsrecht, das in seinen Restbeständen noch vom Staatsangehörigkeitsprinzip geprägt ist. Auf dem Prüfstand steht das Ehwirkungsstatut. Die Anwendung desselben Rechts auf Ehwirkungen, Güterrecht, Scheidungs- und Scheidungsfolgen vermeidet Abgrenzungs- und Qualifikationsprobleme.¹¹⁹ Auch als Familienstatut dürfte es ausgedient haben. Das Desiderat der Anknüpfungskohärenz von Unions- und nationalem Recht läutet den endgültigen Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip ein.¹²⁰

Letztlich hat die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz auf die Union zur Folge, dass das autonome Recht zunehmend verdrängt, durchdrungen und schließlich ersetzt werden wird. Unabhängig davon, ob die Einzelverordnungen mit einer Rom 0-Verordnung durch einen Allgemeinen Teil ergänzt werden oder am Ende des Vereinheitlichungsprozesses gar ein europäisches IPR-Gesetzbuch stehen wird,¹²¹ bedarf es einer europäischen Kollisionsrechtsordnung, deren Regelungen aufeinander abgestimmt und zugleich mit staatsvertraglichem Kollisionsrecht koordiniert sind.¹²²

4. Parteiautonomie und privates Recht

a) Nichtstaatliches Recht vor staatlichen Gerichten

Stellt die Parteiautonomie ein prägendes Anknüpfungsprinzip auf nationaler wie supranationaler Ebene dar,¹²³ so gilt es für das Zusammenspiel der Rechtsquellen nun der Frage nach deren Reichweite und Grenzen mit Blick auf nichtstaatliches Recht nach-

116 Siehe den Erwägungsgrund Nr. 11 der Rom I-Verordnung: „Die freie Rechtswahl der Parteien sollte einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse sein“.

117 Im deutschen Kollisionsrecht beherrscht dagegen (noch) das Staatsangehörigkeitsprinzip das Personen-, Familien- und Erbrecht, *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Auflage, München 2010, IPR Einleitung, Rn. 692 sowie *Siehr* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Auflage, München 2010, Art. 14 EGBGB, Rn. 6.

118 *Coester-Waltjen*, Fn. 115, S. 170 ff.

119 Zum Streben nach einer in sich schlüssigen Gesamtordnung *Coester-Waltjen*, Fn. 115, S. 170 (173).

120 Hierzu schon *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: Hohloch et al. (Hrsg.), Festschrift Hans Stoll, Tübingen 2001, S. 435 ff.

121 *Leible*, Fn. 104, S. 1 (49 f.).

122 So auch *Kreuzer*, Fn. 113, S. 1 (58).

123 Siehe auch *Kropholler*, Fn. 66, § 40 I; *Siehr*, Internationales Privatrecht, Heidelberg 2001, S. 118 ff.; vgl. auch *Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie, Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Stuttgart 2001, S. 85 ff., insbesondere S. 106 ff.; *Rühl*, Fn. 58, S. 187 ff. Für die *lex mercatoria* siehe insbesondere *Emmerich-Fritsche*, Die *lex mercatoria* als durchsetzbares transnationales Handelsrecht und Weltgesellschaftsrecht, abrufbar unter <http://www.nwir.de/archiv/NWiR17/emmerichfritsche1121.pdf>, S. 1 (7).

zugehen. Auch ohne Anerkennung eines *contrat sans loi*¹²⁴, also eines Vertrages, der seine rechtliche Geltung jenseits bestehender Rechtsordnungen aus sich selbst heraus gewinnt, kann autonom gesetztes Recht staatliche Geltung erlangen. Dies folgt nicht bereits daraus, dass Regelwerke sich selbst Verbindlichkeit verleihen wollen, wie dies etwa bei den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und auch den Lando Principles der Fall ist.¹²⁵ Private Regelwerke, denen Parteien ihren Vertrag unterstellen, können aber kraft kollisionsrechtlicher Rechtswahl und damit staatlichen Befehls zur Anwendung gelangen.¹²⁶ So sah der Entwurf der Rom I-Verordnung noch eine Kollisionsnorm vor, die es erlaubte, nichtstaatliches Recht – oder genauer „auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts“ – zu wählen.¹²⁷ Hiervon sollte nicht nur supranationales Recht, also insbesondere ein künftiges einheitliches europäisches Vertragsrecht¹²⁸ erfasst sein, sondern es sollten auch Regelwerke wie die UNIDROIT Principles oder die Principles of European Contract Law bzw. die Principles of European Insurance Contract Law gewählt werden können, angesichts ihrer Unbestimmtheit und Lückenhaftigkeit nicht hingegen die *lex mercatoria*.¹²⁹ Von einer solchen weltweit (fast) singulären¹³⁰

124 Zum Konzept eines „Vertrages ohne Recht“ im Sinne einer Vereinbarung als Rechtsquelle *Teubner*, Die unmögliche Wirklichkeit der *lex mercatoria*: Eine systemtheoretische Kritik der *théorie ludique du droit*, in: Lieb/Noack/Westermann (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Zöllner, Köln 1998, S. 565 ff.; *Béraudo*, Faut-il avoir peur du contrat sans loi?, in: Bachelier (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris 2005, S. 93 ff.; *Gannagé*, Le contrat sans loi en droit international privé, *Electronic Journal of Comparative Law*, Nr. 11.3, 2007, S. 12 ff., abrufbar unter <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>; *Kropholler*, Fn. 66, § 52 II; *Blaurock*, Fn. 41, S. 247 ff.; *Spickhoff*, Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, *RabelsZ* Bd. 56 (1992), S. 116 (126). Zum Meinungsstand und insgesamt ablehnend *Martiny* in *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010, Rn. 104.

125 Siehe die Präambel der UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

126 Vgl. *Martiny* in *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010, Rn. 104 m.w.N. sowie *Saumier/Gama*, Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971302, S. 41 (50). Nach strenger rechtsquellentheoretischer Sicht sollen staatliche Gerichte aber nichtstaatliches Recht nicht anwenden können, siehe *von Bar/Mankowski*, Fn. 50, S. 80 Rn. 75; *Spickhoff*, Fn. 124, S. 116 ff. Durch die Verweisung staatlichen oder europäischen Kollisionsrechts wird jedoch die Anwendung und Durchsetzung des nichtstaatlichen Rechts legitimiert, *Roth*, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift Erik Jayme, Band I, München 2004, S. 757 (764). Siehe zu den Argumenten schon oben bei der Diskussion um die *lex mercatoria*, unter II. 3.

127 Vgl. Art. 3 Abs. 2 des Vorschlages für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 15. Dezember 2005, KOM (2005) 650 endg.

128 Siehe dazu *Roth*, Stellungnahme zum „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.“, S. 5 sowie *Mankowski*, Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht, *RIW* 2012, S. 97 (99), welche unmittelbar anwendbares Unionsrecht als Teil des staatlichen Rechts der Mitgliedstaaten für erfasst halten.

129 Siehe KOM (2005) 650 endg. S. 5 f.; vgl. auch *Martiny* in *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Fn. 126, Rn. 101. Zur *lex mercatoria* siehe KOM (2005) 650 endg. S. 6. Kritisch *Lando/Nielsen*, The Rome I Proposal, *Journal of Private International Law* 2007, S. 29 (32), die sich sogar für eine kollisionsrechtliche Wählbarkeit der *lex mercatoria* aussprechen. Zur Auslegung auch sehr ausführlich *Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen, München 2009, S. 389 (393 ff.).

130 Die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlichen Rechts ist in den Staaten Oregon und Louisiana, USA, gegeben, siehe dazu *Symeonides*, Contracts subject to Non-State Norms, *Am. J. Comp. L.* Vol. 54 (2006), S. 209 (221 f.); *ders.*, Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience, *RabelsZ* Bd. 67 (2003), S. 726 (738); *Melkoman*, *International Business Law*, CMPL 604, S. 1 (13); *Rühl*, Party

Regelung nahm der europäische Gesetzgeber indes Abstand, so dass die Rechtswahl vor staatlichen Gerichten auf staatliches Recht beschränkt ist.¹³¹ Die Parteien sind zwar nicht daran gehindert, „in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk Bezug zu nehmen“¹³², dies stellt indes eine rein materiellrechtliche Rechtswahl dar, die zwingende Vorschriften des maßgeblichen Vertragsstatuts nicht ausschließen kann. Eine kollisionsrechtliche Rechtswahl, die lediglich *international* zwingende Normen unberührt lässt, also Vorschriften wie Ein- und Ausfuhrverbote, deren Einhaltung für die Wahrung des öffentlichen Interesses entscheidend sind, scheidet vor staatlichen Gerichten hingegen aus.¹³³ Hierbei bleibt es erst recht in den Bereichen des Familien- und Erbrechts, in denen bereits die wählbaren staatlichen Rechte begrenzt sind.¹³⁴

b) Wahl nichtstaatlichen Rechts in Schiedsverfahren

Anders sieht dies vor Schiedsgerichten aus. Vor allem im Bereich internationaler Handelsstreitigkeiten ist heute auf nationaler und internationaler Ebene¹³⁵ allgemein anerkannt, dass Parteien in Schiedsverfahren nicht auf die Wahl staatlichen Rechts beschränkt sind.¹³⁶ Sie können ihre Streitigkeiten etwa den Regelungen der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts unterstellen,¹³⁷ können aber auch auf

Autonomy in the International Law of Contracts, CLPE Research Paper Series, 2007, S. 1 (19); *dies.*, Status und Effizienz: Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2011, S. 489 f.

131 Siehe dazu auch *Wagner*, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung), IPRax 2008, S. 377 (379 f.) sowie *Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Baetge et al. (Hrsg.), Festschrift Jan Kropholler, Tübingen 2008, S. 187 (189 ff.).

132 Siehe den Erwägungsgrund Nr. 13 der Rom I-Verordnung.

133 Siehe zu beiden Ansätzen nur *Ferrari et al.*, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, München 2007, Rn. 6.

134 Für eine kritische Auseinandersetzung mit diesen Begrenzungen siehe *Kroll-Ludwigs*, Fn. 105, S. 99 ff., insbesondere S. 146 f.

135 Als Beispiel nationalen Schiedsverfahrensrechts sollen hier die §§ 1025 ff. ZPO angeführt werden. Nach § 1051 ZPO können durch Rechtswahl der Parteien sowohl nationale als auch andere rechtliche Maßstäbe bestimmt werden, beispielsweise die UNIDROIT Principles on International Contract Law, das UN-Kaufrecht auch ohne Ratifikation der Heimatstaaten oder die *lex mercatoria*, siehe dazu *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Auflage, Tübingen 2002, Band 9, § 1051 Rn. 1 und 6. Zu den wichtigsten internationalen Schiedsordnungen zählen vor allem die ICC (International Chamber of Commerce) Rules of Arbitration, abrufbar unter <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>; die UNCITRAL Arbitration Rules, abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>; die Swiss Rules of International Arbitration, abrufbar unter http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Swiss_Rules_of_International_Arbitration.pdf; die Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), abrufbar unter <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/uebersicht-id0>; die International Arbitration Rules der American Arbitration Association (AAA), abrufbar unter http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased; die Rules der LCIA (London Court of International Arbitration), abrufbar unter http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx; die Arbitration Rules der Stockholm Chamber of Commerce, abrufbar unter http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf; sowie die Schiedsordnung der China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), abrufbar unter <http://cn.cietac.org/rules/rules.pdf>.

136 Siehe dazu schon oben.

137 Die explizite Wahl der Principles durch die Parteien muss vor den Schiedsgerichten honoriert werden, so die allgemeine Meinung, siehe nur *Vischer/Huber/Oser*, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000, Rn. 114 m.w.N.

die lex mercatoria verweisen.¹³⁸ Dies erlaubt es ihnen, speziell auf die Bedürfnisse des internationalen Handelsverkehrs zugeschnittene Regeln zu wählen,¹³⁹ sich mangels Konsenses bewusst staatlichem Recht zu entziehen¹⁴⁰ oder ein neutrales Recht zu vereinbaren, was vor allem bei Verträgen unter Beteiligung von Staaten von Bedeutung ist.¹⁴¹ Staatliche Anerkennung erfährt die Anwendung derartigen nichtstaatlichen Rechts mit der Vollstreckung des Schiedsspruchs. Diese wird, jedenfalls soweit eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien bestand, in der Regel nicht deshalb versagt, weil die Entscheidung auf der Grundlage nichtstaatlichen Rechts erfolgt ist.¹⁴² Verhüllt aber der Staat auf der Anwendung nichtstaatlichen Rechts beruhenden Schiedsprü-

- 138 Auch wenn dies umstritten ist, siehe *Solomon*, Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, RIW 1997, S. 981 ff.; *Martiny*, Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht, in: Geimer, (Hrsg.), Festschrift Rolf Schütze, München 1999, S. 527 ff.; *Ritlewski*, Die lex mercatoria in der schiedsgerichtlichen Praxis, SchiedsVZ 2009, S. 130 ff.; *Junker*, Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht, in: Berger et al. (Hrsg.), Festschrift Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 443 ff.; *Schroeder*, Fn. 41, S. 122. Mit Einschränkungen zu Gunsten der schwächeren Parteien siehe *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008, Rn. 1676; *Lepschy*, § 1051 ZPO – Das anwendbare materielle Recht in internationalen Schiedsverfahren, Frankfurt am Main 2003, S. 158 ff.; *Weihe*, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main 2005, S. 299 ff. Zur Verneinung der Anwendung einer lex mercatoria im Rahmen der objektiven Anknüpfung siehe *Sandrock*, Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO, RIW 2000, S. 321 ff.; *Schroeder*, Fn. 41, S. 125; anders *Kulpa*, Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren, Frankfurt am Main 2005, S. 144. Der fehlende Konkretisierungsgrad mag die Entscheidung einer Ansicht nach als „verkappte Billigkeitsentscheidung“ erscheinen lassen, siehe dazu *Spickhoff*, Fn. 124, S. 116 (134). Jedoch sehen auch verschiedene Regelwerke die ausdrückliche Wählbarkeit der lex mercatoria vor, beispielsweise die Principles of European Contract Law, Art. 1:101 (3)(a), abrufbar unter http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm. Religiöses Recht beispielsweise kann nur im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung Anwendung finden, siehe dazu *Adolphsen/Schmalenberg*, Islamisches Recht als materielles Recht in der Schiedsgerichtsbarkeit?, SchiedsVZ 2007, S. 57 ff.
- 139 Siehe dazu auch *Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation, Zur Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* Bd. 62 (1998), S. 580 (595).
- 140 Dies gilt insbesondere bei dem Aufeinandertreffen von zwei nicht nur unterschiedlichen nationalen Rechtssystemen, sondern verschiedenen politischen und wirtschaftlichen Wertordnungen, *Kulpa*, Fn. 58, S. 133.
- 141 Siehe dazu auch *Vischer/Huber/Oser*, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000, Rn. 130 ff.; *Martiny* in *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010, Rn. 100.
- 142 So auch *Schroeder*, Fn. 48, S. 131, 421 zur Schaffung transnationaler Normen durch Schiedsgerichte: Weder greife deshalb ein Ausnahmetatbestand nach Art. V Abs. 1 New York Convention ein noch bestehe ein Vollstreckungshindernis nach Art. V Abs. 2 New York Convention. *Wolff-Boris/Hennecke*, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Commentary, München 2012, Rn. 239 f. differenzieren: Die Anwendung von International Legal Principles stellten weder bei Verwendung als Interpretationshilfe noch im Rahmen einer Rechtswahl der Parteien einen Vollstreckungsversagungsgrund dar, Rn. 241. Im Rahmen einer objektiven Anknüpfung übersteige die Anwendung allerdings die Kompetenz des Schiedsgerichts. Auch *Martiny* in *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000, Rn. 103 a.E. m.w.N. zur Rechtsprechung sowie *Symeonides*, Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't, online abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007, S. 17, unter Hinweis auf die Regelungen der Art. 17 ICC Rules, Art. 22 LCIA Rules, Art. 28 AAA Rules, Art. 24 SCC Rules, wonach das Schiedsgericht auch „rules of law“ anwenden kann, „which it considers appropriate“, so dass auch danach kein Verstoß gegen die New York Convention vorliege. Wenn die Parteiabrede „international law“ laute, umfasse dies aber auch die lex mercatoria, Rn. 243 m.w.N. Sieht man hingegen in einer Entscheidung nach der lex mercatoria eine equity/Billigkeitsentscheidung, dann soll ein Verstoß gegen Art. V Abs. 1 lit. c der New York Convention vorliegen, so *Spickhoff*, Fn. 124, S. 136 ff.; *Wolff-Boris/Hennecke*, New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Commentary, München 2012, Rn. 243.

chen zur Durchsetzung,¹⁴³ so verlieren jedenfalls grundsätzliche Einwände gegen die Zulassung einer entsprechenden Rechtswahl vor staatlichen Gerichten an Gewicht, wie sie mit Blick auf die fehlende Legitimation derartigen privaten Rechts geltend gemacht werden.¹⁴⁴

c) *Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*

Der Entwurf der Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts sieht denn auch unabhängig von der Gerichtsbarkeit die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlichen Rechts vor.¹⁴⁵ Mit Blick auf die Schiedsgerichte ist dies lediglich ein Restatement of the law, für staatliche Gerichte hingegen ein Novum. Je nach Position mag man dies als Entfesselung der Chimäre der *lex mercatoria*¹⁴⁶ und Sprung ins noch Dunklere¹⁴⁷ sehen oder aber als visionäre Verwirklichung der Privatautonomie¹⁴⁸ für künftige Kollisionsrechtsgesetzgebung feiern. Die Zweispurigkeit von staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit hinter sich zu lassen, hätte gewiss manchen Vorteil:¹⁴⁹ Internationale Vertragspartner würden nicht wegen fehlender Möglichkeiten der Rechtswahl in die Schiedsgerichtsbarkeit abgedrängt. Zudem entspräche es den Parteiinteressen, wenn für den Fall der Unwirksamkeit einer Schiedsklausel das vereinbarte „Recht“ auch vor staatlichen Gerichten Anwendung fände.¹⁵⁰ Staatliche Gerichte könnten so dazu beitragen, Umfang und Inhalt nichtstaatlichen Rechts zu definieren und dieses fortzuentwickeln.¹⁵¹

Auf eine Definition der wählbaren Regeln verzichten die Principles.¹⁵² Für ein unverbindliches Instrument, das gleichermaßen für Schieds- und staatliche Gerichte maßgeblich sein soll, erscheint dies sachgerecht. Für künftiges staatliches oder supranationales Kollisionsrecht bedürfte es allerdings einer gewissen Beschränkung.¹⁵³ Die Anwendung der *lex mercatoria* muss vor staatlichen Gerichten ausscheiden.¹⁵⁴ Anders

143 Siehe dazu auch *Schroeder/Oppermann*, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach der *lex mercatoria* in Deutschland, England und Frankreich, *ZyglRWiss* 99 (2000), S. 410 (419).

144 So auch *Spickhoff*, Fn. 124, S. 116 (132); ebenso *Roth*, Fn. 126, S. 757 (764). Zum „Auseinanderlaufen“ der Rechtswahlregeln vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten siehe auch *Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen*, München 2009, S. 389 (406).

145 Siehe Punkt 4 der Präambel der Principles, Nachweis unter III.2.b.bb.

146 So *Schmidt*, Fn. 46, S. 154 ff.

147 In Anlehnung an den „Sprung ins Dunkle“ von *Raape*, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Berlin 1961, S. 90 zur Berufung ausländischen Rechts durch das Kollisionsrecht.

148 Siehe *Saumier/Gama*, Fn. 126, S. 41 (63); ebenso – allerdings schon zum bereits erwähnten Entwurf zu Art. 3 Rom I-Verordnung – *Kondring*, Nichtstaatliches Recht als Vertragsstatut vor staatlichen Gerichten – oder Privatkodifikationen in der Abseitsfalle, *IPRax* 2007, S. 241 (244 f.).

149 Nach *Roth* bedarf gar die fortwährende Spaltung zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit einer gewichtigen Begründung, *Roth*, Fn. 126, S. 757 (760 f.).

150 *Roth*, Fn. 126, S. 757 (760); *Stein*, Fn. 28, S. 247.

151 *Roth*, Fn. 126, S. 757 (765).

152 Siehe dazu auch S. v f. Annex II des Reports zu den Principles, abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd06en.pdf>; näher auch *Saumier/Gama*, Fn. 126, S. 41 (56 ff).

153 Auch wenn jede Definition zwangsläufig Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet und eine Liste die Gefahr der Versteinerung mit sich bringen würde, siehe dazu auch *Saumier/Gama*, Fn. 126, S. 41 (56). Zur Gefahr einer solchen Versteinerung erstmals *Kötz*, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* Bd. 50 (1986), S. 1 (12).

154 Teilweise werden unter dem Begriff der *lex mercatoria* allerdings auch die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts gefasst, so etwa *Bonell*, Das Unidroit-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverkäufe, *RabelsZ* Bd. 56 (1992), S. 274 (287) oder *Lando/Nielsen*, The Rome I Proposal, *Journal of Private International Law* 2007, Vol. 3 No 1, S. 29.

sieht dies hingegen bei der Wahl bestehender Konventionen aus, die noch nicht oder nicht für diesen Fall verbindlich sind oder auch der UNIDROIT Principles, die hinsichtlich der Dichte der Kodifikation manchem Gesetz vergleichbar sind.¹⁵⁵ Ist der Grad der Konkretisierung dergestalt, dass es sich nicht lediglich um *rules*, sondern um *body of rules* handelt, wie es das Max-Planck-Institut für die Rom I-Verordnung gefordert hat,¹⁵⁶ so ließen sich auch die Probleme bewältigen, die durch Lücken in derartigen Regelwerken entstehen.¹⁵⁷ Zudem müsste gewährleistet sein, dass die Normsetzer über die notwendige Unabhängigkeit und Sachkunde verfügen und das Regelwerk einen angemessenen Interessenausgleich sicherstellt.¹⁵⁸ Die Hague Principles könnten insoweit Anstoß geben für eine behutsame Erweiterung der Freiheit der Rechtswahl in Richtung privaten Rechts – dies freilich in erster Linie im Bereich der Handelsverträge, in denen typischerweise zwischen den Vertragspartnern ein Verhandlungsgleichgewicht besteht. Größere Zurückhaltung ist in den Bereichen angebracht, in denen schon auf kollisionsrechtlicher Ebene ein Schutz des Schwächeren verwirklicht wird, wie bei Verträgen mit Verbrauchern und Arbeitnehmern, oder auch im Familien- und Erbrecht. Die Grenze bildeten in jedem Fall, wie dies auch der Entwurf der Hague Principles vorsieht, die international zwingenden Normen, die stets anwendbar bleiben, ebenso wie der *ordre public*-Vorbehalt.¹⁵⁹

155 Denn die Principles scheinen von anderer Qualität: Sie wurden von einer anerkannten internationalen Organisation ausgearbeitet und der Vorwurf der Lückenhaftigkeit ist hier verfehlt. Als Ergebnis eines Rechtsvergleichs ähnlich dem UN-Kaufrecht dienen sie dem Interessenausgleich der wirtschaftlichen Parteien, *Vischer/Huber/Oser*, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000, Rn. 120 ff. Vgl. auch *Roth*, Fn. 126, S. 757 (766). Entsprechend hatte auch der Bundesrat in seinem Beschluss zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-Verordnung) vom 19. Mai 2006 ausgeführt, mit der in diesem Vorschlag (KOM 2005, 650 endg.) eingeräumten Möglichkeit, als anzuwendendes Recht auch auf internationaler oder auf Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln zu wählen, werde ein hohes Maß an vertraglicher Gestaltungsfreiheit eingeräumt. Der Vorschlag sei daher grundsätzlich zu begrüßen, im Interesse der Gewährleistung einer hinreichenden Rechtssicherheit sei aber die Wahlmöglichkeit von nichtstaatlichen Regeln ausdrücklich auf schriftlich niedergelegte Prinzipien zu begrenzen, vgl. Bundesrat, Drucks. 31/06, S. 3.

156 Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht hatte eine Regelung, die die Wahl nichtstaatlichen Rechts vorsieht, empfohlen. Begründet wurde dies vor allem mit dem Umstand, dass internationale Konventionen und sog. „General Principles of Law“ speziell auf die Bedürfnisse des internationalen Handelsverkehrs zugeschnitten seien und aufgrund der Mitwirkung vieler Staaten bei ihrer Aushandlung einen Interessenausgleich beinhalteten, siehe Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *RabelsZ* Bd. 68 (2004), S. 1 (31) sowie generell *Wichard*, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, *RabelsZ* Bd. 60 (1996), S. 269 (289). Allerdings sollten diese Principles und Rules von einer international anerkannten Organisation ausgearbeitet werden, um ein rechtliches Gleichgewicht der Parteien zu gewährleisten, siehe Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *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* Bd. 71 (2007), S. 225 (244 f.).

157 Siehe dazu Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Fn. 156, S. 225 (244).

158 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Fn. 156, S. 225 (244 f.); dies könnte künftig etwa das European Law Institute übernehmen, siehe www.europeanlawinstitute.eu.

159 Vgl. Art. 11 des Entwurfs der Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts, abrufbar unter http://www.hch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf. Siehe ferner Art. 9, Art. 21 der Rom I-Verordnung sowie Art. 1.4 der UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts. Zur stets vorbehaltenen Anwendung international zwingender Normen und des *ordre public* auch *Roth*, Fn. 126, S. 757 (759).

5. Grund- und Menschenrechte und ordre public

Mit dem ordre public-Vorbehalt ist das klassische Einfallstor der Grund- und Menschenrechte in das Kollisionsrecht benannt.¹⁶⁰ Die Anwendung ausländischen Rechts steht im nationalen¹⁶¹ wie auch im staatsvertraglichen¹⁶² und im Unionskollisionsrecht¹⁶³ stets unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung, d.h. den Grundwerten und -vorstellungen des Forumstaates. Anders als bei der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten, wo ein die Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen postulierender Verzicht auf Exequaturverfahren und ordre public-Kontrolle sich Bahn zu brechen beginnt¹⁶⁴ – wenn auch unter starker Kritik in der Literatur¹⁶⁵ – besteht an der Notwendigkeit einer solchen Kontrolle kein Zweifel. Der *universale* Charakter der Kollisionsnormen, die auch auf *drittstaatliches* Recht verweisen, erfordert sie. Versuche, *innerhalb* der Union zumindest bei Verweis auf das Recht eines Mitgliedstaats entweder ganz auf eine ordre public-Kontrolle zu verzichten¹⁶⁶ oder eine solche nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag

160 Siehe dazu schon grundlegend *Coester-Waltjen*, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung, in: Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, Berichte DGVR, Heidelberg 1997, S. 9 (18 ff.).

161 Siehe BVerfGE 31, 58.

162 Nach wie vor kommt kein Haager Übereinkommen ohne eine ordre public-Klausel aus, siehe Art. 16 Minderjährigenschutzabkommen, Art. 11 Unterhaltsstatutübereinkommen, Art. 20 Kindesentführungübereinkommen (kein ordre public, aber Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten), Art. 22 Kinderschutzübereinkommen; näher hierzu *Martiny*, Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Coester (Hrsg.), Festschrift Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, S. 523 (528).

163 So etwa Art. 21 der Rom I-Verordnung, Art. 26 der Rom II-Verordnung, Art. 10 der Rom III-Verordnung.

164 Siehe insbesondere bei der Europäischen Vollstreckungstitelverordnung, bei der Europäischen Mahnverfahrenverordnung und bei der Verordnung über europäische Verfahren für geringfügige Forderungen. Als langfristiges Ziel des EU-Gesetzgebers soll das Exequaturverfahren und damit auch die ordre public-Kontrolle abgeschafft werden: Die Europäische Kommission stellte fest, dass das Anerkennungshindernis des ordre public sich „in einer Schieflage im Verhältnis zum europäischen Integrationsprozess und zu den behandelten Zivil- und Handelssachen befindet“, siehe die Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, „Wege zu einer effizienten Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union“, Nr. 20, ABl. EG 1998, C 33/3, siehe auch Gemeinsames Maßnahmenprogramm von Kommission und Rat zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.11.2000, ABl. EG 2001 C 21/1, in: IPRax 2001, S. 163.

165 Der Wegfall der ordre public-Kontrolle setzt voraus, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Grundsatz rechtsstaatlich strukturiert sind und das Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen genügt, damit das gegenseitige Vertrauen, auf dem der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht, gewährleistet ist. Dies war in der Literatur lange Zeit umstritten, siehe statt vieler nur *Sujecki*, Die Möglichkeiten und Grenzen der Abschaffung des ordre public-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht, ZEuP 2008, S. 458 (465 ff.). Kritisch auch gegenüber der Tauglichkeit anderer Mittel und Instrumentarien, wie beispielsweise einheitlicher Mindeststandards wie in der EUVTVO, als Ersatz für den ordre public-Vorbehalt *Freitag*, Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, Stuttgart 2005, S. 309 (410 ff.). Für die Brüssel IIA-Verordnung stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jüngst in der Entscheidung *Povse gg. Österreich* fest, dass die Abschaffung des Exequaturverfahrens nicht gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoße, abrufbar unter [{„itemid“:\[„001-122449“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122449#).

166 Der Vorschlag der Unterhaltsverordnung sah in Art. 20 Abs. 2 vor, dass die Nichtanwendung einer Bestimmung des Rechts eines Mitgliedstaats auf Grund des ordre public-Vorbehalts eines anderen Mitgliedstaates untersagt war; diese Bestimmung wurde jedoch nicht übernommen, da eine Differenzierung zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten letztlich abgelehnt wurde, siehe Änderungsan-

zu berücksichtigen¹⁶⁷, haben sich bislang nicht durchsetzen können. Vor allem in den stark rechtskulturell geprägten Bereichen des Familien- und Erbrechts sind die Rechtsunterschiede selbst innerhalb der Europäischen Union noch zu groß, als dass ein völliger Verzicht auf die *ordre public*-Kontrolle derzeit möglich erscheint.¹⁶⁸

So hat das Bedürfnis, gerade drittstaatlichem Recht Grenzen zu setzen, in der Rom III-Verordnung zu einer Verstärkung des *ordre public* durch Aufnahme spezieller Vorbehaltsklauseln geführt. Sie sollen sicherstellen, dass das anwendbare Scheidungsrecht mit den „gemeinsamen Werten der Europäischen Union vereinbar“ ist.¹⁶⁹ Ausgeschlossen wird die Anwendung eines Rechts, das keine Scheidung zulässt oder einem Ehegatten auf Grund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Scheidung gewährt.¹⁷⁰ Damit richtet sie sich insbesondere gegen die Anwendung religiösen (beispielsweise islamischen oder auch jüdischen) Rechts, das etwa die Verstoßung der Ehefrau durch *talaq* oder aber ihre Scheidung durch Selbstloskauf¹⁷¹ vorsieht. Mag auch der Wortlaut der Vorbehaltsklausel eine abstrakt-generelle Überprüfung der fremden Rechtsordnung am Gleichheitsgrundsatz nahelegen,¹⁷² so ist letztlich doch auf das konkrete Rechtsanwendungsergebnis abzustellen.¹⁷³ Demgegenüber tritt

trag Nr. 42 unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=DE&reference=A6-0468/2007#title3>.

167 Beispielsweise in Art. 22 Rom II-Verordnungsentwurf. Das Antragerfordernis in Art. 22 Rom II-Verordnungsentwurf sollte in Einklang mit der Regelung der Brüssel I-Verordnung stehen. Allerdings sprach sich die Kommission gegen ein solches Antragerfordernis aus, da das Risiko der Antragstellung nicht den Parteien aufgebürdet werden könne, zumal dies eine anwaltliche Beratung bzw. Vertretung voraussetze, siehe http://euzpr.eu/eudocs/03kollisionsr/20romiivo/romiivo-150-kom_com2006-83.pdf. Im Gesetzgebungsverfahren zur Rom II-Verordnung wurde auch erwogen, ob man den *ordre public*-Vorbehalt auf einen Verstoß gegen Grundrechte, die in der EMRK, im nationalen Verfassungsrecht oder im internationalen humanitären Recht verankert sind, konkretisiert, siehe Änderungsantrag 50 zu Art. 22 im Bericht des Rechtsausschusses v. 27.6.2005, A6-0211/2005, PE 349.977v03-00, S. 36.

168 So auch *Heinze*, Fn. 111, S. 105 (126); *Leible*, Fn. 104, S. 1 (70) mit dem Hinweis, dass auch wissenschaftliche Ausarbeitungen wie die *Principles of European Family Law* oder der *Model Family Code* die Unterschiede zwischen den Rechten der Mitgliedstaaten nicht nivellieren können; siehe dazu auch *Sonnenberger*, *Wandlungen und Perspektiven des familienrechtlichen ordre public*, in: Freitag et al. (Hrsg.), *Festschrift Ulrich Spellenberg*, München 2006, S. 29 ff.

169 KOM (2010), 105 endg./2, S. 8; im ursprünglichen Entwurf [KOM (2010), 105 endg./2] wurde die Rechtswahlmöglichkeit selbst schon durch Art. 3 I Rom III-Verordnungsentwurf eingeschränkt. Dieser stellte ausdrücklich klar, dass eine der in der Vorschrift aufgezählten Rechtsordnungen nur gewählt werden konnte, „soweit dieses Recht mit den in den EU-Verträgen und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten und dem *ordre public*-Vorbehalt vereinbar ist“.

170 Art. 10 der Rom III-Verordnung. Siehe dazu auch *Boele-Woelki*, *For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*, YB PIL, Volume 12 (2010), S. 1 (19 f.).

171 Jüngst OLG Koblenz NJW 2013, S. 1377.

172 Hierfür spricht nach *Helms*, *Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung*, FamRZ 2011, S. 1765 (1772) vor allem die Gegenüberstellung des Erwägungsgrundes Nr. 24 mit dem Erwägungsgrund Nr. 25, welcher für die allgemeine *ordre public*-Klausel ausdrücklich die Relevanz „im konkreten Fall“ hervorhebt. Daneben spräche Erwägungsgrund Nr. 16 S. 2 dafür, dass das gewählte Recht bereits *ex ante* mit den Grundrechten vereinbar sein müsse, wie sie durch die Verträge und durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt würden.

173 Aus teleologischen Gründen ist Art. 10 Rom III-Verordnung als spezielle Ausprägung von Art. 12 Rom III-Verordnung dahingehend auszulegen, dass die Ehe dennoch nach dem anwendbaren Recht geschieden werden kann, wenn die Frau mit der Verstoßung einverstanden ist oder die Scheidung auch nach der *lex fori* zulässig wäre, wie dies bei der Anwendung des deutschen *ordre public* bislang der Fall war, siehe *Helms*, Fn. 172, S. 1765 (1772); *Gruber*, *Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung*, IPRax 2012, S. 381 (391); *Andrae*, *Kollisionsrecht nach dem Lissabonner Vertrag*, FPR 2010, S. 505 (507 f.); *Kohler/Pintens*, *Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2010-2011*, FamRZ 2011, S. 1433 (1434).

der allgemeine ordre public deutlich in den Hintergrund und greift nur noch in sonstigen Fällen offensichtlicher Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates ein.¹⁷⁴

Allerdings ist auch der nationale ordre public heute schon maßgeblich unionsrechtlich geprägt und durch die supranationalen Grund- und Menschenrechte aufgeladen.¹⁷⁵ EMRK¹⁷⁶, Grundrechtecharta¹⁷⁷ und Grundfreiheiten des Unionsrechts¹⁷⁸ wirken auf ihn ein und über die Grenzen seiner Anwendung wacht der Europäische Gerichtshof.¹⁷⁹ Noch ist der ordre public nicht autonom, aber der Weg dorthin zeichnet sich in der zusammenwachsenden Wertegemeinschaft der Union ab. Seine maßgebliche Stoßrichtung ist nicht mitgliedstaatliches, sondern *drittstaatliches* Recht.

IV. Zusammenwirken im Prozess der Sachrechtsangleichung

Noch ungleich komplexer gestaltet sich das Zusammenspiel der Rechtsquellen im Prozess der Angleichung des materiellen Rechts: Denn es gilt nicht nur das Verhältnis von internationalem Recht, wachsenden europäischen Normbeständen und nationalen Rechtsordnungen zueinander auszuloten, sondern auch deren Zusammenwirken mit dem Kollisionsrecht abzustecken. Zugleich hat auf der Ebene des Sachrechts die Produktion von *soft law*¹⁸⁰ stark zugenommen. Dessen vielfältige Verflechtungen mit staatlichem Recht sind gleichfalls in Augenschein zu nehmen.

174 Das Erfordernis der „offensichtlichen Unvereinbarkeit“ soll deutlich machen, dass Art. 12 nur in Ausnahmefällen eingreift, siehe KOM (2010), 105 endg./2, S. 9.

175 Lediglich die Begründung der Anerkennung eines europäisch aufgeladenen ordre public wird als umstritten erachtet, siehe *Heinze*, Fn. 111, S. 105 (122 m.w.N.): „Während die traditionelle Lesart davon ausgeht, dass bisher kein vom nationalen ordre public zu unterscheidender europäischer ordre public existiert, legt die Gegenposition zwar eine eigenständige ergänzende und begrenzte Funktion eines europäischen ordre public zu Grunde, lässt diesen aber in das Gewand des nationalen ordre public schlüpfen, wenn die kollisionsrechtliche Rechtsquelle nur einen nationalen ordre public anerkennt.“ Näher auch *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Auflage, München 2010, Art. 6 EGBGB, Rn. 65 f. sowie *Thoma*, Die Europäisierung und Vergemeinschaftung der nationalen ordre public, Tübingen 2007, S. 25 f.; *Ciacchi*, Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte, ZERP-Diskussionspapier 1/2008, S. 30 ff., abrufbar unter http://www.zerp.uni-bremen.de/streamfile.pl?mod=publication&area=files/&file=1251446663_27347_0&mime=application/pdf&id=; *Voltz*, Menschenrechte und ordre public im Internationalen Privatrecht, Frankfurt am Main 2002, S. 75 ff.; *Renfert*, Über die Europäisierung der ordre public Klausel, Frankfurt am Main 2003, S. 118 f.

176 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl. 1952 II, S. 685, 953 und Neufassung ab dem 1.11.1998, BGBl. 2002 II, S. 1054.

177 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000, Abl. EG 2000 C 364/1.

178 Siehe *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin 2009, S. 209 ff.

179 Die Definition der nationalen öffentlichen Ordnung fällt zwar nicht in die Zuständigkeit des EuGH, aber er wacht insofern über Grenzen, als er den europäischen Gehalt des ordre public als zur Auslegung des europäischen Rechts berufenes Organ selbst definiert, so auch *Heinze*, Fn. 111, S. 105 (123). Mitgliedstaatliche Gerichte müssen dies dann auch beachten, *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Auflage, München 2010, Einl. IPR, Rn. 207. Zum EuGH und dem Verhältnis zum Privatrecht siehe allgemein auch *Basedow*, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht, AcP 210 (2010), 157 ff.

180 Zum Begriff siehe *Röhl/Röhl*, Fn. 46, S. 222.

1. Internationale Übereinkommen, Modellgesetze und Principles

Wie auf kollisionsrechtlicher Ebene stand zunächst die Schaffung einheitlichen Sachrechts mit weltweiter Geltung im Vordergrund, das sich vor allem auf den Bereich des internationalen Handels und Verkehrs richtete. Paradigmatisch sei hier das für das grenzüberschreitende Privatrecht besonders relevante UN-Kaufrecht oder CISG¹⁸¹ genannt, dem mit 80 Vertragsstaaten gewiss der größte Erfolg beschieden ist. Wie die gleichfalls auf eine internationale Rechtsvereinheitlichung zielenden UNIDROIT-Abkommen, etwa die Übereinkommen über das internationale Factoring¹⁸² oder das internationale Finanzierungsleasing¹⁸³, sieht es Einheitsrecht vor, das in grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung findet, von den Vertragsparteien aber im Wege eines opt-out abgewählt werden kann.¹⁸⁴ Als Einheitsrecht für internationale Sachverhalte ergänzt es die jeweiligen nationalen Rechte, führt aber nicht zu einer Angleichung der Rechtsordnungen im engeren Sinne.¹⁸⁵

Zunehmend werden auf universale Rechtsvereinheitlichung zielende völkerrechtliche Verträge durch unverbindliche Instrumente ergänzt, die lediglich eine Harmonisierung auf internationaler Ebene anstreben.¹⁸⁶ Hauptakteure sind hier ebenfalls UNCITRAL und UNIDROIT, die unter Beteiligung von Vertretern unterschiedlicher Rechtstraditionen eine Fülle von Modellgesetzen, Legislative Guides und Principles in verschiedensten Bereichen geschaffen haben. So orientieren sich etwa die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts¹⁸⁷ an jüngeren nationalen Kodifikationen, auf internationaler Ebene insbesondere am UN-Kaufrecht sowie an nichtstaatlichen Regelwerken, etwa den INCOTERMS der International Chamber of Commerce.¹⁸⁸ Auf diese Weise entstehen nicht selten Mischformen, die prägende Stilelemente verschiedener Rechtsordnungen in sich vereinen. Zu Hybridbildungen kann es besonders durch Kooperation verschiedener Organisationen bei der Normsetzung kommen, wie sie etwa von American Law Institute und UNIDROIT bei der Entwicklung der Prin-

181 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II S. 586, ber. 1990, S. 1699.

182 Übereinkommen abrufbar unter <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/main.htm>.

183 Übereinkommen abrufbar unter <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/main.htm>.

184 Art. 1 lit. a, 6 CISG; vgl. auch *Huber*, Some introductory remarks on the CISG, Internationales Handelsrecht 2006, S. 228 (228); *Bell*, The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace International Law Review 1996, S. 237 (246, 254); *Mistelis* in Kröll/Mistelis/Viscasilla (Hrsg.), UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1. Auflage 2011, Art. 1 Rn. 47 ff.

185 *Basedow*, Fn. 13, S. 445 (455).

186 Vgl. auch *Schwartz*, Europäisierung des Zivilrechts durch „soft law“, in Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Tübingen 2007, S. 130 (144) und *Berger*, Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, JZ 1999, S. 369 (369, 373 f.); zur Einordnung dieser unverbindlichen Regelwerke siehe *Canaris*, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: *Basedow* (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5 (8 ff.).

187 Siehe oben, II. 3.

188 Zu jüngeren nationalen Kodifikationen und dem CISG als Inspirationsquelle vgl. *Bonell*, An International Restatement of Contract Law, 3. Auflage, Ardsley 2005, S. 47, insbesondere Fn. 45; zu UN-Kaufrecht und INCOTERMS als Vorbildern vgl. *Bonell*, An International Restatement of Contract Law, 3. Auflage, Ardsley 2005, S. 48; *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Auflage, Tübingen 2013, S. 9 f.; zur Funktion des CISG als „Pate“ auch *Magnus*, Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht, *RabelsZ* Bd. 59 (1995), S. 469 (493).

ciples and Rules of Transnational Civil Procedure¹⁸⁹ praktiziert worden ist, aber künftig auch durch Zusammenwirken von American Law Institute und European Law Institute denkbar erscheint.¹⁹⁰ Derartige Regelwerke werden indes nicht nur von nationalen und supranationalen Kodifikationen beeinflusst, sondern dienen umgekehrt auch als Modell für Gesetzgebung auf einzelstaatlicher oder supranationaler Ebene und werden so von einer Rechtsgewinnungs- zur Rechtsgeltungsquelle.¹⁹¹

Ohne eine solche Transformation¹⁹² bleiben sie jedoch unverbindliche Regelwerke, die vor staatlichen Gerichten allenfalls zur Auslegung und Lückenfüllung herangezogen werden können.¹⁹³ Konventionen des einheitlichen Privatrechts gehen unterschiedliche Wege in der Frage, welchen Raum sie angesichts des Ziels, die Eigenständigkeit des Einheitsrechts durch autonome Auslegung zu sichern, für einen Rückgriff auf Principles einerseits oder nationales Recht andererseits lassen. Im UN-Kaufrecht sind interne Lücken vorrangig nach den allgemeinen Grundsätzen zu füllen, die dem Übereinkommen zugrunde liegen.¹⁹⁴ In Ermangelung solcher ist das nach dem maßgeblichen Internationalen Privatrecht anwendbare Recht heranzuziehen.¹⁹⁵ Sie könnten daher nur dann durch Rückgriff auf die UNIDROIT Principles geschlossen werden, wenn diese zu den allgemeinen Grundsätzen gezählt würden, etwa weil man sie als bloßes Restatement begreift, das im Kern lediglich schon zuvor bestehende – und damit auch dem Übereinkommen zugrundeliegende – Regeln feststellt.¹⁹⁶ Zumindest wird man dann auf die Principles zurückgreifen können, wenn sie einen solchen allgemeinen Grundsatz konkretisieren.¹⁹⁷ Die Grenzen werden fließend.

189 Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Cambridge 2007, abrufbar unter www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf. Dazu *Hazard/Taruffo/Stürner/Gidi*, Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, NYU J. Int'l L. & Pol. 2000-2001, S. 769 (783); *Traynor*, Conflict of Laws, Comparative Law, and The American Law Institute, Am. J. Comp. L. Vol. 49 (2001), S. 391 (402); *Stürner*, Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT, The International Lawyer Vol. 34 (2000), S. 1071 (1071 ff.).

190 Vgl. hierzu auch die Aussagen des ELI auf <http://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/>.

191 So bezüglich der UNIDROIT Principles *Berger*, Fn. 186, S. 369 (376 f.).

192 Zur Transformation in verbindliches Recht *Schwartz*, Fn. 186, S. 130 (137 f.).

193 *Canaris*, Fn. 186, S. 5 (8 ff.); *Rudolf*, Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen, Tübingen 2006, S. 5 f.; *Berger*, Fn. 186, S. 369 (377); *Schwartz*, Fn. 186, S. 130 (148 f.); *Ferrari*, Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, JZ 1998, S. 9 (16 f.).

194 Art. 7 Abs. 2 CISG; dazu *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, München 2013, Art. 7 Rn. 41 ff.; *Viscasillas* in *Kröll/Mistelis/Viscasillas*, UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1. Auflage, München 2011, Art. 7 Rn. 52 ff.; siehe den Überblick über die konkret anerkannten allgemeinen Grundsätze des CISG bei *Magnus*, Die allgemeinen Grundsätze des UN-Kaufrechts, *RabelsZ* Bd. 59 (1995), S. 469 (480 ff.).

195 *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, München 2013, Art. 7 Rn. 41, 57 f.; *Saenger* in *Ferrari/Kieninger/Mankowski et al.* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, München, 2. Auflage 2011, Art. 7 CISG Rn. 8.

196 *Magnus*, Fn. 188, S. 469 (492 f.); *Garro*, The Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, *Tulane Law Review* Vol. 69 (1995), S. 1149 (1153 f., 1189); *Bonell*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?, *Uniform Law Review* 1996, S. 26 (36).

197 So auch *Ferrari*, Fn. 193, S. 9 (16); *Kotrusz*, Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *Uniform Law Review* 2009, S. 119 (161 f.); *Viscasillas* in *Kröll/Mistelis/Viscasillas*, Fn. 194, Art. 7 Rn. 61; *Gotanda*, Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG, *Villanova University School of Law Working Paper Series* 88 (2007), S. 3, 16, 20; *Ferrari*, Fn. 193, S. 9 (15 ff.).

2. Rechtsangleichung in Europa

Auch im Bereich des materiellen Privatrechts ist neben die Rechtsangleichung auf internationaler Ebene zunehmend die auf europäischer Ebene getreten. Wies die maßgeblich durch Richtlinien geprägte unionsrechtliche Rechtsetzung zunächst stark fragmentarischen Charakter auf, so ist sie zusehends einer verdichteten Reglementierung gewichen,¹⁹⁸ für die eine immer weiter ausgedehnte Binnenmarktkompetenz in Anspruch genommen wird.¹⁹⁹ Die Mindestharmonisierung wird durch das zuletzt auch die Verbraucherrechte-Richtlinie bestimmende Konzept der Vollharmonisierung verdrängt,²⁰⁰ das freilich im Kernbereich nationaler Vertragsrechte bislang an Grenzen stößt. Vermehrt setzt die Europäische Union auf das Rechtsinstrument der Verordnung, um originär europäische Regelungsregime²⁰¹ zu schaffen.

a) Richtlinienrecht und nationales Recht

Richtlinien dagegen äußern erst als „mediatisierte“ Rechtsetzung²⁰² über nationale Umsetzungsgesetze allgemeine und rechtsgestaltende Wirkung.²⁰³ Deren unionsrechtlicher Ursprung tritt nicht unmittelbar zu Tage, zeigt sich aber bei der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.²⁰⁴ Unterwirft der Gesetzgeber durch eine überschießende Umsetzung über den Anwendungsbereich einer Richtlinie hinausgehende Sachverhalte deren Bestimmungen, so entstehen Normen mit hybridem Charakter.²⁰⁵ Diese führen bei der Auslegung zu der Frage, ob die Norm – aufgrund unionsrechtlicher oder

198 Basedow, Fn. 13, S. 445 (453); Basedow, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht, AcP 210 (2010), S. 157 (167); Köndgen in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin, 2. Aufl. 2010, S. 207 f.; Kramer, Internationale, europäische und schweizerische Perspektiven des Vertragsrechts, JBl 134 (2012), S. 750 (756 f.); Roth, Europäisches Recht und nationales Recht, in: Canaris/Heldrich et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, München 2000, S. 847 (847, 880 f.); Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage, München 2011, Art. 288 Rn. 84; Grigoleit, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 210 (2010), S. 354 (363); zu „einzelnen Inseln“ Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, JZ 1995, S. 849 (851).

199 Zur allgemeinen Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV als „Einfallstor für zahlreiche umstrittene Rechtsakte der Gemeinschaft“ schon Schröder, Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventionsentwurf für eine europäische Verfassung“, JZ 2004, S. 8 (10); zu dem über die Verschiedenheit der nationalen Privatrechte hinausgehenden Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung etwa Köndgen, Fn. 198, S. 207 (209) und Grigoleit, Fn. 198, S. 354 (364 ff.).

200 Köndgen, Fn. 198, S. 207 (208 f.); Gsell/Herresthal, Einleitung, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009, S. 1 (1 ff.); Roth, Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009, S. 13 (14); Herresthal, Die Regelungsdichte von (vollharmonisierenden) Richtlinien und die Konkretisierungskompetenz des EuGH, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009, S. 113 (115).

201 Vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV.

202 Köndgen, Fn. 13, S. 477 (481).

203 Vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV.

204 Vgl. nur Roth in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin, 2. Aufl. 2010, S. 393 ff.; Ruffert, Fn. 198, Rn. 77 ff.; Auer, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, S. 1106 (1106 ff.).

205 Perner, Erweiternde Umsetzung des Europäischen Verbraucherrechts, ZfRV 2011, 225 (228), verwendet den Begriff „Hybridnormen“; Habersack/Mayer in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin 2010, S. 457 sprechen von dem „hybride[n] Charakter der nationalen Normen“; ausführlich zu dem Begriff „hybride Rechtsnormen“ Drexel, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in: Lorenz/Trunk et al. (Hrsg.), Festschrift Andreas Heldrich, München 2005, S. 67 (75 f.).

nationalrechtlicher Pflicht²⁰⁶ – auch im überschießenden Teil richtlinienkonform und damit einheitlich auszulegen ist.²⁰⁷

b) Fakultatives Unionsprivatrecht

aa) Optionale Regelungsregime

Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom Oktober 2011²⁰⁸ hat optionale Regelungsmodelle in den Blickpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt. Mit dem optionalen Instrument in Form der Verordnung entschied sich die Kommission für die Schaffung von Einheitsrecht, das als Regelungsalternative neben angeglichenes mitgliedstaatliches Recht treten soll.²⁰⁹ Schon bislang wurde auf diese Weise fakultatives Unionsprivatrecht vor allem in den Bereichen des Gesellschafts- und Immaterialgüterrechts erlassen. Im Gesellschaftsrecht seien nur die Europäische Aktiengesellschaft (SE)²¹⁰, die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)²¹¹ und die Europäische Genossenschaft (SCE)²¹² genannt.²¹³ Im immaterialgü-

206 Für eine nationalrechtliche Pflicht des BGH in seiner früheren Rechtsprechung (in der Rechtssache Heininger, Urteil vom 9.4.2002, XI ZR 91/99 = NJW 2002, 1881); *Bärenz*, Die Auslegung der überschießenden Umsetzung von Richtlinien am Beispiel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, DB 2003, S. 375 (376); einschränkend *Hommelhoff*, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Canaris/Heldrich et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, München 2000, S. 889 (916), der von einem „Gebot zur quasi-richtlinienkonformen Auslegung“ spricht, welches sich jedoch ausschließlich aus nationalem Recht ergeben soll; statt einer *Umsetzungspflicht* lediglich für eine widerlegbare Vermutung zugunsten eines richtlinienkonformen Bedeutungsgehalts der nationalen Vorschrift *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), S. 1 (30). Dagegen (teils zusätzlich zu einer nationalrechtlichen) für eine unionsrechtliche Pflicht, auch im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Leur-Bloem* vom 17.7.1997, Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161, *Drexl*, Fn. 205, S. 67 (83 ff.); näher auch *Roth*, Fn. 198, S. 847 (883 ff.); *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Koziol/Rummel (Hrsg.), Festschrift Franz Bydlinki, Wien 2002, S. 47 (74) spricht von einer „Ausstrahlungswirkung auf das richtlinienfreie Recht“ und der Richtlinie als „Rechtsgewinnungsquelle“.

207 Für eine gesplattene Auslegung bzw. eine Entscheidung im Einzelfall – abhängig vom Willen des Gesetzgebers – schon *Schnorbus*, Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht, *RabelsZ* Bd. 65 (2001), S. 654 (704) sowie *Habersack/Mayer*, Fn. 205, S. 453 ff. Nunmehr auch der BGH, Urteil vom 17.10.2012, VIII ZR 226/11 = *EuZW* 2013, S. 157.

208 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM (2011) 635 endg.

209 *Basedow*, Das fakultative Privatrecht und das internationale Privatrecht, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), Festschrift Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, S. 50 (50); *Corneloup*, Der Anwendungsbereich des Optionalen Instruments, die Voraussetzungen seiner Wahl und das Verhältnis zur Rom I-VO, *ZEuP* 2012, S. 705 (705); *Fornasier*, „28.“ versus „2. Regime“ – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* Bd. 76 (2012), S. 401 (403); *Rühl*, The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?, Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2012/5, S. 2.

210 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), *ABl.* 2001 L 294/1.

211 Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25.7.1985 über die Schaffung einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), *ABl.* 1985 L 199/1.

212 Verordnung (EG) Nr. 1435/2002 des Rates vom 22.7.2002 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), *ABl.* 2003 L 207/1.

213 Kein Konsens konnte bislang über die Europäische Privatgesellschaft (SPE) erzielt werden, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 26.6.2008, KOM (2008) 396 endg; vgl. auch *Fleischer*, Optionales europäisches Privatrecht („28. Modell“), *RabelsZ* Bd. 76 (2012), S. 235 (240 f.).

terrechtlichen Bereich wurden als optionale Modelle die Gemeinschaftsmarke²¹⁴, die europäische Sortenschutzverordnung²¹⁵, das Gemeinschaftsgeschmacksmuster²¹⁶ und jüngst – im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit – das neue EU-Patent²¹⁷ verabschiedet. Diese europäischen Instrumente stellen – im Gegensatz zu den als opt-out-Modellen ausgestalteten zuvor genannten internationalen Sachrechtsübereinkommen²¹⁸ – opt-in-Modelle dar, welche nur bei positiver Wahl der Parteien zur Anwendung gelangen.²¹⁹ Im Hinblick auf die Unionskompetenz stellt sich freilich die Frage, ob für die Anwendbarkeit der optionalen Modelle ein grenzüberschreitender Bezug zu fordern ist.²²⁰ Im Falle des Europäischen Kaufrechts bestimmt Art. 4 des Entwurfs der Kaufrechtsverordnung, dass dieses grundsätzlich nur bei grenzüberschreitenden Verträgen Anwendung findet. Die Mitgliedstaaten können das optionale Recht jedoch nach Art. 13 der Kaufrechtsverordnung auch für rein nationale Sachverhalte zur Verfügung stellen.²²¹

bb) Einheitsrecht und Kollisionsrecht

Die Frage, wie optionale Modelle zur Anwendung gelangen, rückt das Zusammenspiel von Einheitsrecht und Kollisionsrecht in den Blick. Hier stehen sich zwei grundlegend verschiedene Ansätze gegenüber, mit denen nun in der äußerst kontrovers geführten Debatte um die Einbettung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ein dritter Weg konkurriert. Nach der kollisionsrechtlichen Lösung wäre das optionale Recht als 28. Rechtsordnung neben den nationalen Rechten wählbar.²²² Allerdings weist dieser Weg den Nachteil auf, dass die Wahl des Optionsrechts eine kollisionsrechtliche

214 Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26.2.2009 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 2009 L 78/1.

215 Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27.7.1994 über den Gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. 1994 L 227/1.

216 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3/1.

217 Dokumente unter http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/documents/index_de.htm.

218 Siehe unter III.1.

219 *Schroeter*, Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa – Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht, Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) 2007, S. 35 (40); *Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, ZEuP 2004, S. 1 (1 f.); *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (406).

220 Dazu *Fleischer*, Fn. 213, S. 235 (246 f.); *Reich/Micklitz*, Wie „optional“ ist ein „optionales“ EU-Vertragsrecht?, EWS 2011, S. 113 (115); *Stadler*, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law, AcP 212 (2012), S. 473 (484 ff.); *Basedow*, Fn. 209, S. 50 (53 f.) hält weder für die Anwendbarkeit des Art. 114 noch die des Art. 352 AEUV einen grenzüberschreitenden Bezug für erforderlich.

221 Dazu *Corneloup*, Fn. 209, S. 705 (711).

222 *Busch*, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2011, S. 655 (656); *Rühl*, Fn. 209, S. 3 ff.; *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (407; 409 ff.); *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (475 f.); *Leible*, Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, München 2012, S. 21 (23); die kollisionsrechtliche Lösung zeichnete auch der ursprüngliche Vorschlag der Rom I-Verordnung vor, der in Art. 3 Abs. 2 die Möglichkeit der Rechtswahl auf „auf Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts“ erweitern wollte, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:DE:PDF>.

Rechtswahl darstellte und damit auch deren Beschränkungen unterläge.²²³ Verbrauchern bliebe also etwa stets der Schutz des nicht dispositiven Rechts ihres gewöhnlichen Aufenthaltes erhalten, der im Einzelfall höher sein kann. In reinen Inlands-sachverhalten, auf die das optionale Kaufrecht ebenfalls Anwendung finden kann,²²⁴ könnte zwingendes innerstaatliches Recht wegen Art. 3 Abs. 3 Rom I-Verordnung überhaupt nicht abgewählt werden.²²⁵ Das Bestreben, ein für alle Konstellationen einheitliches Regelwerk zur Verfügung zu stellen, würde durch den entstehenden „law mix“²²⁶ konterkariert.

Die klassische einheitsrechtliche Lösung, die beispielsweise auch dem UN-Kaufrecht zugrunde liegt, geht dagegen von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Einheitsrechts aus. Das optionale Instrument bestimmt seinen Anwendungsbereich selbst und hat Vorrang vor dem allgemeinen Internationalen Privatrecht, sei es, weil vereinheitlichtes Sachrecht generell die IPR-Frage obsolet macht oder dieses selbst eine kollisionsrechtliche Abgrenzungsnorm enthält.²²⁷

Statt für diese einfache und klare Lösung hat sich die Kommission für einen dritten, als „Taschenspielertrick“²²⁸ beklagten Weg entschieden: Danach soll der Wahl des Europäischen Kaufrechts die kollisionsrechtliche Prüfung vorgeschaltet bleiben und es nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das Recht eines Mitgliedstaates berufen ist.²²⁹ Auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Rechts steht dann neben dem originären autonomen Recht mit dem Optionsmodell eine zweite Kaufrechtsordnung zur Verfügung.²³⁰ Die Wahl zwischen dem optionalen Modell und dem originären nationalen Recht stellt somit keine kollisionsrechtliche Wahl im Sinne der Rom I-Verordnung dar, sie ist jedoch auch nicht als rein materiellrechtliche Wahl zu qualifizieren.²³¹

Ob sich das Ziel, im Interesse eines einheitlichen Rechtsrahmens zwingendes Verbraucherschutzrecht im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers auszuschalten, auf diesem Wege tatsächlich realisieren lässt, erscheint zweifelhaft. Insbesondere Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung kann dazu führen, dass sich im Einzelfall nationales Verbraucherschutzrecht gegen das Europäische Kaufrecht durchsetzt. Denn bei dem nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung erforderlichen Schutzniveauvergleich wird auf das ohne die Rechtswahl anwendbare originäre staatliche Verbraucherschutzrecht und nicht etwa auf das

223 Namentlich den Beschränkungen der Art. 3 Abs. 3, 6, 7 und 9 der Rom I-VO; vgl. *Heiss*, Optionales Europäisches Versicherungsvertragsrecht, *RabelsZ* Bd. 76 (2012), S. 316 (327 f.); *Basedow*, Fn. 209, S. 50 (56); *Rühl*, Fn. 209, S. 6 f.; *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (409 ff.).

224 Vgl. Art. 13 des Entwurfes der Kaufrechtsverordnung, siehe <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>.

225 Teilweise wird deswegen bei Wahl des 28. Modells eine „Deaktivierung“ dieser Normen durch den Einbau entsprechender Ausnahmen in der Rom I-Verordnung oder im Instrument selbst vorgeschlagen, vgl. *Busch*, Fn. 222, S. 655 (656) und *Corneloup*, Fn. 209, S. 705 (717).

226 *Rühl*, Fn. 209, S. 10.

227 Näher hierzu *Busch*, Fn. 222, S. 655 (656); *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (408, 417 f.); *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (477 f.); *Leible*, Fn. 222, S. 21 (23); *Basedow/Christandl/Doralt et al.*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, *RabelsZ* Bd. 75 (2011), S. 371 (401 f.); *Rühl*, Fn. 209, S. 12 f.

228 So *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (478).

229 Erwägungsgrund Nr. 10 des Entwurfes der Kaufrechtsverordnung, siehe <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>.

230 *Corneloup*, Fn. 209, S. 705 (712 ff.); *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (478 ff.); *Mankowski*, Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht, *RIW* 2012, S. 97 (100 ff.); *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (408; 418 f.); *Heiss*, Fn. 223, S. 316 (333 f.).

231 *Corneloup*, Fn. 209, S. 705 (706 f.); *Mankowski*, Fn. 230, S. 97 (100); anders *Roth*, Fn. 128, S. 5 f., der von einer kollisionsrechtlichen Wahl auf mitgliedstaatlicher Ebene ausgeht.

Europäische Kaufrecht abzustellen sein.²³² Unabhängig von dieser Problematik dürfte die vorgeschaltete kollisionsrechtliche Prüfung jedenfalls die Rechtsanwendung erschweren.²³³

cc) Konkurrenz zwischen europäischem und internationalem Einheitsrecht

Konkurrenzen können sich besonders zwischen europäischem und internationalem Einheitsrecht ergeben.²³⁴ Soweit das internationale Instrument, wie das UN-Kaufrecht, ein opt-out zulässt, lassen sich Kollisionen vermeiden: Optieren die Parteien für das europäische Regime, so wählen sie sich – unter Umständen sogar konkludent – aus dem internationalen Regime heraus.²³⁵ Konkurriert das Europäische Kaufrecht mit einem internationalen Sachrechtsübereinkommen ohne opt-out-Möglichkeit, wirken sich die unterschiedlichen Wege, über die das Optionsmodell zur Anwendung gebracht wird, aus: Würde das Europäische Kaufrecht als 28. Modell ausgestaltet, gelänge es im Falle einer solchen Kollision nicht zur Anwendung, denn zu einer kollisionsrechtlichen Wahl käme es hier nicht mehr. Gleiches gilt bei der Vorschaltlösung des Entwurfs. Würde die Kaufrechtsverordnung dagegen nach dem Modell der unmittelbaren Anwendbarkeit ausgestaltet, bedürfte es einer Auflösung der Konkurrenz durch eine Rangkollisionsnorm, die dann auch verhindern würde, dass die Staaten ihre aktuellen völkervertragsrechtlichen Pflichten verletzen oder an dem Abschluss künftiger Sachrechtsübereinkommen gehindert werden.²³⁶

dd) Auslegung und Lückenfüllung

Die Auslegung optionaler Instrumente und das Füllen ihrer Lücken werfen Fragen nach der Verzahnung von europäischem und nationalem Recht auf. Während die bisherigen vormaligen Modelle im Gesellschaftsrecht und im Immaterialgüterrecht für die Lückenfüllung umfangreich auf das nationale Recht des Sitzstaates verweisen,²³⁷ wird in Instrumenten mit größerer Regelungsdichte wie den Vorschlägen für die Europäische Privatgesellschaft und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zwischen in-

232 *Magnus*, CISG and CESL, Max Planck Private Law Research Paper No. 12/27, S. 225 (240 f.); *Rühl*, Fn. 209, S. 10 f.; *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (479). Anders aber das Explanatory Memorandum, S. 6, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>; *Mankowski*, Fn. 230, S. 97 (101); *Leible*, Fn. 222, S. 21 (27).

233 So auch *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (479); *Rühl*, Fn. 209, S. 8 ff. Siehe im Übrigen zu den Vor- und Nachteilen der Modelle mit Blick auf die umstrittene Rechtsnatur des einheitlichen Kaufrechts als Unions- oder nationales Recht *Hesselink*, How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2011-15, S. 6 f.; *Flessner*, Der Status des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Kommentar zu Sabine Corneloup, ZEuP 2012, S. 726 (727); *Mankowski*, Fn. 230, S. 97 (98); zur Frage des internationalen Entscheidungseinklangs vgl. den Überblick über die Problematik bei *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (425 ff.).

234 Zur Konkurrenz von kollisionsrechtlichen Übereinkommen und dem CESL siehe *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (428 ff.).

235 *Hesselink*, Fn. 233, S. 4; *Kornet*, The Common European Sales Law and the CISG – Complicating or Simplifying the Legal Environment?, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/4, S. 7; *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (428); *Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, S. 1469 (1474); *Basedow/Christandl/Doralt et al.*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, *RabelsZ* Bd. 75 (2011), S. 371 (409).

236 Vgl. dazu *Fornasier*, Fn. 209, S. 401 (428 f.).

237 Siehe im Einzelnen dazu *Basedow*, Fn. 209, S. 50 (52 f.); *Fleischer*, Fn. 213, S. 235 (247 f.).

ternen und externen Lücken differenziert.²³⁸ Anders als im UN-Kaufrecht sind allerdings interne Lücken mit Blick auf den *effet utile* allein durch autonome Auslegung und ohne subsidiären Rückgriff auf mitgliedstaatliches Recht zu schließen.²³⁹ Im Rahmen der autonomen Auslegung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts wird man den Draft Common Frame of Reference ebenso wie Regelwerke, die ihn ihrerseits geprägt haben – das UN-Kaufrecht, aber auch die Principles of European Contract Law und die UNIDROIT Principles – jedenfalls als Rechtserkenntnisquelle heranziehen können.²⁴⁰ Inwieweit sich schließlich die Auslegung eines künftigen optionalen Kaufrechts, das in weiten Teilen identische Materien wie das Richtlinienrecht betrifft, an den dort gewonnenen Ergebnissen orientieren kann, wird von der erzielten systematischen und begrifflichen Kohärenz von Einheitsrecht und Richtlinien-Acquis abhängen.²⁴¹ Für *externe* Lücken ist hingegen auf das kollisionsrechtlich berufene mitgliedstaatliche Recht zurückzugreifen.²⁴² Insoweit darf dem Verbraucher auch etwa nicht der Schutz des ihm günstigeren Aufenthaltsrechts entzogen werden, so dass es trotz Wahl des einheitlichen Kaufrechts bei einer Rechtszersplitterung bleibt.²⁴³

Die Zukunft des europäischen Privatrechts wird auf absehbare Zeit durch die Koexistenz von fakultativem Einheitsrecht und Richtlinienrecht geprägt sein. Ob sich optionale Modelle im Wettbewerb der Rechtsordnungen bewähren, wird maßgeblich davon abhängen, inwieweit es bei dem jeweiligen Instrument gelungen ist, aus den verschiedenen Quellen ein kohärentes und attraktives Kompositum zu schaffen. Nicht zu unterschätzen ist aber, wie die Schnittstellen zum Kollisionsrecht, zum internationalen Einheitsrecht und zum nationalen Recht gestaltet sind und wie es auch im Rahmen des neuen Harmonisierungskonzepts gelingen wird, Richtlinien und Einheitsrecht aufeinander abzustimmen.

c) Regionale Rechtsangleichung jenseits der Union

Regionale Rechtsangleichung jenseits der Europäischen Union ruft im Zusammenwirken der Rechtsquellen andere Spieler auf den Platz. Materien wie das Familienrecht sind schon seit langem Arbeitsgebiet des Europarates, der sich statt des schwerfälligeren völkerrechtlichen Vertrages vermehrt des Instruments der Empfehlungen bedient, die lediglich Standards für die Mitgliedstaaten darstellen und damit der Harmonisierung der Rechtsordnungen dienen.²⁴⁴ Damit treten sie eher in Wettbewerb zu

238 *Gsell*, Der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und die Problematik seiner Lücken, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, München 2012, S. 145 (145 ff.); *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (498 ff.); *Fleischer*, Fn. 213, S. 235 (247 f.); *Busch*, Fn. 222, S. 655 (660).

239 So Art. 4 und 11; vgl. auch *Gsell*, Fn. 238, S. 145 (150); *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (499); *Stabentheiner*, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, *WBl* 2012, S. 61 (66).

240 *Busch*, Fn. 222, S. 655 (660); *Gsell*, Fn. 238, S. 145 (153 f.).

241 *Gsell*, Fn. 238, S. 145 (151).

242 So Erwägungsgrund Nr. 27 des Entwurfs der Kaufrechtsverordnung. Dazu auch *Stadler*, Fn. 220, S. 473 (498).

243 Siehe näher *Gsell*, Fn. 238, S. 145 (154).

244 Siehe die Empfehlungen der Parliamentary Assembly und des Committee of Ministers im Bereich des Familienrechtes: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Achievements%2008_08.pdf; vgl. auch *Martiny*, Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin 1999, S. 177 (180) m.w.N.

privaten Regelwerken, wie sie als „wissenschaftliches Recht“ auch in diesem Bereich geschaffen werden.²⁴⁵ Anders als auf dem Gebiet des Vertragsrechts ist freilich noch nicht der Zustand der „neuen Unübersichtlichkeit“ erreicht, wie er dort angesichts der Vielzahl konkurrierender privater Regelwerke konstatiert worden ist.²⁴⁶ Gleichwohl gilt auch hier, dass der Austausch zwischen verschiedenen Kommissionen und Gruppen befördert, private Initiativen koordiniert und die gemeinsame Methodendiskussion intensiviert werden sollte.

Eine andere Spielart im Spektrum stellt dagegen der vor kurzem verabschiedete deutsch-französische Wahlgüterstand der Zugewinnngemeinschaft dar.²⁴⁷ Das bilaterale Abkommen, das auch anderen Staaten den Beitritt eröffnet, ist ein Novum, da erstmals innerhalb der Europäischen Union in zwei Staaten einheitliches materielles Familienrecht geschaffen worden ist.²⁴⁸ Als klassisches Hybrid vereint er Elemente des deutschen gesetzlichen und des französischen Wahlgüterstands zu einem neuen Modell.²⁴⁹ Der einheitliche Güterstand kann von allen Ehegatten vereinbart werden, deren Güterstand dem Sachrecht eines Vertragsstaates unterliegt und verwirklicht damit die für das Europäische Kaufrecht favorisierte kollisionsrechtliche Vorschaltlösung.²⁵⁰ Diese fügt sich hier allerdings müheloser in den bestehenden Rechtsrahmen ein. Durch den Beitritt weiterer Staaten könnte sich der bilaterale zu einem multilateralen und damit zu einem einheitlichen europäischen Güterstand fortentwickeln.²⁵¹ Auf diese Weise könnte sich *bottom up*²⁵² ein neues europäisches Optionsmodell entwickeln.

IV. Schlussbetrachtung

Nicht nur die Rechtsquellen, die im Prozess der Privatrechtsangleichung zusammenwirken, sind äußerst vielfältig, sondern auch die Facetten dieses Zusammenwirkens sind es. Internationales, supranationales und nationales Recht interagieren sowohl auf der Ebene des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts als auch des materiellen Rechts.

245 Vor allem die Principles der Commission on European Family Law, siehe Boele-Woelki et al. (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen 2004; Boele-Woelki et al. (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen 2007; Boele-Woelki et al. (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, Cambridge 2013; *Schwenzer/Dimsey*, Model Family Code from a Global Perspective, Antwerpen 2006; siehe auch *Dethloff*, Die Europäische Ehe, StAZ 2006, S. 253 ff.

246 *Zimmermann*, Fn. 33, S. 21 (47).

247 Näher *Dethloff*, Der deutsch-französische Wahlgüterstand – Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts?, *RabelsZ* Bd. 76 (2012), S. 509 ff.; siehe auch *Becker*, Ein europäischer Güterstand? – Der deutsch-französische Wahlgüterstand, ERA Forum 2011, S. 103 ff.; *Klippstein*, Der deutsch-französische Wahlgüterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, FPR 2010, S. 510 ff.; *Jäger*, Der neue deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft – Inhalt und seine ersten Folgen für die Gesetzgebung und Beratungspraxis, DNotZ 2010, 804 ff.; *Meyer*, Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand, FamRZ 2010, S. 612 ff.

248 *Dethloff*, Fn. 247, S. 509 (510).

249 *Becker*, Fn. 247, S. 103 (110); *Dethloff*, Fn. 247, S. 509 (513).

250 *Dethloff*, Fn. 247, S. 509 (513); *Meyer*, Fn. 247, S. 612 (613 f.).

251 *Meyer*, Fn. 247, S. 612 (617); *Dethloff*, Fn. 247, S. 509 (535 f.).

252 Vgl. dazu *Meder*, Fn. 46, S. 9 und 98 f.

Im Bereich des Kollisionsrechts steht die Schaffung von *Einheitsrecht* im Vordergrund. Dies erfordert die Koordination von internationaler und unionsrechtlicher Rechtsetzung. Die Voraussetzungen hierfür sind geschaffen. Die Ziele und Wege der Angleichung des materiellen Rechts sind dagegen vielgestaltiger und das Zusammenwirken der Rechtsquellen komplexer: Konkurrierende *und* einander ergänzende Instrumente streben auf internationaler *und* regionaler Ebene nach Harmonisierung *und* Vereinheitlichung. Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass die Kohärenz des Zusammenwirkens gewährleistet ist. Autonomes *Kollisionsrecht* wird künftig verdrängt, nationales *Sachrecht* durchdrungen und ergänzt. Kollisions- und Sachrechtsangleichung stellen auch in Zukunft keine Alternativen dar, sondern sind komplementär zueinander. Einheitsrecht und Kollisionsrecht sind so miteinander zu verzahnen, dass sie verschiedenen und auch konfligierenden Anforderungen gerecht werden.

Welche Herausforderungen das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsquellen mit sich bringt, aber auch welche Potentiale es birgt, lässt sich für verschiedene Materien des Privatrechts nicht einheitlich beantworten. Unterschiede bestehen vor allem aufgrund des Ausmaßes, in dem in der betreffenden Materie Verhandlungsgleichgewicht besteht bzw. ein Schutz des Schwächeren notwendig ist, aufgrund des Standes der Sachrechtsintegration, seiner Binnenmarktrelevanz oder des Grades seiner rechtskulturellen Färbung.

Die verschiedenen Rechtsquellen und Regelwerke wirken im Rahmen der Rechtsetzung oder Rechtsgewinnung, auf der Ebene der Rechtsanwendung sowie bei der Durchsetzung zusammen. Die zunehmende Produktion von Einheitsrecht führt zu einer Hybridisierung der Rechtsordnungen. Einheitsrecht ist geprägt durch Elemente verschiedener nationaler und supranationaler Rechte und Regelwerke. Diese Prägung kann Ergebnis umfassender rechtsvergleichender Forschungen sein, aufgrund derer sich jeweils bestimmte Regelungen als „better law“ erweisen. Einheitsrecht kann aber auch lediglich eine im Rahmen eines gesetzgeberischen Aushandlungsprozesses erzielte Kompromisslösung darstellen. Es entsteht in jedem Fall eine neue Form von Mischrechtsordnungen. Umgekehrt beeinflusst auch das Einheitsrecht seinerseits die Rechtsetzung auf verschiedenen Ebenen. Angesichts einer solchen Vermischung stellt sich die Frage, ob letztlich tendenziell alles Recht hybrid wird.

Ein Mehr an Einheitsrecht reduziert zwar die Kosten der Fremdrechtsanwendung und verbessert die Vorhersehbarkeit, die hiermit verbundene Vervielfältigung der Rechtsquellen und Hybridisierung der Rechtsordnungen bringt aber für Rechtsanwender und Regelungsunterworfenen eine erhebliche Intransparenz und Rechtsunsicherheit mit sich. Kohärenz ist auch hier oberstes Gebot. Rechtsklarheit und Information müssen gewährleistet sein, um den Zugang zum Recht sicherzustellen.

Schließlich hat sich gezeigt, dass die Metamorphose des privaten Rechts schon vorangeschritten ist. Private Regelwerke können ihre Rechtsverbindlichkeit zwar nicht aus sich selbst schöpfen, ihnen wird aber zunehmend in supranationalem Kontext auf vielfältige Weise staatliche Geltungskraft verliehen – schon heute über die Rechtswahl vor Schiedsgerichten, deren Schiedssprüche staatlich durchgesetzt werden. Denkbar ist dies indes auch kraft kollisionsrechtlicher Befehls, der die Optionen zugunsten nichtstaatlichen Rechts erweitert und auf diese Weise den Gleichklang zwischen Schieds- und staatlicher Gerichtsbarkeit verbessert. Es verstärken sich aber auch Prozesse der Transformation, durch die „akademisches“ zu staatlichem Recht wird und an der Hybridbildung bei der Rechtsetzung beteiligt ist. Der Weg von der Rechtsgewinnungs-

zur Rechtsgeltungsquelle erfordert wissenschaftliche Begleitung, um den Prozess transparenter zu machen und die Legitimation zu verbessern. Die „Suche nach dem Recht des privaten Rechts“²⁵³ muss fortgesetzt werden.

Die Frage nach dem *Zusammenspiel* der Rechtsquellen hat Harmonie und Leichtigkeit suggeriert, ja ein freundschaftliches Miteinander. Die Realität ist von exponential zunehmender Komplexität, von Dissonanzen, Konkurrenzen sowie wechselseitigen Verflechtungen geprägt und führt zu einer Hybridisierung der Rechtsordnungen. Die Genetik hat gelehrt, dass Hybridisierungen Risiken bergen, sind sie doch stets verbunden mit der Gefahr der Sterilität. Ihnen wohnen aber auch beträchtliche Chancen inne, denn sie erlauben die Etablierung genetischer Vielfalt, die erst das Überleben in einer sich wandelnden Umgebung ermöglicht. Dies gilt auch für das Recht. Es ist Aufgabe der Rechtswissenschaften – und hier besonders des Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts im Zusammenwirken –, die Chancen der Vielfalt zu nutzen.

253 Bumke/Röthel, Fn. 26, S. 1 ff.

Thesen

von Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.(Georgetown), Bonn

I. Pluralisierung und Entstaatlichung

1. Ein Pluralismus von Rechtsquellen ebenso wie Recht nichtstaatlichen Ursprungs oder Streitbeilegung durch nichtstaatliche Instanzen stellen im Bereich des Privatrechts keine neuen Phänomene dar. Neu ist allerdings die Dimension dieses Phänomens. Sie ist global und hat zu einer kaum mehr überschaubaren Pluralität von Rechtsordnungen und Rechtsquellen auf den verschiedensten Ebenen geführt.

II. Vielfalt der Rechtsquellen

2. Aus privatrechtlicher Sicht wirken unterschiedliche Rechtsquellen auf verschiedenen Ebenen zusammen: Traditionell ist es Aufgabe des Kollisionsrechts, das Zusammenspiel der nationalen Privatrechtsordnungen zu koordinieren. Im Zuge der Angleichung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts wird diese Aufgabe auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene wahrgenommen. Auch bei der Angleichung des materiellen Rechts entfalten Rechtsordnungen verschiedener Ebenen Bedeutung. Die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten werden verstärkt auch durch Grund- und Menschenrechte beeinflusst.

3. Normen und Regelwerke nichtstaatlichen Ursprungs existieren im nationalen Raum schon länger. Jenseits des Nationalstaats ist die private Normproduktion eng mit dem Globalisierungsprozess verknüpft und durch ihn befördert. Akteure und Erscheinungsformen sind ebenso vielfältig wie die Bereiche derartiger Regelsetzung und der Grad ihrer Konkretisierung. Unabhängig von der Diskussion um die Existenz eines autonomen oder transnationalen Rechts werden als „privates Recht“ alle Regelwerke in die Betrachtung einbezogen, die in irgendeiner Weise mit der Rechtsordnung eines Staates, einer supra- oder internationalen Organisation verknüpft sind.

III. Zusammenwirken im Prozess der Angleichung des Kollisionsrechts

4. Mit der Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht auf die Europäische Union treten vermehrt Unions- und staatsvertragliches Kollisionsrecht nebeneinander. Der universale Charakter der Kollisionsnormen erfordert eine Koordination. Anwendungskonflikte lassen sich zwar durch Rangregeln vermeiden, divergierende Regelungen europäischen und internationalen Ursprungs beeinträchtigen aber den internationalen Entscheidungseinklang. Die kompetenziellen und institutionellen Voraussetzungen für eine Koordination von staatsvertraglichem und Unionskollisionsrecht bestehen. Eine Konkurrenz lässt sich auch durch Wahl eines unverbindlichen Instruments statt eines Staatsvertrages vermeiden.

5. Der fragmentarische Charakter des Unionskollisionsrechts und die unzureichende Abstimmung der einzelnen Instrumente erfordern einen Rückgriff auf nationales Recht, der den Entscheidungseinklang beeinträchtigt. Die fragmentarische Rechtsetzung ist zudem der Kohärenz von nationalem und Unionsrecht abträglich. Die unionsrechtlichen Anknüpfungen entfalten eine Ausstrahlungswirkung und nationales Kollisionsrecht wird zunehmend verdrängt.

6. Die Wahl nichtstaatlichen Rechts ist auf die Schiedsgerichtsbarkeit begrenzt. Staatliche Anerkennung erfährt dessen Anwendung aber mit der Vollstreckung des Schiedsspruchs. Unter bestimmten Voraussetzungen auch vor staatlichen Gerichten eine Rechtswahl zugunsten nichtstaatlichen Rechts zuzulassen, würde den Gleichklang zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichen Gerichten stärken. Hierbei ist Zurückhaltung mit Blick auf die wählbaren Rechte wie auch die Bereiche geboten. Die anwendbaren Regelwerke müssen eine hinreichende Regelungsdichte aufweisen und einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten. In jedem Fall sind die international zwingenden Vorschriften sowie der *ordre public* zu beachten.

7. Der *ordre public*-Vorbehalt stellt das klassische Einfallstor für die Grund- und Menschenrechte in das Kollisionsrecht dar. Auf den Vorbehalt zugunsten des nationalen *ordre public* verzichtet bislang auch das Unionskollisionsrecht nicht. Dieser ist aber durch die supra- und internationalen Menschenrechte geprägt, zielt seiner Stoßrichtung nach vorrangig auf drittstaatliches Recht und gewinnt mit zunehmender rechtskultureller Prägung der Materie an Gewicht.

IV. Zusammenwirken im Prozess der Sachrechtsangleichung

8. Zunehmend werden auf universale Rechtsvereinheitlichung zielende völkerrechtliche Verträge durch unverbindliche Instrumente ergänzt, die lediglich eine Harmonisierung auf internationaler Ebene anstreben. Auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitet sind derartige Modellgesetze und Principles von unterschiedlichen Rechtsordnungen geprägt. Umgekehrt dienen sie als Modell oder Richtschnur für Gesetzgebung auf einzelstaatlicher oder supranationaler Ebene und werden so von einer Rechtsgewinnungs- zur Rechtsgeltungsquelle.

9. Das Unionsrecht ist geprägt durch die Koexistenz von Richtlinienrecht und fakultativem Einheitsrecht. Mit der Umsetzung von Richtlinien kommt es je nach Regelungsspielraum zu einer mehr oder minder starken Durchdringung und Hybridisierung nationalen Rechts. Optionale Modelle in Form von Verordnungen schaffen hingegen originär europäische Regelungsregime, die nationale Regelungen nicht ersetzen, sondern lediglich ergänzen. Als Einheitsrecht bedürfen sie der Verzahnung mit dem Kollisionsrecht. Bei der Auslegung optionaler Instrumente und dem Füllen ihrer Lücken stellen sich Fragen nach der Verzahnung mit dem nationalen Recht.

V. Zusammenspiel und Hybridisierung

10. Nicht nur die Rechtsquellen, die im Prozess der Privatrechtsangleichung zusammenwirken, sind vielfältig, sondern auch die Facetten dieses Zusammenwirkens. Im Bereich des Kollisionsrechts steht die Schaffung von Einheitsrecht im Vordergrund. Durch Koordination von internationaler und unionsrechtlicher Rechtsetzung sind hier Konkurrenzen zu vermeiden. Die Ziele und Wege der Angleichung des materiellen Rechts sind vielgestaltiger und das Zusammenwirken der Rechtsquellen komplexer: Konkurrierende *und* einander ergänzende Instrumente streben auf internationaler *und* regionaler Ebene nach Harmonisierung *und* Vereinheitlichung. Die Kohärenz des Zusammenwirkens muss gewährleistet sein. Autonomes *Kollisionsrecht* wird künftig verdrängt, nationales *Sachrecht* durchdrungen und ergänzt. Kollisions- und Sachrechtsangleichung stellen auch in Zukunft keine Alternativen dar, sondern ergänzen einander. Einheitsrecht und Kollisionsrecht sind so miteinander zu verzahnen, dass sie verschiedenen und auch konfligierenden Anforderungen gerecht werden.

11. Welche Herausforderungen das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsquellen mit sich bringt, aber auch welche Potentiale es birgt, ist für die verschiedenen Materien des Privatrechts nicht einheitlich zu beantworten.

12. Die verschiedenen Rechtsquellen und Regelwerke wirken im Rahmen der Rechtsetzung oder Rechtsgewinnung, auf der Ebene der Rechtsanwendung sowie bei der Durchsetzung zusammen. Die zunehmende Kreation von Einheitsrecht führt zu einer Hybridisierung der Rechtsordnungen. Einheitsrecht ist geprägt durch Elemente verschiedener nationaler und supranationaler Rechte und Regelwerke, beeinflusst aber seinerseits auch die Rechtsetzung auf verschiedenen Ebenen. Angesichts einer solchen Vermischung stellt sich die Frage, ob letztlich tendenziell alles Recht hybrid wird.

13. Ein Mehr an Einheitsrecht reduziert zwar die Kosten der Fremdrechtsanwendung und verbessert die Vorhersehbarkeit. Die Vervielfältigung der Rechtsquellen und Hybridisierung der Rechtsordnungen bringt aber für Rechtsanwender und Regelungsunterworfenen auch Probleme mit sich. Kohärenz, Transparenz und Information müssen gewährleistet sein, um den Zugang zum Recht sicherzustellen.

14. Die Metamorphose des privaten Rechts schreitet voran. Private Regelwerke können ihre Rechtsverbindlichkeit zwar nicht aus sich selbst schöpfen, ihnen wird aber zunehmend in supranationalem Kontext auf vielfältige Weise staatliche Geltungskraft verliehen – schon heute über die Rechtswahl vor Schiedsgerichten, deren Schiedssprüche staatlich durchgesetzt werden, denkbar aber auch kraft kollisionsrechtlichen Befehls. Es verstärken sich zudem Prozesse der Transformation, durch die „akademisches“ zu staatlichem Recht wird und an der Hybridbildung bei der Rechtsetzung beteiligt ist.

Summary

*International, national and private law – hybridisation of legal systems
Interaction of legal sources from a private law perspective
by Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M. (Georgetown), Bonn*

I. Pluralisation and denationalisation

1. A pluralism of legal sources, non-state bodies of law and settlement of disputes by extrajudicial authorities are not new phenomena in the field of private law. However, it is the dimension of these phenomena that represents a new development: It is global and has led to a pluralistic, intricate network of legal orders and legal sources on various levels.

II. Diversity of legal sources

2. From a private law perspective, different legal sources interact on various levels. Traditionally, it is the rules on conflict of laws that coordinate the interplay of the private laws emanating from national legal orders. In the course of the approximation of private international law and international procedural law, this task is performed on an international, a European and a national level. Multilevel legal orders also prove to be of substantial significance with regard to the approximation of substantive law. Legal relations between private persons and entities are, moreover, increasingly influenced by fundamental and human rights.

3. Non-state bodies of law have long since existed in the national context. Beyond the nation state, the creation of such rules is closely linked with and fuelled by the process of globalisation. The acting parties and forms differ as much as areas of regulation and the degree of specificity. Notwithstanding the discussion about the existence of autonomous or transnational law, the term “non-state law” comprehends all sets of rules that are in some way connected to a national legal system or a supranational or international organisation.

III. Interaction in the process of approximation of private international law

4. With the shift of legislative competence to the European Union in the fields of private international law and international procedural law, juxtapositions of EU law and international treaties governing the conflict of laws become increasingly frequent. The universal character of the conflict of law provisions requires coordination. Rules determining which law takes precedence resolve conflicts of applicability, but divergent provisions of EU and international origin adversely affect the international harmony of decisions. However, the prerequisites for a coordination of treaty and EU provisions governing conflict of laws are actually present both in terms of competence and institutions. Discord can also be avoided by choosing a non-binding instrument instead of an international treaty.

5. The fragmented character of EU private international law and the lack of coordination between the individual instruments require the recourse to national law, thus compromising the international harmony of decisions. This fragmented character also calls

the coherence of national and EU law into question. The connecting factors determined by EU law generate spill-over effects and progressively oust national conflict of law rules.

6. The choice of a non-state law is limited to arbitration. At the same time, states recognise the application of this body of law by enforcing the arbitral award. Providing for the choice of a non-state law in state courts under certain conditions would strengthen the harmony of arbitration and litigation. But some restraint is called for with regard both to the set of rules that can be chosen and the areas of law concerned. The applicable body of law has to present a sufficient density of regulation and ensure a reasonable balance is struck between the interests at stake. At any rate, internationally mandatory rules and the protection of public policy (*ordre public*) have to be respected.

7. The public policy clause is the classic gateway through which fundamental and human rights can enter and engage with the conflict of laws. To date, the EU provisions on that matter are not able to dispense with a clause in favour of national public policy. These EU clauses are however shaped by supra- and international human rights and aim primarily at laws of third countries. Their significance increases in relation to the extent to which the particular area is determined by legal culture.

IV. Interaction in the process of approximation of substantive law

8. International treaties aimed at a universal unification of laws are increasingly complemented by non-binding instruments focussing merely on harmonisation at an international level. Developed on a comparative law basis, these model laws and principles are influenced by different legal orders. Conversely, they serve as models or guidelines for legislation on a national and supranational level and in consequence turn from a source for the creation of law into a source of authority of the law.

9. Union law is characterised by the coexistence of directives and optional uniform law. As a result of the implementation of directives in national law, EU law permeates national law and a hybridisation of national laws occurs to an extent dependent upon the respective degrees of flexibility. EU regulations as optional instruments on the other hand create original EU regimes that do not replace national rules, but merely complement them. As uniform law, these EU regulations need to mesh into the conflict of law rules. Questions regarding the meshing with national law arise when interpreting optional instruments and filling the gaps they leave.

V. Interaction and hybridisation

10. The sources of law that interact in the process of the approximation of private law are manifold, as are the facets of this interaction. In the area of conflict of laws the creation of uniform law is paramount. Discord must be avoided in this area by coordinating international and EU legislation. Both the ways and the aims of the approximation of substantive law are more diverse and the interaction of the sources of law more complex: Competing *and* complementary instruments aspire on an international *and* regional level towards harmonisation *and* unification. The coherence of the interaction must be ensured. Henceforth autonomous *private international law* will be displaced; national *substantive law* will be permeated and supplemented. Also in future the approximation of private international law will not be an alternative to the approxima-

tion of substantive law. Instead, both processes will complement one another. Uniform law and conflict of law rules are to be closely meshed in order to meet different and sometimes conflicting requirements.

11. Exactly what challenges the interaction of different sources of law entails, but also what potential it yields, cannot be answered uniformly for all fields of private law.

12. The different sources and bodies of law interact within the creation of law or the legislative process and at the level of the application of law as well as within its enforcement. The increasing production of uniform law leads to a hybridisation of legal systems. Uniform law is characterised by elements of different national and supranational laws and bodies of law, but, for its own part, also influences lawmaking on different levels. In the light of such an amalgamation the question arises as to whether there is a tendency for all laws and bodies of rules to become hybrid.

13. An increase in uniform law reduces the cost associated with the application of foreign law and makes the outcome more predictable. However, the amplification of sources of law and the hybridisation of bodies of law lead to problems for practitioners and for those who are subject to regulations. Coherence, transparency and information need to be ensured in order to guarantee access to justice.

14. The metamorphosis of private law is advancing. Whilst non-state bodies of law cannot become legally binding by their own appointment, they are increasingly awarded binding legal force in a supranational context in a variety of different ways – for example, already today through the choice of law before arbitration tribunals, whose judgments are being enforced by the states themselves. Binding legal force resulting from a reference to non-state bodies of law in conflict of law rules is also conceivable. Furthermore, we are seeing more and more processes of transformation through which “academic” law becomes state law and thus participates in the hybridisation of lawmaking.

Diskussion

zu den Referaten Paulus und Dethloff

Herr Nolte (als Diskussionsleiter): Die beiden Referate haben sich, wie ich fand, hervorragend ergänzt. For the sake of discussion möchte ich auf eine unterschiedliche Akzentsetzung hinweisen: Herr Paulus hat in seiner These 2 geschrieben, hybrid seien letztlich nicht die Rechtsordnungen, sondern die Akteure und Sachverhalte, die sie regeln, während Frau Dethloff bezüglich der zunehmenden Kreation von Einheitsrecht gesagt hat, dass dies zu einer Hybridisierung der Rechtsordnungen führe. Eine die Referate verbindende Fragestellung ist also: Gibt es so etwas wie die Hybridisierung der Rechtsordnungen, ja oder nein? Ich fand, dass Frau Dethloff da gewissermaßen eine weichere Terminologie verwendet hat, die dem entspricht, was ich eben zitiert habe – nämlich, dass Rechtsordnungen miteinander verschmelzen, einander durchdringen, interagieren. Metamorphose, Transformation, das waren die weicheren Formulierungen von Frau Dethloff, während Herr Paulus eher die analytische Trennung, auch die begrenzte Selbstöffnung der Rechtsordnungen betont hat.

Herr Bothe: Vielen Dank für diese beiden wirklich inspirierenden Referate.

In der gebotenen Kürze: Herr Paulus hat die Fragmentierung, die mit der Hybridisierung der Akteure verbunden ist, beschrieben und hat daran die Frage der Legitimation geknüpft, die in der Tat gestellt werden muss. Es gibt natürlich neue Legitimationsprobleme und Fragen der Akzeptanz. Frau Dethloff hat die Frage der Legitimation ebenfalls aufgeworfen. Wenn ich das richtig verstanden habe, haben Sie es mit der Legitimation einfacher, weil Sie betont haben, dass wir an irgendeiner Stelle auf die staatliche Rechtsordnung zurückkommen. Dies ist spätestens bei der Vollstreckung der Fall, wo wir den staatlichen Befehl und damit die Aufnahme in staatliche Legitimationketten brauchen. Frage an Sie, ist das nicht ein bisschen spät in dem gesamten Legitimationsvorgang?

Nun, Herr Paulus hat sehr stark die demokratische Rückbindung als Legitimation betont. Ich frage mich, ich frage Sie, ist das nicht eine Illusion? Sind die Legitimationketten nicht viel zu lang, wenn sie überhaupt bestehen? Brauchen wir nicht Alternativen zu dieser Rückbindung? Alternativen an Autorität und was macht Autorität aus? Die Frage, die Sie aufgeworfen haben, hat Sie zum IKRK und zum olympischen Komitee geführt. Das IKRK besitzt Autorität. Ich rede nicht über das olympische Komitee, aber wahrscheinlich besitzt auch dieses „Autorität“. Aber was macht eigentlich Autorität in dem Zusammenhang aus? Wenn ich jetzt weiterreden würde, würde es deutlich über die drei Minuten gehen. Darum sei dies nur als Frage in den Raum gestellt.

Herr Basedow: Auch ich möchte etwas zur Frage der Legitimation anmerken. Dies liegt ja auch nahe bei der Thematik der gemischten und privaten Rechtsordnungen. Die Rückbindung ans staatliche Recht erscheint mir freilich gar nicht so zwingend, wie es sich aus beiden Referaten ergab. Wir erleben es im nationalen Bereich durchaus in manchen Sektoren, dass sich der Staat dort überhaupt nicht einmischt. Wer z.B. einen Sportunfall erlitten hat durch ein Foul eines Gegners, der wird mit seiner

Schadensersatzklage im Allgemeinen scheitern. Im Sport vollzieht sich fast die gesamte Regelbildung und -durchsetzung außerhalb des staatlichen Rechts. Ebenso in der Technik, das wurde schon erwähnt. Es gibt also durchaus Bereiche, in denen private Autonomie im eigentlichen Wortsinne besteht, auch wenn mancher sie auf eine staatliche Gestattung zurückführen mag.

Wenn wir uns rechtsvergleichend die Theorien der Legitimation anschauen, dann wird man den letzten Legitimationsgrund auch nicht immer im demokratischen Willen finden. So wird man für England nicht sagen können, dass das common law aus einem demokratischen Rechtsstaat hervorgegangen ist und dass das Volk hinter den Entscheidungen der königlichen Gerichte steht. Das Volk mag durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber intervenieren; aber dadurch wird das common law der Gerichte nicht selbst demokratisch unterfüttert. Legitimationsgrundlage ist vielmehr die Tradition *since time immemorial*, das ist aber eine ganz andere Art der Legitimation als das Demokratieprinzip. Und wenn wir in den Nahen Osten schauen, in das Familien- und Erbrecht der islamischen Länder und Israels, dann treffen wir dort auf die göttliche Offenbarung als Legitimationsgrundlage im Bereich des Personalstatuts. Aus westlicher Sicht mag man dies per Fiktion zurückführen auf den Willen eines staatlichen Gesetzgebers, der das Familien- und Erbrecht dem religiösen Recht überlässt. Überzeugend ist das nicht, denn zum Teil sind die Regeln, nach denen zum Beispiel Ehen geschieden werden, nicht einmal transparent und auch dem staatlichen Gesetzgeber unbekannt.

Mein Plädoyer für die Zukunft wäre daher, dass insbesondere die Kollegen vom öffentlichen Recht, die diesen Dingen näher stehen, eine Art vergleichende Legitimationsforschung in Gang setzen. Es kann nicht alles immer nur zurückgeführt werden auf den Willen eines demokratischen Gesetzgebers, der letztlich von vielen Dingen nichts versteht und sich oft genug auch weise zurückhält, um die Regelbildung Privaten zu überlassen.

Herr von Bogdandy: Ich möchte zunächst zu Andreas Paulus Stellung nehmen, zu der These 17 und daran anschließend zur These 12 von Frau Dethloff. Ich stoße in das gleiche Horn wie Herr Bothe und Herr Basedow. Es geht um die demokratische Legitimation. Nun sehe ich diesbezüglich in dieser These 17 eine große Spannung, ja sogar einen Widerspruch. Sie sagt nämlich im ersten Satz, dass das demokratische Defizit nur durch die Rückbindung an die nationalen Parlamente behoben werden kann. Nach dem dritten Satz soll aber in internationalen Entscheidungsprozessen durch Partizipation, also durch Betroffenenbeteiligung, und durch internationale parlamentarische Versammlungen ein Maximum an demokratischer Legitimation gewährleistet werden. Nach dem dritten Satz haben also Inklusionsformen auf der internationalen Ebene sehr wohl ein Potential, mit dem Demokratiedefizit umzugehen. Ich möchte bitten, zu dieser Spannung Stellung zu nehmen. Meine Position hierzu lautet, dass die nationalen Parlamente natürlich wesentlich sind, dass diese internationalen Mechanismen jedoch ebenfalls ein demokratisches Potenzial haben und wir deshalb daran arbeiten sollten.

Das führt mich zu der Frage an Frau Dethloff zur These 12. Sie betonen sehr stark den Gesichtspunkt einer Legitimation aufgrund der Wissenschaftlichkeit des dort erarbeiteten Rechtes. Ich möchte bitten, näher zu erklären, wie diese Wissenschaftlichkeit eine Legitimation vermittelt. Wie habe ich mir das vorzustellen, und wie verhält sich das

zu dem Punkt von Herrn Paulus, der die Notwendigkeit demokratischer Legitimation betont?

Herr Weller: Sie haben beide schön die Hybridisierung und Fragmentierung als phänomenologischen Befund dargestellt. Gleichzeitig, Frau Dethloff, haben Sie für die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts einerseits plädiert, andererseits haben Sie hervorgehoben, das führe zu einer neuen Unübersichtlichkeit, zu Komplexität usw. Meine Frage ist, kann denn das das normative Leitbild sein, diese Hybridisierung, oder müssten wir nicht wieder entgegensteuern? Muss man nicht doch für die staatliche Rückbindung in Ihrem Sinne, Herr Paulus, plädieren? Warum? Patrick Glenn hat in seinem *Cours général* in Den Haag kürzlich die Fundamente des IPR hervorgehoben und die liegen in der griechischen Tradition, in der binären Logik von Platon: Entweder findet die Rechtsordnung A oder die Rechtsordnung B Anwendung, aber es gibt kein Tertium in der Mitte, es gilt das Prinzip des *milieu exclu*, also kein Hybrid, keine Mischform. Und warum? Ist es nicht vielleicht so, dass das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und Vorhersehbarkeit, also Art. 20 GG bei uns in Deutschland, solch klare Lösungen erfordert, was dann extrapoliert werden müsste auf die internationale Ebene? Es gibt eine Habilitationsschrift im öffentlichen Recht, welche die Rechtsstaatlichkeit und die Vorhersehbarkeit als „*idée directrice*“ des Rechts bezeichnet. Ist es nicht diese *idée directrice*, die gegen die Hybridisierung spricht, so dass man dann in der Tat Ihre drei Gegengewichte, Herr Paulus, hervorheben muss, also die Solange-Rechtsprechung, das Identitätsprinzip des Staates und die ultra vires-Lehre. Vielen Dank.

Herr Simma: Um es kurz zu machen: Ich hatte die Absicht, in ein paar Bemerkungen, die aber eben länger als drei Minuten dauern würden, vorzuschlagen, in unsere Diskussion um Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts medizinische beziehungsweise psychosomatische Begriffe einzuführen. So würde ich die „Konstitutionalisierung“ als einen Versuch der Gesundbeterei des Völkerrechts und die „Fragmentierung“ als Ausdruck einer völkerrechtlichen Hypochondrie bezeichnen. Ich habe den Eindruck, dass Autoren, um sich interessant zu machen, das heißt wissenschaftlich ausgedrückt, sich einen Namen zu machen im Schrifttum, Begriffe und Phänomene feststellen, die sich in der Praxis als relativ, sagen wir mal, überwindbar darstellen. Und ich wollte eigentlich einen Resolutionsvorschlag der Gesellschaft initiieren, nach dem der Begriff der Fragmentierung als irgendwie unanständig oder unangemessen verboten werden sollte, habe aber dann von Gerhard Hafner gehört, dass er eigentlich der Vater dieses Begriffs ist. Er hat diesen im Jahre 1999 oder 2000 in der International Law Commission eingeführt und kann sich nicht erinnern, vorher irgendwo auf den Begriff gestoßen zu sein. Deshalb ziehe ich diesen Vorschlag zurück, danke.

Frau Peters: Ich möchte eine Bemerkung zu Konstitutionalisierung, Fragmentierung und Legitimation machen, den zentralen Topoi beider Referate. Andreas, in der Vortragsreihe des Max-Planck-Instituts warst Du wohl der Einzige, der im Referat Konstitutionalisierung und Fragmentierung gegenüber gestellt hat. Ich kann mich nicht erinnern, dass dies in anderen Referaten so vorkam. Viele Referenten haben Konstitutionalisierung gar nicht erwähnt. Ich meine, dass es sich um eine falsche Gegenüberstellung handelt. Denn der globale Konstitutionalismus ist nicht holistisch oder monolithisch zu verstehen, sondern er begrüßt die Ausdifferenzierung des Völkerrechts und sagt, dass dies kein krankhafter Prozess ist. Richtig ist, dass der Konstitutionalisie-

rungsdiskurs an schwammiger Begrifflichkeit leidet. Aber das gilt für den Pluralismus genauso: Hier ist oft nicht klar, ob es um Pluralismus der Rechtsordnungen, der Akteure oder der Werte geht. Ich würde sagen, dass sich mittlerweile im konstitutionalistischen Diskurs Einigkeit darüber herausgebildet hat, dass es nicht um „eine“ einzige Verfassung (also um eine Urkunde, deren Inhalte automatisch Vorrang genießen) geht, sondern um internationales Verfassungsrecht. Beispielsweise lautet das neue Schlagwort in der online Oxford-Bibliographie „international constitutional law“. Es besteht auch Einigkeit darüber, dass es um ein Mehrebenen-System und um die Einbeziehung aller möglichen Akteure geht. Es ist wichtig, dass die Rede vom globalen Konstitutionalismus ein kritisches Potential hat. Der Konstitutionalisierungsdiskurs stellt ein Vokabular bereit, das es erlaubt, die Legitimationsfrage, die so drängend in den beiden Referaten und in den Wortmeldungen aufkam, zu bearbeiten, ohne das Rad neu erfinden zu müssen.

Herr Walter: Ich wollte den Blick auf das zweite große Thema, das hinter dem schönen Referat von Andreas Paulus steht, lenken. Es geht ja nicht nur um Legitimationsfragen, sondern auch um das Verhältnis der Rechtsordnungen zueinander, also die Kompetenzfrage. Hier hätte ich eine Rückfrage zur These 20. Wenn man zunächst Satz 1 um den Einschub verkürzt, dann lautet er: „Eine Lösung von Kompetenzkonflikten kann nur in einem gegenseitigen Prozess des Gebens und Nehmens gefunden werden.“ Nochmal verkürzt und überspitzt: Die Kompetenzgrenzen ergeben sich schon irgendwie. Damit habe ich, ehrlich gesagt, ein gewisses Unbehagen, und zwar aus mehreren Gründen: Zunächst einmal aus der Sicht der Völkerrechtswissenschaft. Die These reduziert nämlich in unsere Rolle darauf, die Institutionen, die im Einschub genannt sind, zu beobachten, und dann zu beschreiben, was sie tun. Müssten wir nicht eigentlich – zur Vermeidung dessen, was zur Staatsrechtswissenschaft gesagt wurde, nämlich ihrer Entthronung durch die gerichtliche Praxis – an dieser Stelle Vorschläge unterbreiten, wie diese Grenzen aussehen sollen? Also die Dinge, die in der These 19 in den Buchstaben a) und c) sehr allgemein vorgeschlagen sind, in den Details ansehen. Wann ist denn etwa eine Entscheidung „rücksichtslos“ jenseits der Grenze? Ist es „rücksichtslos“, wenn der EuGH (Åkerberg Fransson) die Grundrechte-Charta auf einen annähernd ausschließlich innerstaatlichen Fall anwendet? Diese Fragen müsste man dann, das wäre die eine Variante, kleinarbeiten.

Die andere Variante wäre – und deswegen bin ich mir auch nicht sicher, ob die Beobachtung mit dem Geben und Nehmen stimmt – zu fragen, ob nicht doch Hierarchien vorhanden sind. Ist es nicht eigentlich so, dass, wenn das Bundesverfassungsgericht etwa in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung dem EGMR folgt, dahinter eine, ich nehme mal die Terminologie vom „soft law“ auf, eine „softe“ Hierarchie steht? Sind nicht ähnliche weiche Hierarchien gegenüber dem EuGH zu beobachten? Gerät also das Bundesverfassungsgericht nicht gewissermaßen in die Zange zwischen diesen beiden anderen Gerichten? Müsste die Rechtswissenschaft nicht stärker ihr Augenmerk auf solche weichen Hierarchien richten?

Herr Benedek: Meine Frage geht dahin, zu reflektieren, was uns der Hybridisierungsdiskurs zur Fragmentierung des internationalen Menschenrechtsschutzes wirklich sagt. Wir feiern heuer zwanzig Jahre Wiener Weltkonferenz für Menschenrechte. 1993 ist es gelungen, regionale Fragmentierungstendenzen einzubinden. Vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wird sehr breit, für manche zu breit, die

„margin of appreciation“-Doktrin angewendet, die nationale Systeme berücksichtigt. Manchen, vor allem England, geht es noch immer nicht weit genug. Gegenüber den USA haben wir auch große Unterschiede, die Todesstrafe und ähnliches mehr. Wenn es um globale Menschenrechtspolitik, etwa der EU geht, dann gibt es eher einheitliche Ansätze, wobei es eine Vielzahl von Menschenrechtsdialogen mit anderen Ländern gibt. Nun, ein aktuelles Beispiel wäre die Behandlung homosexueller Paare weltweit, von ihrer menschenrechtlichen Seite. Hier fehlen uns globale, menschenrechtliche Institutionen, die ähnlich wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Auslegung helfen können. Es gibt zwar Vorschläge für einen Internationalen Menschenrechtsgerichtshof, Nowak in Wien hat das sehr stark propagiert, aber das ist nicht rasch zu realisieren. Dies wirft die Frage nach den Lösungsansätzen auf. Allgemeine Prinzipien oder *ordre public*-Ansatz? Wir sind in einer Situation, in der man doch einen zunehmenden Pluralismus anerkennen muss, aber zugleich nicht die Menschenrechte opfern sollte.

Danke.

Herr Roth: Frau Dethloff, jetzt kommt ein Beitrag, der nicht Ihnen beiden gewidmet ist, sondern eben nur Ihnen. Ich bin mit allem einverstanden, was Sie gesagt haben, habe aber eine Bemerkung zu V. 13. ihrer dortigen These, dass ein Mehr an Einheitsrecht die Kosten der Fremdrechtsanwendung reduziere. Meine Frage an Sie wäre: Wenn wir zwar Einheitsrecht haben, aber kein Gericht, das dieses letzten Endes verbindlich auslegt, wie z.B. das UN-Kaufrecht, und wir Akteure in aller Welt haben – in 86 oder heute 88 verschiedenen Vertragsstaaten wird das UN-Kaufrecht ausgelegt – führt das nicht doch wieder zu einer neuen Unübersichtlichkeit im Hinblick auf die Auslegung dieses Instruments?

Zweite Frage: Was ist mit Rechtsfortbildung? Sie hatten angedeutet, dass internationale privatrechtliche Konventionen erstarren. In der Tat gibt es hier, glaube ich, ein Problem, wenn man dies mit Entwicklungen im europäischen Privatrecht vergleicht, wo der Europäische Gerichtshof aktiv rechtsfortbildend tätig ist – denken Sie an die Fahrgastrechteverordnung (Nr. 261/2004), zu der es im Übrigen auch schon viele deutsche Entscheidungen gibt. Wahrscheinlich könnte man die nationale Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht auch dahingehend analysieren, dass unter der Hand auch Rechtsfortbildung betrieben wird, was dann zu einem weiteren Auseinanderdriften im Einheitsrecht führen mag.

Dritte Bemerkung: Die Sicht, die Herr Weller angedeutet hat, zum Verhältnis von IPR und Einheitsrecht, möchte ich nicht teilen. Ich finde die von Ihnen vorgestellte Struktur des IPR überzeugend, aber auf der zweiten Stufe der Rechtsanwendung in den jeweiligen nationalen Rechten müssen wir angemessene Lösungen entwickeln für transnationale Sachverhalte; und damit diese nicht zu weit auseinander driften, könnte man wieder Einheitsrecht entwickeln. Insofern sehe ich da eigentlich nicht ein „entweder/oder“, sondern in der Tat, wie Sie gesagt haben, Frau Dethloff, ein „sowohl als auch“, allerdings mit den beiden Einschränkungen der beiden Fragen bzw. Bemerkungen, die ich zuvor gemacht habe.

Herr Maruhn: Vielen Dank für zwei hervorragende Referate. Ich möchte mich nur zu dem Referat vom Herrn Kollegen Paulus äußern. Anknüpfend an das, was der Sitzungsleiter eingangs sagte, möchte ich These 2, insbesondere die letzten zwei Sätze

nachdrücklich unterstützen. Ich denke, da ist sehr schön formuliert, was eine zentrale Aufgabe der Rechtswissenschaft ist: für Klarheit zu sorgen, damit die Praxis das Recht anwenden kann. Dazu gehören meines Erachtens drei Dinge:

Erstens die sorgfältige Analyse der Teilrechtsordnungen, zweitens die ebenso sorgfältige Analyse der Schnittstellen und drittens die Beantwortung der Frage nach der Hierarchie dieser Rechtsordnungen. Vielen Dank.

Herr Lorz: Ich knüpfe in der Tat sehr gerne an das Statement von Thilo Marauhn bezüglich der Aufgabe der Rechtswissenschaft – und vielleicht auch an das, was Christian Walter gesagt hat – an. Ich möchte nämlich eine Art von Appell insbesondere an das Referat von Herrn Paulus anschließen. Herr Paulus hat darauf hingewiesen, dass es allein schon wegen der Auswirkungen auf Dritte darum geht, Widersprüche zu vermeiden, und hat auch völlig zu Recht unterstrichen, dass wir uns dazu nicht auf die autopoietischen Mechanismen verlassen dürfen, also sozusagen darauf, dass sich das schon alles irgendwie von selber einstellt. Und ich möchte hinzufügen, dass sich diese Widersprüche vielleicht am ehesten auf der Ebene der Rechtserzeugung vermeiden lassen. Nun hat Herr Paulus auch völlig zu Recht betont, dass Gerichte und Wissenschaft keine Regeln erzeugen können, aber wenn ich mir den Prozess der Rechtserzeugung so anschau – das ist jetzt zugegebenermaßen eine subjektive Wahrnehmung, die ich nicht empirisch untermauern kann – dann habe ich den Eindruck, dass sich sehr viele Rechtsordnungen oder Teilrechtsordnungen nebeneinander her entwickeln, weil diejenigen Entscheidungsträger, die die Regeln erzeugen, gar nicht überschauen, was die Verschränkungen bzw. Wechselwirkungen mit anderen Teilrechtsordnungen sind. Wenn aber diese Wahrnehmung von mir stimmt, dann bedeutet das, dass Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in gewisser Weise ein Reparaturbetrieb sind. Das heißt, wir lesen eine Kohärenz in das System hinein, die von vornherein eigentlich nicht drin ist. Wir schaffen sozusagen überhaupt erst die Kohärenz und Übereinstimmung durch die Auslegung und Anwendung des Rechts. Das ist zwar eine sehr anerkennenswerte Leistung und muss auch mit Sicherheit weiter erbracht werden, aber sie führt manchmal zu gewissen dogmatischen Verrenkungen. Deswegen möchte ich an dieser Stelle an die Rechtswissenschaft appellieren, dass sie es als eine ihrer spezifischen Aufgaben sehen muss, sich in den Prozess der Rechtserzeugung einzuklinken und das zu leisten, was im formalen Rechtserzeugungsprozess oft nicht geleistet werden kann, nämlich die Verschränkungen und Wechselwirkungen und damit auch die potentiellen Widersprüche zwischen den einzelnen Regelungssystemen und -ebenen zu erkennen. Danke schön.

Herr Kämmerer: Ich habe eine Nachfrage, die sich vor allem an Herrn Paulus richtet, zu Begriff, Bezugspunkt und Ordnungsrahmen der Hybridisierung. Dies ist ein Begriff, zu dem ich gern etwas mehr erfahren würde und der vielleicht noch genauer umrissen werden muss, damit ihn Herr Simma nicht möglicherweise in fünf Jahren auch auf seine Negativliste setzt.

Was also soll Hybridisierung genau bezeichnen? Man kann sich darunter vorstellen – wie hier auch angeklungen ist –, dass sowohl Begriffe als auch Institutionen von unterschiedlichen Systemen her betrachtet werden. Es gibt in beiden Bereichen außerdem Mischformen, die man als hybrid bezeichnen kann, doch eigentlich kommt der Begriff aus der Genetik und bezeichnet ein Wesen, das zielgerichtet und prag-

matisch entwickelt, aber meist steril ist, sich also nicht fortpflanzen oder weiterentwickeln kann. Mich würde interessieren, ob Sie Hybridisierung bzw. Hybride als etwas Eigenständiges und auch Beständiges betrachten wollen oder doch nur als etwas, das eben ad hoc entsteht und nicht fortgeschrieben wird.

Zweitens: Was eigentlich ist hier hybrid, die Akteure oder die Ordnungen? Frau Dethloff scheint den Fokus ja stärker auf die Ordnungen zu legen und stellt fest, dass hier die hybriden Mischformen zu finden sind. Die von Ihnen erwähnten Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in Österreich scheinen hierzu zu passen. Auf institutioneller Ebene lassen sich zum Beispiel manche internationalisierten Strafgerichte als Hybriden bezeichnen, die sich nicht weiterentwickeln sollen, sondern – eigentlich – nur ad hoc geschaffen worden sind.

Mein dritter und letzter Punkt betrifft die Systemgrundlage. Sie schlagen vor, auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu rekurrieren. Das ist eine Lösung, für die ich große Sympathie hege, weil wir mit ihnen in der Tat einen gemeinsamen Nenner haben. Auf der anderen Seite propagieren Sie, dass man das Völkerrecht wenigstens auch auf die multinationalen Unternehmen anwenden sollte. Zielt das darauf ab, einen allzu großen Außenpluralismus der Ordnungen zu verhindern und die Akteure nach Möglichkeit in das Völkerrecht einzugliedern? Oder ist es der Versuch, zumindest interimistisch eine Lösung zu finden, bis nicht nur die Völkerrechts-, sondern die Rechtslehre insgesamt einen Weg gefunden hat, sich mit der zunehmenden Pluralität und Hybridität auseinanderzusetzen?

Herr Hobe: Meine Frage richtet sich an Andreas Paulus und betrifft dort insbesondere dessen These 11, zur Frage der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die Sie, finde ich, sehr attraktiv als die gemeinsame Klammer bezeichnet haben. Sie sagen, es gehe um den Prozess der Lückenfüllung durch den vergleichenden Rekurs auf die universell anerkannte Rechtspraxis verschiedener Rechtsordnungen, meist des Zivilrechts, und nehmen dort die Akzeptanz der allgemeinen Rechtsordnung als Akzeptanz des Prinzips von Fairness als Grundlage. Meine Frage richtet sich zum einen an eine Formulierung in Ihrer These 11, wo es heißt: „Daraus haben sich allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts entwickelt“ – es geht mir also in diesem Zusammenhang der allgemeinen Rechtsgrundsätze um Grundsätze zu den nationalen Rechten. Zum zweiten habe ich noch sehr viel konkreter die Frage an Sie: Wo spielt das denn in der Praxis eine Rolle? Gibt es solche allgemeinen Rechtsgrundsätze, von denen wir tatsächlich sagen können, dass sie jetzt mittlerweile völkerrechtlichen Bestand haben? Nehmen wir das Beispiel der Eigentumsordnung. Wenn ich das richtig sehe, gibt es bis heute keinen völkerrechtlich konsentierten Eigentumsbegriff, obwohl es viele Angebote nationaler Rechtsordnungen zu Eigentumsdefinitionen und sonstigem gibt. Im Investitionsrecht spielt das eine gewaltige Rolle, auch das US-Iran-Claims-Tribunal hat vielfach darüber doziert, wenngleich es bis zu einer Definition nicht gekommen ist. Also die Frage an Sie: Wenn es denn so sein soll, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze tatsächlich die gemeinsame Klammer sind, gibt es dafür konkrete Beispiele? Und wäre die Eigentumsordnung ein solches Beispiel?

Herr Reinisch: Meine Frage bezieht sich auf den Vortrag von Herrn Paulus. Es hat mich natürlich sehr gefreut, dass das Investitionsrecht salonfähig gemacht wird, indem es hier so prominent vorkommt. Und es bestätigt ja nur, dass es ein Bereich ist, wo tat-

sächlich völkerrechtlich gesehen sehr viel „Action“ ist. Eine Bemerkung bezüglich der meines Erachtens doch etwas eingeschränkten Verwendbarkeit hinsichtlich einer Hybridisierung: Die Beispiele, die wir vor allem in den letzten zwei Jahrzehnten aus der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit haben, sind primär sogenannte „treaty claims“, bei denen in Wahrheit völkerrechtlichem Vertragsrecht zur Durchsetzung verholten werden soll und wo andere Rechtsordnungen eigentlich nur eine untergeordnete, vielleicht Vorfragen-Funktion haben. Dies im Gegensatz zum Beginn der ICSID-Rechtsprechungen, in den 1980er-Jahren und davor, als es wesentlich häufiger um „contract claims“ ging, also um privatrechtliche Beziehungen zwischen Investoren und Staaten, und wo Art. 42 der ICSID-Konvention mit der spannenden Implikation ins Spiel gekommen ist, dass tatsächlich völkerrechtliche Verträge auf dieses privatrechtliche Verhältnis unter Umständen korrigierend oder ergänzend eingewirkt haben. Das jedoch nur als Bemerkung.

Meine Frage knüpft an eine Bemerkung an, die ich als Fußnote qualifizieren sollte, so habe ich sie zumindest verstanden. Hinsichtlich der Funktion der allgemeinen Rechtsgrundsätze wollte ich nur noch mal nachfragen, ob ich das richtig verstanden habe: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sollten nicht herangezogen werden, um Völkergewohnheitsrecht zu umgehen und die mangelnde Qualifikation einer Norm durch das Völkergewohnheitsrecht zu ersetzen. Ich möchte das jetzt ein bisschen überspitzt auf den Punkt bringen: Ist das nicht gerade das Potential der allgemeinen Rechtsgrundsätze, dort eine Legitimation zu bieten, wo es das Gewohnheitsrecht nicht tut? Ich erinnere mich vor Jahren einen Beitrag, ich glaube von Bruno Simma und Philip Alston im Australian Yearbook of International Law, gelesen zu haben, die Menschenrechte seien doch ein wunderbares Beispiel, wo wir alle möglichen Verrenkungen aufführen müssen, um die mangelnde Konsistenz der Staatenpraxis durch eine kompensierende *opinio iuris* oder was immer doch noch auf gewohnheitsrechtliche Linie zu bringen. Wäre es da nicht einfacher die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu benutzen, um zu zeigen, dass hier ein Konsens besteht, der sich vielleicht eben nicht gewohnheitsrechtlich so leicht nachweisen lässt?

Frau Emmerich-Fritsche: Herr Paulus, am Anfang Ihres Vortrags haben Sie gesagt, der Konstitutionalismus sei tot und am Ende zum Ausdruck gebracht, dass er lebt. Deutlich wurde dies in der von Ihnen treffend bejahten Bindung an das Rechtsprinzip, an die „Rule of law“ und in der Erwähnung der Idee der Konkordanz. Die konstitutionelle Sichtweise zielt auf Konkordanz auch im Sinne einer Verbindung der völkerrechtlichen Teilordnungen. Sie kamen zu dem Schluss, der Pluralismus sei als solcher kein Argument gegen, sondern für die Beachtung des Rechts. Setzt dies nicht ein universelles oder konstitutionelles Recht voraus, das in allen völkerrechtlichen Teilordnungen zu beachten ist?

Im Anschluss an die Ausführungen von Frau Dethloff zur *lex mercatoria* ergibt sich ein weiterer konstitutioneller Aspekt: die rechtsbegründende und legitimierende Konsensbildung in der hybriden international-transnationalen Ordnung. Klassisch ist die Begründung des Völkerrechts an den Staatenkonsens und dementsprechend seine demokratische Legitimation an die staatlichen Parlamente gebunden, wovon auch Herr Paulus ausgegangen ist. Hingegen erlangt die *lex mercatoria* im internationalen Wirtschaftsrecht unter Privaten ohne Mitwirkung staatlicher Vertreter transnationale Geltung. Begründet aus dem Konsens und der Übung der global tätigen Kaufleute, ist

die *lex mercatoria* nicht in ihrem Rechtsgrund, sondern nur auf der Anwendungs- und Durchsetzungsebene mit der internationalen bzw. staatlichen Ordnung verbunden, was Frau Dethloff deutlich gemacht hat. Die „hybride“ Rechtsordnung, etwa des internationalen Wirtschaftsrechts, in der sich öffentliches und privates Recht berühren, beruht auf einem „hybriden Konsens“. Damit stellt sich eine weitere Frage: Inwieweit besteht aus völkerrechtlicher Perspektive Bereitschaft, den klassischen Staatenkonsens als Grundlage des Gewohnheitsrechts durch die Einbeziehung privater Rechtssubjekte zu erweitern? Herzlichen Dank.

Herr Hailbronner: Ganz kurz zu dem, was Herr Walter schon angesprochen hat, die Hybridisierung der Grundrechtsordnung. Da habe ich eigentlich nur eine Frage an Herrn Paulus: Was bedeutet die Formulierung: „die Kompetenzgrenzen *rücksichtslos* überschreitet“. Mit anderen Worten: wenn es um *ultra vires* geht, ist das nicht doch in Wirklichkeit eine Verschleierung der Problematik? Ich halte es doch für sehr unwahrscheinlich, dass letztendlich derjenige, der darüber entscheidet, also das Bundesverfassungsgericht – dazu brauchen Sie natürlich keine Stellungnahme abzugeben – unverhüllt feststellen würde, dass der Europäische Gerichtshof „rücksichtslos“ die Grenzen überschreitet, wenn er die EU Grundrechte-Charta anwendet, auch dann, wenn keine Umsetzung von europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Spiel steht.

Zweiter Punkt: Bei den Akteuren, also bei der Frage, wer die eigentlich entscheidende Rolle spielt, sind da nicht die Gerichte bei Ihnen etwas unterbewertet? Ist nicht in Wirklichkeit die Frage nach Hybridisierung und Kompetenzgrenzen diejenige, wie denn die europäischen oder internationalen Gerichte eigentlich ihre Rechtsquellen gewinnen? Und da muss man in den Blick nehmen, dass es eben häufig nicht mehr nur um die Auslegung völkerrechtlicher Verträge oder Gewohnheitsrecht geht, sondern dass die Weiterentwicklung, die Rechtsfortbildung, eine ständig zunehmende größere Rolle spielt. Und wer wirkt auf die Rechtsquellen ein? Da kann ich nur feststellen, dass sich doch viel verschoben hat. Verschoben hat sich die Heranziehung der herkömmlichen Regeln über Rechtsüberzeugung der Völkerrechtssubjekte, auf der die Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention beruhen, hin zu neuen Formen der Extrahierung internationaler Rechtsregeln, wie es auch Herr von Bogdandy thematisiert hat, hin zu einer Art Rechtsüberzeugung der „internationalen Gemeinschaft“, unter Einbeziehung aller Arten von nichtstaatlichen Akteuren, die irgendwie beteiligt sind. Damit stellt sich meines Erachtens die Frage: Wäre es sinnvoll oder notwendig, den Staaten als den wichtigsten Völkerrechtssubjekten in diesem Prozess der Rechtsentwicklung wieder stärkeren Einfluss durch Anwendung herkömmlicher Instrumente, zum Beispiel übereinstimmende Auslegungserklärungen, zu verschaffen? Könnten sich nicht die Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention, oder einige dieser Mitgliedstaaten, zusammensetzen und einer allzu ausufernden Rechtsfortbildung Grenzen setzen, indem sie zum Beispiel feststellen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Art. 8 (Recht auf Privatleben) nicht dahin auslegen kann, dass das Recht der Staaten auf Regelung ihrer Staatsangehörigkeit eingeschränkt ist. Was im Ergebnis ja nur die Folge der Anwendung herkömmlicher völkerrechtlicher Dogmatik gemäß Art. 31 WVRK wäre. Vielen Dank.

Frau Odendahl: Der Kreis schließt sich: Ich komme noch einmal auf die Legitimationsfrage zu sprechen und habe eine Frage an Herrn Paulus. Sie stellen die These

auf, dass die Legitimation nach demokratischen Grundsätzen zu erfolgen habe, und ziehen daraus die Schlussfolgerung, dass nur der demokratische Staat zur Legitimation berechtigt sei. So positiv ich Ihrem Ansatz gegenüberstehe, so stellt sich doch die Frage, ob diese These praktisch umsetzbar ist. Wir wissen, dass Demokratie kein Völkerrechtsgrundsatz ist. Wir wissen auch, dass es eine Reihe von Staaten gibt, die nicht demokratisch organisiert sind. Wie gehen Sie mit diesen Staaten um? Konkret formuliert: Führt eine Rückbindung internationaler Institutionen beispielsweise an China oder an die Arabischen Golfmonarchien zu ihrer fehlenden Legitimation? Danke.

Herr Nolte: Vielen Dank, Frau Odendahl, *on this optimistic note* beenden wir diese Diskussion. Es ist zwölf Uhr, wir haben zehn bis fünfzehn Minuten, und das ist nicht sehr viel Zeit für unsere Referierenden zu antworten. Ich möchte mich herzlich bei Ihnen allen bedanken, das war eine beeindruckende Selbstdisziplin in einer Gruppe, die ein Optimum an Beiträgen hervorgebracht hat. Nicht geschafft haben wir jetzt die Beiträge von Eckart Klein und Alexander Proelss, die mir aber nach ihren Selbstbeschreibungen auch in den Nachmittag zu passen scheinen. Nun spricht zuerst Andreas Paulus und dann Nina Dethloff.

Herr Paulus: Vielen Dank für diese sehr hilfreichen und spannenden Beiträge. Ich bin sehr froh, dass die Mehrzahl der Fragen die Legitimation betrifft, weil gerade die Legitimationsfrage meines Erachtens zu wenig gestellt wird. Insofern öffnet sich hier ein weites Feld, es sind auch sehr schöne neuere Arbeiten entstanden, ich denke zum Beispiel an Herrn Viellechner, der im Bereich der Transnationalisierungen geschrieben hat, an Nico Krisch natürlich und so weiter. Aber ich glaube, die Diskussion hat die Problematik bisher nicht erschöpfend behandelt. Insofern ist es wichtig, dass das im Mittelpunkt der Diskussion steht.

Wir haben eine zentrale Diskussion über die Begriffe Demokratie und Konstitutionalisierung erlebt. Ich glaube, der Beginn war interessant: Herr Basedow, Sie haben zutreffend bemerkt, Demokratie muss nichts von der Sache verstehen. Demokratie kann auch unsachliche Ergebnisse legitimieren. Das dürfen Gerichte aber nicht. Sie müssen ihre Entscheidungen zurückführen auf solche demokratischen Entscheidungen, selbst wenn sie ihnen nicht gefallen, sie können aber sehr wohl eine demokratische Entscheidung einpassen in das Rechtssystem, das ja eine Legitimationsgrundlage aufweist. „Later in time“ ist allenfalls der Beginn einer Antwort, wahrscheinlich nicht mal das. Das Schweizer Bundesgericht, das hier schon öfters zitiert worden ist, ist das beste Beispiel dafür. Aber ich möchte nochmal betonen, dass die demokratische Grundentscheidung selbst nichts von der Sache verstehen muss, um sich zu legitimieren. Das ist manchmal sehr lästig, weil wir natürlich alle mehr oder minder rationale Menschen sind und hoffen, dass die Demokratie auch zu rationalen Ergebnissen führt, aber das muss sie eigentlich nicht. Trotzdem glaube ich, dass die demokratische Legitimierung auch von ansonsten völlig sachgerechten Entscheidungen ein zusätzlicher Gewinn ist.

Nun sind nicht alle Staaten demokratisch, das ist mir wohl bewusst. Es geht hier darum, im Sinne eines überlappenden Konsenses von Rawls, dass internationale Entscheidungen jedenfalls demokratisch *legitimierbar* sind, auch für demokratische Staaten, und das, meine Damen und Herren, können wir schon verlangen und das würde ich auch verlangen. Nicht akzeptabel in diesem Sinne wäre für mich eine Entscheidung,

die nicht demokratisch legitimierbar ist. Das kann sich in einem anderen Rechtssystem anders darstellen, für China mag zum Beispiel vieles akzeptabel sein, was für uns nicht akzeptabel ist. Das ist natürlich ein Problem, das wir mit unserer Verfassungsidentität bekommen können, und deswegen ist die Legitimationsdiskussion so wichtig.

Zur Konstitutionalisierung: Die Konstitutionalisierung ist tot, es lebe die Konstitutionalisierung! Genau so wollte ich mich verstanden wissen. Es geht darum, die kritischen Einsichten, die uns national zur Verfassung geführt haben, nun auch in die internationale Legitimationsdiskussion einzubringen. Das Gelernte dürfen wir international nicht plötzlich verlernen. Mit anderen Worten, wir dürfen nicht der technokratischen Versuchung erliegen, indem wir die Diskussion mit der Existenz einer formalen Rechtsgrundlage beenden. Am Anfang habe ich zwar den Wechsel der intellektuellen Moden beschrieben, aber das heißt ja nicht, dass es keinen Ertrag der Konstitutionalisierungsdiskussion gegeben hätte. Das würde ich mit Anne Peters vehement bestreiten und das führt uns zurück auf die Legitimationsfrage, bei der wir in der Tat gerade von der Konstitutionalisierung lernen können, nämlich, dass die Legitimationsfrage nicht ungestellt bleiben darf.

Dann, Herr Walter, haben Sie gefragt, ob das gegenseitige Geben und Nehmen prinzipienlos sei. Das ist in der Tat eine Gegenposition zu der von mir vertretenen. Meine These ist in der Tat, dass wenn das Aufbauen der überbordenden kelsenianischen Superhierarchie des Weltrechts – Sie haben ja am Ende von einem Rechtssystem gesprochen – nicht möglich ist, wir dann in der Tat in Dialogprozesse dieser Art zwischen den Gerichten ausweichen und dies als ein Prozess des Austarierens begreifen müssen, das auf den jeweiligen Kompetenzgrundlagen aufbaut und sich dort zusammenrauft. In der Tat halte ich das für ein spannendes Forschungsprogramm, zu untersuchen wie das funktioniert. Es gibt natürlich auch prinzipienlose Dialoge, die zu geradezu imperialistischen Ergebnissen kommen. Ich erwarte mir von Ihnen allen eigentlich, dass Sie das aufdecken und entsprechend kritisieren. Aber ich finde nicht, dass man diesen Dialog um die Kompetenzabgrenzung zwischen dem EGMR und den nationalen Gerichten, der sehr intensiv um die „margin of appreciation“ geführt wird, als abgehoben von den Grundlagen und als pathologisch beschreiben sollte. Da würde ich deutlich eine andere Position einnehmen. Das Problem, das wir da mit dem EuGH, besonders aber mit dem EGMR haben, ist, dass dieser ja einen Mindest- oder besser einen gemeineuropäischen Standard – das Wort „Mindest-“ wird in Straßburg nicht gerne gehört, er ist ja schon relativ anspruchsvoll – judiziert. Die nationalen Gerichte und alle anderen, auch die nationalen Gesetzgeber, hingegen tun das für ihr jeweiliges Land, auf ihrer jeweiligen kulturellen, zivilisatorischen und politischen Grundlage, und da ist da schon ein Weniger und Mehr gefragt, und das muss ausgetestet werden. Ein Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, der die „margin“ völlig aufgäbe, wäre für die Mitgliedstaaten, jedenfalls für solche, die auch über eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen, sicherlich schwer zu akzeptieren. Aber so judiziert Straßburg ja auch nicht, und das begrüße ich. Dass es da zu Inkonsequenzen kommt – also ich denke an eine Entscheidung wie Springer,¹ in der lange von der „margin“ die Rede ist und am Ende durchjudiziert wird, als gäbe es die „margin“ nicht – das ist eine andere Frage. Aber insgesamt glaube ich, dass das ein notwendiger Prozess ist. Dass wir da in Europa weiter sind als international, ist klar, Herr Benedek. Was soll denn ein internationales Gericht mit der

1 Springer v. Germany, App. 39954/08, Urteil v. 7.2.2012, Z. 85-88.

Homo-Ehe machen? Zu welchem Ergebnis soll es denn kommen, es kann doch nur zu regional ausdifferenzierten Lösungen gelangen, weil es sonst, zum Beispiel in Afrika, dafür überhaupt keine Akzeptanz fände. Sie können versuchen, diese Akzeptanz politisch zu gewinnen, und ein Gericht spielt da eine gewisse Rolle, aber wohl kaum die Hauptrolle. Herr Lorz, den Fiktionscharakter der Kohärenz habe ich dargestellt, das ist ein Kernproblem, und deswegen ist die Aufgabe ja auch so schwierig, diese Fiktion ernst zu nehmen und dann zu einem abgewogenen Ergebnis zu kommen.

Es wurde nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gefragt. Die Rechtsgrundsätze des Völkerrechts haben sich deswegen entwickelt, weil eine eigene völkerrechtliche Rechtspraxis aufgebaut worden ist. Das Problem bei der Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht besteht darin – und da zwingen Sie mich fast zum Vatermord, weil ich nicht mit Simma/Alston einverstanden bin – dass man, so glaube ich, die Rechtsprinzipien nicht dann benutzen kann, wenn man beim Gewohnheitsrecht zu einem negativen Ergebnis gekommen ist. Ich glaube aber sehr wohl, dass man die Rechtsgrundsätze eigenständig benutzen kann, um per Analogieschluss aus anderen Rechtsordnungen eine Lücke zu füllen. Das ist ein anderer Prozess als der des Gewohnheitsrechts, ein Prozess der analogen Übertragung. Das ist nicht Gewohnheitsrecht, denn die Untersuchung beginnt bei der Feststellung: Keine Gewohnheit in meinem System. Es ist also eine eigenständige, eine andere Rechtsquelle, nicht die gleiche. Praktische Rolle: Den Notstand hatte ich erwähnt. Im Eigentum ist es ja gerade schwierig, da gibt es diesen universellen Konsens eben nicht und auch regional gibt es ihn nicht überall. Ich denke an eine neuere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bei der ich mir nicht sicher bin, ob sie auf einem solchen Konsens beruht, den Fall Herrmann.² Am Ende kommt es also auf die Frage an: *quis iudicabit*. Das sind formal zunächst die Gerichte, aber in Wirklichkeit die Gemeinsamkeit der Rechtsunterworfenen, also wir alle. Vielen Dank.

Frau Dethloff: Es war eine Vielfalt von Fragen, für die ich mich sehr bedanken möchte.

Ein zentraler Aspekt, der angesprochen wurde, war die Frage der Hybridisierung, der Schaffung von Einheitsrecht und nach dem Verhältnis von Einheits- und Kollisionsrecht. Hybridisierung ist meines Erachtens in der Tat, Herr Weller, nicht als Leitbild zu begreifen, so will ich es auch nicht verstanden wissen. Sondern mit dem Begriff der Hybridisierung, wenn man ihn überhaupt verwenden will, habe ich die Entstehung einer Mischform bei der Bildung von Einheitsrecht, also im Prozess der Rechtsetzung bzw. der Rechtsentstehung bezeichnet. Dies ist einfach ein Faktum, mit dem wir konfrontiert sind und das wir in der Wissenschaft bewältigen müssen – also kein Leitbild. Allerdings würde ich sagen, dass dieser Prozess erhebliche Chancen in sich birgt, denn wir sehen gerade in der Rechtsvergleichung, dass andere durchaus entsprechende Erfahrungen gemacht haben, die wir nutzen können. Letztlich glaube ich, dass nur Einheitsrecht, das auf Rechtsvergleichung beruht, gelingt.

Herr Roth, Sie hatten, das schließt sich gut an, die Frage des Einheitsrechtes angesprochen. Ich kann Ihnen nur voll zustimmen. Einheitsrecht bringt natürlich auch Schwierigkeiten mit sich, insbesondere dann, wenn es sich um weltweites Einheitsrecht han-

² Herrmann v. Germany, App. 9300/07, Urteil v. 26.6.2012.

delt. Gerade die Einheitlichkeit der Auslegung und der Rechtsfortbildung muss gewährleistet sein. Deswegen sehe ich hier eher Chancen auf europäischer Ebene. Auch der von Ihnen, Herr Weller, angesprochene Aspekt der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit ist natürlich nur dann gewährleistet, wenn eine einheitliche Auslegung sichergestellt ist. Allerdings muss man sagen, dass die Alternative zur Schaffung von Einheitsrecht die Fremdrechtsanwendung ist, und die birgt erheblich viel mehr Schwierigkeiten und führt zu viel mehr Intransparenz und weniger Vorhersehbarkeit. Unter diesem Gesichtspunkt würde ich daher sehr wohl der mit der Schaffung von Einheitsrecht verbundenen Hybridisierung eine gewisse Art Leitbildfunktion zumessen und die Ergänzung von Kollisions- und Sachrechtsvereinheitlichung als Desiderat betrachten.

Noch kurz eine Bemerkung zur Frage der Legitimation, die hier auch angesprochen wurde. Da erscheint mir Ihr Gedanke, Herr Basedow, als sehr sympathisch. In der Tat würde auch ich für eine vergleichende Legitimationsforschung plädieren, denn tatsächlich wird nicht alles, was wir an Normen kennen, wirklich deshalb befolgt, weil es rechtlich durchsetzbar ist. Wir haben weite Bereiche angesprochen, wie etwa den Sport, aber eben auch den Bereich des religiösen Rechtes, das Familien- und Erbrecht anderer Kulturen. Es existiert ein großes Kontinuum von Gebräuchen und Sitten bis hin zu Normen, die einfach ohne staatlichen Zwang befolgt werden. Denn viel hängt eben auch von der Streitkultur ab. Aber natürlich müssen wir, wenn wir in einem demokratischen Staat leben, uns stets fragen, wie dieses Recht demokratisch legitimiert ist. Diese Fragen stellen sich gerade auch im Bereich des Kollisionsrechts. Wir verweisen auf Grund unseres kollisionsrechtlichen Befehls, der demokratisch legitimiert ist, sei es auf nationaler oder auf EU-Ebene, auf ein fremdes Recht. Und wie das nun seinerseits legitimiert ist, das ist völlig außerhalb unseres Einflusses. Insofern kann es durchaus von Vorteil sein, wenn wir hier die Möglichkeit vorsehen, auch private Regelwerke zu schaffen, denen letztlich, sei es über die Vollstreckung von Schiedssprüchen oder bei Zulassung einer Rechtswahl mittels kollisionsrechtlichen Befehls, staatliche Geltungskraft verliehen wird. Damit schließt sich dann der Kreis auch zu Herrn von Bogdandys Frage: Eine Legitimation durch Wissenschaft sehe ich zwar nicht, aber ich sehe, dass Wissenschaftler durchaus dazu beitragen können, Recht zu schaffen, das unter Umständen mit Blick auf seine Qualität eher als legitimiert erscheint als manch anderes Recht, wenn man die Rechtsetzungsprozesse betrachtet, an denen die Wissenschaft nicht beteiligt war.

Herr Nolte: Vielen Dank. Ich glaube, die Diskussion hat gezeigt, dass das Thema ein anregendes und wichtiges war; dass es aber auch richtig war, das Thema mit einem Fragezeichen zu formulieren und ohne wie mit einem Fanfarenstoß „Hybridisierung“ als neue Mode etablieren zu wollen.

Ich bedanke mich herzlich für die Diskussion und ich wünsche Ihnen ein schönes Lunchkonzert ohne einen allzu knurrenden Magen.

Internationale Standards – aus völkerrechtlicher Perspektive

Von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. (Univ. of Virginia), Saarbrücken*

- A. Das Ziel: Verwirklichung der postnationalen International Rule of Law
 - I. Normativer Steuerungsanspruch des Völkerrechts und Selbstbehauptung der Völkerrechtswissenschaft
 - II. Der Wandel der Staatlichkeit im postnationalen Zeitalter und seine sozialwissenschaftliche Aufarbeitung
 - III. Gewährleistungsfunktion der Staaten im Prozess der Globalisierung und Privatisierung
 - IV. Angemessene Reaktion des Völkerrechts und seiner Wissenschaft auf die veränderte Realität
 - 1. Globales Recht statt Völkerrecht?
 - 2. Neue Wege zur International Rule of Law
 - 3. Qualitative Anforderungen an Hard Law und Soft Law
- B. Die empirische Diagnose: Wachsende Bedeutung von Standards in der internationalen Normenordnung
 - I. Definition der internationalen Standards
 - 1. Internationale Standards als internationales Soft Law
 - 2. Echte und unechte Hybridstandards
 - II. Phänomenologie der internationalen Standards
 - 1. Überblick über internationale Standards hoheitlicher Herkunft
 - a) Internationale Organisationen und Staatenkonferenzen als Standardsetzer
 - b) Menschenrechtsstandards
 - c) Standards zur Harmonisierung des Privatrechts
 - d) Standards zur Regulierung der Finanzmärkte
 - e) Lebensmittelsicherheits-Standards der Codex-Alimentarius-Kommission
 - 2. Überblick über internationale Standards privater Herkunft
 - a) Lex Mercatoria und modellhafte internationale Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - b) Lex Sportiva
 - c) Rechnungslegungsstandards
 - d) Umweltstandards
 - 3. Überblick über unechte und echte Hybridstandards
 - a) Unechte Hybridstandards
 - aa) ISO-Standards
 - bb) Arbeits- und Sozialstandards der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)
 - b) Echte Hybridstandards: UN Global Compact
 - III. Fehlen internationaler Standards: Inexistenz einer Lex Informatica und Gewaltenmonismus im Cyberspace
- C. Die juristische Evaluation: Völkerrechtliche Einordnung der internationalen Standards
 - I. Verhältnis zu den klassischen Völkerrechtsquellen
 - II. Relative statt absoluter Normativität
 - III. Grundsätzliche normative Bedeutung von Soft-Law-Standards
 - IV. Vertypte Stufen der Verrechtlichung von Soft-Law-Standards
 - 1. Rezeption von Soft-Law-Standards durch Hard-Law-Normen
 - a) Direkte Rezeption durch Inbezugnahme

* Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht, Direktor des Europa-Instituts, Sektion Rechtswissenschaft. Dies ist die überarbeitete Aufsatzfassung meines Vortrags am 14.3.2013.

- b) Indirekte Rezeption durch Legalitäts-Vermutungsregel
 - 2. Soft-Law-Standards als Beweismittel für die Existenz von Hard-Law-Normen
 - 3. Soft-Law-Standards als Hilfsmittel für die Auslegung und Anwendung von Hard-Law-Normen
 - 4. Konkretisierung und Ergänzung von Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards
 - 5. Soft-Law-Standards als Quellcode zukünftiger Hard-Law-Normen
 - 6. Erzeugung von faktischem Druck zur Befolgung von Soft-Law-Standards
 - V. Unterlassung der Verrechtlichung als Völkerrechtsproblem
 - VI. Fazit: Relative völkerrechtliche Normativität internationaler Standards
 - D. Die hoheitliche Verantwortung: Gewährleistung der Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit der Standards
 - I. Von politischen Evidenzappellen zur völkerrechtlichen Gewährleistungsverantwortung der Staaten
 - 1. Gegenstand und Grad der Gewährleistungsverantwortung
 - 2. Völkerrechtliche Grenzen für den Rückzug der Staaten aus der internationalen Regelbildung
 - II. Völkerrechtliche Grundlagen der Gewährleistungsverantwortung
 - 1. Vom Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Recht auf internationale Demokratie
 - 2. Von der menschenrechtlichen Schutzpflicht zu einer allgemeinen Gewährleistungsverantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit nichtstaatlicher Standardsetzung?
 - a) Keine Umgehung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch Delegation von Standardsetzungsmacht
 - b) Keine allgemeine Gewährleistung der Staaten für die Unversehrtheit der Völkerrechtsordnung
 - III. Trägerschaft und Inhalt der Gewährleistungsverantwortung
 - 1. Trägerschaft der Gewährleistungsverantwortung
 - 2. Materielle Inhalt der Gewährleistungsverantwortung
 - a) Die Legitimitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung
 - aa) Personale, prozedurale und inhaltliche Legitimitätsanforderungen
 - (1) Personale Legitimität
 - (2) Prozedurale Legitimität
 - (3) Inhaltliche Legitimität
 - (4) Hinreichendes Legitimationsniveau bei Gesamtbetrachtung
 - bb) Nachträglicher Ausgleich vorhandener Legitimitätsdefizite
 - b) Die Legalitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung
 - E. Der Weg: Durch relative Normativität zur kooperativen Verwirklichung der International Rule of Law
- Thesen
- Summary

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

I. Normativer Steuerungsanspruch des Völkerrechts und Selbstbehauptung der Völkerrechtswissenschaft

Die Analyse internationaler Standards aus völkerrechtlicher Perspektive führt an die Grenzlinie zwischen den Rechts- und Sozialwissenschaften. Die Sozialwissenschaften bilden die empirisch feststellbare Wirklichkeit ab und erklären sie, während die Rechtswissenschaft normative Vorgaben entwickelt, um diese Wirklichkeit in gewünschten

Bahnen zu halten oder in solche zu lenken. Die Sozialwissenschaften verfügen dabei typischerweise über einen Erkenntnisvorsprung, so dass die rechtswissenschaftliche der sozialwissenschaftlichen Diskussion regelmäßig mit gewisser Verzögerung nachfolgt.¹

Entfernt die Rechtswissenschaft sich und ihren Forschungsgegenstand zu weit von der empirischen Wirklichkeit, werden beide irrelevant. Andererseits kann sich die Jurisprudenz aber auch von den realen Gegebenheiten und den Versuchen ihrer Erklärung durch die Sozialwissenschaften nicht treiben lassen, ohne ihren normativen Steuerungsanspruch aufzugeben: Sie kann Wirklichkeitsänderungen daher nicht unbesehen rechtlich nachvollziehen.² Wenngleich die Rechtswissenschaft ihre Formulierung normativer Vorgaben fortlaufend an der Realität orientieren muss, darf sie die Macht des Rechts zur Gestaltung dieser Realität nicht unterschätzen und schon gar nicht voreilig vor der normativen Kraft des Faktischen kapitulieren. Es geht nicht um den zumeist vergeblichen Versuch, gesellschaftliche Fortentwicklungen aufzuhalten, sondern darum, diese so weit wie möglich konstruktiv-steuernd zu begleiten.³ Darin liegt zugleich ein Akt der Selbstbehauptung der (Völker-) Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarwissenschaften im Interesse der Interdisziplinarität als einer Kooperation unter Gleichen.⁴

II. Der Wandel der Staatlichkeit im postnationalen Zeitalter und seine sozialwissenschaftliche Aufarbeitung

Unser postnationales Zeitalter⁵ wird durch eine Reihe von eng miteinander verbundenen Phänomenen geprägt, welche die klassische staatszentrierte Völkerrechtsdoktrin mit ihrer traditionellen Trias von Rechtsquellen in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut vor große Herausforderungen stellt: die Globalisierung als multidimensionaler, die Wirtschaft, Politik, Kultur und andere Gebiete umfassender Entgrenzungsprozess,⁶ der zur exponentiellen Intensivierung grenzüberschreitender Beziehungen führt und eine Expansion und Diversifizierung des Völkerrechts bei gleichzeitiger Fragmentierung mit sich bringt;⁷ die Proliferation und zunehmende Bedeutung nichtstaatlicher internationaler Akteure hoheitlicher und privater, wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art (Internationale Organisationen, Nichtregierungsorganisationen [NGOs], transnationale Un-

1 Christoph Möllers, Staatstheorie: Grundzüge der rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland, TranState Working Paper No. 63, Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“ (2007) 52, 65.

2 Vgl. Martti Koskenniemi, International Legal Theory and Doctrine, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online edition) – im Folgenden zitiert als Wolfrum, MPEPIL – Rdnr. 31; Otto Depenheuer, in: Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität (2012) 79.

3 Vgl. im letzteren Sinne Depenheuer (Fn. 2) 78 ff., in Bezug auf den Steuerungsanspruch des öffentlichen Rechts.

4 In der Völkerrechtstheorie sollte daher ein Mittelweg zwischen politologisch-soziologischen und normativen Ansätzen gesucht werden (vgl. Martti Koskenniemi, International Legal Theory and Doctrine, in: Wolfrum, MPEPIL Rdnr. 28 ff.).

5 Vgl. Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation: Politische Essays (1998).

6 Frédéric Mégret, Globalisation, in: Wolfrum, MPEPIL. Vgl. auch Peter E. Fäbster, Globalisierung (2007).

7 Vgl. Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission (A/CN.4/L.682 vom 13.4.2006 und Corr.1 vom 11.8.2006 sowie Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, in: ILC, Report on the work of its 58th session (2006), GAOR, 61st Session, Supplement No. 10 (A/61/10) §§ 251 ff.

ternehmen, Individuen, die internationale Zivilgesellschaft⁸), die eine teilweise Privatisierung und Individualisierung der internationalen Verhältnisse bewirken;⁹ der damit einhergehende Verlust des Herrschaftsmonopols der Staaten nach Innen und Außen, die längst nicht mehr als Mythos oder Selbstzweck,¹⁰ sondern nur noch als – freilich unentbehrliche – Instrumente zur Förderung des Wohls ihrer Staatsangehörigen gelten;¹¹ schließlich der beschleunigte Wandel der sozialen Verhältnisse, der hohe Anforderungen an die schnelle Anpassungsfähigkeit auch des Völkerrechts stellt.¹²

Die miteinander verbundenen Phänomene der Globalisierung, Privatisierung und Individualisierung verdrängen den Staat zunehmend aus seiner bisherigen Monopolstellung in Bezug auf die (regulierende) Gestaltung des nationalen und internationalen Geschehens.¹³ Das staatlich gesetzte nationale und internationale Hard Law ist hinsichtlich der Regelungsdichte und Steuerungskraft zunehmend auf eine Ergänzung durch staatlich, gesellschaftlich oder gemeinsam gesetztes nationales und internationales Soft Law angewiesen, das weiche, aber nichtsdestoweniger effektive Steuerungsformen bereithält.¹⁴ Anteile von gesellschaftlicher Selbstregulierung sowie hoheitlich-private Mischformen (Hybride) der Herrschaftsausübung und Verwaltung von Gemeinschaftsgütern kommen im vordringenden Begriff „Governance“ statt „Government“ zum Ausdruck.¹⁵

8 Gerald Staberock, Civil Society, in: Wolfrum, MPEPIL.

9 Schon früher gab es allerdings sehr bedeutsame private Akteure im Völkerrechtsraum, z.B. Gesellschaften, die aufgrund staatlich verliehener Privilegien Kolonien weitgehend autonom verwalteten und ausbeuteten (allen voran die English/British East India Company [1600 – 1858/1874]), oder mit staatlichen Kaperbriefen ausgestattete „privateers“, die zur Vornahme von Akten der Kriegsführung ermächtigt waren (Wilhelm G. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte [2. Aufl. 1988] 345 ff., 364 ff.; Karl-Heinz Ziegler, Völkerrechtsgeschichte [1994] 184 f.).

10 Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 (2 BvE 2/08 u.a.) Absatz-Nr. 224 (abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html [abgefragt am 10.6.2014]).

11 Martti Koskeniemi, What is International Law for?, in: Malcolm D. Evans (ed.), International Law (3rd ed. 2010) 36 f.

12 Koskeniemi (Fn. 4) Rdnr. 30.

13 Zu den verfassungsrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten oder sogar -pflichten vgl. z.B. Matthias Schmidt-Preuß und Udo Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997) 160 ff., 235 ff.; Matthias Herdegen und Martin Morlok, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003) 7 ff., 37 ff.; Juliane Kokott und Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004) 7 ff., 41 ff.; Markus Heintzen und Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, ebd. 220 ff., 266 ff.; Georg Nolte und Ralf Poscher, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008) 129 ff., 160 ff.; Claus Dieter Classen und Giovanni Biaggini, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, ebd. 365 ff., 413 ff.

14 Vergleichbare Entwicklungen sind auch innerhalb der EU erkennbar – siehe Enzo Cannizzaro/Emanuele Rebasti, Soft Law in the EU legal order, in: Julia Iliopoulos-Strangas/Jean-François Flauss (eds.), Das soft law der europäischen Organisationen (2012) 209 ff.; Jürgen Schwarze, Soft Law im Recht der Europäischen Union, ebd. 233 ff.; Allan Rosas, Soft Law in the European Court of Justice, ebd. 307 ff.; Albrecht von Graevenitz, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, 169 ff.

15 Karl-Heinz Ladeur, Governance, Theory of, in: Wolfrum, MPEPIL; Christian Tietje, Internationalisiertes Verwaltungshandeln (2001) 164 ff.; Matthias Ruffert, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht (2004) 24 ff. Vgl. Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, in: Armin von Bogdandy et al. (eds.), The Exercise of Public Authority by International Institutions (2010) 3, 7 ff. Zum Governance-Konzept auch Christoph Möllers, European Governance: Meaning and Value of a Concept, CMLR 43 (2006) 313 ff.; Klaus W. Grewlich, Nichtregierungsorganisationen, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. X (3. Aufl. 2012) § 223 Rdnr. 42 ff.

Dennoch ist die nationale und internationale Dominanz des Staates bisher nicht ernsthaft in Frage gestellt worden. So hängt die Effektivität nichtstaatlicher weicher Steuerungsformen nicht zuletzt von der Erwartung der beteiligten Kreise ab, anderenfalls würden harte staatliche Steuerungsformen eingesetzt.¹⁶ Gerade die internationale Finanzkrise hat deutlich gemacht, wie sehr nichtstaatliche hoheitliche und private Akteure im Ernstfall auf die Aktivierung der staatlichen Letztverantwortung für das Gemeinwohl angewiesen sind. Die Manipulationen der Interbankenzinsen Libor und Euribor durch eigennützig agierende Banken haben außerdem gezeigt, dass eine hoheitliche Kontrolle privater Akteure im Interesse des Gemeinwohls unerlässlich bleibt.¹⁷

Unbestreitbar aber hat sich die Staatlichkeit gewandelt. Am zutreffendsten erscheint die Annahme einer „Zerfaserung“.¹⁸ Danach hat der Staat sein bisheriges Herrschaftsmonopol eingebüßt und teilt sich die Herrschaftsausübung zunehmend mit nichtstaatlichen Herrschaftsträgern hoheitlicher und privater Art. Internationalisierung und Privatisierung von Staatsfunktionen verbinden sich miteinander, wenn bisherige Staatsfunktionen von privaten internationalen Akteuren allein oder gemeinsam mit hoheitlich handelnden internationalen Akteuren im Sinne einer Public Private Partnership etwa in Gestalt eines Experten-, Behörden- oder Interessentennetzwerks¹⁹ ausgeübt werden. Vorstellbar sind auch hybride Akteure mit hoheitlichen und privaten sowie nationalen und internationalen Komponenten.²⁰ Der Staat spielt jedoch bei alledem weiterhin eine zentrale Rolle, weil er das neue komplexe Geflecht der Herrschaftsstrukturen zusammenhält und deshalb „die Letztverantwortung für die Versorgung mit Kollektivgütern auf seinem Staatsgebiet und für seine Staatsbürger“²¹ behält.

III. Gewährleistungsfunktion der Staaten im Prozess der Globalisierung und Privatisierung

Die Staaten selbst haben die Internationalisierung und Privatisierung von Staatsfunktionen aktiv vorangetrieben oder zumindest geschehen lassen, um sich die damit einhergehenden Effektivitäts- und Effizienzgewinne zu sichern.²² Durch international-kooper-

16 Vgl. Jürgen Friedrich, Codes of Conduct, in: Wolfrum, MPEPIL Rdnr. 30.

17 Vgl. „Tiefe Einschnitte gegen Zinsmanipulation geplant“, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 10 (12.1.2013) 23, und Kommentar „Zu dominante Banken“, ebd. 20.

18 Anne-Marie Slaughter, A New World Order (2004) 12 ff., beschreibt den Wandel vom „unitary state“ zum „disaggregated state“ eingehend.

19 Vesting (Fn. 13) 56 ff.; Karsten Nowrot, Steuerungssubjekte und -mechanismen im Internationalen Wirtschaftsrecht (einschließlich regionale Wirtschaftsintegration), in: Christian Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht (2009) § 2 Rdnr. 34 ff.; Sigrid Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke, 47. Assistententagung Öffentliches Recht Berlin 2007; Karl-Heinz Ladeur, Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkergemeinschaft?, AVR 49 (2011) 246 ff.

20 Ein Beispiel für international-nationale Hybride sind die hybriden (gemischten) Strafgerichte etwa zur Ahndung der Verbrechen der Roten Khmer in Kambodscha (näher Cesare P.R. Romano, Mixed Criminal Tribunals, in: Wolfrum, MPEPIL; Jelka Mayr-Singer, Khmer-Rouge-Tribunal revisited: Meilenstein oder Mogelpackung?, VN 2013, 75 ff.).

21 So die zentrale These des Bremer Sonderforschungsbereichs „Staatlichkeit im Wandel“ (Sfb 597) – <http://www.sfb597.uni-bremen.de> (abgefragt am 10.6.2014). Näher Philipp Genschel/Bernhard Zangl, Die Zerfaserung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates, TranState Working Paper No. 62, Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“ (2007) 9; Philipp Genschel/Stephan Leibfried/Bernhard Zangl, Zerfaserung und Selbsttransformation – Das Forschungsprogramm „Staatlichkeit im Wandel“, TranState Working Paper No. 45, Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2006, beide abrufbar auf der Website des Sfb 597.

22 Vgl. Genschel/Leibfried/Zangl (Fn. 21) 30 ff.

orative oder sogar supranational-integrierte gemeinsame Ausübung von Souveränität können die Staaten ihren Aktions- und Einflussradius erweitern und damit ihre Herrschaft effektuieren,²³ durch Privatisierung hingegen nach neoliberalistischen Ansätzen die Bereitstellung von Kollektivgütern effektuieren und verbilligen.²⁴ In beiden Fällen entstehen Mehrebenensysteme des Regierens, in denen aber die Gewährleistungsverantwortung beim Staat verbleiben muss.²⁵ Denn dieser darf sich durch Ausgliederung und Verlagerung von Funktionen auf internationale und/oder private Akteure seinen verfassungs-, völker- und/oder europarechtlich fundierten Pflichten zur Bereitstellung von Kollektivgütern nicht einfach entziehen, sondern muss für seine „Erfüllungsgelhilfen“ einstehen.²⁶

Diese noch näher zu bestimmende Einstandspflicht²⁷ gilt nicht nur für die Rechtmäßigkeit nichtstaatlicher Governance. Vielmehr muss die Herrschaftsausübung durch hoheitliche und private nichtstaatliche Träger von den Staaten auch fortlaufend legitimiert werden, weil derzeit allein die Staaten ein originäres Mandat zur Ausübung von demokratischer Herrschaft haben. Nationale und internationale Akteure, gleich ob privater, hoheitlicher oder hybrider Natur, verfügen hingegen in der Regel über ein von den Staaten abgeleitetes Mandat.²⁸ Weitere Legitimationsgründe treten i.d.R. ergänzend hinzu.²⁹

Letztlich kann nur durch ein Primat der Politik auf nationaler und internationaler Ebene gewährleistet werden, dass private Standardsetzungs- und -durchsetzungsmacht auf Dauer dem Gemeinwohl und nicht allein der Durchsetzung von Partikularinteressen mächtiger Akteure dient. Ein solcher Primat der Politik ist elementarer Bestandteil von „Good Governance“ auf beiden Ebenen, denn diese definiert sich durch „transparent, responsible, accountable, open and participatory government, responsive to the needs and aspirations of the people“.³⁰

23 Eingehend zur allein zukunftssträchtigen international-kooperativen Konzeption staatlicher Souveränität *Abram Chayes/Antonia Handler Chayes*, *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Regimes* (1995).

24 Ein besonders markantes Beispiel bilden die privaten Militär- und Sicherheitsunternehmen. Vgl. *Chia Lehnardt*, *Private Military Companies*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 3 ff.

25 Der Begriff „Gewährleistungsverantwortung“ stammt aus dem deutschen Staats- und Verwaltungsrecht und kommt zum Tragen, wenn sich ein Verwaltungsträger zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe etwa im Zuge der Privatisierung öffentlicher Versorgungsleistungen der Hilfe (privater) Dritter bedient, aber die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung behält. Vgl. in diesem Sinne etwa Art. 87e Abs. 4 GG; BVerwG, Urt. v. 22.10.2009 (5 C 16.08) Rdnr. 22 (abrufbar unter <http://lexetius.com/2009,3660> [abgefragt am 10.6.2014]); *Voßkuhle* (Fn. 13) 266 ff.; *Möllers* (Fn. 1) 46 ff. Vgl. auch die Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentags (Abteilung Öffentliches Recht) in Erfurt 2008 zu „Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf“.

26 Vgl. bereits *Alexander Oliver Kees*, *Privatisierung im Völkerrecht* (2008) 244 ff.

27 Siehe zur völkerrechtlichen Gewährleistungsverantwortung unten D.

28 Einen Sonderfall stellt insoweit die quasi-föderale EU dar, deren Herrschaftsausübung nicht länger allein indirekt durch die Mitgliedstaaten, sondern zusätzlich durch das von den Unionsbürgerinnen und -bürgern direkt gewählte Europäische Parlament demokratisch legitimiert wird (vgl. Art. 10 EUV).

29 Siehe unten D.III.2.a).

30 6. und 7. Präambelerwägung der Resolution 19/20 des Human Rights Council vom 23.3.2012 (A/HRC/RES/19/20). Vgl. *Edith Brown Weiss/Ahila Somarajah*, *Good Governance*, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

IV. Angemessene Reaktion des Völkerrechts und seiner Wissenschaft auf die veränderte Realität

1. Globales Recht statt Völkerrecht?

Die zunehmende Bedeutung hoheitlicher und privater Soft-Law-Standards, die teilweise konstatierte Verschleifung der Unterschiede zwischen Hard Law und Soft Law, zwischen hoheitlich und privat generiertem Recht, zwischen internationalem und nationalem Recht sowie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht³¹ hat zur Herausbildung neuer Konzepte und entsprechender Begriffe geführt. Die Rede ist von einem weitgespannten globalen oder transnationalen Recht³² oder Weltrecht, welches das klassische Völkerrecht in sich aufgenommen habe. Dieses globale Recht sei Ausdruck der durch die Globalisierung verursachten Entformalisierung und Pluralisierung des Rechts jenseits des Staates ohne klare Unterscheidung zwischen den Rechtsquellen im klassischen Sinn und zwischen hoheitlichem und privatem Recht.³³ Mit anderen Worten: Die Staaten und ihr Recht – ihr je einzeln gesetztes nationales und ihr gemeinsam gesetztes internationales – werden entthront zugunsten einer amorphen Herrschaft durch unkontrollierte und nicht hinreichend legitimierte Kräfte, die mit undefinierbaren Instrumenten ausgeübt wird.

Dieser Abgesang auf die staatliche Kontrolle über das internationale Rechtsgeschehen zeichnet ein weder reales noch wünschenswertes Bild der normativen Situation. Er gibt die Realität unzureichend wieder, weil der Einfluss nichtstaatlicher (insbesondere privater) Akteure auf das globale Recht entscheidend von staatlicher Zustimmung oder zumindest Duldung abhängt.³⁴ Dementsprechend wird die weiterhin zentrale Rolle des Staates auch in der sozialwissenschaftlichen Forschung betont.³⁵ Dabei muss es schon deshalb bleiben, weil die Staaten sonst weder dem Selbstbestimmungsrecht der Völker noch ihrer menschenrechtlichen Schutzpflicht gerecht werden könnten.³⁶ Die International Rule of Law³⁷ ist auf absehbare Zeit ohne maßgebliche Kontrolle der Staaten über das internationale Rechtsgeschehen und die private Rechtsetzungsmacht nicht zu gewährleisten. Denn sie verlangt ein möglichst hohes Maß an Rechtsklarheit und die möglichst eindeutige Zuordnung der Verantwortlichkeiten zur Sicherstellung der Legitimität und Kohärenz der internationalen Normenordnung. Unter diesen Voraussetzungen können aber auch nichtstaatliche Standards zur Verwirklichung der International Rule of Law eingesetzt werden.

31 Zur rechtstheoretischen Diskussion, ob die traditionelle kontinentaleuropäische Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht als Sonderrecht zur Regelung politischer Herrschaft und dem Privatrecht aufrechterhalten werden kann, vgl. z.B. *Grimm* (Fn. 3). Vgl. dazu auch die Beiträge zum Symposium: *The Boundaries of Public Law in: International Journal of Constitutional Law* 11 (2013) 125 ff. Siehe bereits *Ruffert* (Fn. 15).

32 Zum transnationalen Recht vgl. bereits *Philip C. Jessup*, *Transnational Law* (1956). Dieser wollte aber nur die Trennung zwischen Völkerrecht und dem grenzüberschreitend wirkenden nationalen Recht (insbesondere dem Internationalen Privatrecht) überwinden (ebd. 2).

33 So z.B. *Ladeur* (Fn. 19) 252. Vgl. auch *Christine E.J. Schwöbel*, *Whither the private in global governance?*, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012) 1106, 1108 f.

34 Vgl. *Helen Keller*, *Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy*, in: *Rüdiger Wolfrum/Völker Röben (eds.)*, *Legitimacy in International Law* (2008) 219, 267 f. m.w.N.

35 Siehe oben Text bei Fn. 21.

36 Siehe näher unten D.II.

37 Siehe näher unten 2.

2. Neue Wege zur International Rule of Law

Der beschriebene Wandel der Staatlichkeit kann für die staatszentrierte klassische Völkerrechtsordnung und ihre Wissenschaft nicht ohne Folgen bleiben. Diese dürfen aber nicht mit resignativer Unterwerfung unter die veränderte Realität reagieren, sondern müssen alles daran setzen, die neue Wirklichkeit normativ-steuernd zu kontrollieren und mitzugestalten.³⁸ Neuartige, nicht mehr allein von Staaten gesetzte, sondern von nichtstaatlichen Hoheitsträgern oder gar Privaten maßgeblich mitformulierte Standards dürfen daher nicht schnellhin als neuartige eigenständige Völkerrechtsquellen anerkannt werden. Stattdessen ist die Trennung des stets staatlich erzeugten Hard Law vom Soft Law, zu dem manche staatlichen und alle nichtstaatlichen sowie hybriden Standards gehören, im Interesse der Klarheit, Legitimität und Verlässlichkeit der Völkerrechtsentwicklung grundsätzlich fortzuführen, ohne freilich das positive Ordnungspotential der Soft-Law-Standards zu verkennen.

Verbindliche Vorgabe bleibt die Herrschaft des Rechts über hoheitliche und private Macht jedweder Art³⁹ als große zivilisatorische Herausforderung, die es national wie international ggf. herzustellen, zu bewahren und effektiv durchzusetzen gilt.⁴⁰ Die International Rule of Law zielt auf die dauerhafte Überwindung von Anarchie, Gewalt, Willkür und Ungerechtigkeit im internationalen Raum.⁴¹ In diesem Sinne haben die Vertreter der internationalen Staatengemeinschaft in der UNO kürzlich folgenden Konsens formuliert: „We agree that our collective response to the challenges and opportunities arising from the many complex political, social and economic transformations before us must be guided by the rule of law, as it is the foundation of friendly and equitable relations between States and the basis on which just and fair societies are built.“⁴²

Unter den heutigen Bedingungen der postnationalen Konstellation kommt es darauf an, die stabilisierende Funktion von Soft-Law-Standards bestmöglich zur Erreichung des Ziels einer internationalen Herrschaft des Rechts zu nutzen. Dies gilt auch für private und hybride Standards, deren „Leistungsfähigkeit ... im Niemandsland zwischen Staat und internationalen Organisationen“ geprüft und ggf. ausgenutzt werden, deren Einsatz jedoch beim derzeitigen Entwicklungsstand der internationalen Verhältnisse unter hoheitlicher Kontrolle und Letztverantwortung der Staatengemeinschaft verbleiben muss, um zu gewährleisten, dass sich das internationale öffentliche Interesse gegenüber allen Privatinteressen durchsetzen kann.⁴³ Zwar gilt es als Kennzeichen der Rechtsordnung im postnationalen Zeitalter, dass die traditionell strikten binären Unterscheidungen zwischen bindenden und nicht bindenden, privaten und öffentlichen

38 Vgl. *Depenheuer* (Fn. 2).

39 Politische, wirtschaftliche, religiöse, soziale etc.

40 Vgl. *Daniel Thürer*, Montesquieu, Smith, Rousseau: Staats- und völkerrechtliche Gedanken zur Einbindung wirtschaftlicher Macht, in: *ders.*, Völkerrecht als Fortschritt und Chance (2009) 927 ff.

41 Für den Begriff International Rule of Law gibt es keine eingebürgerte deutsche Übersetzung. Man kann nicht gut von „internationaler Rechtsstaatlichkeit“ sprechen, und „internationale Herrschaft des Rechts“ ist ungebräuchlich.

42 Einleitung der Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (A/RES/67/1) vom 24.9.2012 (im Konsensverfahren angenommen).

43 Vgl. *Gerd Winter*, Transnationale Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtsstaatlichkeit, APUZ 8/2009, 9, 13.

sowie nationalen und internationalen Normen zunehmend verwischt werden.⁴⁴ Dessen ungeachtet muss die hoheitliche Kontrolle und Letztverantwortung über den Normenbestand gewahrt bleiben.

3. Qualitative Anforderungen an Hard Law und Soft Law

„Recht“ im Sinne der International Rule of Law unterliegt allerdings qualitativen Anforderungen: Es muss von einer demokratisch und ggf. anderweitig hinreichend legitimierten Instanz in einem inklusiven und transparenten Verfahren gesetzt und dem Gemeinwohl verpflichtet sein sowie einen fairen Ausgleich grundrechtlich geschützter Partikularinteressen gewährleisten. Außerdem muss es eventuelle Vorgaben höherrangigen Rechts einhalten. Denn nur unter diesen Voraussetzungen kann es zur dauerhaften Überwindung von Anarchie, Gewalt, Willkür und Ungerechtigkeit beitragen.

Die vorgenannten personalen, prozeduralen und inhaltlichen Anforderungen an „gerechtes“ Recht gelten unabhängig davon, ob dieses in die Kategorien des Völkerrechts oder nationalen Rechts, des hoheitlichen oder privaten Rechts, des Hard Law oder Soft Law gehört.⁴⁵ Soft Law entsprechender Qualität kann ein wichtiger Baustein der International Rule of Law sein, weil es Verhalten determiniert und damit zur verlässlichen Steuerung des internationalen Geschehens beiträgt.⁴⁶ Im nationalen Recht und im Völkerrecht unterstützen und ergänzen Hard-Law- und Soft-Law-Regeln, die den vorgenannten Anforderungen genügen, einander bei der Herstellung, Bewahrung und effektiven Durchsetzung der Herrschaft des Rechts über öffentliche und private Macht. Die Zusammenarbeit öffentlicher und privater Stellen in Form von Public Private Partnerships, insbesondere dreiteiliger, an denen auf privater Seite neben Unternehmen auch NGOs beteiligt sind, kann die Inadäquanz traditioneller rechtlicher Steuerungsmechanismen überwinden helfen.⁴⁷

Nach dem oben Gesagten muss zwar der Einsatz privaten Rechts als Mittel der Machtkontrolle, d.h. die autonome Selbstregulierung gesellschaftlichen (insbesondere wirtschaftlichen) Geschehens durch die beteiligten Akteure, seinerseits unter hoheitlicher Kontrolle bleiben. Dies dient der International Rule of Law allerdings nur, wenn die zur Einhegung der privaten Macht berufenen politischen Instanzen auf staatlicher und überstaatlicher Ebene ihrerseits Mindestanforderungen an demokratische Legitimität und effektive Rechtsbindung genügen – ein noch nicht befriedigend gelöstes Dauerthema der Völkerrechtsordnung in der UN-Ära.⁴⁸

44 Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism* (2010) 11 f.

45 Auch Normen des völkerrechtlichen Hard Law sind als Elemente einer dauerhaften internationalen Ordnung auf Völkerrechtsbasis nur geeignet, wenn sie von der internationalen Gemeinschaft als inhaltlich „gerecht“ anerkannt werden (vgl. *Rüdiger Wolfrum*, *Sources of International Law*, in: *ders.*, MPEPIL Rdnr. 4).

46 *Daniel Thürer*, *Soft Law*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 34. Vgl. in diesem Sinne § 27 der vorgenannten Declaration (Fn. 42), wo „the positive contribution of the General Assembly ... to the rule of law in all its aspects through policymaking and standard setting, and through the progressive development of international law and its codification“ betont wird – ein Beitrag, der von vornherein nur Soft-Law-Charakter haben kann.

47 Vgl. *Kenneth W. Abbott*, *Public Private Partnership*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 33. Zu den dreiteiligen Public Private Partnerships siehe *Anne Peters/Till Förster/Lucy Koehlin*, *Towards Non-State Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard Setters*, in: *Anne Peters et al. (eds.)*, *Non-State Actors as Standard Setters* (2009) 492, 523 f.

48 Siehe unten D.II.1. zur Demokratie im Völkerrechtsraum.

Vor diesem Hintergrund verwende ich folgende bewusst weite Definition der „internationalen Standards“, die kein relevantes Phänomen vorschnell ausscheidet: Standards sind ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung⁵⁷ und ihren Inhalt abstrakt-generelle Regeln (Sollenssätze), die von einer dazu befugten Stelle gleich welcher Art ungeachtet des Erlassverfahrens und des Adressatenkreises festgelegt werden. International sind diejenigen Standards, die aus einer überstaatlichen Quelle hoheitlichen, privaten oder hybriden Charakters stammen.⁵⁸ Ich ordne die internationalen Standards in diesem Sinne insgesamt dem internationalen Soft Law zu, selbst die nichthoheitlichen, da auch diese eine „weiche“ verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.⁵⁹ Lediglich eine Kategorie von Normen schließe ich von vornherein aus meiner Definition aus, obwohl auch sie nicht selten als Standards bezeichnet werden:⁶⁰ die gewöhnlichen Völkerrechtsregeln im Sinne der Trias von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut,⁶¹ selbst wenn sie in außergewöhnlichen Verfahren in Kraft gesetzt werden.⁶² Denn ich will nur die vom IGH-Statut ignorierten Regelungsphänomene analysieren, deren praktische Bedeutung seit 1920,⁶³ als jene Trias ursprünglich formuliert wurde, erheblich gewachsen ist.

2. Echte und unechte Hybridstandards

Hybridisierung von Regeln ist ein deskriptiver und kein normativer Begriff. Er bezeichnet die Bildung von Synthesen aus traditionell getrennten Regelkategorien. Vorkommen können Synthesen erstens zwischen Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards, zweitens zwischen hoheitlichen (heteronomen) und privaten (autonomen) Regeln und drittens zwischen internationalen (externen) und nationalen (internen) Regeln.⁶⁴ Vorstellbar sind aber auch Hybride zwischen mehr als zwei Regelkategorien, also im ä-

57 Z.B. Verhaltenskodizes (codes of conduct – dazu näher *Friedrich* [Fn. 16]), Empfehlungen (recommendations), Richtlinien (guidelines), Resolutionen, (Prinzipien-) Deklarationen usw.

58 Staatlich gesetzte Standards mit grenzüberschreitender („internationaler“) Regelungswirkung klammere ich also aus.

59 Abweichend etwa *Nowrot* (Fn. 19) § 2 Rdnr. 87, der nur Verhaltensregeln von Hoheitsträgern als Soft Law einstuft (ähnlich *Thürer* [Fn. 46] Rdnr. 7 ff., der nur von Völkerrechtssubjekten gesetzte Regeln als Soft Law bezeichnet) und nur die privaten oder hybriden Regeln als internationale Standards, also die beiden Kategorien von Regeln streng trennt. Demgegenüber lässt *Keller* (Fn. 34) 221, 248 f. auch private Standards als Soft Law gelten, soweit sie nicht nur von Einzelunternehmen formuliert werden.

60 Vgl. z.B. die völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards für die Behandlung von Ausländern (*Hollin Dickerson*, Minimum Standards, in: *Wolfrum*, MPEPIL).

61 Demgegenüber bezieht *Eibe H. Riedel* neben Soft-Law-Normen auch (programmatische) Hard-Law-Normen in seinen Standard-Begriff ein (Theorie der Menschenrechtsstandards [1986] 260 ff.). Ihm folgend *Angelika Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht (2005) 35.

62 Beispielsweise in einem Opting-Out-Verfahren wie bei der Annahme von sekundär-völkerrechtlichen Sicherheitsstandards durch die ICAO und die IMO, Telekommunikationsstandards durch die ITU oder Gesundheitsstandards durch die WHO (dazu und zu weiteren Beispielen für das Opting-Out-Verfahren *Jutta Brummée*, International Legislation, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 20 ff.; *Hans Christian Röhl*, Internationale Standardsetzung, in: *Möllers u.a. [Hrsg.]* [Fn. 51] 319, 332 ff.).

63 Das Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofs mit der einschlägigen Vorgängervorschrift in Art. 38 wurde am 16.12.1920 zur Unterzeichnung aufgelegt und trat am 1.9.1921 in Kraft (Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice, 6 LNTS 379).

64 Da es keine feststehende Definition der Hybridität gibt, kann man auch andere Synthesebildungen einbeziehen, beispielsweise zwischen der privaten Herkunft und dem öffentlichen Zweck eines Standards (so etwa *Keller* [Fn. 34] 222).

bersten Fall Hybride, die Anteile hoheitlicher und privater sowie internationaler und nationaler Rechtsnormen und Standards aufweisen.⁶⁵

Bei solchen Synthesebildungen muss aber die eindeutige Zuordnung zu einem oder ausnahmsweise mehreren bestimmten Rechts- oder Standardsetzern gewährleistet bleiben, weil davon die Legitimität der Rechts- oder Standardsetzung und die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für diese abhängen. Das bedeutet insbesondere, dass echte Hybridnormen oder -standards nur ausnahmsweise angenommen werden können – nämlich dann, wenn dieselbe Rechtsnorm oder derselbe Standard gleichzeitig mehreren voneinander unabhängigen und gleichberechtigten Urhebern unterschiedlicher Kategorien zurechenbar ist, also z.B. einem hoheitlichen und einem privaten oder einem nationalen und einem internationalen Akteur, welche die Rechtsnorm oder den Standard gemeinsam (kooperativ) hervorgebracht haben.⁶⁶ Existiert bloß ein Recht-/Standardsetzer als Zurechnungsendpunkt, können von vornherein nur unechte Hybridnormen/-standards entstehen. Dies gilt etwa, wenn personale oder inhaltliche Einflüsse aus anderen Kategorien in dessen Recht-/Standardsetzungsprozess eingehen⁶⁷ oder wenn ein Recht-/Standardsetzer die Rechtsnormen/Standards eines anderen in Bezug nimmt.⁶⁸

Von hybriden Rechtsnormen oder Standards zu unterscheiden sind hybride Regime, deren Kennzeichen darin besteht, dass je für sich klar als hoheitlich bzw. privat zu identifizierende Regeln eine Synthese eingehen, um einen bestimmten Lebensbereich gemeinsam zu regulieren. Oft wird es dabei zu wechselseitiger inhaltlicher Einflussnahme aufeinander und folglich zur Ausbildung unechter Hybridnormen oder -standards kommen.⁶⁹

II. Phänomenologie der internationalen Standards

Internationale Standards im Sinne meiner Definition sind alle Regeln des internationalen Soft Law, und zwar solche aus hoheitlicher und privater Quelle, im Ausnahmefall auch aus hybrider Quelle. Diese stellen einen ungemein vielfältigen Bestand an Sollenssätzen zur Verfügung, die eine zunehmend bedeutsame Rolle bei der Stabilisierung des internationalen Geschehens auf allen Ebenen spielen. Sie bilden heute eine tragende Säule der International Rule of Law, denn der dafür erforderliche Normenbedarf kann längst nicht mehr allein durch staatliche oder zwischenstaatliche Rechtsetzung

65 Als Beispiel für (unechte) Hybride zwischen völkerrechtlich-hoheitlichen und national-privatvertraglichen Normen kommen die Abschirmklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen in den Blick, die vertragliche Abmachungen zwischen einem privaten Investor und einem Gaststaat in völkerrechtliche Verpflichtungen des Gaststaats gegenüber dem Herkunftsstaat umwandeln (vgl. *Markus Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht* [3. Aufl. 2012] Rdnr. 639 ff.).

66 Ein seltenes Beispiel hierfür bildet der UN Global Compact (siehe unten Text bei Fn. 226 ff.).

67 So kann man z.B. die Arbeits- und Sozialstandards der ILO (die allein der ILO zurechenbar sind) wegen der hybriden Zusammensetzung der Internationalen Arbeitskonferenz als unechte Hybridstandards einstufen (siehe unten Text bei Fn. 195 ff.).

68 Dementsprechend führt etwa die Inbezugnahme der allgemeinen Regeln des Völkerrechts durch Art. 25 GG zu unechten international-nationalen Hybridnormen. Siehe auch oben Fn. 65 zu den Abschirmklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen.

69 Ein Beispiel hierfür bildet die Regulierung des elektronischen Zahlungsverkehrs in der EU: *Agnieszka Janczuk-Gorywoda*, *Public Private Hybrid Governance for Electronic Payments in the European Union*, GLJ 13 (2012) 1438 ff.

gedeckt werden. Wichtig sind Soft-Law-Standards etwa bei der Kontrolle der Macht transnationaler Unternehmen einschließlich der privaten Militär- und Sicherheitsunternehmen, für die sich bisher noch kein hinreichendes Hard Law herausbilden konnte. Die Phänomenologie der Standards ist so vielfältig, dass im Folgenden nur ein Überblick über eine gewisse Auswahl geboten werden kann.

1. Überblick über internationale Standards hoheitlicher Herkunft

a) Internationale Organisationen und Staatenkonferenzen als Standardsetzer

Zum hoheitlichen Soft Law zählen Resolutionen, Deklarationen und sonstige Akte von Organen internationaler Organisationen, beispielsweise der UNO und ihrer Sonderorganisationen. Hierzu gehören etwa menschenrechtliche Standards der UN-Generalversammlung,⁷⁰ Ökostandards des United Nations Environment Programme,⁷¹ der Code of Conduct for Responsible Fisheries der FAO,⁷² Standards der Weltbank zur Milderung der sozialen und Umweltfolgen von kreditfinanzierten Entwicklungsprojekten,⁷³ Konditionalitätsstandards für die Vergabe von IWF-Krediten,⁷⁴ Sicherheits- und Umweltschutzstandards der IMO⁷⁵ und ICAO,⁷⁶ Sicherheitsstandards der IAEA⁷⁷ und kulturbezogene Standards der UNESCO.⁷⁸ Erwähnung verdienen schließlich die UN-Standards zur menschenrechtlichen und ökologischen Verantwortlichkeit transnationaler Unternehmen.⁷⁹ Diese werden ergänzt durch die OECD-Leitsätze für multinatio-

70 Siehe unten b).

71 UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment von 1987 (Astrid Epiney, Environmental Impact Assessment, in: Wolfrum, MPEPIL Rdnr. 44).

72 Vom 31.10.1995, abrufbar unter <http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.HTM> (abgefragt am 10.6.2014).

73 Wolfrum (Fn. 50) Rdnr. 116.

74 Vgl. Krajewski (Fn. 65) Rdnr. 838.

75 Wolfrum (Fn. 50) Rdnr. 118 f.

76 Ebd. Rdnr. 120.

77 Ebd. Rdnr. 121.

78 Art. IV B 4 der UNESCO-Verfassung vom 16.11.1945 (mit späteren Änderungen in: UNESCO, Basic Texts [2012 edition], 5 ff., abrufbar unter <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002161/216192e.pdf#page=7> [abgefragt am 10.6.2014]) sieht neben internationalen Konventionen Empfehlungen an die Mitgliedstaaten vor, die häufig am selben Tag parallel zueinander verabschiedet werden. Als weitere Soft-Law-Instrumente hat die UNESCO Deklarationen, Charten und ähnliche „standard-setting instruments“ entwickelt (vgl. Multi-stage procedure for the elaboration, examination, adoption and follow-up of declarations, charters and similar standard-setting instruments adopted by the General Conference and not covered by the Rules of Procedure concerning recommendations to Member States and international conventions covered by the terms of Article IV, paragraph 4, of the Constitution, in: UNESCO, Basic Texts, 117 ff.).

79 Vgl. die Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights vom 26.8.2003 (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2), die sogar Hard-Law-Normen wiedergeben sollten, von der früheren UN-Menschenrechtskommission jedoch nicht angenommen wurden (Krajewski [Fn. 65] Rdnr. 702), sowie in deren Nachfolge die eindeutig dem Soft-Law-Bereich zugehörigen Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework vom 21.3.2011 (A/HRC/17/31) des Sonderberichterstatters John G. Ruggie, die der UN-Menschenrechtsrat am 16.6.2011 gutgeheißen und zu deren Durchsetzung er eine Arbeitsgruppe eingesetzt hat (A/HRC/17/L.17/Rev.1). Vgl. auch Andreas Heinemann, Business Enterprises in Public International Law: The Case for an International Code on Corporate Social Responsibility, in: Ulrich Fastenrath et al. (eds.), From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma (2011) 718 ff.

nale Unternehmen⁸⁰ und die ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy.⁸¹

Ebenfalls hoheitliches Soft Law stellen die aus unterschiedlichen Teilen bestehenden Abschlussdokumente der „Weltordnungskonferenzen“ dar, die erheblichen Einfluss auf die Völkerrechtsentwicklung ausüben.⁸²

b) Menschenrechtsstandards

Das Referenzgebiet Menschenrechte bietet reichhaltiges Anschauungsmaterial für die allmähliche, stufenweise Entwicklung von Normen des völkerrechtlichen Hard Law auf dem Weg über Soft-Law-Standards. Die letzteren sollen regelmäßig den Boden für die zukünftige Herausbildung von „ausgehärteten“ Völkerrechtsnormen bereiten, sobald die Staaten dazu bereit sind, einen höheren normativen Verbindlichkeitsgrad zu akzeptieren. Teilweise konkretisieren und ergänzen Soft-Law-Standards auch bereits vorhandene Völkerrechtsnormen. Im Laufe der Zeit kann daraus eine Synthese entstehen, die zu einer neuen konkreteren oder erweiterten Hard-Law-Norm führt. Für eine erhebliche Zeitspanne stehen Soft-Law-Standards und Hard-Law-Normen vergleichbaren Inhalts, aber mit teilweise unterschiedlichen Adressaten, nebeneinander.⁸³ Gerade im Bereich der Menschenrechte sind Soft-Law-Standards aber auch vor einer solchen „Aushärtung“ kaum weniger relevant als Hard-Law-Normen, weil die Implementierung menschenrechtlicher Regeln ganz wesentlich auf „weiche“ Art, nämlich durch politischen und sozialen Druck („naming and shaming“), erfolgt, der vom harten oder weichen Charakter der jeweiligen Regel unabhängig ist. „Harte“ Implementierungsmechanismen, die Hard-Law-Normen vorbehalten bleiben, wie die (schieds-) gerichtliche oder quasi-gerichtliche Durchsetzung, sind demgegenüber nur teilweise möglich oder – wie die Ausübung von Beugezwang durch Gegenmaßnahmen („Repressalien“)⁸⁴ – im Menschenrechtsbereich wenig gebräuchlich.

Im UN-System abgeschlossene Menschenrechtsverträge werden typischerweise lange vorher durch Resolutionen der UN-Generalversammlung vorbereitet.⁸⁵ Achtzehn Jahre hat es gedauert, bis viele der Soft-Law-Standards der Allgemeinen Erklärung

80 Neufassung von 2011 in deutscher Sprache abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/guidelinesformultinationalenterprises/48808708.pdf> (abgefragt am 10.6.2014). Näher *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 696 ff.; *Jernej Letnar Cernic*, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, ASIL Insight, Vol. 16, Issue 4 (February 10, 2012).

81 Aktuelle deutsche Fassung abrufbar unter http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_179118.pdf; aktuelle englische Fassung (Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy) abrufbar unter http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (beide abgefragt am 10.6.2014). Näher *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 699 ff.

82 *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 14. Vgl. auch *Nowrot* (Fn. 19) § 2 Rdnr. 77. Wichtiges Beispiel: Die Abschlussdokumente der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (Rio-Konferenz) von 1992 (*Ulrich Beyerlin*, Umweltvölkerrecht [2000] § 4 Rdnr. 29 ff.).

83 *Riedel* spricht hier von Kombinationsstandards aus Normen unterschiedlicher Verdichtung (Fn. 61, 300 ff.).

84 Vgl. Art. 49 ff. der Artikel über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (Anlage zur Resolution 56/83 der UN-Generalversammlung vom 12.12.2001, in deutscher Übersetzung in: Sartorius II Nr. 6).

85 Entsprechend ist auf regionaler Ebene die Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen von 1948 (abrufbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas2dec.htm> [abgefragt am 10.6.2014]) teilweise in die Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969 (*Bruno Simma/Ulrich Fastenrath* [Hrsg.], Menschenrechte [6. Aufl. 2010] 637 ff.) transformiert worden.

der Menschenrechte⁸⁶ teils im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁸⁷ und teils im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁸⁸ kodifiziert wurden.⁸⁹ Inzwischen sind zwar die meisten (doch keineswegs alle) Staaten diesen beiden Pakten beigetreten, und dies häufig nur mit Vorbehalten.⁹⁰ Außerdem wurden nicht alle in der Allgemeinen Erklärung feierlich proklamierten Menschenrechte vertraglich kodifiziert, etwa nicht das Asylrecht und das Eigentumsrecht.⁹¹ Teilweise ist die Allgemeine Erklärung zu universellem Völkergewohnheitsrecht erstarkt,⁹² doch vollständig gilt dies gewiss nicht – etwa nicht in Bezug auf den Schutz des Eigentums gegenüber Maßnahmen des Heimatstaats des Eigentümers.⁹³ Die im menschenrechtsschützenden Hard Law sonach weiterhin verbliebenen Lücken werden durch die Soft-Law-Standards der Allgemeinen Erklärung geschlossen, die als solche von der UN-Generalversammlung immer wieder ohne Gegenstimme bestätigt worden sind.⁹⁴

Schließlich werden die in den Menschenrechtsverträgen festgeschriebenen harten völkerrechtlichen Pflichten durch Soft-Law-Standards fortentwickelt, die ihrerseits im Laufe der Zeit „aushärten“ können und sollen. Dies gilt beispielsweise für die Allgemeinen Bemerkungen und einzelfallbezogenen Auffassungen des Ausschusses für Menschenrechte nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁹⁵ oder entsprechende Stellungnahmen anderer Vertragsgremien, aber auch für Resolutionen des Menschenrechtsrats⁹⁶ sowie auf regionaler Ebene etwa für die Empfehlungen des Ministerkomitees und der Parlamentarischen Versammlung des Europarats.⁹⁷

86 Res. 217 A (III) der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948, GAOR III (Part I – Resolutions), Doc. A/810, 71 (deutsche Fassung in Sartorius II Nr. 15).

87 Vom 19.12.1966, UNTS Bd. 999, 171; BGBl. 1973 II S. 1534 (IPbpR).

88 Vom 19.12.1966, UNTS Bd. 993, 3; BGBl. 1973 II S. 1570.

89 Auch die (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (konsolidierte aktuelle Fassung in Sartorius II Nr. 130) versteht sich nach ihrer Präambel als Teilkodifikation der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

90 Beispielsweise haben die USA zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) mehrere Vorbehalte erklärt und sind dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, politische und soziale Rechte (IPwskR) gar nicht beigetreten.

91 Art. 14, 17 AEMR.

92 Vgl. Ziff. 8 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 24 des Menschenrechtsausschusses vom 4.11.1994 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6) zur Frage, inwieweit die Gewährleistungen des IPbpR Völkergewohnheitsrecht wiedergeben.

93 Burkhard Schöbener/Jochen Herbst/Markus Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht (2010) Kap. 2 Rdnr. 123 f.

94 Vgl. nur die im Konsens angenommene Resolution 63/116 vom 10.12.2008 (Declaration on the sixtieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights): „We, the States Members of the United Nations, celebrate today the sixtieth anniversary of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, which is a common standard of achievement for all peoples and all nations in the field of human rights. ... It is and will remain a source of progressive development of all human rights.“

95 Vgl. Art. 40 Abs. 4 IPbpR; Art. 5 Abs. 4 des Fakultativprotokolls zum IPbpR vom 19.12.1966 (UNTS Bd. 999, 302; BGBl. 1992 II S. 1247).

96 Vgl. z.B. die Resolutionen „Enforced or involuntary disappearances“ (A/HRC/21/L.5) und „Right to the truth“ (A/HRC/21/L.16), beide vom 27.9.2012.

97 Thomas Giegerich, Menschenrechtsübereinkommen des Europarats, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. VI/1 (2010) § 148 Rdnr. 11 ff. Vgl. auch Jörg Polakiewicz, Finalités et fonctions de la soft law européenne – L’expérience du Conseil de l’Europe, in: Iliopoulos-Strangas/Flauss (Fn. 14) 167 ff.

Dauerhaften Soft-Law-Charakter haben die im Rahmen der Menschlichen Dimension des KSZE-/OSZE-Prozesses formulierten detaillierten Menschenrechtsstandards,⁹⁸ weil die Teilnehmerstaaten dieses Prozesses bewusst nur politische und keine völkerrechtlichen Bindungen eingehen wollten und wollen.⁹⁹

c) Standards zur Harmonisierung des Privatrechts

Soft-Law-Standards werden auch zur Harmonisierung des Privatrechts eingesetzt. Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) als Nebenorgan der Generalversammlung¹⁰⁰ bereitet die Modernisierung und Harmonisierung des internationalen Handelsrechts vor, und zwar nicht nur durch die Ausarbeitung von multilateralen Verträgen, sondern auch von Soft-Law-Standards in Gestalt von Modellgesetzen und Gesetzgebungsrichtlinien.¹⁰¹ Bei der Harmonisierung des Privatrechts arbeitet UNCITRAL eng zusammen mit UNIDROIT und der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. UNIDROIT¹⁰² ist eine eigenständige internationale Organisation mit derzeit 63 Mitgliedstaaten, deren Zweck in der Harmonisierung des Privatrechts im weiten Sinne einschließlich des Zivilprozessrechts liegt.¹⁰³ Wie UNCITRAL steuert UNIDROIT sein Harmonisierungsziel nicht nur mit Entwürfen multilateraler Konventionen an, sondern zunehmend auch durch Modellgesetze und Gesetzgebungsrichtlinien.¹⁰⁴ Aufgabe der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (Hague Conference on Private International Law), ebenfalls eine intergouvernementale internationale Organisation mit derzeit 72 Mitgliedern (einschließlich der EU), ist die fortschreitende Vereinheitlichung der IPR-Regeln.¹⁰⁵ Ihre Hauptinstrumente sind nach wie vor multilaterale völkerrechtliche Verträge, doch greift sie zu deren Ergänzung auf als solche unverbindliche Praxisleitfäden (Guides to Good Practice) zurück.

d) Standards zur Regulierung der Finanzmärkte

Drei weitere hoheitliche Gremien teilen sich die Verantwortung für die internationale Regulierung der Finanzmärkte durch Soft-Law-Standards. Zusammen bilden sie das Gemeinsame Forum der internationalen Finanzregulierer.¹⁰⁶ Das erste Gremium ist

98 Vgl. insbesondere die Charta von Paris für ein neues Europa vom 21.11.1990, BullBReg. Nr. 137 (24.11.1990), 1409. Zur Formulierung und Durchsetzung von Soft-Law-Standards durch den OSZE-Hochkommissar für nationale Minderheiten näher *Anuscheh Farahat*, *Regulating Minority Issues through Standard-Setting and Mediation: The Case of the High Commissioner on National Minorities*, in: *Armin von Bogdandy et al. (eds.), The Exercise of Public Authority by International Institutions* (2010) 343 ff.

99 *Thomas Giegerich*, Menschenrechtsschutz im Rahmen der OSZE, in: *Merten/Papier* (Fn. 97) § 149 Rdnr. 3 ff.

100 Eingesetzt durch Resolution 2205 (XXI) vom 17.12.1966 auf der Grundlage von Art. 22 UN-Charta.

101 Näher *Peer Zumbansen/Maria Panezi*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), in: *Wolfrum, MPEPIL*.

102 International Institute for the Unification of Private Law.

103 *Lena Peters*, UNIDROIT, in: *Wolfrum, MPEPIL*. Die aktuelle Fassung des Statuts von UNIDROIT ist abrufbar unter <http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf> (abgefragt am 10.6.2014).

104 Vgl. beispielsweise die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, die den Charakter der US-amerikanischen Restatements of the Law des American Law Institute teilen.

105 Nähere Informationen auf der Website der Konferenz (http://www.hcch.net/index_de.php [abgefragt am 10.6.2014]). Aktuelle Fassung der Satzung der Konferenz in deutscher Übersetzung abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt01de.pdf> (abgefragt am 10.6.2014).

106 Vgl. <http://www.bis.org/bcbs/jointforum.htm> (abgefragt am 10.6.2014). Näher *Anne van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung

der bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Bank for International Settlements) in Basel angesiedelte, von dieser aber unabhängige Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision). Diesem gehören derzeit Vertreter der Bankenaufsichtsbehörden von 27 Staaten an. Mangels völkerrechtlicher Vertragsgrundlage stellt der Baseler Ausschuss trotz seines intergouvernementalen Charakters keine echte internationale Organisation dar, sondern ein bloßes politisches Diskussionsforum, in dem gemeinsame Ansätze für die Eigenkapitalausstattung der Banken und die Bankenaufsicht vereinbart werden.¹⁰⁷ An seinen als Richtlinien und Empfehlungen formulierten Soft-Law-Standards¹⁰⁸ orientieren sich die nationalen und supranationalen Gesetzgeber (auch von Nichtmitgliedern des Ausschusses), weil sie auf überlegenem Expertenwissen beruhen.¹⁰⁹

Als Schwesterorganisation des Baseler Ausschusses legt die Internationale Vereinigung nationaler Börsenaufsichtsbehörden IOSCO (International Organization of Securities Commissions) Soft-Law-Standards und -Prinzipien für die Börsenaufsicht fest, um die Investoren zu schützen und die Integrität der Wertpapiermärkte zu gewährleisten.¹¹⁰ Diese Standards werden regelmäßig ebenfalls von den nationalen und supranationalen Gesetzgebern rezipiert.¹¹¹ Als dritte Organisation übernimmt die International Association of Insurance Supervisors (IAIS) entsprechende Koordinierungsaufgaben in Bezug auf die Versicherungsaufsicht.¹¹² Für Deutschland gehört die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht allen drei Gremien an, dem Baseler Ausschuss zusammen mit der Bundesbank. Alle drei Organisationen stellen Beispiele für hoheitliche Expertennetzwerke unterhalb der Regierungsebene dar.

e) *Lebensmittelsicherheits-Standards der Codex-Alimentarius-Kommission*

Als letztes Beispiel für hoheitliche Standards sind die vieldiskutierten Lebensmittelsicherheits-Standards der Codex-Alimentarius-Kommission etwas ausführlicher darzustellen. Die Codex Alimentarius Commission (CAC) ist ein gemeinsames Nebenorgan zweier UN-Sonderorganisationen (FAO und WHO) ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Sie leitet ihre Kompetenzen von ihren beiden Mutterorganisationen (indirekt also von deren Mitgliedstaaten) ab, die auch ihre Statuten festgelegt haben, sie finanzieren und ihre Tagesordnung beeinflussen können, denen gegenüber sie jedoch dank eigener Organe ein hohes Maß an Unabhängigkeit genießt.¹¹³ Die CAC wurde 1961/1963 gegründet, um das Joint FAO/WHO Food Standards Programme durchzuführen.¹¹⁴ Dieses soll die Gesundheit der Verbraucher schützen, faire Wettbewerbsbedingungen im Le-

globalisierter Finanzmärkte, in: *Möllers u.a. (Hrsg.)* (Fn. 51) 219 ff.; *Christoph Ohler*, Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht, ebd. 259 ff. Zur Architektur des internationalen Finanzrechts eingehend *Chris Brummer*, Soft Law and the Global Financial System (2012) 60 ff.

107 Näheres auf der Website des Ausschusses (<http://www.bis.org/bcbs/about.htm> [abgefragt am 10.6.2014]). Eingehend *Christos Gortsos*, Fundamentals of Public International Financial Law (2012) 175 ff.

108 Z.B. Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (Dezember 2010, rev. Juni 2011), abrufbar unter http://www.bis.org/publ/bcbs189_de.pdf (abgefragt am 10.6.2014).

109 *Gortsos* (Fn. 107) 182 f.

110 Näheres auf der Website der Vereinigung (<http://www.iosco.org/> [abgefragt am 10.6.2014]).

111 Vgl. etwa die EU-Prospektrichtlinie (Fn. 323).

112 Näheres auf der Website der Vereinigung (<http://www.iaisweb.org/> [abgefragt am 10.6.2014]).

113 *Mariëlle D. Masson-Mathee*, The Codex Alimentarius Commission and Its Standards (2007), 17 ff.

114 *Masson-Mathee* (Fn. 113) 16 ff.

bensmittelhandel gewährleisten und die Koordinierung aller national und international gesetzten Standards zur Lebensmittelsicherheit fördern.¹¹⁵

Alle Mitglieder und assoziierten Mitglieder der FAO und WHO, einschließlich regionaler Organisationen der Wirtschaftsintegration, können durch einfache Notifikation an den Generaldirektor der FAO oder der WHO der CAC beitreten, wenn sie Interesse an internationalen Lebensmittelstandards haben. Derzeit gehören ihr 185 Mitgliedstaaten und die EU an,¹¹⁶ die über 99% der Konsumenten auf der Welt repräsentieren;¹¹⁷ daneben gibt es 215 Beobachter ohne Stimmrecht.¹¹⁸ Zu den strategischen Zielen der CAC gehört die maximale und effektive Beteiligung aller Mitglieder, einschließlich der Entwicklungs- und Schwellenländer, aber auch von Konsumenten und das öffentliche Interesse vertretenden Verbänden an ihrer Arbeit.¹¹⁹ Angesichts des praktischen Einflusses nichtstaatlicher Akteure auf den Inhalt der CAC-Standards wird die Kommission teilweise als hybride Einrichtung klassifiziert. Da die Letztentscheidung jedoch ausschließlich bei ihren hoheitlichen Mitgliedern liegt, werden die CAC-Standards hier den hoheitlichen zugeordnet.¹²⁰

Die CAC verfügt über ein eigenes Sekretariat mit Sitz in Rom bei der FAO, dessen Personal allerdings dem Generaldirektor der FAO untersteht.¹²¹ Eigentliches Entscheidungsorgan ist die einmal jährlich tagende Konferenz,¹²² auf der jedes Mitglied eine Stimme führt. Die Konferenz beschließt endgültig über die internationalen Standards, d.h. ohne weitere Befassung der beiden Mutterorganisationen.¹²³ Zwischen den Konferenz-Sessionen nimmt das geographisch ausgewogen zusammengesetzte Exekutivkomitee die Aufgaben der Konferenz wahr; es hat jedoch keine Befugnis, internationale Standards zu verabschieden.¹²⁴ Ausgearbeitet werden die Standards von verschiedenenartigen Unterorganen (Codex Committees).¹²⁵

Die CAC erfüllt ihre Aufgaben durch die Formulierung von zumeist weltweit geltenden internationalen Standards (Codex standards), Praxiskodizes (codes of practice) und anderen Leitlinien und Empfehlungen zur Lebensmittelsicherheit im weitesten Sinne, die als solche nicht rechtsverbindlich sind.¹²⁶ Derzeit gibt es davon 327,¹²⁷ die zusam-

115 *Gerald G. Sander*, Codex Alimentarius Commission (CAC), in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 2 ff. Vgl. Art. 1 der Statutes der CAC (<http://www.fao.org/docrep/012/i1400e/i1400e.pdf> [abgefragt am 10.6.2014]).

116 Vgl. Beschluss des Rates vom 17.11.2003 über den Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zur Codex Alimentarius-Kommission (2003/822/EG), ABl. Nr. L 309/14.

117 *Sander* (Fn. 115) Rdnr. 3.

118 49 Internationale Organisationen, 150 NGOs und 16 UN-Einrichtungen, insbesondere die regionalen Wirtschaftskommissionen. Vgl. <http://www.codexalimentarius.org/members-observers/en/> (abgefragt am 10.6.2014). Kritisiert wird die Unterrepräsentation von Verbraucherinteressen im Vergleich zu Industrieinteressen (*Röhl* [Fn. 62] 330).

119 Strategisches Ziel 5 des Strategischen Plans der CAC für 2008 – 2013, abrufbar unter ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/StrategicFrame/Strategic_En.pdf (abgefragt am 10.6.2014).

120 Vgl. *Ravi Afonso Pereira*, Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission, in: *Armin v. Bogdandy et al. (eds.)*, The Exercise of Public Authority by International Institutions (2010) 541, 547 f. m.w.N.

121 *Masson-Matthee* (Fn. 113) 33 f.

122 Rule VI der Rules of Procedure of the CAC nennt sie „Commission“ (wie das Gesamtorgan).

123 *Masson-Matthee* (Fn. 113) 23 f.

124 *Sander* (Fn. 115) Rdnr. 6 ff.

125 *Masson-Matthee* (Fn. 113) 34 ff.

126 *Sander* (Fn. 115) Rdnr. 17 ff.; *Masson-Matthee* (Fn. 113) 51 ff.

127 Abrufbar unter http://www.codexalimentarius.org/standards/list-of-standards/en/?no_cache=1 (abgefragt am 10.6.2014).

mengenommen den internationalen Lebensmittelkodex (Codex Alimentarius) bilden. Standards existieren für eine Vielzahl bestimmter Lebensmittel.¹²⁸ Daneben stehen zahlreiche Richtlinien¹²⁹ sowie Empfehlungen über Höchstgrenzwerte für Rückstände (Maximum Residue Limits) etwa von Pestiziden und Tierarzneimitteln in Lebensmitteln. Ursprünglich wurden Standards und Maximum Residue Limits den CAC-Mitgliedern zur förmlichen Annahme unterbreitet; durch eine solche konnten diese, wenn sie wollten, eine völkerrechtliche Bindung eingehen. Dies geschah jedoch so selten, dass sich das Annahmeverfahren als Fehlschlag erwies und 2005 abgeschafft wurde.¹³⁰ Dessen ungeachtet haben die CAC-Standards große praktische Bedeutung für den weltweiten Lebensmittelhandel,¹³¹ weil ihnen das WTO-Recht eine indirekte Verbindlichkeit zumisst¹³² und sie darüber hinaus auch vom EU-Recht rezipiert worden sind.¹³³

Das Verfahren zur Annahme von Standards etc. ist in Abschnitt II des Procedural Manual der CAC durch interne Regeln detailliert geregelt.¹³⁴ In der Regel läuft dieses von der Initiative bis zur Publikation in acht Schritten ab. Es bezieht alle Mitglieder sowie alle „interested international organizations“ ein. Die Annahme durch die Kommission (d.h. die Konferenz) erfolgt vorzugsweise im Konsensverfahren, nur ausnahmsweise im Wege der Abstimmung.¹³⁵ Die CAC legt großen Wert auf die wissenschaftliche Fundiertheit ihrer Standards und gewährleistet diese durch die Einbeziehung unabhängiger wissenschaftlicher Expertise vor allem von Expertengremien der FAO und WHO,¹³⁶ die außerhalb der institutionellen Struktur der CAC stehen.¹³⁷ Dies gilt insbesondere für die Risikobewertung, doch bleibt der CAC ein erheblicher Spielraum beim Risikomanagement, d.h. beim Ausgleich der kollidierenden Interessen von Freihandel einerseits sowie von Gesundheits- und Verbraucherschutz andererseits.¹³⁸ Die „Gewaltenteilung“ zwischen der unabhängigen wissenschaftlichen Risikobewertung und dem politisch geprägten Risikomanagement ist zwar grundsätzlich positiv. Allerdings hat die gewachsene praktische und rechtliche Bedeutung der CAC-Standards etc. seit ihrer Rezeption durch das WTO-Recht und das EU-Recht auch zu kritischen Fragen hinsichtlich der Legitimität der CAC-Standardsetzung geführt, insbesondere im Hinblick

128 Z.B. Honig, Corned Beef, gefrorene Erdbeeren, Ananaskonserven, Weizenmehl, Butter.

129 Z.B. Guidelines for Formulated Supplementary Foods for Older Infants and Young Children (1991); Guidelines for the Production, Processing, Labelling and Marketing of Organically Produced Foods (2012).

130 *Masson-Mathee* (Fn. 113) 83 ff., 91 ff.

131 *Sander* (Fn. 115) Rdnr. 1.

132 *Rudolf Streinz*, Lebensmittel- und Arzneimittelrecht, in: *Reiner Schulze u.a. (Hrsg.)*, Europarecht (2. Aufl. 2010) § 24 Rdnr. 35 ff.; *Pereira* (Fn. 120) 554 ff. Siehe unten C. IV. 1. b). Bereits die Resolution 39/248 der UN-Generalversammlung vom 9.4.1985 empfahl den Regierungen der UN-Mitgliedstaaten, sie sollten „as far as possible, adopt standards from the ... Codex Alimentarius or, in their absence, other generally accepted international food standards“ (Annex: Guidelines for consumer protection, § 39).

133 Vgl. *Pereira* (Fn. 120) 556 f.

134 ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_20e.pdf (abgefragt am 10.6.2014). Näher dazu *Pereira* (Fn. 120) 548 ff.

135 *Sander* (Fn. 115) Rdnr. 25; *Pereira* (Fn. 120) 550. Vgl. Rule XII.2 der Rules of Procedure.

136 Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA), Joint FAO/WHO Meeting on Pesticide Residues (JMPR) und Joint FAO/WHO Expert Meetings on Microbiological Risk Assessment (JEMRA).

137 *Masson-Mathee* (Fn. 113) 42 ff.; *Understanding the Codex Alimentarius* (3rd ed. 2006) 21 ff. (abrufbar unter ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/understanding/Understanding_EN.pdf [abgefragt am 10.6.2014]).

138 *Pereira* (Fn. 120) 551 f.

auf den zu geringen Einfluss der Entwicklungsländer gegenüber den Industriestaaten, den zu großen Einfluss von Interessenverbänden der Lebensmittelindustrie im Vergleich zu den NGOs, die Allgemeininteressen vertreten, die fehlende demokratische Rückbindung der einflussreichen wissenschaftlichen Experten und die mangelnde Transparenz des Normsetzungsverfahrens.¹³⁹

Im Hinblick auf diese Kritik hat 2002 auf Bitten der Kommission eine umfassende Evaluation der CAC-Aktivitäten durch ein unabhängiges Expertengremium stattgefunden, das die Generaldirektoren von FAO und WHO einsetzten.¹⁴⁰ Aus dieser Evaluation und der anschließenden wissenschaftlichen Diskussion sind einige Vorschläge zur Verbesserung der Legitimität und Verantwortlichkeit der CAC hervorgegangen,¹⁴¹ deren Umsetzung die Kommission versprochen hat.¹⁴² Die nationalen Öffentlichkeiten sollten frühzeitig über die Einleitung von Standardsetzungsverfahren informiert werden und eine Beteiligungsmöglichkeit erhalten. Die Auswahl von NGOs, denen die CAC Beobachterstatus einräumt, solle nach strengeren Kriterien erfolgen, um sicherzustellen, dass sie wirklich die Interessen der internationalen Gemeinschaft insgesamt vertreten. Die praktischen Beteiligungsmöglichkeiten der Entwicklungsländer sollten u.a. durch finanzielle Unterstützung erweitert werden. Die Transparenz der Verfahren zur Auswahl von Experten sei verbesserungsbedürftig, um eine übergroße Nähe zur Lebensmittelindustrie auszuschließen. Schließlich wird die Möglichkeit einer unabhängigen (quasi-) richterlichen Überprüfung der CAC-Standards erwogen, beispielsweise durch WTO-Panels, welche inadäquate Standards bei der Kontrolle der Vereinbarkeit handelsbeschränkender nationaler Maßnahmen mit dem SPS- oder TBT-Übereinkommen unberücksichtigt lassen sollten. Art. 2.4 TBT bietet hierfür in Verbindung mit Anhang 1, Ziff. 2 und 4 eine gewisse Handhabe, weil für die WTO-Mitglieder maßgebliche „einschlägige internationale Normen“ nur solche sind, die von einer „anerkannten Stelle“ angenommen wurden. Auf dieser Grundlage hat es der Appellate Body abgelehnt, die Vorgaben des nur von wenigen WTO-Mitgliedern gezeichneten und nur begrenzt beitrittsoffenen Agreement on the International Dolphin Conservation Program als „einschlägige internationale Normen“ zu akzeptieren.¹⁴³

139 *Masson-Matthee* (Fn. 113) 7 ff., 201 ff.; *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 374. Siehe näher unten D. III. 2. a).

140 Vgl. Report of the Evaluation of the Codex Alimentarius and Other FAO and WHO Food Standards Work vom 15.11.2002, abrufbar unter http://www.who.int/foodsafety/codex/en/codex_eval_report_en.pdf (abgefragt am 10.6.2014).

141 Dazu im Einzelnen *Pereira* (Fn. 120) 558 ff.

142 Codex Alimentarius Commission, 25th (Extraordinary) Session, 13 – 15 February 2003, Report (ALINORM 03/25/5), abrufbar unter <http://www.codexalimentarius.org/meetings-reports/en/?sortingDate=072003> (abgefragt am 10.6.2014).

143 US – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (WT/DS381/R), Appellate Body Report vom 16.5.2012, §§ 353 ff. Vgl. *Elizabeth Trujillo*, The WTO Appellate Body Knocks Down U.S. “Dolphin-Safe” Tuna Labels but Leaves a Crack for PPMs, *ASIL Insight* Vol. 16, Issue 25 (July 26, 2012) und die Anmerkung von *Gregory Shaffer*, *AJIL* 107 (2013) 192 ff. In Bezug auf darüber hinausgehende Kontrollmöglichkeiten ablehnend *Pereira* (Fn. 120) 563 f. Siehe aber auch *Melaku Geboye Desta*, *GATT/WTO Law and International Standards: An Example of Soft Law Hardening Up?*, in: *Andrea K. Bjorklund/August Reinisch (eds.)*, *International Investment Law and Soft Law* (2012) 148, 179 ff. zu eventuellen Manipulationsmöglichkeiten von WTO-Mitgliedern.

2. Überblick über internationale Standards privater Herkunft

Die Standardsetzung durch private Akteure als Formen gesellschaftlicher Selbstregulierung gerät zunehmend ins Blickfeld auch von Völkerrechtler(inne)n, zumindest so weit sie an interdisziplinären Diskussionen teilnehmen.¹⁴⁴

a) *Lex Mercatoria und modellhafte internationale Allgemeine Geschäftsbedingungen*

Zum privaten Soft Law gehören zunächst die Regeln der *Lex Mercatoria*, des transnationalen Handelsrechts, die von einigen Autoren auf die Handelsbräuche der mittelalterlichen Fernkaufleute zurückgeführt werden. Nach dieser Auffassung wurzeln sie in der Zeit vor der Entstehung des souveränen Staates mit seinem Anspruch auf ausschließliche Normgebung in seinem Territorium.¹⁴⁵ In ihrer derzeitigen postmodernen Ausprägung übernimmt die *Lex Mercatoria* eine Ordnungsfunktion im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr. Unter *Lex Mercatoria* versteht das international-privatrechtliche Schrifttum heute zumeist¹⁴⁶ ein Korpus von Normen, die von der internationalen Geschäftswelt zur Selbstregulierung grenzüberschreitender Handels- und Finanzgeschäfte zwischen Privaten oder zwischen Privaten und Staaten autonom entwickelt worden sind und von transnationalen Handelsschiedsgerichten zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen diesen Geschäftspartnern angewendet werden.¹⁴⁷ Der Begriff umfasst als Sammelbezeichnung eine Vielzahl unterschiedlicher nicht-staatlicher und an kein nationales Recht anknüpfender Regeln zur Stabilisierung der wechselseitigen Erwartungen von Geschäftspartnern im transnationalen handels-, gesellschafts- und bankvertraglichen Verkehr, etwa Handelsbräuche, Standardvertragsklauseln und Standardverträge verschiedener Branchen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Regeln über die transnationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit.¹⁴⁸

Die postmoderne *Lex Mercatoria* soll als eine Art Selbsthilfe der beteiligten Geschäftskreise zwei Schwächen des staatendominierten Rechtsetzungs- und -anwendungsprozesses ausgleichen: die territoriale Beschränktheit allen nationalen Rechts sowie die nur begrenzte Fähigkeit des nationalen und internationalen Rechts und der diese Regeln anwendenden nationalen Gerichte, genügend schnell, flexibel, effektiv und in verlässlich vorhersehbarer Weise auf die Bedürfnisse des transnationalen Geschäftsverkehrs mit seinen sich ständig fortentwickelnden Vertragsformen einzugehen.¹⁴⁹ Geltung erlangt die *Lex Mercatoria* nur, wenn die Parteien sie als anwendbares Recht gesondert vereinbaren.

Ungeachtet ihrer intensiven wissenschaftlichen Behandlung darf man die praktische Bedeutung der *Lex Mercatoria* aber nicht überschätzen. Denn die Parteien unterstellen ihre transnationalen Verträge angesichts der Unsicherheit über den genauen Inhalt der *Lex-Mercatoria*-Regeln zumeist weiterhin einer bestimmten nationalen Rechtsord-

144 Vgl. etwa *Peters et al.* (Fn. 47); *Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.)*, Privates Recht (2012).

145 *Stephan W. Schill*, *Lex mercatoria*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 5 ff.

146 Konzept, Charakter und Definition der *Lex Mercatoria* sind umstritten: *Schill* (Fn. 145) Rdnr. 3; *Anne Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?*, JZ 2007, 755 ff. m.w.N.; *Klaus Peter Berger*, *Die Neue Lex Mercatoria*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 144) 119 ff.; *Peer Zumbansen*, *Die Lehren der Lex Mercatoria*, ebd. 135 ff.

147 *Schill* (Fn. 145) Rdnr. 1. Inzwischen wird auch über ein gesondertes transnationales Seehandelsrecht diskutiert: *Andreas Maurer*, *Lex Maritima* (2012).

148 *Schill* (Fn. 145) Rdnr. 2, 4.

149 *Schill* (Fn. 145) Rdnr. 10 ff.

nung, deren Inhalt sie klarer absehen können. Dies gilt selbst dann, wenn die Wahl eines nicht-nationalen Rechts nach dem aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips jeweils einschlägigen nationalen oder supranationalen Recht an sich rechtlich zulässig und die Vollstreckung darauf beruhender schiedsgerichtlicher Entscheidungen dementsprechend sichergestellt wäre.¹⁵⁰ Demzufolge wendet auch die Handelschiedsgerichtsbarkeit weit überwiegend nationale Rechtsregeln zur Entscheidung von Streitfällen an.¹⁵¹ Die praktische Bedeutung der als *Lex Mercatoria* bezeichneten Handelsbräuche liegt weniger in ihrer pauschalen Wahl als insgesamt anwendbare Rechtsordnung als in ihrer Einbeziehung in die Formulierung von Standardverträgen und in ihrem Einfluss auf die Interpretation des anwendbaren nationalen Rechts.¹⁵²

Über die rechtliche Einordnung der *Lex Mercatoria* herrscht Streit. Das Meinungsspektrum reicht von ihrer Qualifizierung als nichtstaatliche autonome Rechtsordnung eigener Art jenseits von Völkerrecht und nationalem Recht bis zu ihrer Einordnung als bloß deskriptive Kategorie derjenigen Regeln, auf welche die Partner transnationaler Handels- und Finanzgeschäfte kraft der ihnen im jeweils einschlägigen nationalen oder supranationalen Recht verbürgten Vertragsfreiheit zurückgreifen können. Nach der erstgenannten Auffassung haben die beteiligten Geschäftskreise originäre Rechtsetzungsmacht, nach der letzteren bloß von den Staaten abgeleitet.¹⁵³ Da private Akteure einschließlich der transnationalen Unternehmen jedoch stets der inneren Souveränität (d.h. der ausschließlichen Territorialhoheit) zumindest des Staates unterworfen sind, dem sie zugehören – entweder des Sitzstaates oder des Staates ihrer Inkorporation¹⁵⁴ –, beruht jedwede private Rechtsetzungsmacht auf einer stets widerruflichen und in aller Regel durch zwingendes staatliches Recht begrenzten ausdrücklichen oder stillschweigenden staatlichen Verleihung: Sie ist immer nur abgeleitet, niemals originär. Jedenfalls theoretisch bleibt damit der Primat der Politik über die Wirtschaft gewahrt. Immerhin tragen die privaten Normen der *Lex Mercatoria* neben den völker- und nationalrechtlichen Regeln über transnationale Handels- und Finanzgeschäfte dazu bei, die normativen Erwartungen der beteiligten Geschäftskreise zu erfüllen. Weil sie damit Rechtssicherheit im transnationalen Geschäftsverkehr gewährleisten,¹⁵⁵ bilden sie einen Faktor bei der Etablierung und Sicherung der *International Rule of Law*.

Praktisch relevanter als die unbestimmten *Lex-Mercatoria*-Prinzipien sind die *International Commercial Terms (INCOTERMS)* und die *Uniform Customs and Practices relating to Documentary Credits (UCP)* der *International Chamber of Commerce (ICC)* – einer Unternehmensvereinigung.¹⁵⁶ Diese standardisierten Handelsklauseln

150 Röthel (Fn. 146) 756. Vgl. 11, 13. Erwägung der Präambel der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 17.6.2008 (Sartorius II Nr. 164a): Vertragsparteien haben freie Rechtswahl, einschließlich der Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerks oder eines internationalen Übereinkommens. Die 31. Erwägung der Präambel der Rom II-Verordnung Nr. 864/2007 (Sartorius II Nr. 164b) zur Rechtswahl sagt dies nicht so ausdrücklich.

151 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. II (2009) 2143 ff., 2227 ff., 2237.

152 Vgl. Born (Fn. 151) 2234 f. In diesem Sinne auch Art. 9 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) vom 11.4.1980 (Sartorius II Nr. 465), der die Handelsbräuche und Gepflogenheiten als Geschäftsgrundlage derartiger Verträge identifiziert.

153 Schill (Fn. 145) Rdnr. 3.

154 Vgl. Art. 9 der Draft Articles on Diplomatic Protection der ILC von 2006 (abrufbar unter http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf [13.6.2013]).

155 Schill (Fn. 145) Rdnr. 4.

156 Dieter Martiny, *International Chamber of Commerce (ICC)*, in: *Wolfrum, MPEPIL*.

stellen modellhafte internationale Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Inkorporation in transnationale Verträge dar.¹⁵⁷ Wichtig sind auch die hoheitlichen UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.¹⁵⁸

b) *Lex Sportiva*

Zum privaten Soft Law zählen weiterhin die Lex-Sportiva-Standards der internationalen Sportverbände, die das in sozialer wie wirtschaftlicher Hinsicht immens bedeutsame internationale Sportgeschehen von den Olympischen Spielen bis zu den universellen und regionalen Meisterschaften in praktisch allen Sportarten privatautonom regeln und vom Court of Arbitration for Sport interpretiert und fortgebildet werden, wobei das Schweizerische Bundesgericht eine Letztkontrolle über dessen Schiedssprüche ausübt.¹⁵⁹ Wichtige Standardsetzer sind etwa der Weltfußballverband (FIFA)¹⁶⁰ und das Internationale Olympische Komitee,¹⁶¹ beides Vereine des schweizerischen Privatrechts. Grundlage ihrer Standardsetzungskompetenz ist die private Verbandsgewalt, der sich die Mitglieder freiwillig unterwerfen und die erhebliche Eingriffe etwa im Zusammenhang mit Dopingkontrollen und empfindliche Sanktionen wie Wettbewerbsperrn beinhalten kann. Verbände wie Mitglieder handeln bei der privatautonomen Begründung und Ausgestaltung der zwischen ihnen bestehenden privaten Rechtsverhältnisse in Ausübung ihrer grund- und menschenrechtlich gewährleisteten Vereinigungsfreiheit. Diese muss freilich durch hoheitlich gesetztes staatliches und überstaatliches Recht begrenzt werden.¹⁶² Denn mag die Unterwerfung der einzelnen Sportlerinnen und Sportler unter die Regelungs- und Vollzugsmacht der Verbände einschließlich der Jurisdiktionsgewalt ihrer Schiedsgerichte auch äußerlich freiwillig erfolgen, so ist sie doch unabdingbare Voraussetzung für deren Teilnahme an allen internationalen Wettkämpfen.¹⁶³

c) *Rechnungslegungsstandards*

Dem Privatsektor gehört schließlich die International Financial Reporting Standards Foundation an. Sie ist eine private Stiftung mit Sitz in London, deren Treuhänder aus vielen Teilen der Welt stammen. Das International Accounting Standards Board (IASB) als Organ der Stiftung formuliert einheitliche Rechnungslegungsvorschriften für Wirtschaftsunternehmen (International Financial Reporting Standards [IFRS]) in Soft-Law-Form, durch deren Übernahme in die rechtsverbindlichen nationalen und supranationalen Rechnungslegungsnormen die weltweite Vergleichbarkeit von Jahres-

157 *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 28.

158 *Felix Lüth/Philipp K. Wagner*, Soft Law in International Arbitration – Some Thoughts on Legitimacy, Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg 9 (2012) 409, 412 m.w.N. Vgl. *Michael Joachim Bonell*, Commercial Contracts, UNIDROIT Principles, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

159 Das Folgende im Anschluss an *Röthel* (Fn. 146) 757 f.; *Lorenzo Casini*, The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport, in: *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke* (eds.), International Judicial Lawmaking (2012) 439 ff.; *Jens Adolphsen*, Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 144) 93 ff.; *Martin Nolte*, Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva, ebd. 107 ff.

160 Näheres auf der FIFA-Website: <http://de.fifa.com/aboutfifa/organisation/index.html> (abgefragt am 10.6.2014).

161 Näheres auf der IOC-Website: <http://www.olympic.org/about-ioc-institution?tab=Organisation> (abgefragt am 10.6.2014).

162 Näher *Casini* (Fn. 159) 442 f. Grenzen ergeben sich z.B. aus dem Kartellrecht und den Grundfreiheiten des AEUV (siehe unten Fn. 389 zur Rspr. des EuGH).

163 Näher *Röthel* (Fn. 146) 757 f.

und Konzernabschlüssen börsennotierter Unternehmen in zunehmendem Maße gewährleistet wird.¹⁶⁴ Das IASB legt Wert auf ein transparentes Standardsetzungsverfahren, das alle interessierten Kreise und die Öffentlichkeit einbezieht. Zur autoritativen Interpretation der Standards hat das IASB ein eigenes IFRS Interpretations Committee eingerichtet.

Aus den IFRS hat das International Public Sector Accounting Standards Board (IPSASB) – ein unabhängiges Standardsetzungsgremium unter den Auspizien der International Federation of Accountants (IFAC)¹⁶⁵ – die International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) als Empfehlungen für die Rechnungslegung des öffentlichen Sektors herausentwickelt. Derzeit prüft die EU-Kommission, inwieweit diese Standards von den mitgliedstaatlichen Verwaltungen übernommen werden sollen.¹⁶⁶

d) Umweltstandards

Private Verhaltenskodizes und sonstige Instrumente, die von Wirtschaftsunternehmen bzw. Unternehmensverbänden¹⁶⁷ als Ausdruck der corporate social responsibility, von Nichtregierungsorganisationen¹⁶⁸ oder von übergreifenden Multi-Stakeholder-Initiativen aus wirtschaftlichen und ideellen Akteuren¹⁶⁹ erlassen werden, spielen eine wichtige Rolle für den Umweltschutz und die nachhaltige Entwicklung.¹⁷⁰ Teilweise arbeiten diese privaten Instrumente zur Verbesserung ihrer Glaubwürdigkeit mit Zertifizierungstechniken und unterliegen unabhängiger externer Überwachung.¹⁷¹ Angesichts erheblicher Regelungslücken im Hard Law kann die International Rule of Law in diesem Sektor, der ganz besonders deutlich dem öffentlichem Interesse verpflichtet ist, nur mit Hilfe solcher privaten Initiativen verwirklicht werden.

3. Überblick über unechte und echte Hybridstandards

a) Unechte Hybridstandards

aa) ISO-Standards

Hybrides Soft Law im Sinne unechter Hybride bilden beispielsweise die Standards der International Organization for Standardization (ISO), einer Nichtregierungsorga-

164 Nähere Informationen unter <http://www.ifrs.org/The-organisation/Documents/WhoWeAre2012MarchEnglish.pdf> bzw. http://www.ifrs.org/The-organisation/Documents/WhoWeAre_German_2012.pdf (beide abgefragt am 10.6.2014). Kritik aber in der FAZ Nr. 55 vom 6.3.2013, 19 („Zweifel an privater Gesetzgebung“).

165 Nähere Informationen zu IPSASB unter <https://www.ifac.org/sites/default/files/uploads/IPSASB/IPSASB%20April%202013.pdf> (abgefragt am 10.6.2014). Nähere Informationen zu IFAC (einem Verein nach schweizerischem Privatrecht mit teils privaten, teils hoheitlichen Mitglieder [für Deutschland das Institut der Wirtschaftsprüfer und die Wirtschaftsprüferkammer]) unter <http://www.ifac.org/> (abgefragt am 10.6.2014).

166 Näher *Ralf Gerhards*, International Public Sector Accounting Standards (IPSAS), DÖV 2013, 70 ff.

167 Z.B. die International Chamber of Commerce und die International Association of Antarctic Tour Operators. Weitere Beispiele bei *Keller* (Fn. 34) 251 ff.

168 Z.B. der Forest Stewardship Council (*Stéphane Guéneau*, Certification as a New Private Global Forest Governance System: The Regulatory Potential of the Forest Stewardship Council, in: *Peters et al.* [Fn. 47] 379 ff.), der Marine Stewardship Council und der World Wildlife Fund.

169 Z.B. die Coalition of Environmentally Responsible Economies (CERES). Nähere Informationen unter <http://www.ceres.org> (abgefragt am 10.6.2014).

170 Eingehend *Jürgen Friedrich*, Environment, Private Standard-Setting, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

171 Vgl. *Keller* (Fn. 34) 282 ff.

nisation, die als größte Produzentin freiwilliger internationaler Standards¹⁷² im Interesse der weltweiten Vereinheitlichung von Anforderungen an Wirtschaftsgüter und Management gilt.¹⁷³ Ihre seit 1947 mehr als 19.000 publizierten Standards für nahezu alle Bereiche der Technologie und Vermarktung stellt die ISO gegen Lizenzentgelt insbesondere Unternehmen zur Verfügung, die damit die Qualität und Marktgängigkeit ihrer Produkte und ihre Produktivität verbessern sowie ihre Kosten senken können.¹⁷⁴ Die ISO kooperiert eng mit ihrer Schwesterorganisation International Electrotechnical Commission (IEC) – einer weiteren NGO –, aber auch mit der Internationalen Fernmeldeunion (ITU), einer internationalen Organisation und Sonderorganisation der Vereinten Nationen. Gemeinsam haben diese drei Organisationen die World-Standards-Kooperation begründet, mittels derer sie ihre Standardsetzungs- und -durchsetzungsaktivitäten koordinieren.¹⁷⁵ Zusammen bringen sie ungefähr 85 Prozent aller internationalen Standards hervor, wobei die IEC und ITU jeweils auf ihren speziellen Gebieten, die ISO hingegen allgemein tätig wird.¹⁷⁶

ISO-Mitglieder können nur nationale Normungsorganisationen werden, und zwar für jeden Staat die jeweils repräsentativste. In den entwickelten Staaten sind dies typischerweise private Organisationen, in den Entwicklungsländern dagegen staatliche Einrichtungen.¹⁷⁷ Im Hinblick auf die gemischte Zusammensetzung ihres Kreationorgans werden die ISO-Standards als hybride Standards bezeichnet,¹⁷⁸ was im Sinne unechter Hybridität zu verstehen ist. Die Mitgliederzahl der ISO beträgt derzeit 164.¹⁷⁹ Mitglied für Deutschland ist das Deutsche Institut für Normung e.V. (DIN), dessen Mitglieder „Unternehmen, Verbände, Behörden und andere Institutionen aus Industrie, Handel, Handwerk und Wissenschaft“ sind.¹⁸⁰ Durch Vertrag von 1975 hat das DIN mit der Bundesrepublik Deutschland eine Public Private Partnership begründet, die ihm das Monopol für die Vertretung Deutschlands bei den europäischen und internationalen Normungsaktivitäten sichert.¹⁸¹

Inhaltlich erlässt die ISO vor allem sehr spezifische technische Standards für Produkte, Dienstleistungen und Materialien, aber auch Standards für Qualitäts- und Umweltmanagement.¹⁸² Das Verfahren der Standardsetzung der ISO, das durch Expertenaus-

172 Unter Standard versteht die ISO „a document that provides requirements, specifications, guidelines or characteristics that can be used consistently to ensure that materials, products, processes and services are fit for their purpose.“ (<http://www.iso.org/iso/home/standards.htm> [abgefragt am 10.6.2014]).

173 *Gerald G. Sander*, International Organization for Standardization (ISO), in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 1.

174 Ebd. Zur Frage, ob der Zugang zu Standards entgeltlich sein darf, wenn sie von Gesetzen in Bezug genommen werden, näher *Rob van Gestel/Hans-W. Micklitz*, European Integration through Standardization, CMLR 50 (2013) 145 ff.

175 *Sander* (Fn. 173) Rdnr. 30.

176 *Michael Koebele*, in: *Rüdiger Wolfrum/Peter-Tobias Stoll/Anja Seibert-Fohr* (eds.), WTO – Technical Barriers and SPS Measures (2007) Art. 1 and Annex 1 TBT Rdnr. 46 ff.

177 Auch staatliche Einrichtungen verstehen sich aber eher als Sprachrohr der heimischen Industrie denn als Vertreter öffentlicher Interessen (*Gerd Winter*, Transnationale Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtsstaatlichkeit, APUZ 8/2009, 9, 10).

178 *Friedrich* (Fn. 170) Rdnr. 11; *Naomi Roht-Arriaza*, ‚Soft Law‘ in a ‚Hybrid‘ Organization: The International Organization for Standardization, in: *Dinah Shelton* (ed.), Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (2000) 263 ff.

179 http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm (abgefragt am 10.6.2014).

180 www.din.de (abgefragt am 10.6.2014).

181 Ebd.

182 *Sander* (Fn. 173) Rdnr. 28 f.

schüsse erfolgt, ist transparent und steht allen Mitgliedern zur Beteiligung offen. Die Initiative geht regelmäßig von einer bestimmten Wirtschaftsbranche aus. Entwürfe neuer Standards werden allen Mitgliedern zugeleitet; es steht ihnen frei, diese in ihrem jeweiligen Staat den interessierten Kreisen zugänglich zu machen und deren Kommentare in das Standardsetzungsverfahren der ISO einzuspeisen.¹⁸³ Die endgültige Annahme eines Standards erfolgt mit Dreiviertelmehrheit. Er wird danach zumindest alle fünf Jahre überprüft, um ihn an den technischen Fortschritt anzupassen.¹⁸⁴

Neuland hat die ISO im Jahre 2010 mit dem sozialpolitischen internationalen Standard ISO 26000:2010(en) „Guidance on social responsibility“ betreten.¹⁸⁵ Dieser internationale Standard, mit dem die ISO den technischen zugunsten des politischen Raums verlässt,¹⁸⁶ richtet sich nicht nur an Unternehmen, sondern an „all types of organizations in the private, public and non-profit sectors, whether large or small, and whether operating in developed or developing countries.“¹⁸⁷ Auch „governmental organizations“ sind potentielle Adressaten, nur nicht die Staatsgewalt als solche. Social responsibility definiert §2.18 der ISO 26000:2010 als „responsibility of an organization (2.12) for the impacts (2.9) of its decisions and activities on society and the environment (2.6), through transparent and ethical behaviour (2.7) that contributes to sustainable development (2.23), including health and the welfare of society; takes into account the expectations of stakeholders (2.20); is in compliance with applicable law and consistent with international norms of behaviour (2.11);¹⁸⁸ and is integrated throughout the organization (2.12) and practised in its relationships“.¹⁸⁹ ISO 26000:2010 formuliert aber nur Orientierungsrichtlinien und keine zertifizierbaren Vorgaben.

In Europa gibt es einige der ISO entsprechende Standardisierungsinstitutionen, die ihre harmonisierenden Standards zwar im Auftrag der EU-Kommission, der Sache nach aber weitgehend selbständig erarbeiten,¹⁹⁰ wobei sie sich auf Standards der ISO stützen oder bei der Standardsetzung mit der ISO kooperieren.¹⁹¹ Das EU-Recht vermutet die Konformität von standardgerechten Produkten mit den sekundärrechtlichen Anforderungen,¹⁹² wobei es Vorgaben hinsichtlich der Transparenz des Standardisie-

183 Dies geschieht in Deutschland durch das DIN – vgl. *Röhl* (Fn. 62) 324.

184 *Sander* (Fn. 173) Rdnr. 17 ff.; *Röhl* (Fn. 62) 323 f.

185 Ausführlich *Janelle M. Diller*, *Private Standardization in Public International Lawmaking*, *Michigan Journal of International Law* 33 (2012) 481 ff.

186 So erklären sich die unten im Text bei Fn. 326, 347 erwähnten Kautelen.

187 Der Text ist nicht kostenfrei erhältlich, doch kann eine Zusammenfassung im Internet von einer online browsing platform heruntergeladen werden: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:en> (abgefragt am 10.6.2014).

188 Nach § 2.11 ISO 26000:2010 umfasst „International norms of behaviour“ Erwartungen an sozial verantwortliches Verhalten, die auf Völkergewohnheitsrecht, allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder universellen völkerrechtlichen Verträgen beruhen, also Rechtsquellen, die zwar primär an Staaten adressiert sind, aber Ziele und Prinzipien ausdrücken, auf die auch private Organisationen hinarbeiten können.

189 <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:en> (abgefragt am 10.6.2014) – Hervorhebungen im Original nicht wiedergegeben.

190 *Nowrot* (Fn. 19) § 2 Rdnr. 89 ff.

191 *Röhl* (Fn. 62) 321.

192 *Röhl* (Fn. 62) 327 f. Vgl. die „neue Konzeption“ auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung (Entschließung des Rates vom 7.5.1985 mit Anhängen [ABl. Nr. C 136/1]); näher *van Gestel/Micklitz* (Fn. 174) 156 f.

rungsprozesses der europäischen Normungsorganisationen und der Beteiligung von Interessenträgern formuliert.¹⁹³

Die technische Standardsetzung, wie sie heute durch die ISO und andere Normungsorganisationen erfolgt, kann auf eine lange Geschichte zurückblicken, die auf nationaler Ebene bis in die 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückreicht und mit der industriellen Revolution zusammenhängt. Die Notwendigkeit einheitlicher Standardisierungen über die Staatsgrenzen hinweg führte zur Gründung der ersten Verwaltungsunionen für den Telegraphen- und Postverkehr als Frühformen der internationalen Organisationen.¹⁹⁴

bb) Arbeits- und Sozialstandards der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)

Die Setzung von Arbeits- und Sozialstandards durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Zunächst erfolgt sie seit 1919 in Bezug auf Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards unter gleichberechtigter Beteiligung des involvierten Privatsektors, also der Arbeitgeber und Arbeitnehmer („tripartism“).¹⁹⁵ Die Allgemeine Konferenz (Internationale Arbeitskonferenz) als Hauptbeschlussorgan der ILO hat eine einzigartige dreigliedrige Struktur: Jeder der 185 Mitgliedstaaten ist durch eine vierköpfige Delegation vertreten, die aus zwei Regierungsdelegierten und je einem Delegierten der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite des jeweiligen Mitglieds besteht. Bestimmt werden diese von den nationalen Regierungen im Einvernehmen mit den maßgebenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen des betreffenden Landes (falls solche bestehen).¹⁹⁶ Jeder Delegierte hat ein individuelles Stimmrecht.¹⁹⁷ Entsprechend setzt sich der Verwaltungsrat, das Exekutivorgan der ILO, aus 28 Regierungsvertretern sowie jeweils 14 Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammen.¹⁹⁸ Beide Gremien weisen demnach eine hybride hoheitlich-private Struktur auf. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen sind je nach dem politischen System des betreffenden Staates mehr oder weniger staatsunabhängig und je nach dem Organisationsgrad der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite mehr oder weniger repräsentativ. Da der Einfluss der Arbeitnehmerorganisationen in vielen Teilen der Welt infolge der Globalisierung jedoch erheblich geringer geworden ist, hat die Glaubwürdigkeit des dreiteiligen ILO-Systems insgesamt gelitten.¹⁹⁹ Die ILO hat versucht, durch einen erweiterten sozialen Dialog unter Einbeziehung von

193 Art. 3 ff. der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 zur europäischen Normung etc. vom 25.10.2012, ABl. Nr. L 316/12.

194 *Lepsius* (Fn. 51) 345 f., der auf die Internationale Telegraphen Union und den Weltpostverein hinweist. Eingehend *Miloš Vec*, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution* (2006).

195 *Heiko Sauer*, *International Labour Organization*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 7.

196 Art. 3 Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (Teil XIII des Versailler Friedensvertrags) vom 28.6.1919, mit späteren Änderungen abrufbar unter http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRY_ID:2453907:NO (englische Fassung); deutsche Übersetzung unter http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms_193725.pdf (jeweils abgefragt am 10.6.2014).

197 Art. 4 ILO-Verfassung (Fn. 196).

198 Art. 7 ILO-Verfassung (Fn. 196).

199 Vgl. *Erika de Wet*, *Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, in: *Armin von Bogdandy et al. (eds.)*, *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (2010) 377, 401 ff.

Arbeitnehmervertretern von außerhalb der traditionellen Gewerkschaften gegenzusteuern.²⁰⁰

Die in der ILO-Verfassung vorgesehenen Normsetzungsinstrumente²⁰¹ bestehen aus internationalen Übereinkommen²⁰² und Empfehlungen,²⁰³ die für viele Bereiche von Arbeit und Beschäftigung, sozialer Sicherheit und Sozialpolitik jeweils Mindeststandards festlegen.²⁰⁴ Auf völkerrechtlich nicht bindende Empfehlungen wird zurückgegriffen, „wenn sich der behandelte Gegenstand überhaupt nicht oder unter einem bestimmten Gesichtspunkt nicht für die sofortige Annahme eines Übereinkommens eignet.“²⁰⁵ Beide Arten von Instrumenten bedürfen zu ihrer Annahme in gleicher Weise einer Zweidrittelmehrheit in der Konferenz.²⁰⁶ Da die Regierungsdelegierten einerseits und die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerdelegierten andererseits unabhängig voneinander gleich viele Stimmen führen, kann es vorkommen, dass verabschiedete Texte die Auffassung nur einer Minderheit von Regierungen widerspiegeln. Als Konsequenz der dreigliedrigen Struktur des Beschlussgremiums, das ihre Texte festlegt, unterliegen ILO-Konventionen nicht der förmlichen Unterzeichnung seitens der Regierungen, und diese können auch keine Vorbehalte anbringen.²⁰⁷ Im Hinblick auf die hybride hoheitlich-private Struktur des entscheidenden Gremiums haben die internationalen Übereinkommen und Empfehlungen der ILO einen unechten Hybridcharakter. Formell sind diese Texte zunächst ausschließlich der ILO zurechenbar. Sobald Staaten ILO-Übereinkommen durch Ratifikation förmlich billigen, werden sie zu einem völkerrechtlichen Vertrag, der nur die beteiligten Staaten bindet.²⁰⁸ Materiell mag man freilich weiterhin den besonderen Charakter der ILO-Übereinkünfte unterstreichen, der sie als dreiseitige internationale Tarifverträge erscheinen lässt.²⁰⁹

In der Praxis werden Empfehlungen oft gleichzeitig mit Übereinkommen verabschiedet, um diese durch detailliertere Bestimmungen zu ergänzen.²¹⁰ Nach ihrer Annahme begründen beide Instrumente weitgehend parallele Verfahrenspflichten für alle

200 Vgl. *Adelle Blackett*, *The Decent Work for Domestic Workers Convention and Recommendation*, 2011, *AJIL* 106 (2012) 778, 791.

201 Ein weiteres in der ILO-Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehenes Soft-Law-Instrument stellt die Erklärung der Internationalen Arbeitskonferenz dar. Es ist bisher nur dreimal verwendet worden, um besonders grundlegende Werte, Prinzipien und Politiken der ILO feierlich zu proklamieren (vgl. *Sauer* [Fn. 195] Rdnr. 4 f., 32 f.).

202 Es gibt zur Zeit 189 ILO-Konventionen sowie 5 Protokolle dazu (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:1:0::NO::> [abgefragt am 10.6.2014]).

203 Es gibt zur Zeit 202 Empfehlungen der ILO (ebd.).

204 Art. 19 Abs. 8 ILO-Verfassung (Fn. 196). Vgl. *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 16. Zum Verfahren der Standardsetzung näher das 2012 revidierte „Handbuch der Verfahren betreffend internationale Arbeitsübereinkommen und -empfehlungen“ des IAA (abrufbar unter http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_195190.pdf [abgefragt am 10.6.2014]).

205 Art. 19 Abs. 1 ILO-Verfassung (Fn. 196). Vgl. *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 15.

206 Art. 19 Abs. 2 ILO-Verfassung (Fn. 196).

207 *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 14, der zur Begründung auf die in Art. 19 Buchst. c der Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (UNTS Bd. 1155, 331, BGBl. 1985 II S. 926) kodifizierte Regel des Völkergewohnheitsrechts verweist.

208 Die meisten ILO-Übereinkommen werden nur von einer kleinen Minderheit von Staaten ratifiziert (*de Wet* [Fn. 199] 382).

209 Vgl. *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 14.

210 *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 15. Jüngstes Beispiel: ILO-Konvention Nr. 189 (BGBl. 2013 II S. 923) und Empfehlung Nr. 201 zum Thema „Decent Work for Domestic Workers“ (d.h. menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte) vom 16.6.2011. Näher *Blackett* (Fn. 200) 778 ff.

Mitglieder:²¹¹ Übereinkommen müssen regelmäßig innerhalb eines Jahres der für die Entscheidung über ihre Ratifikation zuständigen nationalen Stelle vorgelegt werden.²¹² Falls diese sich gegen die Ratifikation eines Übereinkommens entscheidet, hat das Mitglied „dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes in angemessenen, vom Verwaltungsrat festzusetzenden Zeitabständen über den Stand seiner Gesetzgebung und über seine Praxis bezüglich der Fragen zu berichten, die den Gegenstand des Übereinkommens bilden. Dabei gibt es näher an, in welchem Umfang den Bestimmungen des Übereinkommens durch Gesetzgebung, Verwaltungsmaßnahmen, Gesamtarbeitsverträge oder auf andere Weise entsprochen wurde oder entsprochen werden soll, und legt die Schwierigkeiten dar, welche die Ratifikation eines solchen Übereinkommens verhindern oder verzögern.“²¹³

Empfehlungen müssen die Mitglieder ebenfalls regelmäßig innerhalb eines Jahres der jeweils zuständigen nationalen Stelle vorlegen, damit diese über deren Verwirklichung durch Gesetzgebung oder andere Maßnahmen entscheiden kann.²¹⁴ Darüber hinaus hat jedes Mitglied „dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes in angemessenen, vom Verwaltungsrat festzusetzenden Zeitabständen über den Stand seiner Gesetzgebung und über seine Praxis bezüglich der Fragen zu berichten, die den Gegenstand der Empfehlung bilden. Dabei gibt es näher an, in welchem Umfang den Bestimmungen der Empfehlung entsprochen wurde oder entsprochen werden soll, wobei es die Abänderungen dieser Bestimmungen bezeichnet, die notwendig erscheinen oder erscheinen können, um die Annahme oder Anwendung der Bestimmungen zu ermöglichen.“²¹⁵

Sowohl die internationalen Übereinkommen als auch die Empfehlungen unterliegen einer regelmäßigen Überwachung (monitoring) im Staatenberichtsverfahren.²¹⁶ Die Staatenberichte werden von einem 20-köpfigen Gremium unabhängiger Sachverständiger²¹⁷ evaluiert. Der Jahresbericht des Sachverständigenausschusses geht an den aus Regierungs-, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerdelegierten (also dreigliedrig) zusammengesetzten Konferenzausschuss für die Durchführung der Normen (Conference Committee on the Application of Standards) der Internationalen Arbeitskonferenz, der bestimmte Aspekte auswählt, mit den betroffenen Regierungen diskutiert und dann seine eigenen Schlussfolgerungen in einem Bericht veröffentlicht.²¹⁸ Die weitgehende Parallelität von Übereinkommen und Empfehlungen setzt sich daher auch bei der Implementierung der Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards in der Praxis der ILO

211 Die in Art. 19 Abs. 7 ILO-Verfassung (Fn. 196) vorgesehenen Sonderregeln für Bundesstaaten bleiben hier außer Betracht.

212 Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung vgl. Art. 30 ILO-Verfassung (Fn. 196).

213 Art. 19 Abs. 5 Buchst. e ILO-Verfassung (Fn. 196). Das Internationale Arbeitsamt (IAA) bildet das Sekretariat der ILO (Art. 8 ff. ILO-Verfassung).

214 Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung vgl. Art. 30 ILO-Verfassung (Fn. 196).

215 Art. 19 Abs. 6 Buchst. d ILO-Verfassung (Fn. 196).

216 Vgl. zum Umfang der Berichtspflicht Art. 19 Abs. 5 Buchst. e (nicht ratifizierte Übereinkommen), Art. 19 Abs. 6 Buchst. d (Empfehlungen) und Art. 22 (ratifizierte Übereinkommen) der ILO-Verfassung (Fn. 196). Näher zum Verfahren das „Handbuch der Verfahren“ des IAA (Fn. 204).

217 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

218 Zum Verfahrensablauf vgl. <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang--en/index.htm> (abgefragt am 23.12.2012).

fort, denn diese erfolgt durchweg vorrangig in Form der Kooperation, des Dialogs und der technischen Hilfe, und nicht der Sanktionierung von Verletzungen.²¹⁹

Auch im Rahmen der ILO wird aber weiterhin klar zwischen Hard-Law- und Soft-Law-Verpflichtungen unterschieden. Dies zeigt sich daran, dass nur die harten völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den von ihnen ratifizierten ILO-Konventionen in den antragsabhängigen Sonderverfahren durchgesetzt werden können. Die ILO-Verfassung kennt zwei derartige Verfahren: Eines wird durch die Beschwerde (representation) eines Berufsverbands von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern,²²⁰ das zweite durch die Klage (complaint) eines Mitgliedstaats, der das betreffende Übereinkommen selbst ratifiziert hat,²²¹ beim Internationalen Arbeitsamt eingeleitet.²²² Keine Ausnahme hiervon stellt das Verfahren vor dem Verwaltungsratsausschuss für Vereinigungsfreiheit (Committee on Freedom of Association) dar, den der Verwaltungsrat der ILO 1951 als Unterorgan eingerichtet hat.²²³ Dieser ebenfalls dreigliedrige Ausschuss aus einem unabhängigen Vorsitzenden und je drei Regierungs-, Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern untersucht Beschwerden von nationalen oder internationalen Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverbänden oder von Regierungen betr. Verletzungen der Koalitionsfreiheit durch einen Mitgliedstaat.²²⁴ Solche Beschwerden sind zwar unabhängig davon zulässig, ob dieser Staat die einschlägigen ILO-Konventionen Nr. 87 und Nr. 98 ratifiziert hat. Indessen sind alle ILO-Mitglieder bereits kraft der ILO-Verfassung völkerrechtlich ausdrücklich zur Achtung der Koalitionsfreiheit verpflichtet. Das Verfahren ist zudem weniger auf die Feststellung von Rechtsverletzungen als auf die Identifikation und Behebung von Umsetzungsschwierigkeiten ggf. mit Hilfe der ILO gerichtet.²²⁵

b) *Echte Hybridstandards: UN Global Compact*

Ein seltenes Beispiel für echte Hybridstandards bildet der United Nations Global Compact, der auf eine strategische Initiative des früheren UN-Generalsekretärs Kofi Annan von 1999 zurückgeht und vor allem große Wirtschaftsunternehmen in die Verwirklichung der Ziele (einschließlich der Entwicklungsziele) der UNO einbinden will.²²⁶ Die Unternehmen sollen durch freiwillige Selbstbindung soziale Verantwortung übernehmen und ihre Entschlossenheit zu nachhaltigen Geschäftspraktiken demonstrieren, um ihre durch den Globalisierungsprozess sowohl absolut wie relativ im Verhältnis zu den Staatsregierungen gewachsene Macht einzugrenzen und zur Förderung des Gemeininteresses der Weltbevölkerung insgesamt einzuspannen. Es handelt sich um ein neuartiges globales Steuerungsmodell im Sinne einer Public Private Partnership

219 *De Wet* (Fn. 199) 378 f.

220 Art. 24 – 25 ILO-Verfassung (Fn. 196).

221 Art. 26 ff. ILO-Verfassung (Fn. 196).

222 Näher *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 23 f.

223 Näher dazu http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:62:136949813214493::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2565060:NO (abgefragt am 10.6.2014).

224 Näher zum Verfahren die Abschnitte 85 ff. im „Handbuch der Verfahren“ des IAA (Fn. 204).

225 *Sauer* (Fn. 195) Rdnr. 25.

226 *Rahmatullah Khan*, Global Compact, in: *Wolfrum*, MPEPIL. Nähere Informationen auf der Webseite des UN Global Compact, abrufbar unter <http://unglobalcompact.org> (abgefragt am 10.6.2014).

in Dialogform zur Abfederung der negativen Globalisierungseffekte gerade für die Entwicklungsländer, das freilich auch auf erhebliche Kritik stößt.²²⁷

Die UNO hat hierfür zehn weltweit als grundlegend anerkannte Prinzipien für das Verhalten von Unternehmen in den Bereichen Menschenrechte, Arbeitsstandards, Umweltschutz und Korruptionsbekämpfung (d.h. internationale Standards) formuliert, auf deren Einhaltung sich diese der UNO gegenüber quasi-vertraglich verpflichten können.²²⁸ Nichtunternehmerisch tätige Verbände können sich unterstützend beteiligen. Inzwischen haben dies mehr als 10.000 Unternehmen und andere Interessierte (stakeholders) aus mehr als 130 Staaten getan. Der Beitritt zum Global Compact führt zwar zu keiner rechtlichen, wohl aber zu einer sozialen Bindung: Bei Verletzungen des Versprechens, die zehn Prinzipien einzuhalten, wird die Reputation als verantwortungsbewusstes Unternehmen gefährdet.²²⁹ Die soziale Verbindlichkeit der Standards ergibt sich aus einem Zusammenwirken der UNO mit dem jeweiligen Unternehmen, das deren Einhaltung verspricht, so dass diese Standards einem hoheitlichen und einer Vielzahl von privaten Urhebern zurechenbar sind (echte Hybridität). Seit 2004 hat der Global Compact eine institutionelle Struktur erhalten, die es auch ermöglicht, Popularbeschwerden gegen teilnehmende Unternehmen einzulegen, die ihre Versprechen systematisch verletzen. Das Verfahren kann letztlich zur Entfernung eines solchen Unternehmens von der Teilnehmerliste führen.²³⁰

Im Bereich des Menschenrechtsschutzes gegen Konzerntätigkeit gibt es noch weitere Beispiele für echte Hybridstandards.²³¹

III. Fehlen internationaler Standards: Inexistenz einer Lex Informatica und Gewaltenmonismus im Cyberspace

Auf einem Gebiet ist die Ausbildung von spezifischen internationalen Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards bislang nicht gelungen: bei der Regulierung des Cyberspace. Zweifelsohne stellt dieser neuartige virtuelle Raum ein Gemeinschaftsgut dar, dessen Sicherheit, Freiheit und universelle Zugänglichkeit für eine stabile und gerechte Weltordnung außerordentlich wichtig sind. Man könnte den Cyberspace als nicht territorial gebundenen Bestandteil des „gemeinsamen Erbes der Menschheit“ einstufen und wie beim Weltraum, dem Tiefseeboden und der Antarktis ein Interesse der Weltgemeinschaft identifizieren, Herrschaftsrechte einzelner Staaten oder Staatenverbin-

227 Sabine von Schorlemer, Der „Global Compact“ der Vereinten Nationen – ein Faust’scher Pakt mit der Wirtschaftswelt?, in: *dies. (Hrsg.), Praxishandbuch UNO* (2003) 507, 513 ff.; zur Kritik ebd. 535 ff.

228 Zur sehr informellen Ausgestaltung von Schorlemer (Fn. 227) 527 ff., die den Global Compact deshalb noch nicht einmal als Soft Law einstuft.

229 Zur verhaltenssteuernden Bedeutung des Ziels, den Unternehmensruf zu wahren, vgl. Keller (Fn. 34) 274.

230 Karsten Nowrot, The New Governance Structure of the Global Compact (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 47 [November 2005]) 27 ff.

231 Vgl. etwa die Voluntary Principles on Security and Human Rights, die gemeinsam von Regierungs-, Industrie- und NGO-Vertretern formuliert wurden und sicherstellen sollen, dass in der Öl-, Gas- und Minenindustrie Sicherheitsstandards im Interesse der Arbeitnehmer eingehalten werden (Harold H. Koh, Twenty-First Century International Lawmaking, Rede vom 17.10.2012, unter I. E., abrufbar unter <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/199319.htm> [abgefragt am 10.6.2014]).

dungen daran ebenso auszuschließen wie die Vormacht von Medienkonzernen.²³² Nur vermerkt sei hier, dass die rechtlichen Fragen einer militärischen Nutzung des Internet besonders intensiv erörtert werden.²³³

Wie hoch der hoheitliche und der private Anteil an der Herstellung und Gewährleistung einer Internet-Ordnung sein sollen, ist sehr umstritten.²³⁴ Schon seit Jahren konkurrieren hier der Multi-Stakeholder-Ansatz einer hoheitlich-privaten Kooperation in privatrechtlichen Formen einerseits und der intergouvernementale Ansatz einer hoheitlichen Kontrolle des Internet in völkerrechtlichen Formen andererseits miteinander.²³⁵ Die Vorstellungen darüber gehen in den verschiedenen Weltregionen und Kulturkreisen so weit auseinander, dass ein Konsens über ein internationales Regelwerk kaum zu finden ist.²³⁶ Dies hat sich auf der vom 3.–14.12.2012 in Dubai von der ITU abgehaltenen World Conference on International Telecommunications (WCIT-12) deutlich gezeigt: Die dort ausgehandelte Neufassung der International Telecommunication Regulations von 1988²³⁷ ist von zahlreichen (insbesondere westlichen) ITU-Mitgliedern abgelehnt worden, weil darin Regelungen enthalten sind, die als Gefahr für die (Staats-)Freiheit des Internet eingestuft werden.²³⁸

Angesichts dessen verwundert es nicht, dass in den 1990er Jahren erhobene Forderungen, das Internet einer zumindest teilweise privaten weltweiten Regulierung durch die interessierten Kreise zu überlassen, also einer in Anlehnung an die *Lex Mercatoria* als „*Lex Digitalis*“ oder „*Lex Informatica*“ zu bezeichnenden eigenständigen transnationalen Ordnung, die zudem in einer Art Selbstverwaltung der beteiligten Kreise (d.h. der Internet Community) implementiert würde, überwiegend nicht realisierbar waren. Vielmehr regeln die Staaten den Internet-Zugang für Nutzer sowie die Einspeisung von Informationen nach je eigenen Vorstellungen durch hoheitlichen Zugriff auf die in ihrem Gebiet tätigen Internet Service Provider, wobei sie ihre nationalen Vorschriften nach dem Wirkungsprinzip auch auf solche extraterritorialen Geschehnisse anwenden, die erhebliche Auswirkungen auf ihr eigenes Gebiet haben.²³⁹

232 *Johann-Christoph Woltag*, Internet, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 14. Vgl. allgemein *Rüdiger Wolfrum*, Common Heritage of Mankind, in: *ders.*, MPEPIL. Aus nationaler Sicht *Hanno Kube*, Neue Medien – Internet, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV (3. Aufl. 2006) § 91 Rdnr. 7 ff.

233 Vgl. etwa die Rede des damaligen Legal Adviser des US Department of State, *Harold H. Koh*, International Law in Cyberspace, vom 18.9.2012 (Exzerpte in *AJIL* 107 [2013] 243 ff.); *Johann-Christoph Woltag*, Cyber Warfare, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

234 *Sabine von Schorlemer*, Telecommunications, International Regulation, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 134 ff.

235 *David P. Fidler*, Internet Governance and International Law: The Controversy Concerning Revision of the International Telecommunication Regulations, *ASIL Insight* Vol. 17, Issue 6 (February 7, 2013), abrufbar unter <http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/6/internet-governance-and-international-law-controversy-concerning-revision> (abgefragt am 10.6.2014). Zum staatlichen Schutzauftrag aus Sicht des GG *Kube* (Fn. 232) Rdnr. 11 ff.

236 Vgl. *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 17 m.w.N.

237 Dieser weltweit geltende völkerrechtliche Vertrag soll den grenzüberschreitenden Telekommunikationsverkehr erleichtern.

238 Die Final Acts der WCIT-12 sind abrufbar unter <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf> (abgefragt am 10.6.2014). Näher *Wolfgang Kleinwächter*, ITU: 12. Weltweite Konferenz für internationale Fernmeldedienste 2012, *VN* 61 (2013) 130 ff. Vgl. auch *Fidler* (Fn. 235).

239 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 18 f.

Nur die eigentliche Internet-Governance im engen technischen Sinn liegt außerhalb des unmittelbaren Zugriffs einzelner Staaten.²⁴⁰ Dazu gehören die Verwaltung des Domain Name Systems mit ihrer Zuweisung von einmaligen Namen an die Informationsanbieter,²⁴¹ insbesondere der sogenannten Top-Level Domains (TLDs),²⁴² und von einmaligen Internet-Protocol (IP)-Adressen an teilnehmende Computer sowie die für die Funktionsfähigkeit des weltweiten Datenaustauschs essentielle einheitliche Festlegung der Formate zur Datenübertragung. Derzeit beruht diese Internet Governance von der Formulierung der Anforderungen, die weltweit gelten müssen, damit das Internet funktionieren kann,²⁴³ über deren Anwendung bis zur Streitentscheidung weitgehend auf einer Art Selbstverwaltung der beteiligten Kreise (d.h. der Internet Community) mit der Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN) an der Spitze.²⁴⁴ ICANN kontrolliert den Zugang zum Internet als kritischer globaler Infrastruktur und vereint dabei legislative, exekutive und judikative Funktionen in einem geradezu vormodernen Gewaltenmonismus.²⁴⁵

ICANN ist eine nach dem Recht des US-Staates Kalifornien errichtete und diesem sowie dem Bundesrecht der USA und der dortigen Gerichtsbarkeit unterworfenen gemeinnützigen Körperschaft des Privatrechts.²⁴⁶ Nach ihrem Gründungsstatut wird ICANN im Interesse der Internet-Gemeinde (Internet Community) als ganzer tätig und agiert – in diese Reihenfolge – im Einklang mit den einschlägigen Prinzipien des Völkerrechts und den anwendbaren internationalen Übereinkommen sowie dem örtlichen Recht, ihrem Gründungsstatut und ihrer Gesellschaftssatzung. Sie arbeitet in angemessener Weise mit den relevanten internationalen Organisationen zusammen.²⁴⁷ Das Gründungsstatut bringt die Vorstellung zum Ausdruck, das Internet sei „an international network of networks, owned by no single nation, individual or organization“.²⁴⁸ In diesem Kontext fällt auf, dass ICANN als Privatperson mit der Verwaltung des Zugangs zum Internet zwar eine eminent wichtige öffentliche Funktion für die internationale Gemeinschaft ausübt,²⁴⁹ dabei jedoch schon mangels Völkerrechtssubjektivität

240 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 5 ff.

241 Ein System zur Beilegung von diesbezüglichen Streitigkeiten wurde von ICANN in Zusammenarbeit mit der WIPO und interessierten privaten Kreisen entwickelt (näher *Woltag* [Fn. 232] Rdnr. 21 ff. m.w.N.).

242 Dabei handelt es sich um die gattungsmäßigen Endungen wie „.com“ und „.org“ sowie die Länder-Endungen (z.B. „.de“, „.at“ und „.ch“) – näher *Matthias Hartwig*, ICANN – Governance by Technical Necessity, in: *Armin von Bogdandy et al. (eds.)*, The Exercise of Public Authority by International Institutions (2010) 575, 578 f.: „... the power to manage the list of top-level domain names in the root servers comes close to the power to decide on life or death in the Internet.“

243 *Hartwig* (Fn. 242) 576.

244 Um das rein technische Funktionieren des Internet kümmern sich andere Organisationen, etwa die Internet Engineering Task Force (IETF). Nähere Informationen abrufbar unter <http://www.ietf.org> (abgefragt am 10.6.2014).

245 Vgl. *Hartwig* (Fn. 242) 590 ff. Vgl. auch *Christopher T. Marsden*, Internet Co-Regulation (2011), 117 ff.

246 Näher *Hans-Georg Dederer*, Korporative Staatsgewalt (2004), 553 ff.

247 Abschn. 4 der Articles of Incorporation of ICANN in der Fassung vom 21.11.1998, abrufbar unter <http://www.icann.org/en/about/governance/articles> (abgefragt am 10.6.2014).

248 Ebd. Abschn. 3.

249 *Hartwig* (Fn. 242) 602 ff. Ihre Funktion kann vielleicht mit derjenigen der Internationalen Meeresbodenbehörde in Bezug auf den Meeresboden und den Meeresuntergrund jenseits der Grenzen nationaler Hoheitsbefugnisse (das „Gebiet“) nach Art. 156 ff. UN-Seerechtsübereinkommens vom 10.12.1982 (UNTS vol. 1833, 3; BGBl. 1994 II S. 1799) und dem Übereinkommen zur Durchführung des Teiles XI dieses Übereinkommens vom 28.7.1994 (ILM 33 [1994], 1309; BGBl. II S. 2566) verglichen werden. Diese Behörde ist jedoch als völkerrechtsfähige intergouvernementale internationale Organisation

selbst an keine völkervertraglichen oder völkergewohnheitsrechtlichen Hard-Law-Normen wirklich gebunden ist.²⁵⁰ ICANN unterliegt auch keinen anderen als den von ihr selbst formulierten Soft-Law-Standards, die streng genommen nationale Standards darstellen, weil ihr Urheber die Staatszugehörigkeit der USA besitzt.

ICANN leitet ihre Kompetenz aus einer Vereinbarung mit dem Handelsministerium der USA (US Department of Commerce) ab,²⁵¹ das die Internet-Verwaltung zunächst wahrnahm, weil das Internet von der US-Regierung ursprünglich für Verteidigungszwecke entwickelt worden war, bevor man es in den 80er Jahren zunächst für wissenschaftliche und schließlich kommerzielle Zwecke freigab. Die gegenwärtige Vertragsgrundlage für das Verhältnis zwischen ICANN und den USA bildet die Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation of Assigned Names and Numbers vom 30.9.2009.²⁵² Zwar wird darin die Unabhängigkeit von ICANN ausdrücklich bestätigt, doch stellt der Umstand, dass die Körperschaft ihre Kompetenzen weiterhin von der US-Regierung ableitet, für Kritiker deren demokratische Legitimität in Frage.²⁵³ Dies gilt umso mehr, als die USA als Sitzstaat nach eigenem Gutdünken jederzeit Hoheitsmacht über ICANN ausüben können, da dieser – anders als in der Regel einer internationalen Organisation – keinerlei in einem Sitzabkommen völkervertraglich gesicherte Immunität zukommt. Die Affirmation of Commitments könnten die USA einseitig kündigen. Folglich ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass die US-Regierung schon im Vorfeld mehr indirekten Einfluss auf die Entscheidungen von ICANN hat als alle anderen Akteure.²⁵⁴ So erklären sich Forderungen vor allem aus der Dritten Welt danach, die Internet Governance einer internationalen Organisation wie der Internationalen Fernmeldeunion (ITU) zu übertragen, bei der die gleichberechtigte Mitwirkung aller Staaten – freilich nicht länger des Privatsektors – gewährleistet wäre.²⁵⁵ Alternativ ist die Herauslösung des Governmental Advisory Committee aus der ICANN und seine Verselbständigung in eine supra-

(Art. 176 SRÜ) ein Hoheitsträger, dessen Befugnisse völkervertraglich eingehend geregelt werden. Auch das von *Hartwig* (Fn. 242) 594, Fn. 58 angeführte Internationale Komitee vom Roten Kreuz, ein Verein des schweizerischen Privatrechts, leitet seine Befugnisse und seine damit verbundene partielle Völkerrechtsfähigkeit aus völkerrechtlichen Verträgen ab (dem III. und IV. Genfer Abkommen vom 12.8.1949 [UNTS Bd. 75, 135 und 287; BGBl. 1954 II, 838, 917 und 1956 II, 1586] sowie dem Protokoll I vom 8.6.1977 [UNTS Bd. 1125, 3; BGBl. 1990 II, 1551]).

250 *Hartwig* (Fn. 242) 594 f.

251 Es handelt sich um ein Memorandum of Understanding vom 25.11.1998 namens „Joint Project Agreement“ (*Woltag* [Fn. 232] Rdnr. 8), mit allen späteren Änderungen abrufbar unter <http://www.icann.org/en/about/agreements> (abgefragt am 10.6.2014).

252 Abrufbar unter <http://www.icann.org/en/about/agreements/aoc/affirmation-of-commitments-30sep09-en.htm> (abgefragt am 10.6.2014).

253 *Hartwig* (Fn. 242) 578, 581 f. Teilweise wird angenommen, die Entscheidungen von ICANN seien den USA zurechenbar (*Woltag* [Fn. 232] Rdnr. 11 m.w.N.; dezidiert dafür etwa *Hans-Georg Dederer*, ICANN und die Dominanz der USA, AVR 47 [2009] 367, 377 ff.). In Betracht kommt das völkergewohnheitsrechtliche Zurechnungskriterium in Art. 8 der Artikel über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (Anlage zur Resolution 56/83 der UN-Generalversammlung vom 12.12.2001, in deutscher Übersetzung in: Sartorius II Nr. 6).

254 Vgl. *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 11 m.w.N.; *Hartwig* (Fn. 242) 590; *Dederer* (Fn. 253).

255 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 13. Nur Staaten können Vollmitglieder der ITU sein, doch ist eine beschränkte Form von sektoraler Mitgliedschaft auch für internationale Organisationen und selbst private nicht-staatliche Akteure möglich (*Dietrich Westphal*, International Telecommunication Union (ITU), in: *Wolftrum*, MPEPIL Rdnr. 5 ff.).

nationale Organisation vorgeschlagen worden, welche die Internetverwaltung übernehmen soll.²⁵⁶

ICANN versteht ihre Aufgabe als begrenzte technische, d.h. unpolitische, Koordination der Voraussetzungen, um die Arbeitsfähigkeit und Betriebssicherheit des Internet zu erhalten.²⁵⁷ Sie erkennt allerdings zu Recht, dass ihre Tätigkeit zu Überschneidungen mit dem Aufgabenbereich politischer Entscheidungsträger führen kann, z.B. bei der Bildung eines neuen top-level domain für ein Territorium, dessen unabhängige Staatlichkeit noch nicht allseits anerkannt ist.²⁵⁸ Demgemäß verspricht ICANN, den folgenden Kernwert bei ihrer Aufgabenerfüllung zu beachten: „While remaining rooted in the private sector, recognizing that governments and public authorities are responsible for public policy and duly taking into account governments’ or public authorities’ recommendations.“²⁵⁹

Das Entscheidungsgremium von ICANN ist der international zusammengesetzte 16-köpfige Vorstand, dessen Mitglieder in einem komplizierten System von Vertretern der verschiedenen interessierten Kreise der Internet Community frei von unmittelbarem hoheitlichen Einfluss gewählt werden.²⁶⁰ Der Vorstand wird bei seiner Entscheidungsfindung von verschiedenen Komitees unterstützt. Zu diesen gehört neben einem At-Large Advisory Committee als Vertretung der Internet-Benutzer²⁶¹ vor allem das Governmental Advisory Committee (GAC), das selbst keine Entscheidungsbefugnis hat, sondern nur Berichte und Empfehlungen an den Vorstand adressieren kann, und zwar auch aus eigener Initiative.²⁶² Die Aufgabe dieses Komitees ist folgendermaßen umschrieben: „The Governmental Advisory Committee should consider and provide advice on the activities of ICANN as they relate to concerns of governments, particularly matters where there may be an interaction between ICANN’s policies and various laws and international agreements or where they may affect public policy issues.“ Alle Regierungen souveräner Staaten können ohne weiteres Mitglied des GAC werden; in internationalen Foren anerkannte Sonderwirtschaftszonen sowie „multinational governmental organizations and treaty organizations“ können dies auf Einladung des Komitees, vermittelt durch den gewählten Vorsitz des GAC. Die weitaus meisten UN-Mitglieder sind durch einen akkreditierten Repräsentanten im GAC vertreten, darüber hinaus aber auch etwa die Europäische Kommission, Hong Kong und Taiwan. Zahlreiche intergouvernementale internationale Organisationen haben Beobachterstatus.²⁶³ Darin erweist sich die offensichtliche politische Bedeutung der ICANN-Tätigkeit. Aus den Operating Principles des GAC²⁶⁴ geht hervor, dass die Zusammenkünfte des Komitees in der Regel nicht öffentlich sind; dass es normalerweise entsprechend der

256 So *Dederer* (Fn. 253) 394 ff. Zum GAC sogleich näher im Text.

257 Vgl. Abschn. 9 der Affirmation of Commitments (Fn. 252); Art. I, Sec. 1 der Bylaws for ICANN, zuletzt geändert am 7.2.2014 (abrufbar unter <http://www.icann.org/en/about/governance/Bylaws> [abgefragt am 10.6.2014]). Kritisch *Dederer* (Fn. 246) 535 ff.

258 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 9; *Hartwig* (Fn. 242) 579 ff.

259 Art. I, Sec. 2 (11) der Bylaws (Fn. 257).

260 Art. II, Sec. 1, Art. VI der Bylaws (Fn. 257). *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 9. Kritisch zur „demokratischen“ Legitimation *Kube* (Fn. 232) Rdnr. 9.

261 *Hartwig* (Fn. 242) 583.

262 Art. XI, Sec. 1 und 2 (1) der Bylaws (Fn. 257).

263 Nähere Informationen auf der Website des GAC, abrufbar unter <https://gacweb.icann.org/display/gacweb/Governmental+Advisory+Committee> (abgefragt am 10.6.2014).

264 Aktuelle Fassung abrufbar unter <https://gacweb.icann.org/display/gacweb/GAC+Operating+Principles> (abgefragt am 10.6.2014).

UN-Praxis im Konsens entscheidet; dass, falls ein Konsens durch förmliche Einwände einzelner Mitglieder verhindert wird, der Vorsitz dem ICANN-Vorstand das gesamte Meinungsspektrum der GAC-Mitglieder mitzuteilen hat und schließlich dass der Vorstand jeden Rat des GAC bei seiner eigenen Beschlussfassung berücksichtigen muss.²⁶⁵

In Art. XI, Sec. 2 (1) Buchst. j und k der ICANN Bylaws heißt es in dieser Hinsicht näher: „The advice of the Governmental Advisory Committee on public policy matters shall be duly taken into account, both in the formulation and adoption of policies. In the event that the ICANN Board determines to take an action that is not consistent with the Governmental Advisory Committee advice, it shall so inform the Committee and state the reasons why it decided not to follow that advice. The Governmental Advisory Committee and the ICANN Board will then try, in good faith and in a timely and efficient manner, to find a mutually acceptable solution. ... If no such solution can be found, the ICANN Board will state in its final decision the reasons why the Governmental Advisory Committee advice was not followed, and such statement will be without prejudice to the rights or obligations of Governmental Advisory Committee members with regard to public policy issues falling within their responsibilities.“ Daraus ergibt sich, dass ICANN weiterhin ein privates Gremium bleiben will, auf das kein bestimmender hoheitlicher Einfluss ausgeübt werden kann. In der Praxis scheint der Vorstand den konsensualen Empfehlungen des GAC aber immer zu folgen, weil sonst die Gefahr bestünde, dass die Staatengemeinschaft die Internet Governance selbst übernehme.²⁶⁶ Es spricht deshalb Manches dafür, ICANN de facto als eine hybride privat-hoheitliche Organisation einzustufen.²⁶⁷

Seine Entscheidungspraxis orientiert ICANN seit jeher weitest möglich an den Prinzipien der Offenheit, Transparenz, Neutralität, Integrität, Nichtdiskriminierung und Fairness, der Einbeziehung aller interessierten Kreise (bottom-up bzw. multi-stakeholder-Modell), des Vorrangs des allgemeinen Interesses der globalen Internet Community vor den Sonderinteressen einzelner u.U. besonders aktiver stakeholders, ihrer Rechenschaftspflicht gegenüber dieser globalen Internet Community sowie des privaten Charakters ihrer Tätigkeit bei gleichzeitiger effektiver Berücksichtigung des Beitrags des GAC in Bezug auf die Erfordernisse der öffentlichen Ordnung.²⁶⁸ Teilweise wird allerdings kritisiert, dass die stärksten Akteure der Internet Community (d.h. IT-Konzerne) bestimmenden Einfluss auf ICANN und damit eine Hegemonie über das Internet ausüben könnten.²⁶⁹ Denn da ICANN bei seinen Entscheidungen die oft konfligierenden Interessen der verschiedenen stakeholders in Ausgleich bringen muss, verbleibt ihr ein großer, nur begrenzt kontrollierbarer (und deshalb versteckter Einflussmacht ausgesetzter) Entscheidungsspielraum.²⁷⁰ Dies gilt auch in Bezug auf die elf Kernwerte (core values), die ICANN bei seiner Aufgabenerfüllung zu beachten verspricht. Insoweit heißt es in Art. I, Section 2 der Bylaws ausdrücklich: „These core values are deliberately expressed in very general terms, so that they may provide useful and relevant guidance in the broadest possible range of circumstances. Because they

265 Principles 47, 48 und 50.

266 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 10 m.w.N.; *Hartwig* (Fn. 242) 584 m.w.N.

267 *Benedict Kingsbury/Megan Donaldson*, *Global Administrative Law*, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 17.

268 Diese Prinzipien zählen nach Art. I Section 2 der Bylaws (Fn. 257) zu den „core values“ von ICANN. Vgl. bereits Abschn. 4 ff. der Affirmation of Commitments (Fn. 252).

269 *Woltag* (Fn. 230) Rdnr. 11 m.w.N.

270 Vgl. *Hartwig* (Fn. 242) 592 ff.

are not narrowly prescriptive, the specific way in which they apply, individually and collectively, to each new situation will necessarily depend on many factors that cannot be fully anticipated or enumerated; and because they are statements of principle rather than practice, situations will inevitably arise in which perfect fidelity to all eleven core values simultaneously is not possible. Any ICANN body making a recommendation or decision shall exercise its judgment to determine which core values are most relevant and how they apply to the specific circumstances of the case at hand, and to determine, if necessary, an appropriate and defensible balance among competing values.⁴²⁷¹

Die Verantwortlichkeit von ICANN gegenüber der Internet Community wird in den Bylaws zunächst durch periodische Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung der Struktur und Arbeitsabläufe von ICANN konkretisiert. Weiterhin ist ein internes Einspruchsverfahren (reconsideration) und ein externes Überprüfungsverfahren (independent third-party review) eingerichtet worden, die von negativ betroffenen Einzelpersonen oder Organisationen eingeleitet werden können. Beide Verfahren führen freilich bestenfalls zu Empfehlungen an den Vorstand.²⁷² Darüber hinaus gibt es als Alternative einen unabhängigen Ombudsman, dessen Hauptfunktion darin besteht, Konflikte wegen unfairer oder unangemessener Behandlung eines Mitglieds der ICANN Community durch ICANN im Vermittlungswege beizulegen. Alle diese internen Mechanismen sind einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch unabhängige Gerichte aber nicht gleichwertig.²⁷³ Eine effektive externe Rechtmäßigkeitskontrolle könnte allein durch die kalifornischen Gerichte oder US-Bundesgerichte gewährleistet werden, die ihrerseits indessen nur bedingt als Sachwalter des Allgemeininteresses der Internet Community anzusehen sind.²⁷⁴ Bei aller Unvollkommenheit der Internet Governance ist das ernsthafte Bemühen aller Beteiligten erkennbar, diese so auszugestalten, dass sie demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht.

C. Die juristische Evaluation: Völkerrechtliche Einordnung der internationalen Standards

I. Verhältnis zu den klassischen Völkerrechtsquellen

Internationale Standards im Sinne meiner Ausgangsdefinition gehören nach herkömmlicher Auffassung als solche nicht zum völkerrechtlichen Hard Law. Denn das Völkerrecht verleiht weder den hoheitlichen noch den privaten standardsetzenden Instanzen echte Legislativmacht.²⁷⁵ Die Völkerrechtsordnung beschränkt mit ihrer klassischen

271 A.a.O. (Fn. 257).

272 Vgl. Art. IV der Bylaws (Fn. 257).

273 *Hartwig* (Fn. 242) 595 ff.

274 *Woltag* (Fn. 232) Rdnr. 12 m.w.N. Vertragsstreitigkeiten zwischen ICANN und Registrierungsstellen werden nach den ICANN-Standardverträgen durch Schiedsverfahren nach Maßgabe der Regeln des International Court of Arbitration der International Chamber of Commerce beigelegt (*Hartwig* [Fn. 242] 596 f.). Es gibt außerdem eine spezielle Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy bei Beeinträchtigungen von Namens- und Markenrechten durch neu registrierte domain names (abrufbar unter <http://www.icann.org/en/help/dndr#udrp> [abgefragt am 10.6.2014]).

275 Für nationale Rechtsordnungen gilt teilweise etwas anderes: Nach § 1 Abs. 1 des deutschen Tarifvertragsgesetzes enthalten Tarifverträge, die zwischen Gewerkschaften, einzelnen Arbeitgebern und Vereinigungen von Arbeitgebern abgeschlossen werden können, Rechtsnormen.

Quellentrias nach Art. 38 Abs. 1 Buchst. a-c IGH-Statut²⁷⁶ die originäre Rechtsetzungsmacht nach wie vor auf die souveränen Staaten, die ihr Rechtsetzungsmonopol als Träger der Völkerrechtsordnung eifersüchtig hüten. Die Staaten könnten zwar im Vertragswege andere Völkerrechtssubjekte zur Setzung abgeleiteten Rechts ermächtigen. Zugunsten der Urheber der obengenannten internationalen Standards ist dies aber in keinem Fall geschehen. Vielmehr werden die privaten Standardsetzer in der Regel schon nicht als Völkerrechtssubjekte anerkannt²⁷⁷ und können daher erst recht keine Normen des völkerrechtlichen Hard Law erlassen.

Soweit grundsätzlich völkerrechtsfähige Hoheitsträger wie internationale Organisationen oder Gruppen von Staaten als Standardsetzer fungieren, wird in den oben dargestellten Fällen eindeutig klargestellt, dass sie nur Soft-Law-Regeln hervorbringen wollen, selbst wenn sie Hard-Law-Sätze generieren könnten. Sie machen sich den „geltungstechnisch diffusen Charakter“ der Standards bewusst zunutze.²⁷⁸ In diesen Fällen erfolgt die Entscheidung für eine „weiche“ anstelle einer an sich möglichen „harten“ Regulierungslösung aus unterschiedlichen, oft gleichzeitig aus mehreren Gründen:²⁷⁹ Teilweise reicht die politische Bereitschaft zur Normunterwerfung nicht oder noch nicht über Soft-Law-Standards hinaus;²⁸⁰ teilweise soll die Durchführung aufwendiger nationaler Verfahren, die für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge vorgeschrieben sind (z.B. die Einholung der parlamentarischen Zustimmung), vermieden werden; teilweise bevorzugt man die im Vergleich zu Hard-Law-Normen größere Flexibilität und schnellere Adaptionfähigkeit von Soft-Law-Standards.²⁸¹ Nicht alle diese Gründe sind in allen Fällen legitim; vielmehr kann eine „Flucht aus dem Hard Law“ etwa durch Privatisierung bestimmter Regelungszuständigkeiten oder durch Exekutiventscheidung ohne parlamentarische Beteiligung demokratische oder rechtsstaatliche Bedenken hervorrufen, weil damit effektive Bindungswirkungen unter Umgehung der verfassungsrechtlichen Rechtserzeugungsverfahren geschaffen werden.²⁸² Insbesondere eine Flucht aus der staatlichen Bindung an die Menschenrechte oder die Grundfreiheiten des EU-Binnenmarkts wird von den zuständigen Gerichten nicht ohne weiteres hingenommen.²⁸³

276 Vgl. *Hugh Thirlway*, The Sources of International Law, in: *Evans* (Fn. 11) 95, 97 f., 115 ff.

277 Kritisch aber *Janne E. Nijman*, Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the ‚Realist Theory‘ of International Legal Personality, in: *Math Noortmann/Cedric Ryngaert* (eds.), Non-State Actor Dynamics in International Law (2010) 91 ff. Zur beschränkten Völkerrechtssubjektivität multinationalaler Unternehmen vgl. auch *Schöbener/Herbst/Perkams* (Fn. 93) Kap. 1 Rdnr. 194 ff.

278 *Lepsius* (Fn. 51) 372.

279 *Peter-Christian Müller-Graff*, Das Soft Law der Europäischen Organisationen: Einführung, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Fn. 14) 139, 141 f.

280 Vgl. das Beispiel im Diskussionsbeitrag von *Eibe Riedel*, in: *Wolfrum/Röben* (eds.) (Fn. 34) 320, 321.

281 *Alan Boyle*, Soft Law in International Law-Making, in: *Evans* (Fn. 11) 125 ff.; *Alan Boyle/Christine Chinkin*, The Making of International Law (2007) 214 ff.; *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 6.

282 *Matthias Goldmann*, Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority, in: *Armin von Bogdandy et al.* (eds.), The Exercise of Public Authority by International Institutions (2010) 661, 668. Vgl. *Lepsius* (Fn. 51) 365; *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 31.

283 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 (1 BvR 699/06) Rdnr. 45 ff. (zur unmittelbaren Grundrechtsbindung vom Staat beherrschter gemischtwirtschaftlicher Unternehmen). Zur unmittelbaren Bindung von Sportverbänden an die Grundfreiheiten des AEUV vgl. die Nachw. auf die einschlägige EuGH-Rspr. unten in Fn. 389.

II. Relative statt absoluter Normativität

Die klare Trennlinie, welche die klassische positivistische Völkerrechtsdoktrin zwischen Hard Law und Soft Law zieht, wird jedoch neuerdings in Frage gestellt.²⁸⁴ Teilweise wird sie mit unterschiedlichen Begründungen so verschoben, dass jedenfalls einige Soft-Law-Standards zu Völkerrecht erstarken, obwohl die Unterschiede zum klassischen völkerrechtlichen Hard Law unübersehbar sind und nach dem Willen der internationalen Staatengemeinschaft erhalten bleiben sollen.²⁸⁵

Abweichende Ansätze sprechen sich aus für einen Übergang von der bisher absolut oder binär definierten Normativität, die nur Völkerrecht und Nicht-Völkerrecht kennt, zu einer relativen oder graduellen Normativität, die ein Kontinuum von mehr oder weniger verbindlichen Regeln annimmt, das vom Nicht-Recht bis zum Jus Cogens reichen soll.²⁸⁶ Hingewiesen wird auch darauf, dass Rechtsinstrumente, die als solche unzweifelhaft dem Hard Law zugehören wie völkerrechtliche Verträge, ihrerseits Normen ganz unterschiedlicher Verpflichtungsdichte enthalten können – von strikten und zur unmittelbaren Anwendbarkeit geeigneten Vorgaben bis hin zu ganz offen („soft“) formulierten Empfehlungen.²⁸⁷

Die für eine solche relative Normativität angeführten Gründe sind vor allem pragmatischer Natur: Internationale Soft-Law-Standards stellen als alternative Regelungsinstrumente unverzichtbare Ordnungsfaktoren in den internationalen Beziehungen dar, die von der Völkerrechtsdoktrin nicht ignoriert werden können, weil sie auch rechtliche Auswirkungen haben.²⁸⁸ Im Gegenteil sollte man sie zur Stabilisierung der International Rule of Law bewusst nutzen, ohne damit die Unterschiede zum Hard Law einzuebnen. Gerade wegen ihrer praktischen Relevanz rufen die internationalen Standards aber auch die normative Frage nach ihrer Legitimität, rechtlichen Einbindung und Kontrolle hervor, deren Beantwortung das Völkerrecht nicht schuldig bleiben darf.²⁸⁹ Die relative Normativität der Standards begründet für die Völkerrechtsordnung keine Gefahr, sondern eine Chance verbunden mit der Aufgabe, die Legitimität und Legalität der Standards zu gewährleisten.²⁹⁰ Man kann in der relativen Normativität eine unechte Hybridität von Hard-Law-Normen und Soft-Law-Standards erkennen.²⁹¹

284 Das Folgende in Anlehnung an *Goldmann* (Fn. 282) 671 ff.

285 *Goldmann* unterscheidet hier die Ansätze von *Godefridus van Hoof*, *Andrew T. Guzman* sowie *Jutta Brunnée* (nachzutragen ist *Jutta Brunnée/Stephen J. Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law* [2010] 65 ff. zum „interactional Law grounded in shared understandings“) und *Jan Klabbers* (Fn. 282, 674 ff. m.w.N.). Kritik ebd. 676: „[I]nstruments that are not equal are put on an equal footing.“ Deziert gegen die Anerkennung von Standards als eigene Rechtsquelle *Lepsius* (Fn. 51) 370 ff. Ablehnend auch *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 24, und *Matthias Ruffert*, Gedanken zu den Perspektiven der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre, in: *ders. (Hrsg.)*, *Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts: Festschrift Meinhard Schröder* (2012) 73, 81.

286 *Goldmann* (Fn. 282) 671 m.w.N.; *Nußberger* (Fn. 61) 452 ff. speziell zu Sozialstandards. Ausführlich *Dinah Shelton*, *International Law and ‘Relative Normativity’*, in: *Evans* (Fn. 11) 141 ff. Das Konzept geht zurück auf den ihm gegenüber allerdings kritischen Beitrag von *Prosper Weil*, *Toward Relative Normativity in International Law?*, *AJIL* 77 (1983) 413 ff. Ablehnend *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 19 ff.

287 *Eibe Riedel*, *Standards and Sources: Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?*, *EJIL* 2 (1991) 58, 82, spricht insoweit von „zebra norms“. Vgl. auch *Andrew Clapham*, *Beyond the Triad of Sources: Introducing the Zebra and the Hybrid*, in: *Dirk Hanschel u.a. (Hrsg.)*, *Mensch und Recht*. Festschrift für Eibe Riedel (2013), 73, 74 ff.

288 Vgl. *Friedrich* (Fn. 16) Rdnr. 41.

289 *Goldmann* (Fn. 282) 666 ff., 675 ff.

290 Vgl. *Goldmann* (Fn. 282) 669.

291 Zu den Verrechtlichungsstufen näher unten IV.

III. Grundsätzliche normative Bedeutung von Soft-Law-Standards

Obwohl als solche rechtlich unverbindlich, sind Soft-Law-Standards auch aus völkerrechtlicher (und nicht nur aus politischer) Perspektive relevant.²⁹² Nicht von ungefähr verwenden Staaten in aller Regel kaum weniger Sorgfalt auf die Aushandlung und exakte Formulierung von Soft-Law-Standards als von Hard-Law-Normen;²⁹³ teilweise bringen sie sogar Vorbehalte an.²⁹⁴

Zwar sind Soft-Law-Standards nicht mit Hilfe von Gegenmaßnahmen (Repressalien) durchsetzbar, und ihre Missachtung begründet keine völkerrechtliche Verantwortlichkeit mit Schadensersatzpflichten.²⁹⁵ Ebensowenig sind sie vor internationalen Gerichten oder Schiedsgerichten einklagbar. Allerdings könnten es Staaten einem internationalen Gericht oder Schiedsgericht gestatten, über das geltende Völkerrecht hinausgehende Soft-Law-Standards zur verbindlichen Beilegung einer konkreten Streitigkeit „ex aequo et bono“ anzuwenden.²⁹⁶ Dann bleiben die Standards zwar weiterhin Bestandteile des Soft Law, kommen Hard-Law-Normen aber im praktischen Ergebnis zumindest sehr nahe. Irgendeine praktische Relevanz hat diese Möglichkeit jedoch nicht. Denn die Staaten schrecken zurück vor der mit einer solchen Erweiterung der Entscheidungskompetenz des Streitbeilegungsorgans notwendiger Weise verbundenen Unabsehbarkeit des Entscheidungsergebnisses.²⁹⁷

Nichtsdestoweniger kommt den hoheitlichen Soft-Law-Standards in der Völkerrechtsordnung allgemein eine grundlegende normative Bedeutung dergestalt zu, dass sie die geregelte Angelegenheit aus dem *domaine réservé* einzelner Staaten herauslösen und zum legitimen Gegenstand der internationalen politischen Diskussion und Einflussnahme von außen machen:²⁹⁸ Soweit ein Staat einem entsprechenden internationalen Standard unterliegt, kann er sich solchen Diskussionen und Einflussnahmen nicht unter Hinweis auf seinen souveränen Eigenbereich entziehen, denn die Einhaltung derartiger Standards ist per se eine Angelegenheit, die im internationalen politischen Interesse liegt.²⁹⁹ Über diese hoheitlichen Standards vorbehaltene normative Bedeutung hinaus lässt sich die völkerrechtliche Relevanz internationaler Standards in vertypten Stufen der Verrechtlichung im Sinne ihrer Annäherung an das völkerrechtliche Hard Law darstellen.

292 Boyle (Fn. 281) 122 ff. gegen die Kritik etwa von Weil (Fn. 286) und Jan Klabbers (The Redundancy of Soft Law, *Nordic Journal of International Law* 65 [1996] 167 ff.; The Undesirability of Soft Law, *Nordic Journal of International Law* 67 [1998] 381 ff.), die das Konzept des Soft Law für unlogisch, unerwünscht oder überflüssig erklärten. Eingehend auch Tietje (Fn. 15) 255 ff.

293 Boyle (Fn. 281) 124 f.

294 Nowrot (Fn. 19) § 2 Rdnr. 80.

295 Vgl. Patricia Birnie/Alan Boyle/Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (3rd ed. 2009) 34.

296 Vgl. Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut. In diesem Sinne Jost Delbrück, The Concept of „Standards“ in International Law Revisited, in: FS Riedel (Fn. 287) 65, 66.

297 *Thirlway* (Fn. 276) 99 Fn. 7. Vgl. auch Alain Pellet, in: Andreas Zimmermann u.a. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice* (2nd ed. 2012) Art. 38 Rdnr. 157 ff.

298 Birnie/Boyle/Redgwell (Fn. 295) 34.

299 Beispielsweise ist die Einhaltung der im Rahmen des KSZE-/OSZE-Prozesses übernommenen politischen Verpflichtungen auf Menschenrechte, pluralistische Demokratie und Rechtsstaatlichkeit eine Angelegenheit aller Teilnehmerstaaten und keine innere Angelegenheit (*Giegerich* [Fn. 99] § 149 Rdnr. 14).

IV. Vertypte Stufen der Verrechtlichung von Soft-Law-Standards

Das Konzept der relativen Normativität thematisiert nicht das Ob, sondern das Wie der Verbindlichkeit von Soft-Law-Standards.³⁰⁰ Dieses Wie wird durch die mehr oder weniger starke Annäherung der internationalen Soft-Law-Standards an das völkerrechtliche Hard Law determiniert. Die graduelle Annäherung hoheitlicher, privater oder hybrider Standards an völkerrechtliche Hard-Law-Normen erfolgt oft durch eine gesonderte Entscheidung zur Verrechtlichung („Verhärtung“) jener Standards.³⁰¹ Eine solche Verrechtlichungsentscheidung kann von Staaten, Staatengruppen, internationalen oder supranationalen Organisationen oder sonstigen von diesen dazu ermächtigten Entscheidungsträgern (etwa von Gerichten oder Schiedsgerichten) ausgehen und der Standardsetzung vor- oder nachgeschaltet sein. Die Verrechtlichung wird zwar gesteuert von Staaten oder von sonstigen Stellen, die ihre Kompetenz von Staaten ableiten, weil das Monopol der Bildung von völkerrechtlichem Hard Law nach wie vor bei den Staaten liegt. Allerdings ist eine klare Zurechnung der Verrechtlichungsentscheidung an bestimmte Staaten nicht immer möglich.³⁰² Die Varianten, Grade und Urheber solcher Verrechtlichungsentscheidungen sind höchst unterschiedlich, doch können sechs vertypte Stufen identifiziert werden:

1. Stufe: Direkte oder indirekte Rezeption von Soft-Law-Standards durch Hard-Law-Normen
2. Stufe: Deklaratorische Wiedergabe von Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards, die als Beweismittel für deren Existenz fungieren
3. Stufe: Einflussnahme auf die Interpretation von Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards
4. Stufe: Konkretisierung von Hard-Law-Normen und Ergänzung um Detailregelungen durch Soft-Law-Standards
5. Stufe: Inangsetzung eines Prozesses der Bildung von neuen Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards
6. Stufe: Erzeugung von faktischem Befolgungsdruck durch Soft-Law-Standards.³⁰³

Diese vertypten Stufen führen zur mehr oder weniger deutlichen Verrechtlichung von Soft-Law-Standards, d.h. ihrer mehr oder weniger starken Aushärtung im Sinne einer Annäherung an Normen des völkerrechtlichen Hard Law. Die erste Stufe steht dabei für den höchsten und die sechste für den niedrigsten Verrechtlichungsgrad. Außer Betracht bleibt hier als Aliud die freiwillige vertragliche Übernahme von Standards durch Private. Diese führt zwar auch zu einer rechtlich abgesicherten Bindung und damit einer Verrechtlichung; deren Grundlage liegt jedoch nicht in einem Hoheitsakt, sondern vollständig in der menschenrechtlich verbürgten Privatautonomie der Vertragsparteien.

1. Rezeption von Soft-Law-Standards durch Hard-Law-Normen

Die größtmögliche rechtliche Relevanz erhalten Soft-Law-Standards dadurch, dass sie von Hard-Law-Normen direkt durch Inbezugnahme oder indirekt durch eine Legalitäts-Vermutungsregel rezipiert werden.

300 *Goldmann* (Fn. 282) 676.

301 Kritisch zum Phänomen der Verrechtlichung *Nußberger* (Fn. 61) 460 ff.

302 Siehe die nachfolgende Ausführungen zu den einzelnen Verrechtlichungsstufen.

303 Vgl. zu diesen vertypten Stufen auch *Boyle* (Fn. 281) 123 f.; *Christine Chinkin*, Normative Development in the International Legal System, in: *Shelton* (Fn. 178) 21, 30 ff.

a) *Direkte Rezeption durch Inbezugnahme*

Am weitesten geht dabei die direkte Rezeption von Soft-Law-Standards durch Hard-Law-Normen des Völkerrechts, Europarechts oder nationalen Rechts, sei es durch vollständige oder teilweise Transformation in Hard-Law-Normen der rezipierenden Rechtsordnung, sei es durch ihre Adoption oder die Anordnung ihres Vollzugs als Soft-Law-Standard seitens einer Hard-Law-Norm ohne Transformation.³⁰⁴ Dabei können sich die stets hoheitlichen Transformationen, Adaptionen oder Vollzugsbefehle auf hoheitliche, private und hybride Soft-Law-Standards beziehen. Eine Rezeption von privatem oder hybridem Soft Law durch hoheitliches Hard Law kommt etwa in Bezug auf die unecht-hybriden Standards der ISO vor.³⁰⁵ Mit dem Erlass einer wie auch immer gestalteten Rezeptionsvorschrift des Hard Law nimmt der betreffende Normgeber den Inhalt des rezipierten Soft-Law-Standard in seinen Willen auf; dieser wird ihm zurechenbar. Da Rezeptionsvorschriften des völkerrechtlichen Hard Law praktisch nur in völkerrechtlichen Verträgen vorkommen, ist der Soft-Law-Standard in solchen Fällen der Gemeinschaft der Vertragsparteien zurechenbar, von der die Verrechtlichungsentcheidung ausgeht. Diese übernehmen damit die völkerrechtliche Verantwortung für den Soft-Law-Standard.

Eine direkte Rezeption in der Form einer Transformation hoheitlicher Soft-Law-Standards liegt z.B. darin, dass Art. 18 Abs. 3 der Banjul Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker³⁰⁶ die Vertragsparteien verpflichtet sicherzustellen, dass auch diejenigen Rechte der Frauen und Kinder geschützt werden, die (nur) in internationalen Deklarationen festgelegt sind. Auch haben über sechzig Staaten ihre Gesetzgebung zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit am UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration orientiert.³⁰⁷ Ein weiteres Beispiel bildet das UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG),³⁰⁸ das Vorarbeiten von UNIDROIT und UNCITRAL einbezieht.³⁰⁹ Wichtige völkerrechtliche Gesetzgebungsverträge (law-making treaties) beruhen auf Entwürfen der International Law Commission, die man dem Soft Law zuordnen kann, so etwa das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.³¹⁰

Eine direkte Rezeption hoheitlicher Soft-Law-Standards bewirken auch Art. 207–212 des UN-Seerechtsübereinkommens³¹¹ zum Schutz der Meeresumwelt vor Verschmutzung. Diese verweisen nicht nur auf internationale Regeln („rules“, also Hard-Law-Normen), sondern auch auf Normen („standards“), empfohlene Gebräuche und Verfahren (also Soft-Law-Standards), die von den Vertragsparteien als Mindeststandards zu berücksichtigen sind, wenn sie ihre nationalen Umweltschutzvorschriften erlas-

304 Die möglichen Rezeptionsformen entsprechen denjenigen der Rezeption von Völkerrechtsnormen durch das nationale Recht (vgl. *Rudolf Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht [4. Aufl. 2009] 141).

305 Siehe oben B. II. 3. a) aa). Weitere Beispiele bei *Friedrich* (Fn. 170) Rdnr. 23 ff.

306 Vom 26.6.1981 (zit. nach *Simma/Fastenrath* [Fn. 85] 659 ff.). Vgl. *Clapham* (Fn. 287) 77.

307 Das 1985 angenommene und später mehrfach geänderte Model Law ist abrufbar unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (abgefragt am 10.6.2014). Näher *Lüth/Wagner* (Fn. 158) 414 ff.

308 Vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II S. 588, ber. 1990 II S. 1699.

309 Vgl. UNCITRAL, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2010), abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (abgefragt am 10.6.2014).

310 Vom 23.5.1969 (UNTS Vol. 1155, 331; BGBl. 1985 II S. 926).

311 Vom 10.12.1982 (UNTS Vol. 1833, 3; BGBl. 1994 II S. 1799).

sen.³¹² Einbezogen sind damit implizit u.a. die als solche nicht rechtsverbindlichen einschlägigen Empfehlungen und Resolutionen der IMO.³¹³ Darüber hinaus werden die Vertragsparteien rechtlich verpflichtet, im Rahmen der zuständigen internationalen Organisationen oder einer diplomatischen Konferenz u.a. bessere weltweite und regionale Soft-Law-Standards zu entwickeln und fortlaufend zu überprüfen,³¹⁴ die dann wiederum als höhere Mindeststandards für die nationalen Umweltvorschriften vom Seerechtsübereinkommen automatisch rezipiert werden. In Bezug auf den Schutz der lebenden Ressourcen müssen die Vertragsparteien auch „die allgemein empfohlenen internationalen Mindestnormen“ berücksichtigen.³¹⁵

Explizit rezipiert die Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission vom 29. September 2003 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates³¹⁶ eine Reihe von privaten Rechnungslegungsstandards des IASB.³¹⁷ Die Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über Lebensmittelhygiene³¹⁸ nimmt mehrfach die hoheitlichen Standards des Codex Alimentarius ausdrücklich in Bezug.³¹⁹

Eine direkte Rezeption von hoheitlichen Soft-Law-Standards nimmt Art. 3.1 des SPS-Übereinkommens³²⁰ vor. Danach müssen die WTO-Mitglieder gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Vorschriften im Interesse ihrer möglichst weitgehenden Harmonisierung auf vorhandene internationale Normen („standards“), Richtlinien oder Empfehlungen stützen. Diese Rezeption ist allerdings insoweit abgemildert, als Art. 3.1 SPS keine strikte Bindung anordnet, sondern nur eine Orientierung an jenen internationalen Standards verlangt.³²¹ Die Vorschrift nimmt in Verbindung mit einer Definitionsbestimmung explizit vor allem auf die Standards der Codex-Alimentarius-

312 Art. 207 Abs. 1, Art. 208 Abs. 3, Art. 209 Abs. 2, Art. 210 Abs. 6, Art. 211 Abs. 2, Art. 212 Abs. 1 UNCLOS. *Tietje* (Fn. 15) 370 ff.

313 *Boyle* (Fn. 281) 129. Zwar trifft es zu, dass die IMO-Mitgliedstaaten der Organisation keine Rechtssetzungsbefugnisse verliehen haben (*Wolfgang Graf Vitzthum*, Kapitel 2, in: *ders. [Hrsg.]*, Handbuch des Seerechts [2006] Rdnr. 91, 175), doch hindert sie dies nicht daran, Soft-Law-Standards der IMO im Rahmen eines anderen Vertragsregimes rechtlich aufzuwerten.

314 Art. 207 Abs. 4, Art. 208 Abs. 5, Art. 209 Abs. 1, Art. 210 Abs. 4, Art. 211 Abs. 1, Art. 212 Abs. 3 UNCLOS.

315 Art. 61 Abs. 3, Art. 119 Abs. 1 Buchst. a UNCLOS; Art. 5 Buchst. b, Art. 10 Buchst. c des Übereinkommens zur Durchführung der Bestimmungen des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 über die Erhaltung und Bewirtschaftung von gebietsübergreifenden Fischbeständen und Beständen weit wandernder Fische vom 4.12.1995 (BGBl. 2000 II S. 1023).

316 ABl. Nr. L 261/1. Konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R1725:20081017:DE:PDF> (abgefragt am 10.6.2014).

317 Siehe oben B. II. 2. c).

318 Vom 29.4.2004, ABl. Nr. 139/1 (später mehrfach berichtigt).

319 Begründungserwägungen 15 und 18 in der Präambel, Art. 8 Abs. 1 Buchst. b, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c.

320 Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen vom 15.4.1994 (ABl. Nr. L 336/40).

321 Vgl. EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R und WT/DS48/AB/R, Bericht des Appellate Body vom 13.2.1998, §§ 162 ff. Ähnlich Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts etc. (ABl. Nr. L 31/1), der seiner Regelungstechnik nach zwischen Art. 3.1, 3.3 SPS und Art. 2.4 TBT steht (siehe folgenden Abschnitt b).

Kommission Bezug.³²² Eine ebenso direkte, aber deutlich strengere Rezeption von hoheitlichen Soft-Law-Standards der IOSCO findet sich in der Prospektrichtlinie der EU.³²³

Als ein Gegenbeispiel lässt sich Art. 1.4 der International Telecommunication Regulations in der Fassung von 2012³²⁴ anführen. Dieser stellt klar, dass mit seiner Inbezugnahme von bestimmten Soft-Law-Standards keine rechtliche Aufwertung verbunden sein soll.³²⁵ Ein weiteres Gegenbeispiel bildet §1 ISO 26000:2010, der deutlich macht, dass dieser ISO-Standard zur sozialen Verantwortung von Unternehmen etc. nicht im Sinne des WTO-Rechts interpretiert werden soll als „international standard“, „guideline“ or „recommendation“, nor is it intended to provide a basis for any presumption or finding that a measure is consistent with WTO obligations. ...³²⁶ Im ersten Fall schließt das Hard Law die interpretatorisch naheliegende Verrechtlichung der in Bezug genommenen Soft-Law-Standards durch direkte Rezeption aus. Im zweiten Fall verhindert der Standard selbst seine Verrechtlichung sowohl in Form der direkten als auch der indirekten Rezeption. Da die Soft-Law-Standards vom Hard Law in ihrer jeweiligen Fassung rezipiert werden, können die ersteren ihre Rezeption wirksam ausschließen. Allerdings könnte sich die rezipierende Hard-Law-Norm als lex superior und zugleich lex posterior über einen solchen Ausschluss durch eine ausdrückliche abweichende Regelung hinwegsetzen.

b) Indirekte Rezeption durch Legalitäts-Vermutungsregel

Eine indirekte Rezeption von Soft-Law-Standards durch eine Hard-Law-Norm liegt vor, wenn die Hard-Law-Norm eine Vermutungsregel dahingehend aufstellt, dass ein dem Soft-Law-Standard entsprechendes Verhalten auch mit dem Hard Law vereinbar ist, während die Vereinbarkeit eines dem Soft-Law-Standard nicht entsprechenden Verhaltens mit dem Hard Law gesondert nachgewiesen werden muss. Durch die Inkraftsetzung einer solchen Vermutungsregel macht der Autor der Hard-Law-Norm seine Präferenz für die Verwirklichung des Soft-Law-Standards im Normalfall deutlich; diese ist allerdings nicht unbedingt, sondern erlaubt Ausnahmen. Dennoch wird der Soft-Law-Standard dem Geber der Hard-Law-Norm inhaltlich zurechenbar, d.h. wiederum der Gemeinschaft der Vertragsparteien als Urheber der Verrechtlichungsent-

322 Nach Art. 1.2 SPS in Verbindung mit Anhang A Ziff. 3 sind „internationale Normen, Richtlinien und Empfehlungen“ im Sinne des SPS-Übereinkommens für die Nahrungsmittelsicherheit diejenigen der Codex-Alimentarius-Kommission, für Tiergesundheit und Zoonosen diejenigen, die unter der Schirmherrschaft des Internationalen Tierseuchenamts entwickelt werden, für Pflanzengesundheit diejenigen, die unter der Schirmherrschaft des Sekretariats der Internationalen Pflanzenschutzkonvention in Zusammenarbeit mit im Rahmen der Internationalen Pflanzenschutzkonvention tätigen regionalen Organisationen entwickelt werden; im Übrigen diejenigen anderer einschlägiger internationaler Organisationen, deren Mitgliedschaft allen WTO-Mitgliedern offensteht.

323 Richtlinie 2003/71/EG vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei dessen Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist (ABl. Nr. L 345/64), geändert durch Richtlinie 2010/73/EU vom 24.11.2010 (ABl. Nr. L 327/1): 22. Erwägung der Präambel; Art. 7 Abs. 3; Art. 20 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3.

324 Siehe oben Fn. 238.

325 Art. 1.4 ITR lautet: „References to Recommendations of the ITU Telecommunication Standardization Sector (ITU-T) in these Regulations are not to be taken as giving to those Recommendations the same legal status as these Regulations.“

326 Siehe bereits oben Text bei Fn. 185 ff.

scheidung, wenn sich die Hard-Law-Norm in einem völkerrechtlichen Vertrag findet. Sie übernimmt auch in solchen Fällen die völkerrechtliche Verantwortung.

Das Hauptbeispiel einer derartigen indirekten Rezeption stellt Art. 3.2 SPS dar. Danach gelten gesundheitspolizeiliche oder pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen, die internationalen Normen („standards“), Richtlinien oder Empfehlungen entsprechen, als notwendig zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen und als im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des SPS-Übereinkommens und des GATT 1994. Damit wird die Vermutung aufgestellt, dass die Einhaltung der insbesondere von der Codex-Alimentarius-Kommission (CAC) formulierten Soft-Law-Standards zur Lebensmittelsicherheit³²⁷ zugleich die Hard-Law-Anforderungen des WTO-Rechts erfüllt. Diese Vermutung soll allerdings wegen der Unverbindlichkeit der CAC-Standards widerleglich sein, obwohl der Wortlaut von Art. 3.2 SPS, im Vergleich mit Art. 2.5 TBT,³²⁸ auf das Gegenteil hindeutet.³²⁹ In der Praxis wird eine Widerlegung angesichts der wissenschaftlichen Fundierung der CAC-Standards aber kaum je gelingen.³³⁰

Art. 3.3 SPS regelt ergänzend, dass es den WTO-Mitgliedern freisteht, über das Schutzniveau der internationalen Soft-Law-Standards hinausgehende gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen einzuführen, wenn es dafür eine wissenschaftliche Begründung gibt.³³¹ Das Zusammenspiel von Art. 3.2 und Art. 3.3 SPS führt zu einer Beweiserleichterung zugunsten derjenigen WTO-Mitglieder, welche die Soft-Law-Standards einhalten, und einer Beweiserschwerung zulasten derjenigen, die sie im Interesse eines höheren Schutzniveaus überschreiten.³³² Dies setzt einen starken rechtlichen (nicht nur faktischen) Anreiz zur Einhaltung der Soft-Law-Standards.

Eine vergleichbare Beweislasterleichterung bewirken Art. 2.4 und Art. 2.5 des TBT-Übereinkommens. Art. 2.4 TBT schreibt den WTO-Mitgliedern vor, bei der Formulierung von technischen Vorschriften³³³ bereits existente oder kurz vor der Fertigstellung stehende internationale Normen („standards“)³³⁴ als Grundlage zu verwenden, es sei denn, diese wären aufgrund besonderer Umstände³³⁵ unwirksame oder ungeeignete Mittel zur Erreichung der angestrebten berechtigten Ziele.³³⁶ In Art. 2.5 TBT-Übereinkommen wird die ausdrücklich als widerleglich bezeichnete Vermutung aufgestellt,

327 Siehe oben B. II. 1. e).

328 Siehe unten Text bei Fn. 333 ff.

329 *Oliver Landwehr*, in: *Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (eds.)* (Fn. 176) Art. 3 SPS Rdnr. 28 (unter Hinweis auf ein entsprechendes nicht näher begründetes Dictum des Appellate Body von 1998 im Fall EC-Hormones, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 170).

330 Zutreffend *Landwehr* (Fn. 329).

331 In einer amtlichen Fußnote wird dieses Begründungserfordernis näher definiert.

332 Die Beweislast für die Verletzung des SPS-Übereinkommens liegt zwar in beiden Fällen bei dem WTO-Mitglied, das eine solche Verletzung geltend macht (näher *Landwehr* [Fn. 329] Rdnr. 35 f.). Im Fall des Art. 3.3 SPS genügt es aber, wenn der Kläger die Abweichung vom CAC-Standard darlegt; dann muss das beklagte WTO-Mitglied die wissenschaftliche Grundlage für seine Abweichung erklären.

333 Zur Definition siehe oben bei Fn. 56.

334 Zur Definition siehe oben bei Fn. 55.

335 Die Vorschrift erwähnt insofern beispielhaft grundlegende klimatische oder geographische Faktoren oder grundlegende technologische Probleme.

336 Zur näheren Auslegung insbesondere im Sinne einer Pflicht zur Überprüfung bereits existenter technischer Vorschriften im Lichte neuer internationaler Standards siehe *Desta* (Fn. 143) 169 ff., unter Hinweis auf den Fall EC Sardines.

dass eine mit internationalen Normen („standards“) vereinbare verbindliche technische Vorschrift entsprechend den Anforderungen des Art. 2.2 des Übereinkommens kein unnötiges Hemmnis für den internationalen Handel schafft.³³⁷ Die Widerlegung dieser Vermutung obliegt demjenigen WTO-Mitglied, das die Unvereinbarkeit einer solchen Soft-Law-konformen technischen Vorschrift mit Art. 2.2 TBT-Übereinkommen behauptet.³³⁸ Art. 2.4 und Art. 2.5 TBT-Übereinkommen nehmen in erster Linie Standards der ISO, der IEC und der ITU, aber auch der CAC in Bezug.³³⁹

Schon die indirekte Rezeption in Gestalt der vorbeschriebenen Legalitäts-Vermutungsregel kann übrigens die Annahme von Soft-Law-Standards erschweren, wenn sie von den Beteiligten als zu weitgehende Verrechtlichung empfunden wird. Um dem entgegenzuwirken, versucht man mitunter, die indirekte Rezeption durch eine entsprechende Formulierung der Soft-Law-Standards auszuschließen.³⁴⁰

2. *Soft-Law-Standards als Beweismittel für die Existenz von Hard-Law-Normen*

Hoheitliche Soft-Law-Standards können ungeschriebene Hard-Law-Normen des Völkergegewohnheitsrechts oder allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Buchst. b oder c IGH-Statut deklaratorisch wiedergeben. Ihre rechtliche Bedeutung liegt dann in ihrer Funktion als Beweismittel für die Existenz von anderweitig verbindlichen Völkerrechtsnormen.³⁴¹ Denn die Beteiligung von Staatsorganen an der Formulierung von Soft-Law-Standards bildet zum einen Staatenpraxis und kann zum anderen die allmähliche Herausbildung einer Rechtsüberzeugung erkennen lassen, die dem Inhalt des Standards entspricht.³⁴² Beispielsweise wird die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte gern als Beleg für die geltenden Menschenrechtsstandards des Völkergegewohnheitsrechts herangezogen.³⁴³ Die Aggressionsdefinition der UN-Generalversammlung³⁴⁴ bietet Aufschluss über die völkergegewohnheitsrechtlichen Regeln von Gewaltverbot und Selbstverteidigung.³⁴⁵ Die von der International Law Commission verabschiedeten Texte zur Kodifikation und Fortentwicklung des Völkerrechts (Artikel-Entwürfe),³⁴⁶ die als solche hoheitliche Soft-Law-Standards bilden, können im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Buchst. d IGH-Statut als Hilfsmittel zur Feststellung von Hard-Law-Normen herangezogen werden. Die zugehörigen Kommentare der ILC las-

337 Art. 905 Abs. 1 und 2 des North American Free Trade Agreement vom 17.12.1992 (abrufbar unter <http://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97-language=en-US> [abgefragt am 10.6.2014]) entspricht Art. 2.4 und 2.5 TBT.

338 *Ludivine Tamiotti*, in: *Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (eds.)* (Fn. 176) Art. 2 TBT Rdnr. 43.

339 *Michael Koebele*, in: *Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (eds.)* (Fn. 176) Art. 1 and Annex 1 TBT Rdnr. 45 ff. Vgl. entsprechend Art. 915 NAFTA (Fn. 337). Während die CAC-Standards zur Lebensmittelsicherheit unter das SPS-Übereinkommen fallen, erfasst das TBT-Übereinkommen die technischen CAC-Standards (*Pereira* [Fn. 120] 553).

340 Siehe oben Text bei Fn. 326 zu §1 ISO 26000:2010.

341 Vgl. auch *Boyle* (Fn. 281) 134 ff.

342 *Birmie/Boyle/Redgwell* (Fn. 295) 34.

343 Vgl. *Olivier De Schutter*, *International Human Rights Law* (2010) 50 ff.

344 Resolution Nr 3314 (XXIX) vom 14.12.1974.

345 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, ICJ Reports 1986, 14, § 195. Vgl. ebd. § 191 zur entsprechenden Heranziehung der Friendly Relations Declaration (Resolution Nr. 2625 [XXV] der UN-Generalversammlung vom 24.10.1970).

346 Vgl. die Aufgabenbeschreibung der ILC in Art. 15 ff. ihres Statuts vom 21.11.1947 mit späteren Änderungen (abrufbar unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf [abgefragt am 10.6.2014]). Die ILC bildet ein Nebenorgan der UN-Generalversammlung (Art. 13 Abs. 1 Buchst. a, 22 UN-Charta).

sen regelmäßig erkennen, ob und inwieweit ein bestimmter Artikel bestehendes Völkerrecht kodifizieren oder neues schaffen soll.

Als Gegenbeispiel unterstreicht § 1 ISO 26000:2010 ausdrücklich, dass dieser ISO-Standard zur sozialen Verantwortung von Unternehmen etc. nicht als Beweis für eine entsprechende Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts zitiert werden soll. Die ISO hat sich bemüht, die rechtliche „Aushärtung“ dieses nicht rein technischen, sondern politischen Standards unter allen Umständen zu verhindern.³⁴⁷

Da Völkergewohnheitsrecht auf der von Rechtsüberzeugung getragenen Praxis der Staaten beruht und allgemeine Rechtsgrundsätze entweder aus den nationalen Rechtsordnungen auf die Völkerrechtsebene projiziert werden oder der staatszentrierten Völkerrechtsordnung selbst immanent sind,³⁴⁸ können private transnationale Soft-Law-Standards kaum eine entsprechende Beweisfunktion erfüllen.³⁴⁹ Dies gilt umso mehr, als private Standards ohne weiteres nur privates Verhalten zu regeln vermögen, das als solches nur selten den Gegenstand von Hard-Law-Normen des Völkerrechts bildet. Private Standards in der Form eines von Experten formulierten Restatement of the Law, welches die „Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“ wiedergibt, können jedoch als Hilfsmittel zur Feststellung von Hard-Law-Normen im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Buchst. d IGH-Statut fungieren.³⁵⁰

Eine Verrechtlichungsentscheidung der internationalen Staatengemeinschaft im förmlichen Sinne ist in den vorgenannten Fällen nicht erkennbar. Man könnte sie allenfalls in den Entscheidungen internationaler oder nationaler Gerichte sehen, welche die Existenz einer völkerrechtlichen Hard-Law-Norm unter beweiskräftigem Rückgriff auf einen Soft-Law-Standard bejahen. Solche Entscheidungen dienen dann fortan ihrerseits als Hilfsmittel zur Hard-Law-Ermittlung im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Buchst. d IGH-Statut. Entsprechende Entscheidungen nationaler Gerichte stellen zugleich Staatenpraxis im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Buchst. b IGH-Statut dar.³⁵¹ In allen diesen Fällen lässt sich aber eine Zuweisung von Rechtsetzungsverantwortung an ein bestimmtes Völkerrechtssubjekt für den betreffenden Soft-Law-Standard kaum begründen.

3. *Soft-Law-Standards als Hilfsmittel für die Auslegung und Anwendung von Hard-Law-Normen*

Soft-Law-Standards gewinnen auch dann rechtliche Relevanz, wenn sie als Hilfsmittel für die Interpretation von geschriebenen oder ungeschriebenen Hard-Law-Normen herangezogen werden.³⁵² Beispielsweise kann die Aggressionsdefinition der UN-Generalversammlung³⁵³ als Kommentierung der einschlägigen Bestimmungen der UN-

347 Siehe bereits oben Text bei Fn. 326.

348 Vgl. *Wolfrum* (Fn. 50) Rdnr. 28 ff.

349 Vgl. *Karsten Nowrot*, Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht (2006) 411 ff., zur Beteiligung transnationaler Unternehmen an der Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht.

350 Dies gilt etwa für das San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea vom 12.6.1994 des International Institute of Humanitarian Law (abrufbar unter <http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/7694fe2016f347e1c125641f002d49ce> [abgefragt am 10.6.2014]). Weitere Beispiele bei *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 35.

351 Vgl. *Anthea Roberts*, Comparative International Law?, ICLQ 60 (2011) 57 ff.

352 Es handelt sich um ein ergänzendes Auslegungsmittel, das in der nicht abschließenden Auflistung in Art. 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 nicht ausdrücklich genannt wird. U.U. kann auch Art. 31 Abs. 3 Buchst. b WÜRV einschlägig sein.

353 Resolution Nr. 3314 (XXIX) vom 14.12.1974.

Charta fungieren.³⁵⁴ Im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall nahm der Internationale Gerichtshof zur Konkretisierung der völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Umweltschutzverpflichtungen der Streitparteien bei der Verwirklichung ihres Donau-Staudammprojekts in allgemeiner Form nicht nur auf „norms“, sondern auch auf „standards“ Bezug.³⁵⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte benutzt Soft-Law-Standards des Europarats als Hilfsmittel zur Auslegung der Konventionsrechte.³⁵⁶ Selbst private internationale Soft-Law-Standards werden mitunter von nationalen Gerichten zur Klärung des Inhalts von nationalen Hard-Law-Normen verwendet.³⁵⁷ Die Kommission und der Gerichtshof der EU ziehen CAC-Standards zur Interpretation von EU-Recht heran,³⁵⁸ der EuGH darüber hinaus auch das Muster-Doppelbesteuerungsabkommen der OECD.³⁵⁹ Durch Behördennetzwerke werden schließlich informelle Standards zur Harmonisierung der Vollzugspraxis bei offen formulierten nationalen und internationalen Hard-Law-Normen festgelegt, deren Funktion den Verwaltungsvorschriften gleicht und die eine Selbstbindung der beteiligten Behörden bewirken.³⁶⁰ Auch in den vorgenannten Fallvarianten lässt sich eine klar zurechenbare Verrechtlichungsentscheidung regelmäßig nicht identifizieren.

4. Konkretisierung und Ergänzung von Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards

Besonders im Umweltvölkerrecht, aber auch darüber hinaus werden Soft-Law-Standards gern benutzt, um allgemein und offen gefasste Normen des Hard Law etwa in Rahmenübereinkommen mit konkretem Inhalt zu füllen, insbesondere Verpflichtungen zur „due diligence“, oder um eine entsprechende „best practice“ bei der Anwendung des Hard Law festzulegen.³⁶¹ Der Vorteil solcher Soft-Law-Standards besteht nicht nur darin, dass ihr geringerer Verbindlichkeitsgrad die Konsensbildung politisch erleichtert. Vielmehr können sie auch wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritten oder veränderten politischen Prioritäten flexibler angepasst werden als völkervertragliches Hard Law.³⁶² Im Laufe der Zeit werden sie dann nicht selten ihrerseits in völkerrechtliche Verträge umgegossen.³⁶³ Beispiele bilden die nuclear safety standards der Internationalen Atomenergiebehörde (IAEA) und der Code of Conduct for Responsible Fisheries der FAO von 1995.³⁶⁴

Wenn Soft-Law-Standards von internationalen Organisationen erlassen werden, können Mitgliedstaaten allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft nach Treu und Glauben rechtlich verpflichtet sein, diese ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Darüber hinaus können

354 Vgl. *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 28.

355 ICJ Reports 1997, 7, § 140.

356 Vgl. z.B. EGMR (GK), Urt. v. 12.11.2008 (No. 34503/97 – *Demir and Baykara v. Turkey*) §§ 74 ff. *Jean-François Flauss*, L'effectivité et l'efficacité de la soft law européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Fn. 14) 333 ff.

357 So zog das Schweizerische Bundesgericht 2008 in einem Fall die Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration der International Bar Association von 2004 zu Rate (näher *Lüth/Wagner* [Fn. 158] 417). Vgl. auch *Thürer* (Fn. 46) Rdnr. 30.

358 Vgl. *Pereira* (Fn. 120) 556 f.

359 Näher *Thomas Dubut*, La „soft law“ de l'O.C.D.E. dans la jurisprudence fiscale de la C.J.U.E., in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Fn. 14) 27 ff.

360 *Christoph Möllers*, Transnationale Behördenkooperation, *ZaöRV* 65 (2005) 351, 355 ff., 366 f.

361 *Birmie/Boyle/Redgwell* (Fn. 295) 34, 36.

362 *Boyle* (Fn. 281) 128.

363 Siehe folgenden Abschnitt 5.

364 *Boyle* (Fn. 281) 128 f.

solche Standards, insbesondere wenn sie über längere Zeit ohne weiteres beachtet worden sind, legitime Verhaltenserwartungen begründen, so dass ihre plötzliche Missachtung oder die Behauptung, standardkonformes Verhalten sei völkerrechtswidrig, einen Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens bilden kann.³⁶⁵ Die Annahme derartiger abgeschwächter Rechtsbindungen darf aber nicht den eindeutigen Willen der Staaten konterkarieren, sich gerade keinen Hard-Law-Normen zu unterwerfen.³⁶⁶

Abgesehen von der Transformation von Soft-Law-Standards in völkerrechtliche Verträge kann auch in dieser Variante keine klar zuzurechnende Verrechtlichungsentscheidung identifiziert werden.

5. *Soft-Law-Standards als Quellcode zukünftiger Hard-Law-Normen*

Soft-Law-Standards hoheitlicher Herkunft können am Anfang eines Prozesses der Herausbildung von neuen Hard-Law-Normen völkervertraglicher oder -gewohnheitsrechtlicher Art stehen. Zu solchen Prozessen kommt es vor allem dann, wenn die politische Bereitschaft zur Normunterwerfung aller oder jedenfalls wichtiger Staaten, deren Beteiligung für den Erfolg des betreffenden Regimes unabdingbar erscheint, noch nicht über Soft-Law-Standards hinausreicht. Dies geschieht insbesondere dort, wo es um konkrete und detaillierte oder in ihren (auch finanziellen) Belastungswirkungen nicht klar abschätzbare Regelungen geht.³⁶⁷ In solchen Fällen wartet die internationale Gemeinschaft regelmäßig nicht untätig ab, bis ein echter Rechtsbindungswille allgemein entsteht, sondern hält den bereits vorhandenen inhaltlichen Konsens in einem Soft-Law-Instrument (z.B. einer Resolution oder Deklaration der UN-Generalversammlung) fest, das der Staatspraxis sogleich als Orientierung dient. Dieses wird dann früher oder später durch ein Hard-Law-Instrument (zumeist einen völkerrechtlichen Vertrag) ersetzt. Beide Instrumente bestehen so lange nebeneinander, bis alle regimeteilnehmenden Staaten dem Hard-Law-Instrument beigetreten sind und damit das Soft-Law-Instrument obsolet gemacht haben. Da dies keineswegs immer geschieht, können Soft-Law- und Hard-Law-Instrument auf Dauer koexistieren. Ihr Verhältnis richtet sich dann nach Regeln analog zu den in Art. 30 WÜRV kodifizierten Regeln zum Verhältnis aufeinanderfolgender völkerrechtlicher Verträge über denselben Gegenstand.

Geplant spielt sich ein solcher stufenweiser „Aushärtungsprozess“ nicht selten im Vorfeld des Abschlusses bedeutender Rechtsetzungsverträge ab. Ein wichtiges Beispiel³⁶⁸ bildet die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UN-Generalversammlung von 1948, die einen langwierigen Kodifikationsprozess in Gang setzte, der zu den beiden universellen Menschenrechtspakten von 1966³⁶⁹ führte. Diese haben aber die Allgemeine Erklärung auch nach Jahrzehnten nicht obsolet gemacht, weil keineswegs alle UN-Mitglieder beiden Pakten beigetreten sind und diese zudem nur einen Teil der in der Erklärung proklamierten Rechte kodifizieren.³⁷⁰ Dementsprechend wird die All-

365 Thürer (Fn. 46) Rdnr. 27.

366 So zu Recht Friedrich (Fn. 16) Rdnr. 20, 23.

367 Ein wichtiges Beispiel stellen die von der ILC entworfenen Artikel über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (Fn. 253) dar: Deren Verhalten positive Zurkenntnisnahme durch die UN-Generalversammlung (Resolution 56/83 vom 12.12.2001) war konsensfähig, jedenfalls bislang dagegen nicht deren Umgeißung in einen völkerrechtlichen Vertrag.

368 Weitere Beispiele bei Boyle (Fn. 281) 127.

369 IPbpR; IPwskR.

370 Siehe oben Text bei Fn. 91.

gemeine Erklärung auch in völkerrechtlichen Verträgen in Bezug genommen, deren Parteien nicht alle den Menschenrechtspakten beigetreten sind.³⁷¹ Gleiches gilt für sonstige Menschenrechtsdokumente, deren Urheber durch keine gemeinsame menschenrechtliche Vertragsgrundlage miteinander verbunden sind.³⁷²

Geplant oder ungeplant kann sich ein solcher „Aushärtungsprozess“ auch bei der Entwicklung von Normen des Völkergewohnheitsrechts ereignen, indem Staaten in einem bestimmten Bereich zunächst ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine gleichgerichtete Praxis ausbilden, zu der sich erst im Laufe der Zeit die entsprechende Rechtsüberzeugung hinzugesellt. Als Beispiel mag hier die Truman Proclamation von 1945 über die Inanspruchnahme von Hoheitsrechten durch die USA am Festlandsockel vor ihren Küsten dienen,³⁷³ die von anderen Staaten nachgeahmt, dadurch allmählich zu Völkergewohnheitsrecht ausgehärtet und schließlich völkervertraglich kodifiziert worden ist.³⁷⁴

Denkbar ist schließlich, dass private Standards einen Prozess der Ausbildung von Völkerrechtsnormen in Gang setzen. Möglich wäre ein solcher Geschehensablauf in Bereichen, die von den beteiligten privaten Akteuren zunächst autonom geregelt werden, bis die Staatengemeinschaft einen Bedarf nach hoheitlicher Regelung erkennt und diesen unter zumindest teilweiser Rezeption der privat formulierten Standards durch einen völkerrechtlichen Vertrag befriedigt.

In allen vorgenannten Fällen liegt die Verrechtlichungsentscheidung der internationalen Gemeinschaft im Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages oder der Herausbildung der entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Norm. Sie ist allen durch das betreffende Hard-Law-Regime gebundenen Staaten und ggf. internationalen Organisationen zurechenbar.

6. Erzeugung von faktischem Druck zur Befolgung von Soft-Law-Standards

Zum Teil geht von internationalen oder transnationalen Standards ein erheblicher faktischer Befolgungsdruck aus, weil entweder ein Staat oder nichtstaatlicher Akteur deren Einhaltung freiwillig öffentlich versprochen hat oder unabhängig davon entsprechende

371 Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 des Rahmenübereinkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 10.5.2010, der „die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und anderen einschlägigen internationalen Menschenrechtsinstrumenten niedergelegt sind“, zum wesentlichen Element des Übereinkommens erklärt (BGBl. 2013 II S. 19). Weder Korea noch die EU sind Parteien der UN-Menschenrechtspakte.

372 Beispielsweise definiert Abschn. 1.6 der Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights von 2009 den Zweck der Kommission als „To uphold international human rights standards as prescribed by the Universal Declaration of Human Rights, the Vienna Declaration and Programme of Action, and international human rights instruments to which ASEAN Member States are parties“ (abrufbar unter <http://www.asean.org/images/archive/publications/TOR-of-AICHR.pdf> [abgefragt am 10.6.2014]).

373 Proclamation 2667 of September 28, 1945: Policy of the United States with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf (Executive Order 9633, 10 Federal Register 12,305 [1945]), abrufbar unter <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332> (abgefragt am 10.6.2014).

374 Vgl. zunächst das Übereinkommen über den Festlandsockel vom 29.4.1958 (UNTS Vol. 499, 311) und jetzt Art. 76 ff. Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.12.1982 (UNTS Vol. 1833, 3; BGBl. 1994 II S. 1799).

Befolgungserwartungen der Nachfrager am Markt bestehen³⁷⁵ oder die Standards vom marktbeherrschenden Monopolisten gesetzt worden sind. Letzteres gilt etwa für die privaten Standards der *Lex Sportiva*: Diese sind angesichts der Monopolmacht der Sportverbände für Sportlerinnen und Sportler sowie für Vereine, die an internationalen Ausscheidungen teilnehmen wollen, praktisch unausweichlich.

Ähnlich unausweichlich sind die vom Internationalen Währungsfonds als Voraussetzung für die Vergabe dringend benötigter Kredite an in finanzielle Bedrängnis geratene Staaten regelmäßig verlangten und weitgehend standardisierten tiefgreifenden politischen und wirtschaftlichen Reformen (sog. Konditionalität).³⁷⁶

Öffentliche Selbstverpflichtungen, die beim Bruch des Versprechens regelmäßig einen Implementierungsprozess des „naming and shaming“ auslösen, haben z.B. alle Staaten in Bezug auf die Standards der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte³⁷⁷ und viele multinationale Unternehmen in Bezug auf die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen oder die Prinzipien des UN Global Compact abgegeben. Je nach den Umständen können solche Selbstverpflichtungen sogar (völker-) rechtliche Folgen auslösen, etwa indem sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine legitime Befolgungserwartung begründen und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens aktivieren.³⁷⁸ Befolgungserwartungen der Nachfrager am Markt bestehen – ungeachtet aller Selbstverpflichtungen – z.B. in Bezug auf die Einhaltung der als solche unverbindlichen DIN-Normen,³⁷⁹ die „freiwillige“ Übernahme der ISO-Standards sowie die Erfüllung bestimmter Umweltstandards, die durch den Besitz entsprechender Zertifikate (Ökolabels) nachgewiesen werden kann und im Interesse des Markterfolges eines Produkts oder einer Dienstleistung dann auch nachgewiesen werden muss.³⁸⁰

Weiterhin bestehen mitunter sogar völkerrechtlich verankerte Implementierungsmechanismen im Sinne einer internationalen Überwachung der nationalen Umsetzung auch von hoheitlichen oder hybriden Soft-Law-Standards, teilweise gekoppelt mit Berichtspflichten der Staaten, etwa im Bereich der ILO.³⁸¹ Ein interessantes Beispiel für einen – allerdings seinerseits nur „soften“ – Implementierungsmechanismus bilden die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen: Die teilnehmenden Staaten³⁸² werden politisch verpflichtet, sogenannte Nationale Kontaktstellen einzurichten, „um die wirksame Anwendung der Leitsätze voranzubringen“.³⁸³ Diese Kontaktstellen können sogar auf Grund von Populärbeschwerden untersuchen, ob Unternehmen die Leitsätze

375 Beide Varianten gehen Hand in Hand, wenn die Nachfrager am Markt eine entsprechende öffentliche Selbstverpflichtung erwarten.

376 Näher *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 833 ff.

377 Vgl. nur die im Konsensverfahren angenommene Erklärung zu ihrem 60. Jahrestag (Resolution Nr. 63/116 der UN-Generalversammlung vom 10.12.2008).

378 *Birnie/Boyle/Redgwell* (Fn. 295) 34. Sie bereits oben unter 4.

379 Vgl. *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 116.

380 Beispiele: Standards und Zertifikate über deren Einhaltung (sog. eco-labelling) des Forest Stewardship Council und des Marine Stewardship Council (*Friedrich* [Fn. 170] Rdnr. 15, 31. Vgl. allgemein *Volker Röben*, Eco-Labeling, in: *Wolfrum*, MPEPIL)

381 Siehe oben Text bei Fn. 211 ff. Vgl. auch *Birnie/Boyle/Redgwell* (Fn. 295) 36.

382 D.h. alle OECD-Mitgliedstaaten sowie eine Reihe weiterer Staaten.

383 Vgl. die Neufassung der Entscheidung des Rates in Bezug auf die OECD-Leitsätze in deren Teil II.

verletzt haben und entsprechende Empfehlungen abgeben, wenngleich keine verbindlichen Entscheidungen treffen.³⁸⁴

V. Unterlassung der Verrechtlichung als Völkerrechtsproblem

Auch die Unterlassung der Verrechtlichung von Soft-Law-Standards kann völkerrechtlich relevant sein. Es sind Fälle denkbar, in denen Staaten zur Schließung einer vorhandenen Lücke im Hard Law völkerrechtlich verpflichtet sind, weil Soft-Law-Standards allein nicht genügen, um ein völkerrechtskonformes Ergebnis zu erzielen. Dazu kann es insbesondere im Zusammenhang mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht der Staaten kommen, die durch Soft-Law-Standards nicht immer ausreichend erfüllt wird.³⁸⁵ So fragt es sich insbesondere, ob das Regime zur Kontrolle der Macht von multinationalen Unternehmen, das überwiegend aus Soft-Law-Standards zur corporate social responsibility besteht,³⁸⁶ genügt, um zu verhindern, dass diese in der Dritten Welt Menschenrechte verletzen oder die Umwelt zerstören. Auch die grenzüberschreitend tätigen privaten Militär- und Sicherheitsunternehmen müssten stärker als nur durch Soft-Law-Standards gebunden werden,³⁸⁷ wenngleich ihre Soft-Law-Regulierung einen unbestreitbaren Fortschritt darstellt.³⁸⁸

Weiterhin entfalten sich die privaten Lex-Sportiva-Standards in einem Raum privat-autonomer Gestaltung durch Verbandsmacht, der zu wenig durch Hard-Law-Normen eingegrenzt erscheint. Immerhin bindet der Gerichtshof der EU die von den Mitgliedstaaten delegierte, zugelassene oder in Bezug genommene Standardsetzung durch private Verbandsmacht in ständiger Rechtsprechung an die Grundfreiheiten des EU-Primärrechts.³⁸⁹ In Frage kommt auch die Anwendung des Kartellrechts auf wett-

384 Vgl. den Beispielsfall bei *Jernej Letnar Cernic*, *Global Witness v. Afrimex Ltd.*: Decision Applying OECD Guidelines on Corporate Responsibility for Human Rights, ASIL Insight Vol. 13, Issue 1 (Jan. 23, 2009), abrufbar unter <http://www.asil.org/insightss/volume/13/issue/1/global-witness-v-afrimex-ltd-decision-applying-oecd-guidelines-corporate> (abgefragt am 10.6.2014). Die Effektivität dieses Mechanismus wird z.T. kritisch beurteilt (*Heinemann* [Fn. 79] 720 m.w.N.), sollte aber wegen der potentiellen Rufschädigung nicht unterschätzt werden (*Goldmann* [Fn. 282] 691, 693 f.).

385 Vgl. etwa Art. V Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1948 (UNTS Vol. 78, 277; BGBl. 1954 II S. 730); Art. 4 Übereinkommen gegen Folter etc. vom 10.12.1948 (UNTS Vol. 1465, 85; BGBl. 1990 II S. 246); Art. 5, 6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966 (UNTS Vol. 660, 195, BGBl. 1969 II S. 962), die alle die Vertragsstaaten zum Erlass von nationalen Hard-Law-Normen verpflichten, um ihre Vertragspflichten zu erfüllen.

386 *Oliver Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, JZ 2005, 905, 913. Eingehend *Peter Muchlinski*, Corporations in International Law, in: *Wolfrum*, MPEPIL; *Anja Seibert-Fohr/Rüdiger Wolfrum*, Die einzelstaatliche Durchsetzung von Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen, AVR 43 (2005) 153 ff.

387 Es gibt hier einen International Code of Conduct for Private Security Service Providers vom 9.11.2010 (abrufbar unter http://www.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_Final_without_Company_Names.pdf [abgefragt am 11.6.2014]) sowie ein auf Initiative der Schweiz formuliertes „Montreux Document on pertinent legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict“ vom 17.9.2008 (abrufbar unter <http://www.eda.admin.ch/psc> [abgefragt am 11.6.2014]). Vgl. *Lindsey Cameron*, New Standards for and by Private Military Companies?, in: *Peters et al.* (Fn. 47) 113 ff.

388 *Koh* (Fn. 231), unter I. E.

389 Vgl. nur EuGH, Slg. 1974, 1405 (Rs. 36/74 – Walrave und Koch); Slg. 1995, I-4921 (Rs. C-415/93 – Bosman); Slg. 2007, I-10779 (Rs. C-438/05 – Viking Line); Slg. 2008, I-988 (Rs. C-341/05 – Laval); Slg. 2010, I-2196 (Rs. C-325/08 – Olympique Lyonnais); Urt. v. 12.7.2012 (Rs. C-171/11 – Fra.bo). Vgl. *Heike*

bewerbsbeschränkende private Standardsetzungen.³⁹⁰ Das supranationale EU-Recht nimmt insoweit also eine Schutzfunktion zugunsten der durch wirkmächtige private Standards in ihrer Freiheit beschränkten Personen wahr und trägt damit zur Verwirklichung der International Rule of Law bei.

Schließlich ist ein Regelungsdefizit in Bezug auf den Zugang zum Cyberspace erkennbar, dessen Regulierung, Administration und Adjudikation von einer nationalen privaten Vereinigung (ICANN) monopolisiert werden, die dem rechtlichen und tatsächlichen Zugriff der USA ausgesetzt ist. In diesem Fall steht einer stärkeren Verrechtlichung durch Übertragung der ICANN-Kompetenzen auf die ITU die nicht ganz unbegründete Befürchtung zahlreicher Staaten entgegen, dass der Preis dafür eine übermäßige Beschränkung der Freiheit des Internet wäre. Dies enthebt die internationale Gemeinschaft jedoch nicht der Verantwortung, weiter nach einer Lösung zu suchen, die Regulierungsinteresse und Freiheitsinteresse in einen angemessenen Ausgleich bringt. Wenn es Interessengegensätze und Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatengruppen der internationalen Gemeinschaft unmöglich machen, ein möglicherweise erforderliches völkerrechtliches Hard-Law-Regime einzurichten, muss versucht werden, wenigstens die zweitbeste Lösung eines Soft-Law-Regimes zu erreichen. Denn ein solches liegt näher bei den Verrechtlichungsvorgaben des Völkerrechts als ein völliges Regelungsdefizit. Gerade das ICANN-Beispiel belegt im Übrigen aber, dass die klare Zurechnung eines Verrechtlichungsdefizits für Zwecke der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit oft nicht möglich ist.

VI. Fazit: Relative völkerrechtliche Normativität internationaler Standards

Es hat sich gezeigt, dass internationale Soft-Law-Standards in der heutigen Welt nicht nur praktisch, sondern in ganz unterschiedlicher Weise auch völkerrechtlich relevant sind. Man kann von einer abgestuften oder relativen rechtlichen Relevanz ausgehen, die in den dargestellten vertypen Verrechtlichungstufen zum Ausdruck kommt. Diese sind ihrerseits nicht hermetisch voneinander abgeschottet. Der Erklärungsansatz einer „relativen Normativität“ mit gleitenden Übergängen spiegelt diese normative Wirklichkeit bestmöglich wider. Denn klar identifizierbare und eindeutig zurechenbare Verrechtlichungsentscheidungen, die das Umschlagen vom „soften“ in den „harten“ Aggregatzustand im Sinne der klassischen absoluten (binären) Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht markieren könnten, gibt es keineswegs durchgängig. Völkerrechtlich relevant sein kann außerdem auch ein Verrechtlichungsdefizit, d.h. ein zu geringer Grad an ausgehärteter Normativität. Dies gilt immer dann, wenn eine völkerrechtliche Pflicht zum Erlass von nationalen, supranationalen oder völkerrechtlichen Hard-Law-Normen identifizierbar ist.³⁹¹

Letztendlich wirken völkerrechtliches Hard Law und internationale Soft-Law-Standards in vielfältigster Weise zusammen, um eine effektive normative Ordnung des internationalen Geschehens aufzubauen. In der heutigen multipolaren Welt der staatlichen und nichtstaatlichen Akteure sind Hard Law und Soft Law stärker denn je aufeinander angewiesen: Nur mit vereinten Kräften können sie das Ideal der International Rule of

Schweitzer, Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs, EuZW 2012, 765 ff.

390 *Schweitzer* (Fn. 389) 769 f.

391 Siehe unten Text bei Fn. 436 f. und 442 ff.

Law verwirklichen. Dies setzt freilich voraus, dass auch die Soft-Law-Standards den eingangs erwähnten qualitativen Anforderungen an legitimes, prozedural ordnungsgemäß erlassenes, mit höherrangigen Normen vereinbares und inhaltlich gerechtes „Recht“ genügen.³⁹² Diese Qualitätsanforderungen werden im folgenden Abschnitt auf zwei zugespitzt: die primär politische der Legitimität und die primär juristische der Völkerrechtmäßigkeit, d.h. der widerspruchsfreien Einpassung von Soft-Law-Standards in das Gerüst der völkerrechtlichen Hard-Law-Normen. Diese Anforderungen stehen in enger Wechselbeziehung zueinander, denn ein illegitimer Standard kann nicht völkerrechtsgemäß und ein völkerrechtswidriger Standard nicht legitim sein.

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

I. Von politischen Evidenzappellen zur völkerrechtlichen Gewährleistungsverantwortung der Staaten

1. Gegenstand und Grad der Gewährleistungsverantwortung

Nicht nur für die Sozialwissenschaften stellen sich Fragen nach der politischen Legitimität und (völker-) rechtlichen Einbindung und Kontrolle der Standardsetzung.³⁹³ Auch die (Völker-) Rechtswissenschaft kann ihnen angesichts der wachsenden faktischen und rechtlichen Bedeutung der internationalen Standards nicht ausweichen.³⁹⁴ Die Legitimitätsproblematik lässt sich in die seit einigen Jahren geführte Debatte über die Legitimität des Völkerrechts im Allgemeinen einordnen.³⁹⁵ Sie führt aber darüber hinaus, weil die internationale Standardsetzung Regelungskompetenzen in besonderem Maße von den nationalen parlamentarischen Gesetzgebern auf nationale oder internationale Administrativorgane, private Akteure, Expertengremien sowie unterschiedlich zusammengesetzte transnationale Netzwerke verlagert.³⁹⁶

Legitimitäts- und Rechtmäßigkeitserfordernisse entstehen nicht erst mit der Transformation von Soft-Law-Standards in Hard-Law-Normen, sondern bereits dann, wenn die Soft-Law-Standards geeignet sind, politisch, wirtschaftlich oder moralisch bestimmenden Einfluss auf das Verhalten von Staaten oder Privatpersonen auszuüben (determinative Soft-Law-Standards).³⁹⁷ Lediglich rein empfehlende Soft-Law-Standards

³⁹² Siehe oben A. IV. 3.

³⁹³ Vgl. etwa Keller (Fn. 34) 266 m.w.N.

³⁹⁴ Zu den parallelen Fragen in Bezug auf das Soft Law innerhalb der EU vgl. Matthias Knauff, Legitimität und Legitimation des europäischen Soft Law – Grundfragen und Lösungsansätze, in: Iliopoulos-Strangas/Flauss (Fn. 14) 373 ff.

³⁹⁵ Vgl. die Beiträge in: Wolfrum/Röben (eds.) (Fn. 34); Rüdiger Wolfrum, Legitimacy in International Law, in: ders., MPEPIL; Steven Wheatley, The Democratic Legitimacy of International Law (2010). Grundlegend Thomas M. Franck, The Power of Legitimacy among Nations (1990). Vgl. jedoch Daniel Bodansky, The Concept of Legitimacy in International Law, in: Wolfrum/Röben (eds.) (Fn. 34) 309, 313 f., der die normative von der sozialen Legitimität unterscheidet und die erstgenannte ausschließlich der Philosophie und politischen Theorie (aber nicht dem Recht) zuordnet. Er nimmt dabei zu Unrecht an, bei der Schaffung einer neuen internationalen Institution gebe es noch keine Völkerrechtsregeln über deren Legitimität (ebd. 312).

³⁹⁶ Friedrich (Fn. 16) Rdnr. 39.

³⁹⁷ von Bogdandy/Dann/Goldmann (Fn. 15) 11 ff. Enger Lepsius (Fn. 51) 363 ff., der eine Legitimationsbedürftigkeit von Standards am Maßstab des Demokratieprinzips nur annimmt, wenn sie als Bestandteile des Hard Law zwangsweise durchsetzbar werden.

ohne spürbaren Befolungsdruck könnten in dieser Hinsicht vernachlässigt werden.³⁹⁸ Bei hoheitlichen Standards gilt dies aber nur dann, wenn sie unpolitischen, rein technischen Charakter haben. Denn schon politisch relevante hoheitliche Standards, welche die geregelte Angelegenheit aus dem *domaine réservé* eines Staates herauslösen und der völkerrechtlich zulässigen politischen Einflussnahme von außen öffnen, haben zumindest ein determinatives Potential, das sie normativ relevant macht, sobald mit derartigen Einflussnahmen ernsthaft zu rechnen ist. Das genügt, um Mindestanforderungen an ihre Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit zu begründen. Je stärker der von internationalen Standards ausgehende Befolungsdruck ist, desto größer werden das Legitimationsbedürfnis und das Interesse der internationalen Gemeinschaft an ihrer Völkerrechtmäßigkeit, d.h. der Stringenz und Effektivität ihrer völkerrechtlichen Einbindung: Dem rechtlichen oder faktischen Verbindlichkeitsgrad auf der Skala ihrer relativen Normativität entspricht der Grad des Weltgemeininteresses an ihrer Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit und damit der Grad der Gewährleistungsverantwortung der Staaten.

Die in einer solchermaßen determinativen Standardsetzung liegende politische Macht muss nach dem Ideal einer International Rule of Law von den Regelunterworfenen als legitim anerkannt werden können und überdies völkerrechtlich effektiv eingegrenzt werden, wobei die rechtliche Einbindung und Kontrolle von politischer Macht zugleich wesentliche Voraussetzungen ihrer Legitimität bilden. Erfüllen die Standards diese Legitimitäts- und Rechtmäßigkeitsanforderungen ganz oder teilweise nicht, droht die mit der Standardsetzung angestrebte Verbesserung der normativen Ordnung zu scheitern, weil die Standards von den Adressaten abgelehnt werden und deshalb ineffektiv sind. Dann entfällt nicht allein der gewünschte Fortschritt für die International Rule of Law, sondern diese verliert womöglich insgesamt ein Stück an Glaubwürdigkeit.

2. *Völkerrechtliche Grenzen für den Rückzug der Staaten aus der internationalen Regelbildung*

Die Notwendigkeit der Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit von hoheitlichen, privaten und hybriden internationalen Soft-Law-Standards entspricht aber nicht nur einem politischen Evidenzappell, sondern ergibt sich aus Prinzipien des völkerrechtlichen Hard Law, für deren Erfüllung in erster Linie die Staaten als primäre internationale Akteure verantwortlich sind: nämlich aus dem Selbstbestimmungsrecht ihrer Völker einerseits und ihrer eigenen Bindung an das Völkerrecht andererseits. Die Staaten trifft eine völkerrechtlich verankerte Gewährleistungsverantwortung für die Legitimität und die Völkerrechtmäßigkeit der internationalen Standardsetzung, das heißt ihre Vereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht der Völker und den für die Staaten nicht abdingbaren völkerrechtlichen Verpflichtungen.³⁹⁹ Die so begründete Gewährleistungsverantwortung setzt dem Rückzug der Staaten aus der internationalen Regelbildung

398 Diese Voraussetzungen erfüllen etwa Privatkodifikationen von Rechtsgebieten im Sinne der US-amerikanischen Restatements of the Law (vgl. *Ralf Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *Paradigmen im internationalen Recht etc.*, BDGVR 45 [2012] 175, 210 ff.).

399 Nicht abdingbar können neben den Jus-Cogens-Normen des Völkergewohnheitsrechts (Art. 53 WKRV) z.B. auch völkervertragliche Verpflichtungen sein, sofern nicht alle Vertragsparteien mit Abweichungen einverstanden sind (vgl. Art. 30 Abs. 4 und 5, Art. 41 WKRV).

und deren Übertragung auf oder Überlassung an nichtstaatliche Hoheitsträger und Private rechtliche Grenzen.⁴⁰⁰

Die Selbstbestimmungsverantwortung und Völkerrechtmäßigkeitsverantwortung als die beiden Komponenten der Gewährleistungsverantwortung der Staaten im Hinblick auf nichtstaatliche Regelbildungen im internationalen Raum verpflichten die Staaten jedoch nicht, sich ein ungeteiltes Monopol über die Standardsetzung vorzubehalten. Vielmehr können sie diese explizit oder implizit auf internationale und supranationale Organisationen verlagern und haben dies in erheblichem Umfang getan, wobei Staatenvertreter in der Regel bestimmenden Einfluss auf den Entscheidungsprozess dieser Organisationen behalten. Die Gewährleistungsverantwortung verbietet es den Staaten nicht einmal, sich auf Organisationsebene Mehrheitsentscheidungen zu unterwerfen, denn es besteht ein Weltgemeininteresse an einem höheren Integrationsgrad der internationalen Gemeinschaft, um globale Probleme rechtlich und tatsächlich effektiver lösen zu können. Eine möglichst gut organisierte und über effektive Entscheidungsverfahren verfügende internationale Staatengemeinschaft stellt zugleich einen Fortschritt im Hinblick auf die Sicherung der International Rule of Law dar. Je weiter die Integration der Staatlichkeit fortschreitet, desto deutlicher stellt sich aber die Frage, ob internationale Hoheitsträger nach dem Modell der EU einer zusätzlichen direkten Legitimation bedürfen, welche die indirekte über die Staaten ergänzt.⁴⁰¹

Auch eine (Teil-) Privatisierung der Standardsetzung etwa als Folge von Deregulierungen bleibt den Staaten grundsätzlich möglich: Damit kann nicht nur privates Wissen und Engagement für eine bessere Regulierung mobilisiert werden.⁴⁰² Vielmehr entspricht ein höheres Maß an gesellschaftlicher Autonomie auch dem Freiheitsgedanken, wie ihn die menschenrechtliche Komponente der International Rule of Law verkörpert.⁴⁰³ Die Vereinigungsfreiheit und Privatautonomie der privaten Akteure (insbesondere der NGOs und Unternehmen), die eine Befugnis zur autonomen privaten Regelbildung einerseits und zu Rechtswahlvereinbarungen andererseits einschließt, ist über die Menschenrechte dieser Akteure den Staaten gegenüber grundsätzlich völkerrechtlich abgesichert.⁴⁰⁴ Dies gilt allerdings nur für wirklich freiwillige Vereinbarungen von Standards, denn auf die private Ausübung von Herrschaft über andere ohne deren Zustimmung gibt es keinen menschenrechtlichen Anspruch.⁴⁰⁵ Im Gegenteil stellen sich Fragen ver-

400 Zur Notwendigkeit der Entwicklung völkerrechtlicher Legitimitätsmaßstäbe auch von *Bogdandy/Dann/Goldmann* (Fn. 15) 11 ff.

401 Zu denken ist an Modelle einer direkten parlamentarischen und/oder zivilgesellschaftlichen (NGO-) Beteiligung an den internationalen Entscheidungsprozessen.

402 Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts: Versuch einer Synthese, in: *Möllers u.a. (Hrsg.)* (Fn. 51) 375, 389 f.

403 Vgl. *Keller* (Fn. 34) 268 m.w.N.

404 Art. 12, 17 und 20 AEMR; Art. 17, 22 IPbPR. Im Gegensatz zu den regionalen Menschenrechtsverträgen erkennt der universelle IPbPR zwar juristische Personen nicht als eigenständige Träger von Menschenrechten an. Nach Art. 2 Abs. 1 IPbPR kommt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Achtung und Gewährleistung der Paktrechte im Gegenteil nur „individuals“ zugute. Da hinter jeder juristischen Person jedoch natürliche Personen stehen, ist dieser Unterschied praktisch weitgehend irrelevant (vgl. *Manfred Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary [2nd ed. 2005] Rdnr. 23 ff.).

405 Anders anscheinend *Keller* (Fn. 34) 267 f., die eine staatsunabhängige gesellschaftliche Selbstregierung im Hinblick auf ihren Beitrag zur effektiven Regierbarkeit moderner Gesellschaften aus sich heraus für legitim hält.

fassungsrechtlicher Grenzen des „legislativen Outsourcing“⁴⁰⁶ und der Notwendigkeit einer eigenständigen (gesellschaftlichen) Legitimation privater Standardsetzer, soweit die Freiwilligkeit zur Legitimitätsbegründung nicht genügt.

Selbstbestimmungsrecht und Völkerrechtsbindung hindern die Staaten aber jedenfalls im gegenwärtigen Entwicklungsstadium der internationalen Normenordnung, zu der neben dem völkerrechtlichen Hard Law auch die determinativen Soft-Law-Standards gehören, daran, ihre Gewährleistungsverantwortung im Sinne einer Letztverantwortung für deren Inhalt aufzugeben. Diese Gewährleistungsverantwortung erstreckt sich auf die hinreichende Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit nichtstaatlicher determinativer Standardsetzung, gleichgültig ob diese durch Hoheitsträger oder Private erfolgt. Insoweit bringt die in den Fällen der indirekten Rezeption von Soft-Law-Standards durch Hard-Law-Normen⁴⁰⁷ übliche dynamische Verweisung auf den jeweiligen Inhalt des Soft Law eine – nicht nur aus Gründen der Rechtsklarheit⁴⁰⁸ – problematische Entäußerung von Rechtsetzungsmacht mit sich:⁴⁰⁹ Denn dadurch werden alle Standardänderungen ohne weitere Möglichkeit zur vorherigen Kontrolle ihrer Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit automatisch verrechtlicht.⁴¹⁰ In diesen Fällen muss die staatliche Gewährleistungsverantwortung zumindest durch eine effektive nachträgliche Kontrolle aktualisiert werden.

II. Völkerrechtliche Grundlagen der Gewährleistungsverantwortung

Die völkerrechtlichen Grundlagen und der Inhalt dieser Gewährleistungsverantwortung sind im Folgenden näher zu erörtern.

1. Vom Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Recht auf internationale Demokratie

Das dem zwingenden Völkerrecht zuzuordnende Selbstbestimmungsrecht berechtigt die Völker, frei über ihren politischen Status zu entscheiden und ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung zu gestalten.⁴¹¹ Jedes Volk kann daher entweder selbst einen souveränen Staat frei bilden (externe Selbstbestimmung) oder in einem mit anderen Völkern frei gebildeten souveränen Staat gleichberechtigten Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Staatsorgane ausüben (interne Selbstbestimmung).⁴¹²

406 Florian Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung (2005) 479 ff. Vgl. auch Klaus Meßerschmidt, Private Gesetzgebungshelfer – Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleidemokratie?, Der Staat 51 (2012) 387 ff.

407 Siehe oben C. IV. 1. b).

408 Die Ermittlung der jeweils gültigen Fassung kann für die Rechtsunterworfenen bei Soft-Law-Standards schwierig sein, falls diese nicht offiziell publiziert werden.

409 Kritisch Röhl (Fn. 62) 342 m.w.N.; Poscher (Fn. 13) 165 ff.

410 Vgl. entsprechend Christine Fuchs, Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), in: Armin von Bogdandy et al. (eds.), The Exercise of Public Authority by International Institutions (2010) 475, 501 ff., in Bezug auf Änderungen der (allerdings zum Hard Law gehörenden) Listen der gefährdeten Arten nach CITES, die vom nationalen (Straf-) Recht automatisch rezipiert werden.

411 Gemeinsamer Art. 1 Abs. 1 IPbpR und IPwskR. Zum Jus-Cogens-Charakter Jochen A. Frowein, Jus Cogens, in: Wolfrum, MPEPIL Rdnr. 7 f.

412 Daniel Thürer/Thomas Burri, The Right to Self-Determination, in: Daniel Thürer, Völkerrecht als Fortschritt und Chance (2009) 459, 474 ff.

In beiden Varianten können die Völker an der Fortentwicklung des Völkerrechts mitwirken. Ihnen kommt die in der Souveränität ihres jeweiligen Staates verankerte normative Autonomie zugute, d.h. die Freiheit, keinen anderen als denjenigen Regeln unterworfen zu sein, die vom zumindest impliziten Konsens auch der eigenen Regierung mitgetragen werden.⁴¹³ Die effektive Möglichkeit eines jeden Volkes, über seine außenvertretungsberechtigte Regierung gleichberechtigten Einfluss zu nehmen auf den Inhalt der internationalen Normenordnung, die seinen politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Entscheidungen im Weltgemeininteresse harte oder determinative weiche Schranken auferlegt, bildet in Verbindung mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten⁴¹⁴ den Kerngehalt seines Selbstbestimmungsrechts.⁴¹⁵ Um diesen zu wahren, muss die internationale Normenordnung auch dort der kollektiven Kontrolle der Staatengemeinschaft unterworfen bleiben, wo eine teilweise Privatisierung der internationalen Standardsetzung stattfindet.

Dies gilt gerade aus Sicht der Entwicklungsländer, für die schon die gleichberechtigte Einflussnahme auf die Fortentwicklung des völkerrechtlichen Hard Law eine nur schwer erfüllbare Herausforderung darstellt: Als private Standardsetzer fungierende NGOs oder transnationale Unternehmen, die in aller Regel entwickelten Ländern zugehören, sind ihrem Einfluss praktisch weitgehend entzogen. Es ist daher keineswegs verwunderlich, dass die Entwicklungs- und Schwellenländer gegen die Stimmen der entwickelten Staaten kürzlich eine Resolution des UN-Menschenrechtsrats durchgesetzt haben,⁴¹⁶ die folgende Aussagen enthält:

„Affirms that a democratic and equitable international order requires, inter alia, the realization of the following: ...

(e) The right to an international economic order based on equal participation in the decision-making process, interdependence, mutual interest, solidarity and cooperation among States; ...

(g) The promotion and consolidation of transparent, democratic, just and accountable international institutions in all areas of cooperation, in particular through the implementation of the principle of full and equal participation in their respective decision-making mechanisms;

(h) The right to equitable participation of all, without any discrimination, in domestic and global decision-making; ...

(o) The shared responsibility of the nations of the world for managing worldwide economic and social development, as well as threats to international peace and security, that should be exercised multilaterally ...”

Der im Selbstbestimmungsrecht der Völker verankerte Anspruch auf gleichberechtigte Mitwirkung an der internationalen Normsetzung stellt die kollektive Komponente des

413 In Anlehnung an *Kants* Definition der gesetzlichen Freiheit des Staatsbürgers, „keinem anderen Gesetz zu gehorchen, als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat“, verbunden mit der von ihm postulierten Notwendigkeit, das Staatsrecht und das Völkerrecht zu einem Völkerstaatsrecht oder Weltbürgerrecht fortzuentwickeln (Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre [1797] §§ 44, 47 [hier zitiert nach der Ausgabe von *Bernd Ludwig* im Felix Meiner Verlag Hamburg, 2. Aufl. 1998]). Dabei hat *Kant* freilich die den ewigen Frieden dauerhaft sichernde Weltrepublik selbst als Utopie eingestuft (Zum ewigen Frieden [1795], Zweiter Definitivartikel, hier zitiert nach der Ausgabe von *Rudolf Malter* bei Reclam, Stuttgart 1984).

414 Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta.

415 von *Bogdandy/Dann/Goldmann* (Fn. 15) 24 f. betonen den Unterschied zwischen dem Staatenkonsens als Legitimationsfaktor des Völkerrechts und der Volkssouveränität als Legitimationsfaktor des nationalen Rechts daher zu stark.

416 Resolution 21/9 „Promotion of a democratic and equitable international order“ vom 27.9.2012 (A/HRC/RES/21/9).

Rechts auf Demokratie⁴¹⁷ im Völkerrechtsraum dar und setzt sich fort in der sowohl durch Soft-Law-Standards als auch Hard-Law-Normen festgeschriebenen Volkssouveränität als einziger legitimer Grundlage der Staatlichkeit im UN-Zeitalter.⁴¹⁸ Die Vertreter der internationalen Staatengemeinschaft in der UN-Generalversammlung haben das völkerrechtliche Demokratieprinzip kürzlich folgendermaßen bestätigt: „We reaffirm that human rights, the rule of law and democracy are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations.“⁴¹⁹

Bei allem Streit über den genauen Inhalt des Demokratieprinzips ist heute auf internationaler Ebene ein Konsens darüber feststellbar, dass allein eine demokratische, auf den Willen des Volkes zurückführbare Herrschaft legitim sein kann.⁴²⁰ Auf die globale Ebene projiziert ergibt sich daraus ein Recht auf internationale repräsentative Demokratie, d.h. auf eine internationale Ordnung, in der alle Menschen als Mitglieder staatlich organisierter Völker über ihre demokratisch legitimierten Staatsorgane gleichberechtigten Einfluss auf die internationale Normenordnung nehmen können.⁴²¹ Dies setzt auf absehbare Zeit einen fortdauernden maßgeblichen Einfluss der Staatengemeinschaft auf den Inhalt der internationalen Normenordnung mit ihren Hard-Law- und Soft-Law-Komponenten voraus.

Keineswegs heißt dies aber, dass die demokratische Legitimation der internationalen Normenordnung auf Dauer nur über ein Entscheidungsmonopol der Staaten (-Gemeinschaft) zu gewährleisten ist. Vielleicht könnte in ferner (vielleicht utopischer) Zukunft einmal ein direkt – ohne die Zwischenschaltung von Staaten – vom Selbstbestimmungsrecht der Völker getragener internationaler oder supranationaler Hoheitsträger die Staatengemeinschaft als Legitimationsquelle ablösen.⁴²² Doch schon heute muss an der Verwirklichung einer zusätzlichen Legitimationskomponente durch eine internationale Völkervertretung im Sinne der Parlamentarischen Versammlung des Europarats und des Europäischen Parlaments der EU gearbeitet werden, die neben die Staaten tritt, insbesondere auf Weltebene.⁴²³ Allmählich mag dann das demokratische Legitimationsmonopol der Staaten durch ein EU-ähnliches duales System abgelöst werden,

417 Vgl. *Gregory H. Fox*, Democracy, Right to, International Protection, in: *Wolfrum*, MPEPIL. Vgl. auch *Röhl* (Fn. 62) 338.

418 Vgl. Art. 21, 28 AEMR; Art. 25 IPbPR. Das Völkerrecht ist also nicht mehr Demokratie-indifferent (vgl. *Lepsius* [Fn. 51] 356).

419 § 5 der Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (A/RES/67/1) vom 24.9.2012 (im Konsensverfahren angenommen).

420 Siehe nur Art. 21 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR); Art. 25 IPbPR. Vgl. § 135 des World Summit Outcome (General Assembly Resolution A/RES/60/1 vom 16.9.2005); Resolution 19/36 “Human Rights, democracy and the rule of law” des Menschenrechtsrats vom 23.3.2012 (A/HRC/RES/19/36).

421 Vgl. ansatzweise bereits Art. 28 AEMR und jetzt die Resolution 21/9 des UN-Menschenrechtsrats (Fn. 416). Zur Idee der kosmopolitischen Demokratie *Matthias Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht (2004) 41 ff. m.w.N. Vgl. auch *Brun-Otto Bryde*, Transnational Democracy, in: *Ulrich Fastenrath et al. (eds.)*, From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma (2011) 211 ff.

422 Selbst in der Europäischen Union ist dieses Stadium noch längst nicht erreicht: Denn auch in diesem föderalen System werden die Staaten noch gebraucht als wesentlicher Bestandteil eines dualen Legitimationskonzepts (Art. 10 Abs. 2 EUV), das auch auf lange Sicht erhalten bleiben wird.

423 Vgl. *Felix Arndt*, Parliamentary Assemblies, International, in: *Wolfrum*, MPEPIL. Zu Vorschlägen einer Parlamentarisierung der UNO *Thomas Giegerich*, „A Fork in the Road“ – Constitutional Challenges, Chances and *Lacunae* of UN Reform, *GYIL* 48 (2005) 29, 55 ff.

in dem die Staaten und die direkt repräsentierten Völker die internationale Rechtsetzung gemeinsam legitimieren.⁴²⁴

Außerdem sind weitere Legitimationsfaktoren wie Expertise, Partizipation, autonome Regulierung, Transparenz und Gerechtigkeit ergänzend zu berücksichtigen; sie können Schwächen der demokratischen Legitimation innerhalb bestimmter Grenzen ausgleichen.⁴²⁵

2. Von der menschenrechtlichen Schutzpflicht zu einer allgemeinen Gewährleistungsverantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit nichtstaatlicher Standardsetzung?

a) Keine Umgehung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch Delegation von Standardsetzungsmacht

Die menschenrechtliche Schutzpflicht der Staaten begründet eine Gewährleistungsverantwortung jedenfalls für die Vereinbarkeit nichtstaatlicher Standards mit den völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechten.⁴²⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann sich keine Vertragspartei der EMRK durch Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale oder supranationale Organisationen von ihren Konventionsverpflichtungen freizeichnen.⁴²⁷ Im Gegenteil muss jeder Konventionsstaat die seiner Hoheitsgewalt unterworfenen Personen, die er dem Zugriff durch die Standards solcher Organisationen aussetzt, vor damit verbundenen Menschenrechtsverletzungen schützen.

Diese Rechtsprechung hat die International Law Commission in Art. 61 Abs. 1 ihres Entwurfs von Artikeln über die Verantwortlichkeit internationaler Organisationen von 2011⁴²⁸ aufgenommen und über den Menschenrechtsbereich hinaus folgendermaßen verallgemeinert: „Ein Mitgliedstaat einer internationalen Organisation wird völkerrechtlich verantwortlich, wenn er unter Ausnutzung der Tatsache, dass die Organisation Zuständigkeit in Bezug auf den Gegenstand einer der völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates besitzt, diese Verpflichtung umgeht, indem er die Organisation zur Begehung einer Handlung veranlasst, die eine Verletzung der Verpflichtung dargestellt hätte, wenn sie von ihm selbst begangen worden wäre.“⁴²⁹ Dies soll unabhängig davon gelten, ob die betreffende Handlung für die internationale Organisation selbst völkerrechtswidrig ist.⁴³⁰

Der vorgenannte Art. 61 trägt die amtliche Überschrift „Umgehung völkerrechtlicher Verpflichtungen eines Mitgliedstaats einer internationalen Organisation“. Die Kom-

424 Siehe oben Fn. 422.

425 Ruffert (Fn. 421) 63 f.

426 Auf die menschenrechtliche Schutzpflicht abstellen will auch *Armin von Bogdandy*, Codes of Conduct and the Legitimacy of International Law, in: *Wolfrum/Röben (eds.)* (Fn. 34) 299, 303 f.

427 EGMR, Urt. v. 18.2.1999 (*Matthews v. United Kingdom*, No. 24833/94), Reports 1999-I § 32; Urt. v. 30.6.2005 (*Bosphorus v. Ireland*, No. 45036/98), Reports 2005-VI § 154; Urt. v. 12.9.2012 (*Nada v. Switzerland*, No. 10593/08) § 168; Urt. v. 6.12.2012 (*Michaud v. France*, No. 12323/11) § 102.

428 Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, mit Kommentaren abrufbar unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf (abgefragt am 11.6.2014). Die UN-Generalversammlung hat die Artikel mit Resolution 66/100 vom 9.12.2011 zustimmend zur Kenntnis genommen und in deren Anhang publiziert. Das weitere Schicksal der Artikel ist noch ungewiss.

429 Übersetzung des Deutschen Übersetzungsdienstes, Vereinte Nationen, New York, abrufbar unter <http://www.un.org/Depts/german/gv-66/band1/ar66100.pdf> (abgefragt am 10.6.2014).

430 Art. 61 Abs. 2 der ILC-Artikel.

mentierung der ILC lässt dementsprechend erkennen, dass sich die Staatenverantwortlichkeit nur ergeben soll, wenn ein Kausalitätszusammenhang zwischen dem Verhalten des Mitgliedstaats und demjenigen der internationalen Organisation besteht. Außerdem darf der Akt der internationalen Organisation nicht lediglich das unbeabsichtigte Resultat des staatlichen Verhaltens sein, sondern der Staat muss die Umgehung seiner Verpflichtungen beabsichtigen, ohne dass unbedingt ein ausgesprochener Rechtsmissbrauch vorliegt.⁴³¹

Einen solchen direkten Vorsatz verlangt die vorerwähnte EGMR-Rechtsprechung nicht. Vielmehr genügt ihr ein objektiver Zusammenhang zwischen der staatlichen Hoheitsübertragung auf eine internationale oder supranationale Organisation und deren Eingriff in Konventionsrechte, um eine Verantwortlichkeit des betreffenden Konventionsstaats zu begründen. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Konventionsstaaten nach Art. 1 EMRK eine Pflicht zur effektiven Gewährleistung der Konventionsrechte in ihrem Hoheitsbereich trifft, die eine Pflicht zum Schutz vor Übergriffen Privater und fremder Hoheitsträger einschließt. Diese Schutzpflicht wird in besonderem Maße aktiviert, wenn ein Konventionsstaat die seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Personen den Menschenrechtseingriffen überstaatlicher Hoheitsträger durch Übertragung der entsprechenden Hoheitsrechte geradezu aussetzt.

Nichts anderes gilt letztlich bei Privatisierungen der Standardsetzung: Auch hier wird die menschenrechtliche Schutzpflicht der Staaten aktiviert, die sich nicht nur auf die bürgerlichen und politischen, sondern auch auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte erstreckt.⁴³² Dies gilt unabhängig davon, ob sie die privaten Akteure zur Standardsetzung spezifisch ermächtigen oder dieser nur indirekt Vorschub leisten. Letzteres ist dann der Fall, wenn die Staaten von ihrer eigenen Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch machen und die Schließung der normativen Lücke durch private Standards dulden, ja möglicherweise geradezu herausfordern, weil ein Normenbedarf im Interesse der International Rule of Law anderweitig nicht gedeckt werden kann.⁴³³ In solchen Fällen begrenzen aber die den standardsetzenden Privatpersonen selbst zustehenden Menschenrechte jeweils die Ausübung der staatlichen Schutzpflicht. Aufgabe des Staates ist es dann, das Spannungsverhältnis zwischen menschenrechtlichen Abwehrrechten der privaten Standardsetzer und menschenrechtlicher Schutzpflicht zugunsten der Standardunterworfenen durch verhältnismäßigen Ausgleich der kollidierenden Menschenrechte auszugleichen.

b) Keine allgemeine Gewährleistung der Staaten für die Unversehrtheit der Völkerrechtsordnung

Es fragt sich, ob eine über die menschenrechtliche Schutzpflicht hinausgehende ganz allgemeine Verpflichtung der Staaten besteht, dafür zu sorgen, dass nichtstaatliche hoheitliche, private und hybride Standardsetzer auch sämtliche anderen für die Staaten verbindlichen Völkerrechtsregeln einhalten. Eine solche allgemeine Gewährleistungspflicht der Staaten für die Völkerrechtsordnung wäre der International Rule of Law

431 §§ 2 und 7 des Kommentars (siehe oben Fn. 428).

432 Vgl. die allgemeine Gewährleistungsverpflichtung der Staaten nach Art. 2 IPwskR. Zu ihrer Interpretation u.a. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Statement on the obligations of States Parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights vom 20.5.2011 (E/C.12/2011/1) § 5.

433 Vgl. Keller (Fn. 34) 267 f. m.w.N.

vielleicht förderlich, ist aber nicht nachweisbar. Nach allgemeinem Völkerrecht sind die Staaten vielmehr für „Völkerrechtsverstöße“ von nichtstaatlichen Akteuren nur verantwortlich, wenn es einen besonderen Grund dafür gibt, ihnen das nichtstaatliche Verhalten zuzurechnen.⁴³⁴ Ein ausreichender Zurechnungsgrund liegt nur vor, wenn ein Staat einen nichtstaatlichen Akteur zur Standardsetzung spezifisch ermächtigt,⁴³⁵ wenn die Standardsetzung faktisch in seinem Auftrag oder unter seiner Leitung oder Kontrolle erfolgt⁴³⁶ oder wenn er die Standardsetzung nachträglich als eigene anerkennt und annimmt,⁴³⁷ etwa in Gestalt einer Verrechtlichungsentscheidung.

Darüber hinaus kommt eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für ein Unterlassen in Betracht, wenn dieser eine spezifische völkerrechtliche Handlungspflicht unerfüllt gelassen hat.⁴³⁸ Außer an die bereits erwähnte menschenrechtliche Schutzpflicht ist hier an völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten zur Wahrnehmung von im Gemeinwohlinteresse liegenden Regulierungsaufgaben etwa im Umweltbereich und eventuell darüber hinaus zu denken.⁴³⁹ Hinzu tritt schließlich der Umgehungsfall nach Art. 61 der ILC-Artikel zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen. Darüber hinaus gibt es aber keine allgemeine staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit nichtstaatlicher Standardsetzung.

III. Trägerschaft und Inhalt der Gewährleistungsverantwortung

Die Gewährleistungsverantwortung für die Legitimität und Völkerrechtmäßigkeit internationaler Standards ist hinsichtlich ihres Trägers und ihres Inhalts noch näher zu bestimmen.

1. Trägerschaft der Gewährleistungsverantwortung

Träger der Gewährleistungsverantwortung ist zunächst jeder einzelne Staat als Ausfluss der ihn treffenden Pflicht zu Achtung und Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Völker, der Menschenrechte und ggf. sonstiger Völkerrechtsregeln. Allerdings kann diese Verantwortung nicht weiter reichen als sein in Bezug auf die internationale Normenordnung naturgemäß begrenzter Einfluss. Angesichts dessen liegt die Letztverantwortung bei der internationalen Staatengemeinschaft als solcher, d.h. der Gesamtheit der gleichberechtigt zur Mitwirkung an der konsensualen Fortentwicklung des Völkerrechts berechtigten souveränen Staaten. Denn nur gemeinsam können diese die Soft-Law-Bildung durch entsprechende Hard-Law-Normen prozedural und inhaltlich steuern, eingrenzen und ggf. überlagern. Geltend zu machen ist diese Letztverantwortung nur durch einen Appell der Weltöffentlichkeit an das Gewissen der verantwortlichen politischen Kreise aller Staaten der internationalen Gemeinschaft; eine andere Instanz gibt es nicht.

Man sollte die praktische Wirksamkeit solcher zivilgesellschaftlichen Appelle nicht unterschätzen: Die grundsätzliche Anerkennung der „responsibility to protect“ durch die

434 Vgl. die abschließend aufgelisteten Zurechnungsgründe in Art. 4-11 der Artikel über die Staatenverantwortlichkeit (siehe oben Fn. 84).

435 Vgl. Art. 5 der vorgenannten Artikel.

436 Vgl. Art. 8 der vorgenannten Artikel.

437 Vgl. Art. 11 der vorgenannten Artikel.

438 Vgl. Art. 2 Buchst. b, Art. 4 der vorgenannten Artikel.

439 Vgl. die Überlegungen zu einem allgemeinen Kohärenzerfordernis im Völkerrecht bei *von Bogdandy* (Fn. 426) 303 f.

internationale Gemeinschaft geht letztlich darauf zurück – immerhin ein erster Schritt auf dem Weg zur Verhinderung von Makroverbrechen.⁴⁴⁰ Zivilgesellschaftliche Kampagnen haben auch mehreren humanitären Abrüstungsprojekten zum Erfolg verholfen.⁴⁴¹

Den einzelnen Staaten oder Staatenverbindungen obliegt das ihrer Einflussnahmemöglichkeit entsprechende Maß an Mitverantwortung, denn Unmögliches zu bewirken, kann keine Rechtspflicht bestehen. Einzelne Staaten sind deshalb zu nicht mehr verpflichtet, als ihren politischen Einfluss zugunsten einer wirksamen Verantwortungswahrnehmung durch die internationale Staatengemeinschaft auszuüben. Wann und wie sie dies tun, steht in ihrem zwar breiten, aber nicht schrankenlosen Ermessen. Einklagbare Handlungspflichten sind kaum vorstellbar.

Darüber hinaus tragen die Mitgliedstaaten einer internationalen oder supranationalen Organisation die Gewährleistungsverantwortung für die Standardsetzung ihrer Organisation, soweit sie diese steuern können. Wo also einstimmig entschieden werden muss, ist die Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten größer als in Bereichen erhöhter Integrationsdichte, in denen sie durch Mehrheitsentscheidungen überstimmt werden können.⁴⁴² Eine Möglichkeit zur Verwirklichung der Legalitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung durch Staaten oder Staatenverbindungen besteht darin, dass sie die Standardsetzer an diejenigen völkerrechtlichen Hard-Law-Normen festhalten, denen sie selbst unterworfen sind: dass sie mit anderen Worten die Delegation von Standardsetzungskompetenzen durch rechtliche Vorgaben einschränken.⁴⁴³

Staaten oder Staatenverbindungen können schließlich verpflichtet sein, ihre Gewährleistungsverantwortung durch Alleingänge zu erfüllen, indem sie beispielsweise die Anerkennung und/oder Durchsetzung illegitimer oder völkerrechtswidriger Soft-Law-Standards verweigern⁴⁴⁴ oder den Rechtsweg gegen Entscheidungen privater Schiedsgerichte eröffnen, die auf der Anwendung solchermaßen defizitärer Soft-Law-Standards beruhen. Indem sie durch nationale oder supranationale Gesetzgebung Verrechtlichungslücken schließen, gehen sie beispielgebend gegen Missstände vor und regen zugleich internationale Verfahren zur Regelbildung an. In den Grenzen des Völkerrechts sind dabei auch extraterritoriale Regelungen möglich⁴⁴⁵ und ggf. nötig, etwa um der Unterregulierung multinationaler Unternehmen oder privater Sicherheitsdienste entgegenzuwirken.

440 Vgl. World Summit Outcome (Res. 60/1 der UN-Generalversammlung vom 16.9.2005) §§ 138 ff. Näher *Ingo Winkelmann*, Responsibility to Protect, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

441 Dies gilt für das Ottawa-Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung vom 18.9.1997 (BGBl. 1998 II S. 779) und das Oslo-Übereinkommen über Streumunition vom 2.12.2008 (Convention on Cluster Munitions – abrufbar unter <http://www.clusterconvention.org/files/2011/01/Convention-ENG.pdf> [abgefragt am 10.6.2014]). Vgl. *Jean d'Aspremont*, International Law-Making by Non-State Actors, in: *Noortmann/Ryngaert* (Fn. 277) 169, 176 f.

442 Dementsprechend müssen die EU-Mitgliedstaaten je einzeln strikt dafür einstehen, dass das dem Einstimmigkeitsprinzip unterliegende EU-Primärrecht konventionskonform ist (vgl. die Matthews-Entscheidung des EGMR [Fn. 427]), während ihre Verantwortlichkeit für die EMRK-Konformität von zumeist dem Mehrheitsprinzip unterliegendem EU-Sekundärrecht deutlich abgeschwächt ist (vgl. die Bosphorus-Entscheidung des EGMR [Fn. 427]).

443 Darauf läuft die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Bindung privater Verbände an die Grundfreiheiten des Binnenmarkts hinaus (Fn. 389).

444 Vgl. *von Bogdandy* (Fn. 426) 305. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es dem deutschen Staat verfassungsrechtlich verboten, völkerrechtswidrigen Hoheitsakten nichtdeutscher Hoheitsträger im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit zu verschaffen (BVerfGE 112, 1 [26 ff.]).

445 *Menno T. Kamminga*, Extraterritoriality, in: *Wolfrum*, MPEPIL.

Die Staaten und Staatenverbindungen müssen beispielsweise elementare Menschenrechtsverletzungen durch private Akteure bekämpfen, die ihrer territorialen und/oder personalen Hoheitsgewalt unterliegen. Diese Pflicht erfasst auch menschenrechtswidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen und ist zunächst an den Gaststaat adressiert, in dem das betreffende Unternehmen die Menschenrechte verletzt.⁴⁴⁶ Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob der Heimatstaat die Menschenrechtskonformität der Aktivitäten „seiner“ Unternehmen im Ausland, insbesondere in der Dritten Welt, sicherstellen muss.⁴⁴⁷ Nach überwiegender Auffassung ist der Sitzstaat der Muttergesellschaft eines Konzerns jedenfalls nicht befugt, Regelungen für ausländische Tochtergesellschaften mit eigener (ausländischer) Rechtspersönlichkeit zu erlassen.⁴⁴⁸ Denkbar wäre jedoch eine Inpflichtnahme der Muttergesellschaft dahingehend, dass sie in rechtlich zulässiger Weise Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften ausübt und sich schon bei deren Gründung entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten sichert.

Beispiele für entsprechende extraterritoriale Alleingänge einer nationalen Judikative bietet die Rechtsprechung der US-Gerichte zur Anwendung des Alien Tort Statute (ATS)⁴⁴⁹ auf die Beteiligung von amerikanischen und nichtamerikanischen multinationalen Unternehmen an Völkerrechtsverletzungen in Entwicklungsländern. Solche Unternehmen können von den Opfern unter bestimmten Voraussetzungen in den USA auf Schadensersatz verklagt werden.⁴⁵⁰ Allerdings hat der U.S. Supreme Court die extraterritoriale Reichweite des ATS kürzlich stark eingeschränkt. Der Streit über seine grundsätzliche Anwendbarkeit auf private Unternehmen ist in diesem Verfahren noch unentschieden geblieben.⁴⁵¹

446 Näher dazu *Jochen von Bernstorff*, Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen, INEF Forschungsreihe Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung 05/2010 (abrufbar unter http://www.humanrights-business.org/files/voelkerrechtliche_verantwortung_fuer_menschenrechtswidriges_handeln_transnationaler_unternehmen.pdf [abgefragt am 10.6.2014]) 8 ff.

447 In diesem Sinne *Muchlinski* (Fn. 386) Rdnr. 17, unter Berufung auf die Berichte des UN Special Representative on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises (*John Ruggie*). Vorsichtiger *von Bernstorff* (Fn. 446) 16 ff. Gegen die Ableitung allgemeiner extraterritorialer Schutzpflichten aus regionalen und universellen Menschenrechtsverträgen aber *Thomas Koenen*, *Wirtschaft und Menschenrechte* (2012). Vgl. auch die Ablehnung einer extraterritorial wirkenden Schutzpflicht in den Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy“ Framework (A/HRC/17/31 [Annex] vom 21.3.2011, abrufbar unter http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.31_en.pdf [abgefragt am 10.6.2014]), gutgeheißen in Ziff. 1 der Resolution 17/4 des Human Rights Council vom 16.6.2011 (A/HRC/RES/17/4). In Abschnitt I.A.1. der Guiding Principles heißt es: „States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication.“ Siehe aber auch *Sara L. Seck*, *Home State Regulation of Environmental Human Rights Harms As Transnational Private Regulatory Governance*, GLJ 13 (2012) 1363 ff.

448 *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 688 f. Vgl. auch *ders.*, Die Menschenrechtsbindung transnationaler Unternehmen, *MenschenRechtsMagazin* Heft 1/2012, 66 ff.

449 28 U.S.C. § 1350: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.“

450 *Lauren Reynolds/Mark Zimmer*, Haften Unternehmen nach dem US-amerikanischen Alien Tort Statute?, *RIW* 2012, 139 ff.

451 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (April 17th, 2013). *Curtis A. Bradley*, Supreme Court Holds That Alien Tort Statute Does Not Apply to Conduct in Foreign Countries, *ASIL Insight*, Vol. 17, Issue 12 (April 18th, 2013).

2. Materieller Inhalt der Gewährleistungsverantwortung

a) Die Legitimitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung

aa) Personale, prozedurale und inhaltliche Legitimitätsanforderungen

Es gibt mehrere Ansätze zur Begründung der Legitimität völkerrechtlicher Regelungen, die unterschiedliche Faktoren betonen und zumindest analog für internationale Standards nutzbar gemacht werden können: Ein Ansatz stellt auf den Staatenkonsens und damit die demokratische Legitimation seitens der Staatsvölker ab, ein zweiter auf die unmittelbare Beteiligung der Adressaten, sonstiger Stakeholders und der Zivilgesellschaft an der Standardbildung, ein dritter auf den vorbereitenden umfassenden Diskurs, ein vierter auf die Angemessenheit des Verfahrens sowohl für den Erlass als auch für die Anwendung der Standards.⁴⁵² Ein fünfter möglicher Ansatz betont die besondere (wissenschaftliche) Expertise der Standardsetzer, ein sechster schließlich die menschenrechtsgeschützte Privatautonomie der Personen, die sich diesen Standards freiwillig unterwerfen. Alle Ansätze arbeiten wichtige Aspekte heraus, die in – je nach den Gegebenheiten unterschiedlichen – Kombinationen eine gute Grundlage zur Legitimitätsbestimmung bilden können, wobei beim derzeitigen Entwicklungsstand des Völkerrechts die Letztverantwortung der internationalen Staatengemeinschaft gewahrt bleiben muss.⁴⁵³ Zu gewährleisten ist im Ergebnis ein insgesamt hinreichendes Maß an personaler, prozeduraler und inhaltlicher Legitimität der Standardsetzung.

(1) Personale Legitimität

Das Hauptkriterium für die Evaluierung der personalen Legitimität ist ein demokratisches: Es besteht in der möglichst ausdrücklichen und widerruflichen Mandatierung durch die Völker als Träger des Selbstbestimmungsrechts, die auch die Grenzen der Befugnisse festlegt, so dass auf bloß informellen Behördenkooperationen beruhende Standardsetzungen ein Legitimitätsdefizit aufweisen.⁴⁵⁴

Die besondere Expertise der Standardsetzer bildet zwar keine gleichwertige Alternative, vermag aber Mandatierungsmängel bis zu einem gewissen Grad auszugleichen, insbesondere wo es um unpolitisch-technische Entscheidungen geht. Entscheidungen über Standards werden indessen kaum je so vollständig von objektiven wissenschaftlichen Rationalitätsvorgaben determiniert, dass subjektive Wertungen keine Rolle spielen. Deswegen muss in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Experten wirklich unabhängig von Sonderinteressen sind, in einem transparenten Auswahlverfahren bestimmt werden und hinsichtlich ihres Einflusses auf die Standardsetzung öffentlicher Kontrolle unterliegen.⁴⁵⁵

An die Stelle einer Mandatierung kann die selbstregulierende autonome Standardsetzung durch die beteiligten Kreise treten, die ihre personale Legitimität aus der gleichberechtigten unmittelbaren Beteiligung der Adressaten an der Formulierung der Standards bezieht.⁴⁵⁶ Autonome Standardsetzungen erfolgen freilich stets mit Duldung

452 Näher *Keller* (Fn. 34) 256 ff. m.w.N.

453 Vgl. auch *Peters/Förster/Koehlin* (Fn. 47) 513 ff.

454 *Röhl* (Fn. 62) 339, der insoweit den Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht kritisiert.

455 Vgl. *Pereira* (Fn. 120) 567 f.

456 Dies gilt etwa bei der *Lex Mercatoria* und der *Lex Sportiva*.

und unter ständiger Zugriffsmöglichkeit der Staaten als Vertreter ihrer Völker.⁴⁵⁷ Außerdem kann die Einbeziehung von Nichtregierungsorganisationen als Vertreter der internationalen Zivilgesellschaft in den Standardsetzungsprozess von internationalen Organisationen und sonstigen Staatenverbindungen die personale Legitimität der resultierenden Standards erhöhen, vorausgesetzt, deren Beteiligung erscheint als ausgewogen, d.h. es werden nicht nur Vertreter eines bestimmten Interesses involviert.⁴⁵⁸ Die eigene Legitimität von Nichtregierungsorganisationen stellt allerdings selbst ein zunehmend diskutiertes Problem dar.⁴⁵⁹ Von einer direkten Demokratie im Völkerrechtsraum, in der eine internationale Zivilgesellschaft selbst legislativ tätig werden könnte, sind wir noch weit entfernt.

Legt man diese Maßstäbe beispielsweise an die Codex-Alimentarius-Kommission an, erweist diese sich als personal vergleichsweise gut legitimiert: Alle Mitglieder der FAO und WHO können Vertreter entsenden, NGOs können als Beobachter mitwirken, und die notwendige Expertise findet genügenden Eingang.⁴⁶⁰

Gegen die personale Legitimität der ISO sind hingegen Bedenken geltend gemacht worden, weil dort in erheblichem Maße private Normungsorganisationen anstelle von Regierungsvertretern über Fragen mit politischen Implikationen entschieden und der Einfluss der Entwicklungsländer zu gering sei.⁴⁶¹ Man darf jedoch nicht übersehen, dass jene Organisationen in der Regeln von den Regierungen ihres Staates mandatiert sind,⁴⁶² ISO-Entscheidungen in erheblichem Maße auf Expertenwissen beruhen und das Standardsetzungsverfahren der ISO betroffenen Stakeholders vielfältige Beteiligungsmöglichkeiten bietet.⁴⁶³ Die Entwicklungsländer sind voll in die Arbeit der ISO einbezogen, können allerdings oft mangels ausreichender Expertise praktisch nicht in gleicher Weise Einfluss nehmen wie die entwickelten Staaten. Das ist freilich kein spezifisches Problem der ISO, sondern gilt ganz allgemein für die Regelbildung in der internationalen Normenordnung, gleichgültig ob diese zu Hard-Law-Normen oder Soft-Law-Standards führt. Gelöst werden kann es letztlich nur durch die langfristige Überwindung des Entwicklungsrückstands dieser Staaten. In der Zwischenphase können Programme zum Aufbau entsprechender Kapazitäten in den Entwicklungsländern eine gewisse Abhilfe schaffen.⁴⁶⁴

Die personale Legitimität von ICANN erweist sich als besonders problematisch, weil hier eine nationale private Vereinigung ein Weltgemeinschaftsgut – den Zugang zum Internet – verwaltet. Immerhin werden die Entscheidungsträger der ICANN von den Stakeholders gewählt und ist die Einbeziehung der betroffenen Kreise, einschließlich

457 Deshalb bezeichnet *Lepsius* die internationale Standardsetzung zu Recht als nur scheinbar staatenloses Recht (Fn. 51) 346.

458 Vgl. *Pereira* (Fn. 120) 568 f.; *Friedrich* (Fn. 16) Rdnr. 40. Die Einbeziehung von Nichtregierungsorganisationen in den Standardsetzungsprozess internationaler Organisationen ist seit langem in zahlreichen Gründungsverträgen vorgesehen (z.B. in Art. 71 UN-Charta; Art. 12 Abs. 3 ILO-Verfassung; Art. XI Abs. 4 UNESCO-Verfassung; Art. 71 WHO-Verfassung; Art. V Abs. 2 WTO-Übereinkommen) und wird auch praktisch zunehmend ernst genommen (*Waldemar Hummer*, Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung, BDGVR 39 [2000] 45, 161 ff.; *Dörr* [Fn. 386] 915 f.).

459 Vgl. *Stephan Hobe*, Non-Governmental Organizations, in: *Wolfrum*, MPEPIL Rdnr. 46 ff.; *Christine Fuchs*, Environment, Role of Non-Governmental Organizations, ebd. Rdnr. 87 ff.

460 Siehe oben Text bei Fn. 139 ff. (auch zu Verbesserungsmöglichkeiten).

461 *Friedrich* (Fn. 170) Rdnr. 42 ff. m.w.N.

462 Siehe oben Text bei Fn. 181 zum DIN als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland.

463 Siehe oben Text bei Fn. 183 f. Speziell zur Ausarbeitung von ISO 26000:2010 *Diller* (Fn. 185) 490 ff.

464 Vgl. *Pereira* (Fn. 120) 561.

der Regierungen, in den Entscheidungsprozess gewährleistet.⁴⁶⁵ Darüber hinaus wird die Tätigkeit von ICANN durch das Internet Governance Forum (IGF) als globales und inklusives Dialogforum begleitet. Die Frage, ob die Zuständigkeit von ICANN auf die ITU übertragen und damit auf eine bessere Legitimationsgrundlage gestellt werden sollte, ist zwischen den Staaten so umstritten, dass eine Änderung auf absehbare Zeit ausgeschlossen erscheint. Die internationale Gemeinschaft muss sich mit der gegenwärtigen Lage – dem „multi-stakeholder model of Internet governance“⁴⁶⁶ – vorübergehend abfinden, aber weiter nach einer besseren Lösung suchen.

(2) Prozedurale Legitimität

Die prozedurale Legitimität knüpft an die Transparenz, Inklusivität und Qualität des Standardsetzungsverfahrens an, d.h. die Öffentlichkeit des Entscheidungsprozesses, seine vollständige Dokumentation, die umfassende Information und gleichmäßige Beteiligung aller Stakeholders, auch etwa der einschlägig interessierten Nichtregierungsorganisationen, die Einbeziehung qualitativ hochwertigen Sachverständigen und das Bemühen um möglichst konsensuale Entscheidungen.⁴⁶⁷ Abgerundet wird sie durch eine Begründung für die letztlich getroffene Entscheidung, welche die ernsthafte Bemühung um einen angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen hinreichend erkennen lässt. Da die Staaten regelmäßig entweder durch Regierungsvertreter oder durch an staatliche Vorgaben zu bindende Privatpersonen am Standardsetzungsverfahren beteiligt sind, können sie die notwendigen Informationen einbringen und für die Berücksichtigung aller betroffenen Interessen sorgen.⁴⁶⁸

Das EU-Recht formuliert Vorgaben, um die prozedurale Legitimität der europäischen Normungsorganisationen sicherzustellen.⁴⁶⁹ Anhaltspunkte für solche Vorgaben können dem Verhaltenskodex für die Ausarbeitung, Annahme und Anwendung von Normen („Standards“) im Anhang 3 zum TBT-Übereinkommen entnommen werden, der für Normungsorganisationen im Gebiet eines WTO-Mitglieds gilt,⁴⁷⁰ aber auch darüber hinaus Beachtung findet.⁴⁷¹ Der Ausschuss „Technische Handelshemmnisse“⁴⁷² hat in einer Maßstäbe setzenden Entscheidung Prinzipien auch für die Entwicklung internationaler Standards, Leitfäden und Empfehlungen mit Bezug auf Art. 2, 5 und Anhang 3 TBT formuliert.⁴⁷³ Diese detaillierten Prinzipien verfolgen den Zweck „to ensure transparency, openness, impartiality and consensus, effectiveness and relevance, coherence, and to address the concerns of developing countries.“ Diese Prinzipien sollten auch

465 *Hartwig* (Fn. 242) 597 ff. (der freilich kritisiert, dass die kommerziellen Interessen – wie häufig – über mehr Durchsetzungskraft verfügen als die ideellen). Kritisch *Dederer* (Fn. 246) 562 ff.

466 Vgl. G8 Declaration: Renewed Commitment for Freedom and Democracy (May 26-27, 2011) Ziff. 20.

467 *Röhl* (Fn. 62) 328 f.

468 *Röhl* (Fn. 62) 339 f.

469 Vgl. Art. 3 ff. der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 zur europäischen Normung etc. vom 25.10.2012, ABl. Nr. L 316/12.

470 Vgl. Art. 4 TBT.

471 Die ISO beispielsweise hält sich an diesen Kodex (*Diller* [Fn. 185] 517 f.).

472 Nach Art. 13.1 TBT besteht dieser aus Vertretern jedes Mitglieds.

473 Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement (Committee on Technical Barriers to Trade, Second Triennial Review of the Operation and Implementation of the Agreement on Technical Barriers to Trade, Annex 4, vom 13.11.2000, abrufbar unter https://www.jisc.go.jp/newsttopics/2000/tbt-rev_e.pdf [abgefragt am 11.6.2014]).

außerhalb des TBT-Kontexts als Maßstäbe herangezogen werden.⁴⁷⁴ Im Übrigen verpflichtet das WTO-Recht die Mitglieder grundsätzlich zur Beteiligung an der Ausarbeitung internationaler Standards durch die zuständigen internationalen Organisationen und ihren Unterorganisationen; es versucht damit, die Legitimationsgrundlage solcher Standards zu verbreitern.⁴⁷⁵

(3) Inhaltliche Legitimität

Die inhaltliche Legitimität („Gerechtigkeit“) hängt von der materiellen Richtigkeit und Situationsangemessenheit der gesetzten Standards ab, d.h. ihrer Eignung, Interessengegensätze im Sinne einer praktischen Konkordanz sachgerecht und damit rechtsfriedenstiftend auszugleichen. Dazu gehört auch die regelmäßige Anpassung von Standards an spätere Änderungen der Sachlage.⁴⁷⁶ Fungieren Privatpersonen, etwa Unternehmen, als Standardsetzer, ist die Gefahr der einseitigen Bevorzugung bestimmter (privater) Interessen besonders groß und deshalb eine sorgfältige Prüfung der inhaltlichen Legitimität der Standards besonders wichtig, gerade auch im Hinblick darauf, ob sie die einschlägigen öffentlichen Interessen hinreichend berücksichtigen.⁴⁷⁷ Darüber hinaus müssen die Standards mit dem völkerrechtlichen Hard Law vereinbar sein. In beiderlei Hinsicht kann die Anlehnung privater Standards an vorhandene Standards internationaler Organisationen etwaige Bedenken zerstreuen helfen.⁴⁷⁸

(4) Hinreichendes Legitimationsniveau bei Gesamtbetrachtung

Die drei Legitimitätsanforderungen brauchen nicht kumulativ erfüllt zu sein. Erforderlich ist vielmehr, dass sich bei einer Gesamtbeurteilung ein insgesamt hinreichendes Legitimitätsniveau ergibt, so dass ein Mindermaß bei einem Kriterium durch ein höheres Maß bei einem anderen ausgeglichen werden kann.⁴⁷⁹ Beispielsweise können strikte inhaltliche Entscheidungsvorgaben einen Mangel an personaler Legitimität des zuständigen Entscheidungsgremiums ausgleichen, weil diesem dann kein großer Entscheidungsspielraum mehr verbleibt.⁴⁸⁰ Außerdem kann bei einem inhaltlich angemessenen Standard eines Expertengremiums, das trotz personaler oder prozeduraler Defizite einen gerechten Interessenausgleich zustande gebracht hat, das hohe Maß an inhaltlicher Legitimität jene Defizite ausgleichen.⁴⁸¹

Überhaupt erscheint die als Output-Legitimität einzustufende inhaltliche Legitimität am wichtigsten; die personale und vor allem die prozedurale Legitimität als Aspekte der Input-Legitimität dienen in erster Linie dazu, die Verabschiedung inhaltlich legitimer Standards zu fördern. Die personale Legitimität des Standardsetzers und die prozedurale Legitimität seines Entscheidungsverfahrens behalten aber insoweit einen eigenen Stellenwert, als die persönliche und prozedurale Vertrauenswürdigkeit der

474 Vgl. *Diller* (Fn. 185) 523 ff., speziell in Bezug auf die ISO.

475 Art. 2.6 TBT-Übereinkommen.

476 *Röhl* (Fn. 62) 340.

477 Vgl. dazu *Diller* (Fn. 185) 528 ff.

478 *Friedrich* (Fn. 16) Rdnr. 45; vgl. auch *Keller* (Fn. 34) 244.

479 Vgl. die im Kontext des Art. 20 Abs. 2 GG erhobene Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach einem insgesamt angemessenen Legitimationsniveau (BVerfGE 83, 60 (71 f.); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87)). Dazu *Lepsius* (Fn. 51) 358 ff.

480 Vgl. *Hartwig* (Fn. 242) 598, zu ICANN, wo derartige inhaltliche Vorgaben allerdings fehlen.

481 Vgl. auch *Classen* (Fn. 13) 378 ff.

Standardsetzung die Akzeptabilität der Standards für die Adressaten (d.h. deren soziale Legitimität) und damit deren Effektivität beeinflusst.⁴⁸²

bb) Nachträglicher Ausgleich vorhandener Legitimitätsdefizite

Legitimitätsdefizite, die Soft-Law-Standards ursprünglich angehaftet haben mögen, können im Zuge des späteren Aushärtungsprozesses (d.h. der Verrechtlichung) ausgeglichen werden, wenn eine Verrechtlichungsentscheidung identifizierbar und einem Legitimationsträger zurechenbar ist, die eine entsprechende Legitimationsfunktion ausüben kann.

In den Fällen der direkten Rezeption von Soft-Law-Standards und ihrer Wirkung als Quellcodes zukünftiger Hard-Law-Normen schafft die rezipierende oder neugebildete Hard-Law-Norm eine neue Grundlage für das Legitimitätsurteil, die in ihrem Geltungsbereich jede Anknüpfung an eventuelle personale, prozedurale oder inhaltliche Defizite des vorgelagerten Soft-Law-Standards ausschließt. Entscheidend ist nunmehr allein die personale, prozedurale und inhaltliche Legitimität der Hard-Law-Norm.⁴⁸³ Während die Verrechtlichung indessen personale und prozedurale Defizite des Soft-Law-Standards von vornherein irrelevant macht, schlagen deren inhaltliche Defizite durch, falls die Hard-Law-Norm keinen neu justierten gerechteren Interessenausgleich vornimmt. Je nach der Herkunft des Soft-Law-Standards kann dabei mehr oder weniger Anlass zu seiner inhaltlichen Prüfung vor seiner Aufnahme in das Hard Law bestehen. Nicht zu verkennen ist freilich, dass etwa nationale Parlamente ohne inhaltlichen Einfluss bleiben und zugleich unter politischem Zustimmungsdruck stehen können, wenn sie über die Verrechtlichung entscheiden,⁴⁸⁴ doch gilt dies nicht weniger für die parlamentarische Ratifikation völkerrechtlicher Verträge.⁴⁸⁵

Bei der Ergänzung und Konkretisierung von Hard-Law-Normen durch Soft-Law-Standards richtet sich die Gewährleistungsverantwortung der Staaten darauf sicherzustellen, dass die Stelle, welche die detaillierten Soft-Law-Standards formuliert, die notwendigen Legitimitätsanforderungen erfüllt. Dies ist jedenfalls dann hinreichend gewährleistet, wenn diese Soft-Law-Standards von einer internationalen oder supranationalen Organisation stammen, deren Entscheidungen die Mitgliedstaaten steuern können. Geht es hingegen um hybride oder gar private Soft-Law-Standards, verschärft sich die Gewährleistungsverantwortung der Staaten hinsichtlich der Legitimität: Sie dürfen Standardsetzungskompetenzen nur auf personal hinreichend legitimierte Stellen delegieren, deren Standardsetzungsverfahren Mindestanforderungen an Inklusivität, Transparenz und Qualität erfüllt, und müssen die inhaltliche Angemessenheit der späteren Standards durch genügende Vorgaben in den Hard-Law-Normen sicherstellen.

Soweit Soft-Law-Standards als Beweismittel für die Existenz von Hard-Law-Normen oder als Hilfsmittel für deren Auslegung und Konkretisierung herangezogen werden, geschieht dies zumeist durch unabhängig entscheidende nationale oder internationale

482 Zum stärkeren „compliance pull“, den für legitim erachtete Standards ausüben, vgl. *Keller* (Fn. 34) 275 ff.

483 So der Sache nach auch *Lepsius* (Fn. 51) 364 f.

484 *Winter* (Fn. 177) 14.

485 Vgl. Art. 81 Abs. 4 Satz 2, Art. 82 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (in der aktuellen Fassung abgedruckt in: Sartorius I: Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Nr. 35 [Stand 1.3. 2013]).

Gerichte oder Schiedsgerichte. In diesen Fällen stellt sich letztlich die allgemeine Frage der Legitimität (schieds-) richterlicher Entscheidungsfindung und Rechtsfortbildung, die weit über die Heranziehung von Soft-Law-Standards in diesem Prozess hinausreicht.⁴⁸⁶ Kraft ihrer Gewährleistungsverantwortung müssen die Staaten stets dafür sorgen, dass die Entscheidungsgremien mit fachkundigen, unabhängigen und unparteilichen Adjudikatoren besetzt, ihre Entscheidungskompetenzen möglichst eindeutig festgelegt sind und ultra-vires-Entscheidungen sowie andere schwerwiegende Unregelmäßigkeiten unterbunden werden.⁴⁸⁷

Soweit die Staaten selbst in ihren Rechtsbehauptungen zur Existenz oder Interpretation von völkerrechtlichen Hard-Law-Normen auf Soft-Law-Standards Bezug nehmen, müssen sie zunächst vor allem die inhaltliche Legitimität der betreffenden Standards prüfen. Je zweifelhafter die personale Legitimität des Standardsetzers und/oder die prozedurale Legitimität der Standardsetzung, desto mehr Anlass besteht für eine intensive inhaltliche Kontrolle des Standards. Ohne gewissenhafte vorherige Inhaltskontrolle missachtet ein Staat durch die argumentative Heranziehung eines Soft-Law-Standards seine Gewährleistungsverantwortung. Darin liegt zugleich eine Verletzung des Gebots von Treu und Glauben im internationalen Rechtsverkehr, das der Ableitung von Vorteilen aus eigenen Rechtsverstößen entgegensteht. Die Argumentation des Staates verliert dadurch ihre Überzeugungskraft.

Die indirekte Rezeption ist regelmäßig mit einer dynamischen Verweisung auf den jeweiligen Inhalt der einschlägigen Soft-Law-Standards verbunden. Deshalb kann die rezipierende Rechtsordnung im Vorfeld keine eindeutige Gewähr für die Legitimität der Standardsetzung übernehmen, insbesondere wenn die Verweisung noch dazu auf unbestimmte Standardsetzer erfolgt. Es fehlt regelmäßig auch an einer nachträglichen Verrechtlichungsentscheidung, die das Legitimitätsdefizit ausgleichen könnte.

Solche inhaltlich dynamischen und personal unbestimmten Verweisungen nehmen etwa Art. 3.2 SPS und Art. 2.5 TBT vor. Der Bericht des Appellate Body im WTO-Streitbeilegungsverfahren zum Fall „EC-Hormones“ illustriert die Problematik: Die USA und Kanada hatten das EG-rechtliche Verbot von Wachstumshormonrückständen im Fleisch angegriffen, das strenger war als die einschlägigen Standards der Codex-Alimentarius-Kommission, die ihrerseits gegen die Stimmen der EG angenommen worden waren. Der Appellate Body stellte klar, dass die EG zwar nicht zur direkten Übernahme der CAC-Standards verpflichtet sei. Nichtsdestoweniger habe die EG mangels einer mit Art. 5.1 SPS vereinbaren Risikobewertung Art. 3.3 SPS verletzt. Damit entfaltete der nicht rechtsverbindliche und von der EG ausdrücklich abgelehnte CAC-Standard, der von wissenschaftlichen Experten formuliert worden war, infolge seiner indirekten Rezeption durch das SPS-Übereinkommen am Ende doch eine faktische Bindungswirkung für die Gemeinschaft, obwohl sie ihn gerade nicht durch ihre

486 Vgl. *Tullio Treves*, Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals, in: *Wolf- rum/Röben* (eds.) (Fn. 34) 169 ff.; *Rein Müllerson*, Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals: Comments, ebd. 189 ff.; *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking, in: *eid.* (eds.), *International Judicial Lawmaking* (2012) 473 ff.

487 Vgl. Art. 52 des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18.3.1965 (UNTS Bd. 847, 231; BGBl. 1969 II S. 371) über die Aufhebung von Schiedssprüchen aus wichtigem Grund.

Zustimmung legitimiert hatte.⁴⁸⁸ Immerhin war er durch qualitativ unbestreitbare Expertise legitimiert und hätte durch Gegenexpertise überwunden werden können, welche die EG aber nicht beizubringen vermochte.

Das SPS-Übereinkommen lässt außerdem die Bemühung der WTO-Mitglieder erkennen, die Legitimitätsproblematik jedenfalls deutlich abzumildern. So nennt Ziff. 3 seines Annex A ausdrücklich drei angesehene internationale hoheitliche Standardsetzer (darunter die Codex-Alimentarius-Kommission), deren Standards von Art. 3 SPS indirekt rezipiert werden. Nur für Angelegenheiten, die von diesen drei Einrichtungen nicht abgedeckt werden, dürfen die Standards anderer zuständiger internationaler Organisationen herangezogen werden, falls diese allen WTO-Mitgliedern zum Beitritt offenstehen. Die Identifikation solcher Organisationen obliegt dem Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures.⁴⁸⁹ Entsprechende Regelungen enthält das TBT-Übereinkommen zwar nicht, doch verpflichtet Art. 12.5 TBT die WTO-Mitglieder dazu, möglichst sicherzustellen, dass internationale Standardisierungseinrichtungen die aktive und repräsentative Beteiligung der einschlägigen Einrichtungen aller WTO-Mitglieder, einschließlich der Entwicklungsländer, erleichtern.⁴⁹⁰ Auch die EU hat Schritte unternommen, um die Inklusivität der Verfahren zur Setzung technischer Standards, die das EU-Recht indirekt rezipiert, zu verbessern.⁴⁹¹

Wenn Soft-Law-Standards einen faktischen Befolungsdruck ausüben, dem sich Staaten oder Private nur unter Inkaufnahme hoher finanzieller oder sonstiger Kosten entziehen können, gleichen ihre Auswirkungen im praktischen Ergebnis denjenigen von Hard-Law-Normen, welche die Staaten oder Privaten ja normalerweise auch praktisch missachten können, falls sie die damit verbundenen Kosten in Kauf zu nehmen bereit sind. Schon ein solcher faktischer Befolungsdruck verleiht den jeweiligen Standardsetzern ein Maß an politischer Macht, das nach rechtlicher Regulierung verlangt, um die Legitimität, rechtliche Einbindung und Kontrolle der Standardsetzung sicherzustellen. In derartigen Fällen fehlt zwar eine direkte Verrechtlichungsentscheidung der Staaten in Bezug auf die Standards; man kann jedoch eine indirekte ausmachen: Die Staaten lassen es nämlich zu, dass nichtstaatliche Instanzen Soft-Law-Standards mit faktischem Befolungsdruck setzen, etwa in Gestalt der privaten *Lex Sportiva*, oder sie dulden jedenfalls den Aufbau von faktischem Befolungsdruck, etwa in Bezug auf die Akzeptanz bestimmter Zertifizierungsmechanismen.

Ein solches Regulierungsunterlassen begründet eine staatliche Mitverantwortung dafür, dass solche determinativen Soft-Law-Standards legitimatorische Mindestanforderungen insbesondere inhaltlicher Art erfüllen, da ihre Akzeptanz ja definitionsgemäß nicht freiwillig erfolgt. Der Gerichtshof der EU hat hier in Bezug auf die *Lex Sportiva* den Weg einer unmittelbaren Drittwirkung von individualschützenden Normen (konkret: der Grundfreiheiten des Binnenmarktes nach dem AEU-Vertrag) gewiesen.⁴⁹² Die privaten Standardsetzer unterliegen damit denselben qualitativen Vorgaben verfas-

488 Vgl. *Krajewski* (Fn. 65) Rdnr. 374. Zum ähnlich gelagerten transatlantischen Streit um genetisch veränderte Organismen in Lebensmitteln *Krisch* (Fn. 44) 189 ff.

489 Ziff. 3 Buchst. d von Annex A. Solche Identifikationen liegen bisher nicht vor (*Desta* [Fn. 143] 160).

490 Siehe auch den Appellate Body Report im Fall US – Tuna II (Fn. 143).

491 Die Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 (Fn. 193) enthält Vorgaben z.B. über die Beteiligung von Interessenträgern und Behörden an der europäischen Normung und den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu Normen und den Prozessen ihrer Erarbeitung.

492 Siehe oben Text bei Fn. 389.

sungsrechtlicher Art wie staatliche Standardsetzer; dies stellt die inhaltliche Legitimität ihrer Standards sicher. Stattdessen kann die staatliche Schutzpflicht auch im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung erfüllt werden, indem man die private Standardsetzungsmacht durch nationale, supranationale oder internationale Regulierung begrenzt.⁴⁹³

Soweit die nachträgliche Verrechtlichungsentscheidung schließlich in der freiwilligen Unterwerfung ebenbürtiger Vertragspartner unter bestimmte nicht determinative Standards durch einvernehmliche Rechtswahl besteht, wie z.B. in Bezug auf die *Lex Mercatoria*, stellt dies die beste Garantie für deren inhaltliche Richtigkeit und Situationsangemessenheit dar und wird überdies durch die menschenrechtlich geschützte Privatautonomie legitimiert. Etwaige Mängel der personalen oder prozeduralen Legitimität der Standards⁴⁹⁴ werden durch deren privatautonome Akzeptanz geheilt.⁴⁹⁵ Aufgabe der nationalen, supranationalen oder internationalen Rechtsordnung bleibt es aber in jedem Fall, eine Machtungleichheit der Vertragspartner durch Schutznormen zugunsten des schwächeren Partners auszugleichen, um die effektive Freiwilligkeit der Normakzeptanz durch alle Parteien zu gewährleisten.

b) Die Legalitätskomponente der Gewährleistungsverantwortung

Eine Gewährleistungsverantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit besteht nur dann uneingeschränkt, wenn die Standardsetzung als solche oder deren Verrechtlichung einem (oder mehreren) Staaten nach Maßgabe der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Staatenverantwortlichkeit zurechenbar ist⁴⁹⁶ oder wenn ein Umgehungsfall im Sinne von Art. 61 vorliegt.⁴⁹⁷ Im Anwendungsbereich der menschenrechtlichen Schutzpflicht gibt es hingegen keine volle Verantwortlichkeit für jedwede Menschenrechtsverletzung oder Nichtstaatlicher Standardsetzer. Anderenfalls würde den Staaten die Delegation oder Überlassung der Standardsetzung an selbständig entscheidende Hoheitsträger wie internationale oder supranationale Organisationen oder an Private übermäßig erschwert.⁴⁹⁸ Ein solchermaßen erzwungenes Staatenmonopol über die Standardsetzung widerspräche jedoch zwei mit dem Ideal einer International Rule of Law verbundenen grundlegenden Interessen: erstens dem Interesse an einem höheren Organisationsgrad der internationalen Staatengemeinschaft; zweitens dem Interesse daran, private Akteure in die Deckung des wachsenden transnationalen Normenbedarfs einzubinden und in eine Mitverantwortung für die International Rule of Law zu nehmen.⁴⁹⁹

493 Vgl. *Lepsius* (Fn. 51) 367.

494 So haben beispielsweise große Unternehmen mehr Einfluss auf den Inhalt der *Lex Mercatoria* als kleine (vgl. die Nachw. bei *Born* [Fn. 151] 2233 Fn. 582).

495 Vgl. *Lepsius* (Fn. 51) 357: Nur die Fremdbindung, nicht die Selbstbindung sei legitimationsbedürftig. *Lepsius* unterschätzt aber die Legitimationsbedürftigkeit determinativer, wenngleich nicht mit staatlicher Zwangsgewalt durchsetzbarer Standards. Vgl. auch *Gregor Bachmann*, Legitimation privaten Rechts, in: *Bunke/Röthel* (Fn. 144) 207, 215 ff.; *Stefan Magen*, Zur Legitimation privaten Rechts, ebd. 229 ff.

496 Zu den Zurechnungsregeln siehe Fn. 434.

497 Siehe oben Text bei Fn. 428 ff.

498 Zur Unhaltbarkeit der „Hypothekentheorie“, wonach von Staaten gegründete internationale Organisationen automatisch an alle die Gründungsstaaten verpflichtenden Völkerrechtssätze gebunden sind, *Armin von Bogdandy*, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in: *von Bogdandy et al.* (Fn. 15), 727, 743 ff.

499 Die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte nimmt schon seit 1948 private Akteure („jeder einzelne und alle Organe der Gesellschaft“) für die Förderung der Menschenrechtsidee in die Mitverantwortung.

Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass die Konventionsstaaten nicht für sämtliche Konventionsverletzungen einzustehen haben, die von internationalen oder supranationalen Organisationen ausgehen, deren Mitglieder sie sind. Denn wie der Gerichtshof betont, will die EMRK, die ihrerseits einen wesentlichen Schritt auf dem Weg zu einer organisierten Staatengemeinschaft geht, den organisatorischen Zusammenschluss der europäischen Staaten nicht übermäßig erschweren.⁵⁰⁰ Folglich müssen sich Konventionsstaaten nicht unbedingt ein absolutes Kontroll- oder Vetorecht über die Standardsetzungstätigkeit ihrer Organisationen vorbehalten. Vielmehr können sie ihren Konventionsverpflichtungen schon durch Vorsorge dafür genügen, dass jene ihrerseits einen inhaltlich und prozedural dem EMRK-Niveau entsprechenden organisationsinternen Menschenrechtsschutz im Einzelfall gewährleisten.⁵⁰¹ Wenn sie ihre eigene Verpflichtung auf diese Weise hinreichend effektiv an die Organisation weitergeben, sind sie konventionsrechtlich entlastet.⁵⁰²

Zwar gibt es noch keine vergleichbar eindeutige EGMR-Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit von Konventionsstaaten in Bezug auf die Privatisierung von Standardsetzungskompetenzen. Immerhin hat der Gerichtshof in einem Fall der Privatisierung von öffentlichem Straßenraum angenommen, dass der Staat den neuen Eigentümer – den Betreiber eines Shopping Center – nicht verpflichten muss, einen kommunikativen Gemeingebrauch im selben Umfang aufrechtzuerhalten, wie ihn Art. 10 und Art. 11 EMRK den Konventionsstaaten selbst abverlangen. Es genügt vielmehr, wenn der privatisierende Staat anderweitig für die Wahrung eines Mindestmaßes an Ausübungsmöglichkeiten für die Kommunikationsrechte sorgt; er braucht dazu den Privatisierungsbegünstigten nicht eigens in die Pflicht zu nehmen.⁵⁰³ Offenbar sind Privatisierungen für den EGMR konventionsrechtlich weniger brisant als die Übertragung von Kompetenzen auf überstaatliche Hoheitsträger, vielleicht weil der Rückzug des Staates der Freiheit im allgemeinen Sinne größeren Raum lässt und daher der Freiheitsidee der Konvention entgegenkommt. Es bleibt abzuwarten, wie diese Rechtsprechung sich fortentwickelt und ob der Lösungsansatz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte über das regionale Menschenrechtsschutzsystem des Europarats hinaus verallgemeinerungsfähig ist.

Im Ergebnis trifft die Konventionsstaaten eine Verantwortung zur Gewährleistung eines adäquaten Schutzes der Konventionsrechte bei Hoheitsrechtsübertragungen und eines Mindestschutzes bei Privatisierungen. In Fällen einer Delegation der Standardsetzungskompetenz auf nichtstaatliche hoheitliche, hybride oder private Akteure fehlt es weithin an einer entsprechenden Vorsorge, so dass die Konventionsstaaten ggf. für Konventionsverletzungen durch solche Standards einstehen müssen. Soweit sie diese

500 Vgl. die 3. Erwägung der Präambel der EMRK, die auf das Ziel einer engeren Verbindung zwischen den Mitgliedern des Europarats durch die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten hinweist.

501 EGMR, Urt. v. 3.2.1999 (*Waite and Kennedy v. Germany*, No. 26083/94), Reports 1999-I §§ 67 ff. zur *European Space Agency*; Urt. v. 30.6.2005 (*Bosphorus v. Ireland*, No. 45036/98), Reports 2005-VI §§ 155 ff. und Urt. v. 6.12.2012 (*Michaud v. France*, No. 12323/11) §§ 102 ff., die beiden letztgenannten zur EU.

502 Dem dienen etwa Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV. Vgl. auch Art. 78 Abs. 1 AEUV, der die EU an die Genfer Flüchtlingskonvention und das zugehörige Protokoll bindet.

503 EGMR, Urt. v. 6.5.2003 (No. 44306/98 – *Appleby v. UK*). Näher *Thomas Giegerich*, *Injecting Fundamental Rights into Private Law Relations: The U.S. Approach from a Comparative Perspective*, in: *Andreas Hoyer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (2008) 251 ff.

Standards sogar direkt oder indirekt rezipieren, übernehmen sie die volle Verantwortung für deren Vereinbarkeit mit der EMRK.

Wie bereits dargelegt, gibt es keine der menschenrechtlichen Schutzpflicht entsprechende allgemeine Pflicht der Staaten zur Verhinderung sonstiger Völkerrechtsverstöße nichtstaatlicher Akteure. Außerhalb des Menschenrechtsbereichs wirken demgemäß die Zurechnungskriterien als hinreichender Filter gegen eine exzessive Staatenverantwortlichkeit.⁵⁰⁴ Daher besteht kein Anlass, die internationale Verantwortlichkeit der Staaten für sonstige Völkerrechtsverstöße nichtstaatlicher Standardsetzer, die ihnen zurechenbar sind, entsprechend abzumildern.

Soweit die Staaten eine Verantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit internationaler Standards trifft, also insbesondere im Bereich ihrer menschenrechtlichen Schutzpflicht, müssen sie diese auch effektiv erfüllen. Das schließt die Pflicht ein, für wirksamen Rechtsschutz zu sorgen. Als Modell kann sich hier das World Bank Inspection Panel anbieten. Dieses Pionierprojekt zur Rechenschaftspflicht internationaler Organisationen steht seit nunmehr zwanzig Jahren privaten Beschwerdeführern zur Verfügung, die geltend machen, durch ein von der Weltbank kreditfinanziertes Entwicklungshilfeprojekt nachteilig betroffen zu sein, bei dem die eigenen Standards der Weltbank zur Milderung der sozialen und Umweltfolgen solcher Projekte nicht eingehalten wurden.⁵⁰⁵ Das Panel hat allerdings nur beratende Funktion und kann keine verbindlichen Entscheidungen treffen. Dies hat es mit den Einspruchs- und Überprüfungsverfahren von ICANN gemein.⁵⁰⁶ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte genügt ein Forum auf Organisationsebene aber den Anforderungen der EMRK und entlastet die Konventionsstaaten von ihrer Justizgewährungspflicht in Bezug auf Akte der Organisation nur dann, wenn es zu verbindlichen Entscheidungen befugt ist. Denn nur dann kann das Forum die Konventionsrechte gegenüber der Organisation effektiv schützen.⁵⁰⁷

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

In der Gemeinschaft der UN-Mitgliedstaaten besteht Konsens darüber, dass die vielfältigen Herausforderungen der Globalisierung im Einklang mit der Rule of Law kollektiv bewältigt werden müssen, weil allein diese die Grundlage für freundschaftliche und gerechte Beziehungen zwischen den Staaten und für gerechte und faire Gesellschaften bildet.⁵⁰⁸

504 So ist beispielsweise fraglich, inwieweit die Maßnahmen von ICANN den USA zurechenbar sind (Fn. 253).

505 *Sabine Schlemmer-Schulte*, Internationales Währungs- und Finanzrecht, in: *Tietje* (Fn. 19) § 9 Rdnr. 100 f. Vgl. auch *Accountability at the World Bank: The Inspection Panel at 15 Years (2009)*, abrufbar unter <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/380793-1254158345788/InspectionPanel2009.pdf> (abgefragt am 10.6.2014).

506 Siehe oben Text bei Fn. 272 ff.

507 Vgl. EGMR, Fall *Waite and Kennedy* (Fn. 501) § 68. Vgl. allgemein *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (5. Aufl. 2012) § 24 Rdnr. 29 (zu Art. 6 Abs. 1 EMRK), Rdnr. 180 (zu Art. 13 EMRK).

508 Siehe oben Text bei Fn. 42.

Um die International Rule of Law, d.h. die effektive Herrschaft des Rechts über hoheitliche und private Macht jedweder Art im internationalen Raum, sicherzustellen, reichen die Regelungsdichte und Steuerungskraft des von den Staaten monopolisierten völkerrechtlichen Hard Law im globalen Zeitalter nicht aus. Vielmehr ist es auf eine Ergänzung durch staatlich, gesellschaftlich oder gemeinsam gesetzte internationale Soft-Law-Standards angewiesen, die weiche, aber nichtsdestoweniger effektive Steuerungsmechanismen für staatliches und nichtstaatliches Verhalten bereitstellen. Hartes Völkerrecht und weiche Standards bilden zusammen die internationale Normenordnung.

Der Einsatz nichtstaatlicher Standards als Mittel der Machtkontrolle muss seinerseits unter effektiver hoheitlicher Kontrolle bleiben, damit private Rechtssetzungs- und -durchsetzungsmacht auf Dauer dem Gemeinwohl und nicht allein der Durchsetzung von Partikularinteressen mächtiger Akteure dient (notwendiger Primat der Politik). Diese hoheitliche Kontrolle kann auf nationaler, internationaler oder supranationaler Ebene ausgeübt werden.

Die Sicherung der International Rule of Law ist eine Gemeinschaftsaufgabe staatlicher und nichtstaatlicher Akteure; sie wird mit hoheitlichen und privaten Instrumenten angesteuert. Hoheitliche, private und hybride Soft-Law-Standards gehen mit Hard-Law-Normen in einem Verrechtlichungsprozess Synthesen ein. Diese führen zu einer mehr oder weniger starken Annäherung der Soft-Law-Standards an das völkerrechtliche Hard Law („Aushärtung“) im Sinne einer relativen Normativität. Die Standards müssen freilich selbst hinreichend legitim und mit dem Völkerrecht vereinbar sein, damit die internationale Normenordnung insgesamt legitim und kohärent bleibt.

Die Gewährleistung der primär, aber nicht unbedingt ausschließlich demokratischen Legitimität und der völkerrechtlichen Legalität der internationalen Standards ist völkerrechtlich verpflichtende Aufgabe der internationalen Staatengemeinschaft insgesamt und – entsprechend ihren Einflussmöglichkeiten – der einzelnen Staaten. Sie ergibt sich aus dem Selbstbestimmungsrecht der Völker, den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit für zurechenbare Völkerrechtsverstöße und der menschenrechtlichen Schutzpflicht sowie ggf. weiteren spezifischen völkerrechtlichen Handlungspflichten. Zwar sind Bemühungen der Staaten unverkennbar, ihrer Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden, doch ist ihnen dies bisher nicht vollständig gelungen.

Die Staaten verbleiben angesichts ihrer Gewährleistungsfunktion zentrale Bestandteile aller Mehrebenensysteme des Regierens, teilen sich die internationale Herrschaft indessen mit anderen internationalen Akteuren hoheitlichen und privaten Charakters. Gemeinsam arbeiten sie hin auf die International Rule of Law, doch verbleibt die Letztverantwortung bei der internationalen Staatengemeinschaft, solange ein hinreichend demokratisch legitimer überstaatlicher Hoheitsträger nicht besteht.

Thesen

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Die juristische Evaluation: Völkerrechtliche Einordnung der internationalen Standards

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Summary

International Standards – From an International Law Perspective

by Prof. Thomas Giegerich, Saarbrücken

A. The Goal: Realization of the International Rule of Law in the Postnational Era

1. The international rule of law, i.e. the effective rule of law over governmental and private power of any kind in the international sphere constitutes a great civilizational challenge and a fundamental value of the United Nations. The international rule of law must be established, maintained and effectively implemented. “Law” can, however, only contribute to the permanent defeat of anarchy, force, arbitrariness and injustice if it is sufficiently legitimate and compatible with higher-ranking law.

2. In our postnational era, and mainly due to globalization, statehood has become “disaggregated”: The states have given up their monopoly on governance and relinquished important functions partly to international public authority, partly to non-state (social) actors. Governmental functions have thus increasingly been internationalized and privatized. This development has transformed the classical international legal order which was characterized by the states’ monopoly on law-making into a new international normative order with considerable non-state elements, including international standards. These non-state elements can and must also be used as a means to further the ultimate goal – the international rule of law.

B. The Empirical Diagnosis: Growing Relevance of Standards in the International Normative Order

3. For the purposes of this paper, “standards” are general and abstract rules which are made by a competent body, irrespective of their name, their contents, their addressees, the nature of the standard-making body and the procedure followed by it. “International” are those standards which derive from an international source of a public, private or hybrid character. International standards are altogether part of international soft law because they all have similar soft behaviour control effects. International hard law norms in the sense of the classical triad of Art. 38 (1) of the ICJ Statute are, however, not international standards as that term is used here.

4. “Hybridization of rules” is a descriptive and not a normative term. It denotes the formation of syntheses of rules belonging to traditionally separate categories. Such syntheses can occur between hard law norms and soft law standards, between governmental (heteronomous) and private (autonomous) rules and between international or supranational (external) and national (internal) rules. Hybrids between more than two rule categories are also conceivable (e.g. between [supra-] national hard law norms and international soft law standards).

5. a) Genuine hybrid norms or standards are only those which are simultaneously attributable to several independent and coequal authors that have jointly created them (e.g. the UN Global Compact). That rarely occurs.

b) One individual author can only produce pseudo-hybrid norms or standards. These come into being where personal or substantive elements from other categories influence the norm- or standard-creation process of that author (this is the case e.g. with

regard to ILO norms and standards) or where that author refers to the norms or standards of another author (e.g. the reception of Codex Alimentarius standards by WTO norms).

6. Multifarious governmental (state and non-state), private and hybrid soft law standards have assumed an expanding practical and legal role in the international normative order, in addition to the classical international hard law norms, such as in the area of human rights protection (e.g. UN standards and ILO standards), responsibility of enterprises (e.g. OECD standards), food safety (Codex Alimentarius standards), technical standardization (e.g. ISO standards), regulation of financial markets (e.g. Basle Committee standards), environment protection (e.g. standards of the Rio Conference), culture (UNESCO standards), private law harmonization (e.g. UNCITRAL model laws), transnational commercial law (*lex mercatoria*) and transnational sports law (*lex sportiva*).

7. The international rule of law – which is a common task of state and non-state actors – can only be effectively established jointly by the two (hard and soft) components of the international normative order: Soft law standards complement hard law norms with regard to the intensity and directive force of the regulation, and soft implementation mechanisms complement hard enforcement instruments. This becomes particularly obvious with regard to the implementation of the social and ecological responsibility of multinational enterprises, including private military and security companies.

C. The Juridical Evaluation: International Legal Classification of International Standards

8. a) Soft law standards are as such not binding under international law, but they form syntheses with hard law norms in the course of a juridification process. These syntheses lead to a more or less close approximation of soft law standards to hard international law (“hardening”) in the sense of relative normativity (pseudo-hybridity) with smooth transitions, unless the standard excludes such an approximation (e.g. ISO 26000:2010).

b) Although this juridification is controlled by states or state-empowered bodies (such as international courts or arbitral tribunals), it is often impossible clearly to identify and attribute a juridification decision for purposes of determining the responsibility of states under international law for particular standards.

9. Six exemplary levels of “hardening” of soft law standards with a decreasing degree of legal force can be distinguished: Firstly, their direct or indirect reception by hard law norms (the indirect reception being effected by a presumption of legality in favour of conduct corresponding to the standard in the sense of Art. 3.2 SPS). Secondly, soft law standards can function as declaratory reproduction of hard law norms; they can thirdly influence the interpretation of hard law norms; they can fourthly influence the concretization and supplementation of hard law norms; they can fifthly initiate a process of creating new hard law norms and finally exert factual pressure towards compliance with themselves. As an aliud, standards become legally binding if they are voluntarily made part of a contract between private persons.

10. These accumulating phenomena reflect the contemporary approximation between soft law standards and hard law norms which supports the assumption of relative – in contrast to the classical absolute – normativity. Relative normativity signifies a continuum of more or less binding rules from non-law to *jus cogens*, instead of the traditional categorical difference between hard law (i.e. law) and soft law (i.e. non-law).

11. Juridification deficits which exist for instance with regard to cyberspace and the social and ecological responsibility of multinational enterprises can also be legally relevant to the extent that there is an obligation under international law to make hard law (e.g. as a consequence of the protective duty under human rights law). As a rule, however, it is not possible to hold certain states responsible under international law for such a deficit but only the international community of states as a whole.

D. The Sovereign Responsibility: Providing for the Legitimacy of International Standards and their Compatibility with International Law

12. States still play an essential role in the process of international rule-making. They continue to monopolize the creation of the hard law norms of international law. With regard to those non-state governmental, private and hybrid soft law standards which at least exert significant factual pressure towards compliance (determinative standards), the states bear an international legal responsibility to provide: They have to provide for the legitimacy of those standards as well as their compatibility with international human rights norms and (where applicable) also other international legal norms (legality). The stronger the pressure towards compliance exerted by soft law standards (i.e. the higher the degree of their legal force), the greater the states' responsibility to provide for their legitimacy and legality.

13. In view of the contemporary *acquis* in public international law, the body to carry out that responsibility to provide legitimacy and legality ultimately is the international community of states, i.e. the entirety of sovereign states that are called upon to participate on equal terms in the consensual development of public international law. The individual states and associations of states bear the share of that responsibility which corresponds to their influence on the development of international law. In some cases, they can be entitled and even obligated to carry out their responsibility to provide unilaterally, at least for the time being.

14. The legitimacy component of the responsibility to provide is based on the international legal right of self-determination of peoples, the legality component on the principles of state responsibility for internationally wrongful acts (which are attributable), on the protective duty under international human rights law and potentially other specific obligations to act under international law. While the legitimacy problem is being taken more and more seriously in standard-setting practice, the legality problem is still being neglected.

15. Their responsibility to provide does not prevent states from transferring rule-making powers to international or supranational organizations, nor from privatizing rule-making. For on the one hand, a well-organized international community has greater problem-solving capacities and can also more reliably secure the international rule of law than individual states, each acting on its own. On the other hand, the mobilization of private expertise and commitment improves the regulatory quality and effectiveness. The additional amount of societal autonomy which goes along with privatization moreover corresponds to the concept of freedom and strengthens the human rights component of the international rule of law.

16. The core content of the right of self-determination, in conjunction with the principle of sovereign equality of states, consists in the effective opportunity of every people that has established a state, acting through its democratically legitimated government,

to exercise an equal amount of influence on the content of the international normative order. It is that order which in the common interest of humanity imposes hard or soft restrictions on every people's political, social, economic and cultural decisions that are taken in the exercise of their right of self-determination. Therefore the international normative order must, in the current state of development of international law, remain subject to the collective control of the community of states even where standard-setting is delegated or relinquished to international organizations or private persons.

17. a) The legitimacy of international standards can be based on state consensus and thus the democratic legitimation on the part of the peoples of the states; on the direct participation of the addressees, other stakeholders and civil society in standard-setting; on the comprehensive discourse in preparation of the standard-setting; on the adequacy of both the standard-setting and the standard-application procedure; finally on the private autonomy (protected by human rights) of those persons who voluntarily submit to the standards. All these approaches elaborate important aspects which can provide an adequate legitimation basis, especially if several of them are combined.

b) Because of the right of self-determination, however, the ultimate democratic responsibility of the international community of states must be preserved for the time being. The other legitimation factors can therefore only be taken into account as supplements which are to a certain extent capable of compensating weaknesses with regard to the democratic legitimacy of standards.

18. This ultimate democratic responsibility of the international community of states for the international normative order must be maintained until such time in the distant (perhaps utopian) future when that responsibility can be assumed by an international or supranational authority that is directly supported by the right of self-determination of the peoples without the intercession of states. Already today, however, we need to work towards the realization of a supplementary legitimation component in the form of a direct representation of the peoples on the international level and in particular the world level which operates in addition to the legitimation via the states. Gradually, the monopoly of states on the democratic legitimation of international norm- and standard-setting would then be replaced by an EU-like system of dual legitimation based simultaneously on the states and the directly represented peoples.

19. The personal, procedural and substantive legitimacy of the standards need to be provided for. The insufficient realization of one of those criteria can be set off by a higher degree of realization of another criterion. It is crucial that on balance the different amounts of legitimacy input under those criteria add up to a sufficient overall level of legitimacy.

20. The personal legitimacy of the standards rests primarily on the democratic mandate bestowed upon the standard-setters by the peoples of the states, secondarily on the special expertise of the standard-setters or the self-regulatory (autonomous) standard-setting directly by the addressees. The procedural legitimacy is based on the transparency, inclusiveness and quality of the standard-setting procedure. The substantive legitimacy as the most important component depends on the material correctness and adequacy with regard to the particular situation (i.e. the "just" character) of the set standards.

21. Legitimacy deficits of the original standard can be subsequently compensated by a juridification decision which is legitimate for its part. Deficits concerning the personal and procedural legitimacy of a standard are readily made irrelevant by a juridification

decision which is personally and procedurally legitimate. In contrast to that deficits concerning the substantive legitimacy of a standard are passed on if the hard law norm does not strike a new balance of interests which is more just. Depending on the source of the soft law standard, there can be more or less serious cause for its substantive re-evaluation and, if necessary, its modification before it is included in the hard law.

22. a) The legality component of the responsibility to provide requires the states' unqualified responsibility for the compatibility of standards with international law only in the following two cases: either if the setting of the standards as such or their juridification is attributable to the states according to the customary international legal rules on state responsibility or if a circumvention in the sense of Art. 61 of the ILC Draft Articles on the Responsibility of International Organizations of 2011 has occurred.

b) Within the scope of the states' protective duty concerning human rights, there is no unqualified state responsibility for each and every human rights violation by non-state standard-setters. Otherwise the delegation or relinquishment of standard-setting by the states to autonomous supra-state public authorities (internationalization with the accompanying increase in effectiveness) or private persons (privatization with the accompanying increase in private autonomy) would be made exceedingly difficult. This would not be in the interest of a world order based on the international rule of law. Rather, states comply with their protective duty if they only take adequate precautions to ensure that human rights are respected also by non-state standard-setters. This precautionary duty is probably less strict where standard-setting is privatized than where it is internationalized, because privatization leads to an increase in the overall level of freedom.

E. The Road: Cooperative Realization of the International Rule of Law through Relative Normativity

23. The relative normativity which soft law standards acquire in the juridification process transforms them into an essential factor for the realization of the international rule of law. Relative normativity does not pose a threat to the international legal order but rather a chance coupled with the task for the international community of states continuously to ensure the legitimacy and legality of the standards.

24. It must be ensured that the exercise of delegated or relinquished standard-setting and standard-implementation power permanently meets the substantive requirements of "just" regulation and does not only serve the assertion of the special interests of powerful actors. For that purpose, the primacy of political decision-making on the national and international level must be safeguarded. Such primacy is an essential ingredient of "good governance" on both levels.

25. In view of their responsibility to provide for the legitimacy and legality of international standards, the states remain central components of all multilevel systems of governance. On the other hand, they share international governance with other international actors of public and private character. Together they work towards the international rule of law, but the ultimate responsibility remains with the international community of states as long as there is no supra-state public authority with sufficient democratic legitimacy. Although one can undoubtedly discern efforts by the states to fulfil their responsibility to provide, they have not yet been completely successful in this regard.

Hybridisierung der Rechtsordnungen – Internationale privatrechtliche Standards

Von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley)*, Basel

- I. Einleitung
- II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe
 - 1. Allgemeines
 - 2. *Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach*
 - 3. Erfüllungsanspruch
 - 4. Vertragsaufhebung
 - 5. Schadenersatz
 - 6. Verjährung
 - 7. Zwischenergebnis
- III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
 - 1. Allgemeines
 - 2. Parteiautonomie und anwendbares Recht
 - 3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht
 - a) Das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren
 - b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren
 - c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren
 - 4. Zwischenergebnis
- IV. Schlussbetrachtung
- Thesen
- Summary

* Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley) ist Professorin für Privatrecht an der Universität Basel. Grosser Dank für ihre wertvolle Mitarbeit gebührt meiner wissenschaftlichen Assistentin Ref. iur. Lina Ali, die allein aus organisatorischen Gründen hier nicht als Co-Autorin genannt werden konnte. Alle Webseiten wurden zuletzt am 5. März 2013 abgerufen.

I. Einleitung

Viel wurde in den letzten Jahren über die neue *lex mercatoria*,¹ transnationales Recht² und die Hybridisierung der Rechtsordnungen³ diskutiert und geschrieben. Die Begrifflichkeit ist alles andere als klar und differenziert oft von Autor zu Autorin⁴. Dass freilich in der Realität eine Annäherung, Vermischung oder Hybridisierung der Privatrechtsordnungen stattgefunden hat und weiter stattfindet, kann nicht in Frage gestellt werden. Motor für diese Entwicklung ist dabei zweifellos die rasante Globalisierung des Handels und der Wirtschaft. Unterschiedliche nationale Regelungen wurden schon immer als Handelshemmnisse empfunden.⁵ Führt dies im 19. Jahrhundert zur Rechtsvereinheitlichung auf nationalstaatlicher Ebene, so findet entsprechendes derzeit nicht nur auf europäischer, sondern auch auf globaler Ebene statt. Dieses Faktum soll deshalb zum Ausgangspunkt der folgenden Erörterungen genommen werden, ohne dass auf die rechtstheoretischen Quisquilien ausführlich eingegangen wird.

Gegenstand dieses Beitrages soll dabei nicht die zunehmende Verwischung der Grenzen zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht⁶ noch die Rechtsangleichung durch die fortschreitende sogenannte Europäisierung des Privatrechts⁷ sein, sondern vielmehr die Annäherung von *Common Law* und *Civil Law*, wie wir sie in den letzten vier bis fünf Jahrzehnten erleben konnten. In der Kürze der Zeit ist es freilich nur möglich, einen kleinen Ausschnitt sich entwickelnder internationaler privatrechtlicher Standards zu betrachten. Paradigmatisch sei hier ein, wenn nicht *das* Kerngebiet des Vertragsrechts herausgegriffen, nämlich die Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch. Harmonisierung und Vereinheitlichung des materiellen Rechts bleiben allerdings auf halbem Wege stecken, wenn sie nicht einhergehen mit einer Angleichung des Prozessrechts. Deshalb soll hier

1 Der Begriff *lex mercatoria* datiert zurück bis ins Mittelalter: Die sogenannte alte *lex mercatoria* bezeichnet die Handelsbräuche und -praktiken, die sich im 11. und 12. Jahrhundert unter Kaufleuten entwickelten und als Gewohnheitsrecht unabhängig von regionalen Grenzen maßgeblich in Westeuropa zur Anwendung gelangten. Mit den nationalen Kodifizierungen des 18. und 19. Jahrhunderts wurde der internationale Handel Gegenstand nationaler Rechtsordnungen; die alte *lex mercatoria* verlor ihren transnationalen Charakter. Die Idee eines überstaatlichen Handelsrechts jedoch blieb, und wurde im 21. Jahrhundert wieder mit Leben gefüllt. Über den genauen Gegenstand der sogenannten neuen *lex mercatoria* gehen die Meinungen wesentlich auseinander. Eine Übersicht über die verschiedentlich vertretenen Konzepte findet sich bei *Bamodu*, 10 Afr. J. Int. & Comp. L. (1998), 31 ff. Zur neuen *lex mercatoria* außerdem *Baron*, 15 Arb. Int. (1999), 115 ff.

2 *Bamodu* (Fn. 1).

3 *Tuori*, On Legal Hybrids, in *Micklitz/Svetiev* (Hrsg.), EUI Working Paper LAW 2012/31, A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?, San Domenico di Fiesole 2012, S. 67 ff., verfügbar unter http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24534/Law_2012-31.pdf.

4 Vielfach diskutiert werden auch die Entstehung von globalem Recht und die Entstaatlichung des Rechts. Über das Phänomen des globalen Rechts *Le Goff*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. (2007), 119 ff. Zu Entwicklung und Problematik der Entstaatlichung des Rechts *Reimann*, Die Entstaatlichung des Rechts und die Rechtsvergleichung, in *Zimmermann* (Hrsg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband II, Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese, Tübingen 2008, S. 1 ff.; *Michaels*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. (2007), 477 ff.; *Michaels/Jansen*, 54 Am. J. Comp. L. (2006), 843 ff. Das Handelsrecht als „amalgam of public and private rule-making“ bezeichnend *Basedow*, 56 Am. J. Comp. L. (2008), 703 ff.

5 *McKendrick*, Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In, in *Vogenauer/Weatherill* (Hrsg.), The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Oxford 2006, S. 14 f.

6 Hierzu *van Gerven*, 5 Maastricht J. Eur. Comp. L. (1998), 7 ff.

7 Hierzu *Micklitz*, A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?, in *Micklitz/Svetiev* (Fn. 3), S. 5 ff.

außerdem auf einige prozessrechtliche Grundfragen, die entscheidend mit der Rolle des Richters im Zivilprozess zusammen hängen, eingegangen werden.

II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe

1. Allgemeines

Weltweit wurde das Vertragsrecht in den letzten drei Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst durch die im Jahre 1980 verabschiedete United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Das CISG ist mit Abstand die erfolgreichste internationale privatrechtliche Konvention.⁸ Mit derzeit 80 Mitgliedstaaten⁹ deckt das CISG potentiell mehr als 80% des internationalen Warenhandels ab¹⁰. Darüber hinaus hat das CISG sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene die Rechtentwicklung der letzten Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst. Auf internationaler Ebene können insoweit das Einheitliche Handelsrecht der Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA)¹¹, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU¹² und der im Jahre 2011 vorgelegte und im Februar 2014 vom Europäischen Parlament verabschiedete Entwurf eines Common European Sales Law¹³ sowie als *soft law* die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)¹⁴, die Principles of European Contract Law (PECL)¹⁵, der Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹⁶ sowie die derzeit in Ausarbeitung befindlichen Principles of Asian Contract Law (PACL)¹⁷ genannt werden. Auf nationaler Ebene haben sich die Kauf-

8 Vgl. *Schwenzer/Hachem*, The CISG – A Story of Worldwide Success, in *Kleineman* (Hrsg.), CISG Part II Conference, Uppsala 2009, S. 119 ff.

9 Eine stetig aktuelle Übersicht über die Vertragsstaaten des CISG findet sich unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html. Jüngst ist Brasilien 80. Vertragsstaat der Konvention geworden. In Madagaskar ist das Ratifikationsverfahren eingeleitet.

10 *Schlechtriem/Schwenzer*, in *Schwenzer* (Hrsg.), *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. Aufl., Oxford 2010, Introduction I.

11 Acte uniforme portant sur le Droit commercial général, verfügbar unter <http://www.ohada.org/presentation-generale-de-lacte-uniforme/telechargements1.html>; vgl. *Schwenzer*, 13 Eur. J. L. Reform (2011), 373 ff.; *Schroeter*, *Recht in Afrika* 2001, 163, 166 ff.

12 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF>.

13 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:de:PDF>; vgl. *Schwenzer*, 44 UCC Law Journal (2012), 457 ff.

14 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Rom 2010, verfügbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; vgl. *Bonell*, 56 Am. J. Comp. L. (2008), 1, 16 ff.

15 Principles of European Contract Law (PECL), 1999, verfügbar unter http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm; vgl. *Lando*, 53 Am. J. Comp. L. (2005), 379, 381.

16 Vgl. *von Bar et al.* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2009; vgl. ferner *Schlechtriem*, 10 *Juridica International* (2005), 27, 29, verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2005_1_27.pdf.

17 Weitere Informationen zu PACL unter http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_7718/projet-commun-de-droit-des-contrats-en-asie-du-sud-est.

rechte der nordischen Staaten¹⁸, die Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland von 2002¹⁹, das Vertragsrecht der Volksrepublik China und weitere ostasiatische Kodifikationen²⁰ sowie die Mehrzahl der postsowjetischen Kodifikationen in Osteuropa²¹, Zentralasien²² und dem Baltikum²³ am CISG orientiert. Auch das neue japanische und koreanische Zivilgesetzbuch folgt dem CISG.²⁴ In Entwicklungsländern dient das CISG darüber hinaus dazu, Kaufleuten die Strukturen des Vertragsrechts beizubringen.²⁵

Das CISG selbst und damit die diesem folgenden Reformen des Vertragsrechts suchen in vorbildlicher Weise unterschiedliche Ausgangspunkte des *Common Law* und des *Civil Law* einem praxisorientierten Kompromiss zuzuführen. Die unterschiedlichen Ausgangspunkte und die daraus entwickelten einheitlichen Standards seien im Folgenden für das Gebiet der Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch aufgezeigt.

2. *Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach*

Der Ansatzpunkt für Rechtsbehelfe im *Common Law* und im *Civil Law* unterscheidet sich grundsätzlich. Die Rechtsordnungen des *Civil Law* differenzieren – römisch-rechtlich beeinflusst – die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe anhand des jeweiligen Grundes der Vertragsverletzung.²⁶ Daraus entsteht die wohl bekannte Trias von Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung, deren unterschiedliche Konsequenzen nicht nur die Praxis vor erhebliche Probleme gestellt haben, sondern auch Studierenden schlechterdings nicht zu vermitteln sind. Aus dieser Trias resultierende unbefriedigende Ergebnisse haben in *Civil Law* Ländern zu manch dogmatischen Klimmzügen geführt; genannt seien insoweit nur die Abgrenzung von *peius* und *aliud*²⁷, die positive Vertragsverletzung²⁸ oder auch die Erfindung des sogenannten weiterfressenden Mangels als deliktische Eigentumsverletzung²⁹. Und damit nicht genug der Differenzierungsmöglichkeiten: Auch die Einordnung einer Pflicht als Haupt- oder Nebenpflicht ist für die Anwendung der jeweiligen Rechtsbehelfe unter Umständen von entscheidender Bedeutung.³⁰ Demgegenüber geht das *Common Law* von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung (*breach of contract-approach*) aus. Die jeweiligen Rechtsbehelfe

18 Vgl. Kjelland, Das neue Kaufrecht der nordischen Länder im Vergleich mit dem Wiener Kaufrecht (CISG) und dem deutschen Kaufrecht, Aachen 2000.

19 Schlechtriem, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2003, S. 71 ff.

20 Vgl. Bell, Sing. J. Leg. Stud. (2005), 362, 365 ff.

21 Knieper, 25 J.L. & Com. (2005), 477, 478.

22 Ebd.

23 Vgl. Kärdi, Die Neukodifikationen des Privatrechts der baltischen Staaten in vergleichender Sicht, in Heiss (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 19 ff.

24 Die englische Version des Vorschlagsentwurfs ist verfügbar unter http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/English/index_e.html.

25 Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales and Contract Law, Oxford 2012, Rn. 3.21.

26 Ebd., Rn. 41.05 ff.

27 Vgl. BGer, BGE 121 III 453 (Schweiz); zur Abgrenzung außerdem Fountoulakis, 7 Eur. J. L. Reform (2005), 303, 308 f.; Honsell, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 206 Rn. 2 f.

28 Zurückgehend auf Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in Dernburg (Hrsg.), Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29 ff.

29 Vgl. BGH, NJW 1992, 1225 ff. (Deutschland); BGH, NJW 1998, 2282 ff. (Deutschland); BGH, NJW 1977, 379, 381 (Deutschland); Wagner, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl., München 2009, § 823 Rn. 126 ff. mit weiteren Beispielen aus der Praxis.

30 Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 41.32 f.

hängen nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern allenfalls von deren Intensität ab. Auch die subtile Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten ist dem *Common Law* fremd.³¹

Das CISG und die ihm folgenden modernen Regelungen sind bei der Struktur der Rechtsbehelfe dem *Common Law* gefolgt und haben dem Ansatz des einheitlichen Vertragsbruches zu Recht den Vorzug gegeben.³² Darüber hinaus wird auch bei der Regelung der Vertragsgemäßheit, in deutschrechtlicher Terminologie der Sachgewährleistung, ein einheitlicher Ansatz verfolgt. Keine Bedeutung wird der Unterscheidung zwischen *peius* und *aliud*, einfacher Sacheigenschaft und Zusicherung, *vice caché* und *vice apparent*, *condition* und *warranty* oder *express* und *implied warranty* beigemessen. Auch Quantitäts- und Verpackungsfehler werden der Qualitätsabweichung gleichgestellt.³³ Dadurch ist es gelungen, ein in sich geschlossenes, auf die Bedürfnisse der Handelspraxis des 21. Jahrhunderts ausgerichtetes System zu schaffen.

Wenden wir uns nun den wichtigsten Rechtsbehelfen bei Vertragsbruch zu.

3. Erfüllungsanspruch

Im *Civil Law* wird als vorrangiger Rechtsbehelf der Erfüllungsanspruch angesehen. Er wurde gar als das „Rückgrat der Obligation“ bezeichnet.³⁴ Demgegenüber erscheint er im *Common Law* als Ausnahme. Nach altem englischen Recht konnte der Gläubiger bei Nichterfüllung einer Leistungspflicht durch den Schuldner – außer im Falle einer Geldschuld – grundsätzlich nur Schadenersatzansprüche geltend machen. Erst unter *equity* wurde der Rechtsbehelf der *specific performance*, das heißt der Anspruch auf Erfüllung *in natura*, für Einzelfälle entwickelt.³⁵

Bei Ausarbeitung des CISG konnte der Graben zwischen *Common Law* und *Civil Law* in dieser Hinsicht (noch) nicht überbrückt werden. Im Ansatz durchgesetzt hat sich das *Civil Law*, so dass das CISG vom Erfüllungsanspruch als Regelrechtsbehelf ausgeht.³⁶ Einschränkungen finden sich nur für den Erfüllungsanspruch in Form von Nachlieferung und Nachbesserung³⁷, soweit berechnete Interessen des Verkäufers dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen. Den unüberwindbaren Bedenken der Vertreter des *Common Law* gegen den Erfüllungsanspruch wurde dadurch Rechnung getragen, dass ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in Natur nur zu fällen braucht, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter das CISG fallen.³⁸ Trotz dieser unüberbrückbaren Gegensätze hat der von vielen bedauerte Mangel an Vereinheitlichung in der Praxis nicht zu divergierenden Entschei-

31 Ebd., Rn. 41.34 ff.

32 Vgl. für das CISG: Artt. 45, 61 CISG; hierzu Müller-Chen, in Schwenger (Hrsg.), Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl., München 2013, Art. 45 Rn. 2 ff.; ders., in Schwenger, Commentary (Fn. 10), Art. 45 Rn. 2 ff.; Mohs, in Schwenger, Kommentar (Fn. 32), Art. 61 Rn. 2; ders., in Schwenger, Commentary (Fn. 10); vgl. auch Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 41.45 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 513 ff.

33 Vgl. Schwenger, in Schwenger, Kommentar (Fn. 32), Art. 35 Rn. 4; Schwenger, in Schwenger, Commentary (Fn. 10), Art. 35 Rn. 4.

34 So Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, Berlin 1936, S. 375.

35 Vgl. Zweigert/Kötz (Rn. 32), S. 477 f.; vgl. für England sec. 52(1) Sale of Goods Act 1979; vgl. für die USA § 2-711(2) U.C.C. und § 2-716 U.C.C.

36 Vgl. Artt. 46 Abs. 1, 62 CISG

37 Art. 46 Abs. 2, 3 CISG.

38 Vgl. Art. 28 CISG.

dungen und Problemen geführt.³⁹ Der Grund hierfür ist jedoch weniger in der Vernunft der Gerichte, sondern in jener der Marktteilnehmer zu sehen. Kein vernünftiger Kaufmann – auch nicht im Bereich des *Civil Law* – klagt auf Erfüllung, wenn er sich anderweitig am Markt eindecken kann. Wo dies nicht möglich, er also auf den Erfüllungsanspruch angewiesen ist, gewährt ihm aber auch das *Common Law* einen Anspruch auf *specific performance*.

Neuere Instrumente wie insbesondere PICC und PECL sehen demgegenüber eine Beschränkung des Erfüllungsanspruches in Fällen vor, in denen Schadenersatz die Interessen des Gläubigers zu befriedigen vermag.⁴⁰ Offen scheint derzeit allerdings die Gewährung des Erfüllungsanspruches im Falle von Geldschulden⁴¹, ging doch auch das *Common Law* mit der *action of debt* von alters her insoweit von einem Erfüllungsanspruch aus⁴².

4. Vertragsaufhebung

Es gibt kaum einen anderen Rechtsbehelf, der sowohl im klassischen *Civil Law* als auch im *Common Law* so unnötig kompliziert und disparat ausgestaltet ist, wie die Vertragsaufhebung. Wie zu erwarten hängt die Möglichkeit des Gläubigers, den Vertrag aufzuheben, in den Systemen des *Civil Law* vom jeweiligen Grund der Vertragsverletzung ab. Unmöglichkeit führt grundsätzlich zu automatischer Vertragsaufhebung bzw. hindert das Entstehen des Vertrages, wenn sie bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt, bei Verzug muss der Gläubiger zunächst eine Nachfrist setzen, bevor er zurücktreten kann, im Falle eines Sachmangels steht entsprechend dem römisch-rechtlichen Vorbild der *actio redhibitoria* dem Käufer sofort die Wandlung zur Verfügung. In Bezug auf den Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung folgt jedoch auch das *Common Law* keinem einheitlichen Ansatz. Vielmehr kommen hier so unterschiedliche Konstrukte wie *impossibility*, *frustration* und *impracticability* oder die Unterscheidung zwischen *conditions*, *warranties* und *intermediate terms* zum Tragen.⁴³ Gemeinsam ist allen Theorien allerdings, dass sie an die Schwere der Vertragsverletzung anknüpfen.

Zusätzliche Komplikationen entstehen dadurch, dass je nach der Art der Vertragsverletzung der Vertrag automatisch *ipso iure* aufgelöst wird oder die Auflösung einer entsprechenden Erklärung bedarf.⁴⁴ Da dem Gläubiger zumeist der Grund einer schlichten Nichtleistung nicht bekannt ist, ist er gut beraten, vorsorglich immer die Vertragsaufhebung bzw. den Rücktritt zu erklären.

Das CISG verfolgt auch im Bereich der Vertragsaufhebung einen einheitlichen Ansatz. Ob der Gläubiger den Vertrag aufheben kann, hängt primär nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern davon ab, ob diese wesentlich ist oder nicht.⁴⁵ Eine

39 Vgl. etwa UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Article 28, A/cn.9/ser.c/digest/cisg/28, 8. Juni 2004, S. 2: „There is little case law on this provision; only one case has been reported thus far.“, verfügbar unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html.

40 Vgl. Art. 7.2.2 PICC; Art. 9:102 PECL; Art. III.-3:302 DCFR.

41 Vgl. Art. 7.2.1 PICC; Art. 9:101 PECL; Art. III.-3:301 DCFR.

42 Einzelheiten zur *action for the price* im heutigen *Common Law* bei Schwenger/Hachem/Kee (Fn. 25), Rn. 43.31.

43 Vgl. zum Ganzen ebd., Rn. 47.18 ff.

44 Ebd., Rn. 47.178 ff.

45 Artt. 49 Abs. 1 lit. a, 64 Abs. 1 lit. a CISG.

wesentliche Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Gläubiger einen solchen Nachteil erleidet, dass ihm im Wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen.⁴⁶ Liegt (noch) kein wesentlicher Vertragsbruch vor, so kann der Gläubiger im Falle der Nichtleistung eine Nachfrist setzen und nach deren erfolglosem Verstreichen vom Vertrag Abstand nehmen.⁴⁷ Besteht der Vertragsbruch in der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware, steht dem Käufer diese Möglichkeit allerdings nicht offen.⁴⁸ Diese Gesamtregelung stellt sicher, dass ein kostenintensiver Rücktransport der Ware auf wirklich relevante Fälle beschränkt wird, und vermeidet damit wirtschaftlich unsinnige Folgen. Auch im Hinblick auf den Mechanismus der Vertragsaufhebung differenziert das CISG nicht. Vertragsaufhebung wird in jedem Fall allein durch eine entsprechende Erklärung seitens des Gläubigers bewirkt.⁴⁹

5. Schadenersatz

Auch beim Rechtsbehelf des Schadenersatzes sind die Ausgangspunkte von *Common Law* und *Civil Law* diametral entgegengesetzt. Im *Common Law* zieht grundsätzlich jeder Vertragsbruch einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Es gilt eine strikte Einstandspflicht, Ausnahmen hiervon mussten durch die Rechtsprechung erst in mühsamer Kärnerarbeit entwickelt werden.⁵⁰ Hingegen folgen auch im Bereich des Schadenersatzes die Rechtsordnungen des *Civil Law* dem römisch-rechtlichen Ansatz und gewähren diesen nur im Falle eines Verschuldens.⁵¹ Im Falle von Sachmängeln wird die Schadenersatzhaftung des Verkäufers in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* noch weitergehend eingeschränkt; sie greift nur Platz, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt oder eine Eigenschaft zugesichert hat bzw. – in den zum französischen Rechtskreis gehörenden Rechtsordnungen – den Mangel gekannt hat.⁵² Die Unzulänglichkeit des Verschuldensprinzips wurde schon früh in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* erkannt und hat die Gerichte dazu veranlasst, Zuflucht in verschiedenen dogmatischen Konstruktionen zu suchen um dieser zu begegnen. So wird im französischen Recht schon seit langem zwischen sogenannten *obligations de moyens* und sogenannten *obligations de résultat* unterschieden. Während bei einer *obligation de moyens* nur die schuldhafte Verletzung zu Schadenersatz führen soll, begründet die Verletzung einer *obligation de résultat* eine strikte Einstandspflicht.⁵³ Darüber hinaus hat die französische Rechtsprechung bereits früh den gewerblichen Verkäufer immer als bösgläubig behandelt und damit eine absolute verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung bei Sachmängeln entwickelt.⁵⁴ In der Schweiz, wo nach dem Wortlaut des Gesetzes der Verkäufer im Falle von Sachmängeln verschuldensunabhängig nur für

46 Art. 25 CISG.

47 Artt. 49 Abs. 1 lit. b, 64 Abs. 1 lit. b CISG.

48 Vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG.

49 Artt. 49 Abs. 1, 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 26 CISG.

50 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 32), S. 501 ff.

51 *Schwenger/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 44.63 ff.

52 Ebd., Rn. 44.77 ff.

53 Zurückgehend auf *Demogue*, *Traité des obligations en général*, Bd. 5, Paris 1925, Rn. 1237; vgl. auch *Zweigert/Kötz* (Fn. 32), S. 499 ff.; *Jones/Schlechtriem*, Chapter 15: Breach of Contract, in *von Mehren* (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Contracts in General, Tübingen 1999, Rn. 236.

54 *Schwenger/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 44.83 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

den „unmittelbaren“ Schaden haftet⁵⁵, hat die Rechtsprechung das Verschuldensprinzip kurzerhand dadurch eingeschränkt, dass sie weite Bereiche des Mangelfolgeschadens dem unmittelbaren Schaden zuschlägt.⁵⁶ In Deutschland, das sich auch anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung nicht vom Verschuldensprinzip verabschieden wollte, bedurfte es des Eingreifens des Europäischen Gerichtshofs. Mit seiner Entscheidung in Sachen *Weber und Putz* hat er jedenfalls im Bereich der Mängelbeseitigung dem Verschuldensprinzip klare Grenzen gezogen und damit *de facto* einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch für Ein- und Ausbaukosten etabliert.⁵⁷

Das CISG verfolgt auch im Bereich des Schadenersatzes einen einfachen und deshalb umso überzeugenderen Lösungsansatz. Jeder Vertragsbruch zieht unabhängig von einem allfälligen Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich.⁵⁸ Eine Entlastung von der Schadenersatzhaftung ist jedoch vorgesehen, wenn die Nichterfüllung einer Vertragspflicht auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht.⁵⁹ Auch hier konnten damit *Civil Law* und *Common Law* in zeitgemäßer und den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragender Weise verschmolzen werden.

6. Verjährung

Im Bereich der Verjährung sind gleichfalls im Ausgangspunkt grundlegende Unterschiede zwischen *Civil Law* und *Common Law* zu verzeichnen. Der traditionelle Ansatz der *Civil Law* Kodifikationen war gekennzeichnet durch sehr lange allgemeine Verjährungsfristen, in der Regel zwischen 10 und 30 Jahren.⁶⁰ Basierend wiederum auf römisch-rechtlicher Tradition unterliegen jedoch Ansprüche aus Sachgewährleistung einer häufig extrem kurzen Verjährungsfrist, die zwischen 30 Tagen, 60 Tagen, sechs Monaten oder einem Jahr variieren kann.⁶¹ Demgegenüber ist auch hier der Ansatz des *Common Law* einfach und klar: Alle vertraglichen Ansprüche unterliegen einer einheitlichen Verjährungsfrist, die zwischen vier und sechs Jahren beträgt.⁶²

Einer Angleichung oder gar Vereinheitlichung der Verjährungsbestimmungen war zunächst nur wenig Erfolg beschieden. Die United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods folgte mit einer generellen vierjährigen Verjährungsfrist klar dem Vorbild des *Common Law* und fand deshalb in vielen *Civil Law* Staaten keine Akzeptanz.⁶³ In Europa führte erst die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine einheitliche zweijährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachgewährleistung

55 Art. 208 Abs. 2 OR.

56 Vgl. insbesondere BGE 133 III 257 (Schweiz); vgl. auch *Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995; kritisch *Honsell* (Fn. 27), Art. 208 Rn. 8.

57 EuGH, NJW 2011, 2269 ff. = EuGH, EuZW 2011, 631 ff. mit Anm. *Piltz*; *Lorenz*, NJW 2011, 2241 ff.

58 Artt. 45 Abs. 1 lit. b, 61 Abs. 1 lit. b CISG.

59 Art. 79 CISG.

60 *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.23 mit zahlreichen Beispielen aus nationalen Rechtsordnungen.

61 Ebd., Rn. 51.27 mit zahlreichen Beispielen aus nationalen Rechtsordnungen; zur Befristung der Mängelgewährleistung im römischen Recht *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, Tübingen 2006, S. 105 ff.

62 *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.33.

63 Vgl. Artt. 8-10 UN Limitation Convention; eine stetig aktuelle Übersicht über die Vertragsstaaten findet sich unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html. Zum jetzigen Zeitpunkt sind 29 Staaten der Verjährungskonvention beigetreten.

ein.⁶⁴ Diese war ihrerseits inspiriert durch die im CISG niedergelegte zweijährige Ausschlussfrist für die Rüge im Falle der Vertragswidrigkeit der Kaufsache.⁶⁵ Im letzten Jahrzehnt haben darüber hinaus eine Reihe von *Civil Law* Staaten ihr Verjährungsrecht grundlegend reformiert und sich dabei an der Regelung des Verjährungsrechts in den PECL orientiert. Kennzeichnend sind drei Ziele: die Vereinheitlichung der Verjährungsfristen, die Verkürzung der Regelverjährung und die Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Verjährungsfristen.⁶⁶ Die Regelverjährung beträgt nunmehr zwischen zwei und fünf Jahren und beginnt grundsätzlich erst ab Kenntnis des Gläubigers von seinem Anspruch zu laufen.⁶⁷ Sie wird ergänzt durch eine absolute Verjährungsfrist, die zwischen 10 und 30 Jahren ab Entstehung des Anspruchs beträgt.⁶⁸ Ob diese Entwicklung auch in Rechtsordnungen des *Common Law* aufgegriffen wird, erscheint als offene Frage. Derzeit jedenfalls verbleiben hier trotz gewisser Annäherungen unüberbrückbare Differenzen.

7. Zwischenergebnis

Fasst man diese Ergebnisse im Sinne eines Zwischenresumées zusammen, so kann zweierlei festgehalten werden: Zum einen hat das CISG die internationale und nationale Entwicklung im Bereich der Rechtsbehelfe der letzten zwei Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst und verändert. Das CISG wiederum baut in diesem Bereich zu großen Teilen auf der Rechtsbehelfsstruktur des *Common Law* auf, ohne aber dessen teilweise altertümliche Verzopftheit zu übernehmen. Dass das *Common Law* die jüngere Rechtsentwicklung so nachhaltig beeinflussen konnte, erscheint nicht verwunderlich. Gerade, aber nicht nur im Bereich der Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung sind die Rechtsordnungen des *Civil Law* stark geprägt durch römisch-rechtliches Gedankengut. Dieses hatte den Marktkauf, vornehmlich den Sklaven- und Viehkauf im Auge. Verschärfend tritt im deutschen Rechtskreis hinzu, dass es der historischen Rechtsschule und Pandektistik im 19. Jahrhundert nicht unbedingt ein Anliegen war, praxisorientierte Lösungen zu entwickeln. Es überrascht daher nicht, dass die entsprechenden Regelungen den Anforderungen vor allem eines globalen Marktes nicht mehr genügen können. Mehr denn je ist gerade auch der internationale Handel auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit angewiesen. Genau dies war und ist schon seit vielen Jahrhunderten primäres Anliegen des englischen Rechts.

64 Art. 5 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12, verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF>.

65 Vgl. Art. 39 Abs. 2 CISG.

66 Zur Reform des Verjährungsrechts in Deutschland *Leenen*, DStR 2002, 34 ff.; zur Verjährungsreform in Frankreich *Ansel*, Charakter, System und Fristen der Verjährung in Frankreich nach der Reform, in *Remien* (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, Würzburger Tagung vom 8. und 9. 5. 2009, Tübingen 2011, S. 29 ff.; für die Revisionsbestrebungen in der Schweiz vgl. außerdem den Anfang 2013 in Kraft getretenen Art. 210 OR sowie den Bericht zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements von August 2011, verfügbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ber-d.pdf>.

67 Vgl. Art. 14:201 PECL (3 Jahre); so auch PICC (Art. 10.2 Abs. 1) und DCFR (Art. III.-7:201); für zahlreiche Beispiele aus nationalen Rechtsordnungen vgl. *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 25), Rn. 51.35, Fn. 95.

68 Vgl. Art. 14:307 PECL; vgl. auch Art. 10.2 Abs. 2 PICC und Art. III.-7:307 DCFR.

III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

1. Allgemeines

Im Gegensatz zum materiellen Recht ist nationales Zivilprozessrecht bislang weitgehend unbeeinflusst von allfälligen Harmonisierungs- oder gar Vereinheitlichungsbestrebungen geblieben.⁶⁹ Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass Prozessrecht aufs Engste mit dem jeweiligen gesellschaftlichen Verständnis von Gerechtigkeit und Fairness verbunden ist.⁷⁰ Von Seiten der Prozessrechtswissenschaft hat es freilich eine ganze Reihe an Vorstößen gegeben, Modelle zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes zu erarbeiten, die im Gegensatz zu ihren materiell-rechtlichen Pendanten jedoch nur von wenig Erfolg gekrönt waren. Genannt seien insoweit insbesondere die Principles of Transnational Civil Procedure, die gemeinsam vom American Law Institute und von UNIDROIT im Jahre 2004 angenommen wurden.⁷¹ Auf europäischer Ebene finden sich unzählige punktuell vereinheitlichte Teilregelungen, wie insbesondere zur grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckung sowie zur internationalen Zuständigkeit, aber auch zu Zustellung, Prozesskostenhilfe, Beweisaufnahme, europäischem Vollstreckungstitel, Mahnverfahren, Verfahren für geringfügige Forderungen und Mediation.⁷² Eine Harmonisierung des gesamten Prozessrechts ist jedoch über den bereits im Jahre 1993 vorgelegten, vielfach kritisierten Vorschlag der sogenannten *Storme-Commission* nicht hinaus gekommen.⁷³

Anders stellt sich die Situation für das internationale Handelsschiedsverfahrensrecht dar. Die Grundlagen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit wurden bereits im Jahre 1958 mit der New York Arbitration Convention gelegt, die die Durchsetzbarkeit von Schiedsvereinbarungen und Schiedssprüchen sicher stellt.⁷⁴ Die New York Convention hat heute 148 Mitgliedstaaten, wenige Ausnahmen finden sich in Afrika und im Pazifik.⁷⁵ Nationale Gesetze zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit haben sich seit den 1980er Jahren stark am 1985 UNCITRAL Model Law on International Commer-

69 Zur Prozessrechtsvergleichung sowie zum gegenwärtigen Stand der Prozessrechtsharmonisierung *van Rhee*, Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective, in *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), Civil Litigation in a Globalising World, The Hague 2012, S. 39 ff.; zur Prozessrechtsvergleichung außerdem *Jolowicz*, On the Comparison of Procedures, in *Nafziger/Symeonides* (Hrsg.), Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren, Ardsley 2002, S. 721 ff.

70 So schon 1949 *Hamson*: „[L]egal procedure is a ritual of extreme social significance. If we can appreciate the meaning of this ritual in the case of our own and even one other community, we obtain a remarkable insight into the fundamental and largely unformulated beliefs accepted by, and acceptable to, those societies; we begin to understand their collective and perhaps contrasted social sense of what is just and fair.“, bei *Jolowicz* (Fn. 69), S. 734.

71 ALL/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, verfügbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>; vgl. auch *Stürner*, 69 RabelsZ (2005), 201 ff.

72 Vgl. die Aufzählung bei *van Rhee* (Fn. 69), S. 53 f.

73 Für die offizielle Version des Vorschlags, wie er der Europäischen Kommission vorgelegt wurde, vgl. *Storme*, Approximation of Judiciary Law in the European Union, Dordrecht 1994; kritisch etwa *Lindblom*, 5 Eur. Rev. Priv. Law (1997), 11 ff.; *Roth*, ZZP 1996, 271, 308 ff.; *Schilken*, ZZP 1995, 315, 330 ff.

74 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 (kurz „New York Convention“ oder „New York Arbitration Convention“), verfügbar unter <http://www.newyorkconvention.org/texts>.

75 Eine Auflistung der Vertragsstaaten findet sich unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

cial Arbitration⁷⁶ orientiert; mittlerweile folgen mehr als 90 Staaten diesem Vorbild.⁷⁷ Auch im Bereich der Schiedsverfahrensregeln war UNCITRAL mit den schon im Jahre 1976 vorgelegten und 2010 revidierten UNCITRAL Arbitration Rules wesentlicher Impulsgeber für eine Harmonisierung des Schiedsverfahrensrechts.⁷⁸ Die UNCITRAL Arbitration Rules, die ursprünglich für *ad hoc* Schiedsverfahren entworfen wurden, haben auch als Basis für zahlreiche institutionelle Schiedsgerichtsordnungen gedient.⁷⁹ Darüber hinaus weisen gerade die jüngsten Revisionen des Jahres 2012 erstaunliche Konvergenzen auf.⁸⁰

2. Parteiautonomie und anwendbares Recht

Was zunächst die Frage des anwendbaren Rechts betrifft, so bezeugen sowohl die modernen nationalen Schiedsgerichtsgesetze als auch die modernen Schiedsgerichtsordnungen einen klaren einheitlichen Trend. Primär ist das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden. Dabei wird die Rechtswahl der Parteien als Verweisung auf die Sachvorschriften des gewählten Rechts und nicht auf seine Kollisionsregeln verstanden.⁸¹ Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so steht die Bestimmung des anwendbaren Rechts grundsätzlich im Ermessen des Schiedsgerichtes. Es ist dabei heute überwiegend nicht mehr an die kollisionsrechtlichen Vorgaben des Schiedsgerichtssitzes gebunden.⁸² Teilweise wird die Wahl des anwendbaren Rechts insoweit eingeschränkt, als das Schiedsgericht das Recht anwenden soll, mit dem die Streitsache am engsten zusammen hängt.⁸³ Bemerkenswert ist vor allem aber, dass die jüngsten Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen im Rahmen der Rechtswahl durch die Parteien nicht nur die Wahl eines nationalen Rechts, sondern auch die Möglichkeit der Wahl von sogenanntem anationalen Recht zulassen.⁸⁴ Darunter fallen ins-

76 Die 2006 novellierte Fassung findet sich unter http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

77 Vgl. die Auflistung unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

78 Die 2010 novellierte Fassung findet sich unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

79 *Born*, International Commercial Arbitration, Vol. I, Alphen aan den Rijn 2009, S. 151 f.

80 Für die Revision der ICC Arbitration Rules vgl. *Voser*, 29 ASA Bulletin (2011), 783 ff.; für die Revision der Swiss Arbitration Rules vgl. *Habegger*, 30 ASA Bulletin (2012), 269 ff.; für die Revision der CIETAC Arbitration Rules vgl. *Song*, 29 J. Int. Arb. (2012), 299 ff. Im Fokus der Revisionen stehen unter anderem Mehrparteien-Schiedsverfahren sowie die Steigerung der Effizienz der Verfahren.

81 *Böckstiegel*, Die Internationalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit, in *Bachmann et al.* (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser, Tübingen 2005, S. 49, 53; vgl. etwa § 1051 Abs. 1 ZPO (Deutschland); § 23 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law 2006.

82 Vgl. *Born*, International Commercial Arbitration, Volume I, Alphen aan den Rijn 2009, S. 2116 f.; Art. 21 Abs. 1 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 47 Abs. 2 CIETAC Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 3 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL Model Law 2006.

83 Vgl. § 1051 Abs. 2 ZPO (Deutschland); Art. 187 Abs. 1 IPRG (Schweiz); § 23 Abs. 2 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 33 Abs. 1 Swiss Arbitration Rules 2012.

84 Vgl. etwa § 1051 Abs. 1 ZPO (Deutschland); Art. 187 Abs. 1 IPRG (Schweiz); Art. 21 Abs. 1 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 33 Abs. 1 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 3 LCIA Arbitration Rules 1998; § 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law 2006. Die Möglichkeit der Parteien anationales Recht zu wählen wird aus der Verwendung des Begriffs „Rechtsvorschriften“ bzw. „Rechtsregeln“ (englisch „rules of law“, französisch „règles de droit“) anstelle des Begriffs „Recht“ geschlossen; vgl. hierzu *Born* (Fn. 82), S. 2143 f.; vgl. für Deutschland *Münch*, in *Rauscher et al.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., München 2008, § 1051 Rn. 12.

besondere auch die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.⁸⁵ Die Praxis macht allerdings von dieser Möglichkeit so gut wie keinen Gebrauch.

3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht

Jenseits der internationalen Angleichung der Bestimmungen der Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen wird das internationale Schiedsverfahren immer stärker globalisiert. Die Parteien, ihre Anwälte und die Schiedsrichter, die aufgerufen sind gemeinsam zur Lösung eines Streitfalles beizutragen, stammen oft aus unterschiedlichen Regionen der Welt, so dass hier unterschiedliche Rechtskulturen aufeinander prallen, die, um eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung zu erreichen, einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden müssen.⁸⁶ Das Zusammenfließen von *Common* und *Civil Law* im internationalen Schiedsgerichtsverfahren wurde von mancher Seite bereits als prozessrechtliche *lex mercatoria* bezeichnet.⁸⁷ Im Folgenden sei auf drei Beispiele eingegangen – das Prinzip *iura novit curia*, die Pflicht zur Dokumentenvorlage und die Zeugenbefragung.

a) Das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren

In allen Rechtsordnungen findet das Prinzip *iura novit curia* mehr oder weniger Anwendung. Es wird erwartet, dass der Richter das Recht, zumindest sein eigenes nationales Recht, kennt und es anzuwenden weiß. Gleichwohl unterscheiden sich *Civil Law* und *Common Law* in der Bedeutung, die diesem Prinzip zugemessen wird. In *Civil Law* Rechtsordnungen gelangt das Prinzip *iura novit curia* offen und uneingeschränkt zur Anwendung.⁸⁸ Im deutschen Rechtskreis ist dies nicht zuletzt auf die Pandektistik des 19. Jahrhunderts zurückzuführen.⁸⁹ Dagegen wird die Maßgeblichkeit des *iura novit curia* Prinzips im *Common Law* teilweise gänzlich in Abrede gestellt, jedenfalls aber nur in zurückhaltender Weise angenommen.⁹⁰ Hintergrund für diese unterschiedliche Haltung ist die Stellung des Richters in den jeweiligen Rechtsordnungen.⁹¹ Bekanntermaßen geht das *Common Law* vom *adversarial system* aus, bei welchem dem Richter eine tendenziell passive Rolle zukommt. Es ist primär Sache der Parteien, nicht nur die Fakten, sondern auch das Recht vorzutragen.⁹² Demgegenüber wird vor allem von *Common Law* Juristen das dem *Civil Law* zugrunde liegende Verfahrensmodell oft als „inquisitorisch“ gebrandmarkt, was zweifellos eine Überzeichnung darstellt, aber

85 Vgl. Fn. 14.

86 Kaufmann-Kohler, 36 Vand. J. Trans. L. (2003), 1313, 1323; vgl. außerdem Böckstiegel (Fn. 81), S. 49 ff.

87 Kaufmann-Kohler (Fn. 86), 1322 f.; vgl. auch Sachs, SchiedsVZ 2003, 193, 198 in Hinblick auf die Pflicht zur Dokumentenvorlage.

88 Waincymer, 28 J. Int. Arb. (2011), 201, 204.

89 Zur Entwicklung des deutschen Rechts im 19. Jahrhundert und der Pandektenwissenschaft Zweigert/Kötz (Fn. 32), S. 137 ff.

90 Vgl. Mann, 93 L. Q. R. (1977), 367, 375; vgl. auch Waincymer (Fn. 88), 204.

91 So auch Waincymer (Fn. 88), 206; zu Stellung und Aufgaben des Richters im *Civil Law* und andererseits im *Common Law* Taruffo, Chapter 7: Evidence, in Cappelletti (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen 2010, Rn. 73 ff.

92 Vgl. Craig, Common Law Principles on the Taking of Evidence, in Böckstiegel (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001, S. 9, 12 f.: „In a caricatural form, the perfect judge in common law litigation is said to limit his intervention to saying ‘good morning’ at the opening of the day’s proceeding and ‘good evening’ at its close.“; vgl. auch Stürner, ZZP 2010, 147, 150 f.

dennoch einen Kern Wahrheit enthält.⁹³ Mit zu diesen Unterschieden trägt sicher auch die Art und Weise der Rekrutierung der Richter und die Struktur der Gerichte bei.⁹⁴ In den Rechtsordnungen des *Common Law* ist der Richterberuf kein Karriereberuf, sondern wird typischerweise erst zu einem späteren Zeitpunkt der juristischen Karriere ergriffen. Hingegen folgt in vielen Rechtsordnungen des *Civil Law* der Beginn der richterlichen Karriere in unmittelbarem Anschluss an die juristische Ausbildung. Hinzu kommt eine Spezialisierung der Gerichte im *Civil Law*, aufgrund derer man von den Richtern eher juristische Spezialkenntnisse erwarten kann als von Richtern im *Common Law*, die tendenziell eher Generalisten sind.⁹⁵

Gibt es schon signifikante Unterschiede im Hinblick auf die Anwendung des *iura novit curia* Prinzips in Bezug auf das eigene Recht, so gilt dies erst recht für die Anwendung ausländischen Rechts.⁹⁶ So wird in England und Frankreich ausländisches Recht als Tatsache behandelt, die von den Parteien im Prozess bewiesen werden muss.⁹⁷ Demgegenüber betrachten sowohl das deutsche und schweizerische als auch das US-amerikanische Recht die Feststellung des ausländischen Rechts als Rechts- und nicht als Tatsachenfrage, wenngleich gewisse Einschränkungen des *iura novit curia* Prinzips zu verzeichnen sind.⁹⁸

Für die internationale schiedsgerichtliche Praxis muss zunächst betont werden, dass im Hinblick auf das anwendbare Recht zunächst nicht zwischen nationalem Recht und ausländischem Recht unterschieden werden kann. Da es kein nationales Recht des Schiedsgerichts gibt, handelt es sich immer um „ausländisches“ Recht.⁹⁹ Dementsprechend wird auch die Frage, ob das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren Anwendung findet, sehr unterschiedlich beantwortet.¹⁰⁰ Für die

93 Vgl. *Craig* (Fn. 92), S. 12 f.

94 Zur historischen Entwicklung der Gerichte und des Richters, der heutigen Gerichtsstruktur sowie zum Richterberuf in der heutigen Zeit in *Common und Civil Law Lundmark*, Charting the Divide between Common and Civil Law, Oxford 2012, S. 176 ff., 212, mit der anschaulichen Beschreibung: „In short, from a functional standpoint, it could be said that English and Welsh advocates (barristers) and American advocates (attorneys) are acting like German and Swedish judges, and that German and Swedish judges are acting like common law advocates.“

95 *Gerber*, Comparing Procedural Systems: Toward an Analytical Framework, in *Nafziger/Symeonides* (Fn. 69), S. 665, 671.

96 Vgl. *Cappelletti/Garth*, Chapter 1: Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, in *Cappelletti* (Fn. 91) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen 1987, Rn. 26.

97 *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1331 f.; *Alberti*, Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 1: *iura Novit Curia* in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?, in *Kröll et al.* (Hrsg.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Liber Amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn 2011, S. 3, 9 ff.

98 Vgl. § 293 ZPO (Deutschland); Art. 16 Abs. 1 IPRG (Schweiz); Rule 44.1 U.S. Federal Rules of Civil Procedure; vgl. auch *Alberti* (Fn. 97), S. 7 ff.

99 Vgl. auch *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1331; *Giovannini*, International Arbitration and *Jura Novit Curia* – Towards Harmonization, in *Fernández-Ballesteros/Arias* (Hrsg.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010, S. 495, 497.

100 *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1331 ff. Die meisten nationalen Gesetze zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sowie die Mehrheit der institutionellen Schiedsgerichtsordnungen enthalten keine Bestimmungen zu der Frage, ob und wenn ja, wie das Prinzip *iura novit curia* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung gelangt. Ausnahmen bilden Art. 34 Abs. 2 lit. g English Arbitration Act 1996 und Art. 22 Abs. 1 lit. c LCIA Arbitration Rules 1998. Zur weitergehenden Frage, ob – die grundsätzliche Anwendbarkeit des Prinzips unterstellt – seine Anwendung im internationalen Schiedsverfahren lediglich rechtlich möglich oder aber obligatorisch ist *Alberti* (Fn. 97), S. 24 ff.; *Giovannini* (Fn. 99), S. 499 ff.

Schweiz hat das Bundesgericht seine Geltung auch für das internationale Schiedsverfahren bejaht.¹⁰¹ Eine andere Frage ist es, ob das Schiedsgericht verpflichtet ist, möglicherweise anwendbare Bestimmungen mit den Parteien zu erörtern, weil sonst das rechtliche Gehör verletzt werden könnte.¹⁰² Jenseits dieser theoretischen Grundlagen, ist es inzwischen gängige Praxis, dass die Parteien im internationalen Schiedsverfahren ausführlich zum Inhalt des anwendbaren Rechts Stellung nehmen und dieses durch Vorlage entsprechenden Materials und durch sachverständige Zeugen nachweisen.¹⁰³

b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren

In Bezug auf die Verpflichtung zur Dokumentenvorlage bestehen in *Civil Law* und *Common Law* grundlegende Unterschiede. Traditionellerweise besteht in den Rechtsordnungen des *Civil Law* keine allgemeine Verpflichtung zur Herausgabe von Dokumenten an die gegnerische Partei, damit diese ihrer Beweispflicht nachkommen kann.¹⁰⁴ Im starken Kontrast dazu steht wiederum der Ansatz im *Common Law*, der in der von kontinental-europäischen Juristen vielfach geißelten *pre-trial discovery* des US-amerikanischen Rechts seinen Höhepunkt findet.¹⁰⁵ In den letzten fünfzehn Jahren hat freilich von beiden Seiten eine gewisse Annäherung stattgefunden.¹⁰⁶ So hat Deutschland im Jahre 2002 die Möglichkeit des Gerichts eingeführt die Vorlage von Urkunden und sonstigen Unterlagen anzuordnen¹⁰⁷; eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in der im Jahre 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung.¹⁰⁸ Umgekehrt wurden die Bestimmungen zur *discovery* in England im Jahre 1999 mit der Woolf-Reform eingeschränkt.¹⁰⁹

Im internationalen Schiedsgerichtsverfahren fließen inzwischen *Common Law* und *Civil Law* Ansätze bezüglich der Herausgabe von Dokumenten zusammen.¹¹⁰ Die meisten Schiedsgerichtsordnungen sehen die Möglichkeit der Anordnung der Dokumentenherausgabe vor, stellen diese jedoch in das Ermessen des Schiedsgerichts.¹¹¹ *Discovery*, wie sie dem US-amerikanischen Recht bekannt und allseits gefürchtet ist, findet in internationalen Schiedsverfahren allerdings regelmäßig nicht statt.¹¹² Der heute übli-

101 Bundesgericht, Entscheid vom 9. Februar 2009, 4A_400/2008.

102 Hierzu *Alberti* (Fn. 97), S. 19 ff.

103 *Girsberger/Voser*, International Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Zürich 2012, Rn. 942.

104 *Kaufmann-Kohler*, SchiedsVZ 2004, 13, 14; *Craig* (Fn. 92), S. 15.

105 Zur *pre-trial discovery* *Craig* (Fn. 92), S. 14 ff.; *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 78; *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121 f.

106 *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1326 f.; *dies.* (Fn. 104), 17; *Sachs* (Fn. 87), 198.

107 Vgl. § 142 ZPO (Deutschland).

108 Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO (Schweiz).

109 Vgl. Rule 31 Civil Procedure Rules 1999 (Grossbritannien); vgl. auch *The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls*, Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1995, Kapitel 12 Rn. 37, verfügbar unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>.

110 *Elsing/Townsend*, 18 Arb. Int. (2002), 59, 61; *Wirth*, SchiedsVZ 2003, 9, 11 ff.; *Böckstiegel* (Fn. 81), S. 55; vgl. auch *Kaufmann-Kohler* (Fn. 86), 1325; vgl. zum Ganzen auch *Ylikantola*, 16 VJ (2012) 123 ff.

111 Vgl. etwa § 27 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 24 Abs. 3 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 22 Abs. 1 lit. e LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 25 Abs. 5 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 27 Abs. 3 UNCITRAL Arbitration Rules 2010.

112 *Elsing/Townsend* (Fn. 110), 61.

che Standard wird reflektiert in den IBA Rules on the Taking of Evidence.¹¹³ Danach kann eine Partei die Herausgabe von hinreichend spezifizierten Dokumenten von der anderen Partei verlangen, wenn deren Relevanz für die Entscheidung des Rechtsstreits dargelegt wird.¹¹⁴ Sogenannte *fishing expeditions* sind damit ausgeschlossen.¹¹⁵

c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren

Entsprechend der unterschiedlichen Stellung des Richters im Zivilprozess¹¹⁶ divergiert auch die Art und Weise der Abnahme von Zeugenbeweisen im *Civil Law* und *Common Law*. Befragung der Zeugen ist im *Civil Law* grundsätzlich dem Richter vorbehalten.¹¹⁷ Den Anwälten war und ist in vielen Rechtsordnungen jede Beeinflussung von Zeugen standesrechtlich untersagt.¹¹⁸ Ganz anders stellt sich auch hier die Situation im *Common Law* dar. Die Ladung und Befragung der Zeugen liegt hier grundsätzlich in der Hand der Parteien und ihrer Anwälte. Üblich ist zunächst die direkte Befragung durch die Partei, die den jeweiligen Zeugen benannt hat, gefolgt von der sogenannten *cross examination* durch die gegnerische Seite und einer nochmaligen Befragung durch die ursprüngliche Partei, die sogenannte *re-direct examination*.¹¹⁹ Dieses Prozedere hat dazu geführt, dass sich eine umfassende Vorbereitung der eigenen Zeugen auf ihr Auftreten im Prozess durch die Parteivertreter, das sogenannte *witness coaching*, eingebürgert hat.¹²⁰

Im Hinblick auf den Zeugenbeweis hat sich im internationalen Schiedsverfahren eine Praxis herausgebildet, die wiederum Elemente beider Systeme in sich aufnimmt. Zunächst ist hervorzuheben, dass entsprechend dem Verständnis im *Common Law*,¹²¹ die Parteien und ihre Vertreter als Zeugen fungieren können.¹²² Der Zeugenbeweis wird regelmäßig vorbereitet durch schriftlich niedergelegte Zeugenaussagen, die in der Regel in der mündlichen Verhandlung die mündliche Befragung durch die eigene Partei ersetzen. *Cross examination* und *re-direct examination* sind üblich. Allerdings steht es den Schiedsrichtern jederzeit frei, in die Zeugenbefragung durch die Parteien einzugreifen und auch eigene Fragen zu stellen.¹²³ Im internationalen Schiedsverfahrens-

113 *International Bar Association*, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration („IBA Rules 2010“), verfügbar unter http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence; zur 2010 revidierten Fassung *Kläsener/Dolgorukow*, Schieds-VZ 2010, 302 ff.; *Kühner*, 27 J. Int. Arb. (2010), 667 ff.; *von Segesser*, 28 ASA Bulletin (2010), 735 ff.

114 Art. 3 Abs. 2, 3 IBA Rules 2010.

115 Vgl. *IBA Working Party*, Commentary on the New IBA Rules of Evidence, in *Weigand* (Hrsg.), Practitioner's Handbook on International Arbitration, München 2002, S. 372, 379.

116 Vgl. oben unter III. 3. a).

117 *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 84; *Wirth* (Fn. 110), 14.

118 Vgl. etwa Art. 7 Schweizerische Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands; vgl. ferner *Wirth* (Fn. 110), 13.

119 *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 83; *Craig* (Fn. 92), S. 19.

120 Hierzu umfassend *Timmerbeil*, Witness Coaching und Adversary System, Tübingen 2004.

121 Vgl. *Craig* (Fn. 92), S. 19 f.

122 Vgl. etwa Art. 25 Abs. 2 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 20 Abs. 7 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 27 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules 2010; Art. 4 Abs. 2 IBA Rules 2010; vgl. ferner *Griffin*, 17 J. Int. Arb. (2000), 19, 26 f.; *Thümmel*, AG 2006, 842, 846.

123 *Griffin* (Fn. 122), 28; *Elsing/Townsend* (Fn. 110), 62 f.; *Thümmel* (Fn. 122), 845. Vgl. § 27 Abs. 1 DIS Arbitration Rules 1998; Art. 25 Abs. 4 Swiss Arbitration Rules 2012; Art. 25 Abs. 3 ICC Arbitration Rules 2012; Art. 25 Abs. 4 UNCITRAL Arbitration Rules 2010; explizit Art. 20 Abs. 5 LCIA Arbitration Rules 1998; Art. 8 Abs. 3 lit. a, b und Art. 8 Abs. 3 lit. g IBA Rules 2010.

recht ist anerkannt, dass Zeugen von der sie benennenden Partei vor der mündlichen Verhandlung befragt und vorbereitet werden dürfen.¹²⁴

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz gewisser Einflüsse des *Civil Law* die heutige internationale Schiedsgerichtspraxis stark geprägt ist vom *Common Law*.¹²⁵ Dies gilt insbesondere für das Beweisverfahren. Die Umstände, die hierzu geführt haben, liegen maßgeblich darin begründet, dass das internationale Schiedsverfahren dem Zivilprozess im *Common Law* wesentlich näher steht als demjenigen im *Civil Law*.

So kommt es häufig vor, dass nicht alle, wenn nicht gar keiner der Schiedsrichter in der Rechtsordnung beheimatet ist, deren materielles Recht auf die Streitsache zur Anwendung gelangt. Es erscheint deshalb selbstverständlich, dass es primär Sache der Parteien ist, den Inhalt des anzuwendenden Rechts, gegebenenfalls unter Beiziehung sachverständiger Zeugen, darzulegen und nachzuweisen. Dokumentenvorlage und Zeugenvorbereitung hängen im anglo-amerikanischen Zivilprozess eng mit der Idee des *one day in court*, der effizienten Gestaltung der mündlichen Verhandlung zusammen, die wiederum auf die Möglichkeit des Jury-Verfahrens auch im Zivilprozess zurückzuführen ist.¹²⁶ Auch insoweit weist das internationale Schiedsverfahren signifikante Parallelen auf. Man stelle sich ein Schiedsverfahren vor, bei dem die Parteien, ihre Vertreter und die Schiedsrichter aus verschiedenen Kontinenten kommen. Bereits die gemeinsame Verständigung auf einen Termin für die mündliche Verhandlung wird bei vielbeschäftigten Schiedsrichtern und Anwälten nicht einfach sein. So kann man es sich schlicht weder zeitlich noch finanziell leisten, beispielsweise am zweiten Tag der mündlichen Verhandlung diese vertagen zu müssen, weil bestimmte Beweismittel vor der mündlichen Verhandlung nicht bekannt oder verfügbar waren. Schließlich wird ein Schiedsgericht schon deshalb eher einem Verfahrensrecht zugeneigt sein, das wie das *Common Law* einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung verpflichtet ist, weil seine Entscheidung abgesehen von groben Verfahrensfehlern, anders als jene des staatlichen Gerichts, grundsätzlich endgültig ist.¹²⁷

IV. Schlussbetrachtung

Wie eingangs erwähnt, ist der Motor für die Angleichung des Privatrechts in der Globalisierung des Handels zu sehen. Wo die Industrialisierung zu Beginn des 19. Jahrhunderts vielerorts zur Kodifizierung des Privatrechts auf der Ebene der Nationalstaaten geführt hat, führt die Globalisierung im 21. Jahrhundert zu einer Angleichung des

124 Vgl. Guidelines 18-25 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, 2013, verfügbar unter http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Vgl. auch *Griffin* (Fn. 122), 28; *Thümmel* (Fn. 122), 845; *Wirth* (Fn. 110), 13. Wie weit diese Vorbereitung im Detail gehen darf, ist jedoch unklar. Vgl. hierzu von *Schlabrendorff*, Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration Proceedings: The Quest for Developing Transnational Standards of Lawyer's Conduct, in *Fernández-Ballesteros/Arias* (Fn. 99), S. 1161 ff.

125 So auch *Wirth* (Fn. 110), 9 ff.

126 Zum sogenannten Trial-Modell *Taruffo* (Fn. 91), Rn. 79; zum Jury-Verfahren *Craig* (Fn. 92), S. 11, 18.

127 So auch *Wirth* (Fn. 110), 11.

Privatrechts auf transnationaler Ebene, die ihrerseits jedoch nicht ohne Auswirkung auf das nationalstaatliche Verständnis bleibt. Dies geht Hand in Hand mit einer zunehmenden Privatisierung und Delokalisierung des Privatrechts und der privatrechtlichen Streitschlichtung. Dabei ist unverkennbar, dass die entstehenden einheitlichen privatrechtlichen Standards in ihren Inhalten stärker vom *Common Law* als vom *Civil Law* beeinflusst wurden. Es wäre ein Leichtes, jenseits der hier behandelten Gebiete dies auch für andere Bereiche des Privatrechts aufzuzeigen. Der Grund hierfür dürfte dabei nicht so sehr in globalen Machtstrukturen, sondern vor allem auch darin liegen, dass das *Common Law* für die aktuellen Bedürfnisse der globalisierten Rechtswelt im Ansatzpunkt besser geeignet erscheint als das *Civil Law*. Bemerkenswert ist jedoch, dass das *Civil Law* zwar nicht die Inhalte, aber doch die Form, in der vereinheitlichte privatrechtliche Standards niedergelegt werden, prägt. Harmonisierung und Vereinheitlichung ergibt sich nicht aus Fallrecht, sondern ist heute in internationalen Konventionen, Modellgesetzen, Prinzipien und Regeln zu finden. Die vordem allein im deutschen Rechtskreis bekannte Literaturgattung des Kommentars hat inzwischen auch auf internationaler Ebene Einzug gehalten.

Auch wenn vereinheitlichte privatrechtliche Standards bereits auszumachen sind, kann nicht verkannt werden, dass im Privatrecht noch weite Bereiche gänzlich unvereinheitlicht neben einander stehen. Bis zu einer echten Vereinheitlichung selbst so zentraler Bereiche wie dem allgemeinen Vertragsrecht wird es voraussichtlich noch einige Jahrzehnte dauern. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde im letzten Jahr von der Schweiz unternommen, die UNCITRAL aufgefordert hat, Wünschbarkeit und Machbarkeit einer weltweiten Vereinheitlichung des allgemeinen Vertragsrechts zu prüfen.¹²⁸

128 *United Nations Commission on International Trade Law*, Possible future work in the area of international contract law: Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law, 45th session, New York, 25 June-6 July 2012, A/CN.9/758 (8. Mai 2012), verfügbar unter www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley), Basel

I. Einleitung

Die Privatrechtsordnungen des *Common Law* und *Civil Law* erfahren seit einigen Jahrzehnten eine bemerkenswerte Annäherung. Motor für diese Entwicklung ist die rasante Globalisierung des Handels und der Wirtschaft.

II. Vereinheitlichungstendenzen im materiellen Recht der Rechtsbehelfe

1. Allgemeines

Die im Jahre 1980 verabschiedete United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) hat sowohl die nationale als auch die internationale Entwicklung des Vertragsrechts in den letzten zwei Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst.

Das CISG sowie die ihm nachgebildeten Reformen des Vertragsrechts führen in vorbildlicher Weise unterschiedliche Ausgangspunkte des *Common Law* und des *Civil Law* einem praxisorientierten Kompromiss zu.

2. *Cause oriented-approach* vs. *breach of contract-approach*

Der Ansatzpunkt für Rechtsbehelfe im *Common Law* und im *Civil Law* unterscheidet sich grundsätzlich. Die Rechtsordnungen des *Civil Law* differenzieren die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe anhand des jeweiligen Grundes der Vertragsverletzung. Demgegenüber geht das *Common Law* von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung aus. Das CISG und die ihm folgenden modernen Regelungen sind bei der Struktur der Rechtsbehelfe dem *Common Law* gefolgt und haben dem Ansatz des einheitlichen Vertragsbruches zu Recht den Vorzug gegeben.

3. Erfüllungsanspruch

Im *Civil Law* wird als vorrangiger Rechtsbehelf der Erfüllungsanspruch angesehen. Demgegenüber erscheint er im *Common Law* als Ausnahme. Bei Ausarbeitung des CISG konnte der Graben zwischen *Common Law* und *Civil Law* in dieser Hinsicht nicht überbrückt werden. Im Ansatz durchgesetzt hat sich das *Civil Law*; das CISG geht vom Erfüllungsanspruch als Regelrechtsbehelf aus.

4. Vertragsaufhebung

Es gibt kaum einen anderen Rechtsbehelf, der sowohl im klassischen *Civil Law* als auch im *Common Law* so unnötig kompliziert und disparat ausgestaltet ist wie die Vertragsaufhebung. Das CISG verfolgt hingegen einen einheitlichen Ansatz. Ob der Gläubiger den Vertrag aufheben kann, hängt primär nicht vom Grund der Vertragsverletzung, sondern davon ab, ob diese wesentlich ist oder nicht. Auch im Hinblick auf den Mechanismus der Vertragsaufhebung differenziert das CISG nicht. Vertragsaufhebung wird in jedem Fall allein durch eine entsprechende Erklärung seitens des Gläubigers bewirkt.

5. Schadenersatz

Auch beim Rechtsbehelf des Schadenersatzes sind die Ausgangspunkte von *Common Law* und *Civil Law* diametral entgegengesetzt. Im *Common Law* zieht grundsätzlich jeder Vertragsbruch einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Hingegen gewähren die Rechtsordnungen des *Civil Law* Schadenersatz nur im Falle eines Verschuldens. Das CISG verfolgt einen einfachen und deshalb umso überzeugenderen Lösungsansatz. Jeder Vertragsbruch zieht unabhängig von einem allfälligen Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz nach sich. Eine Entlastung von der Schadenersatzhaftung ist jedoch vorgesehen, wenn die Nichterfüllung einer Vertragspflicht auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht. Auch hier konnten damit *Civil Law* und *Common Law* in zeitgemäßer und den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragender Weise verschmolzen werden.

6. Verjährung

Im Bereich der Verjährung sind im Ausgangspunkt grundlegende Unterschiede zwischen *Civil Law* und *Common Law* zu verzeichnen. Trotz gewisser Annäherungen verbleiben hier jedenfalls derzeit unüberbrückbare Differenzen.

7. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das CISG die internationale und nationale Entwicklung im Bereich der Rechtsbehelfe der letzten zwei Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst und verändert hat. Das CISG wiederum baut in diesem Bereich zu großen Teilen auf der Rechtsbehelfsstruktur des *Common Law* auf, ohne aber dessen teilweise altertümliche Verzopftheit zu übernehmen.

III. Vereinheitlichungstendenzen im Prozessrecht, namentlich dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

1. Allgemeines

Im Gegensatz zum materiellen Recht ist das nationale Zivilprozessrecht bislang weitgehend unbeeinflusst von Harmonisierungs- oder Vereinheitlichungsbestrebungen geblieben. Von Seiten der Prozessrechtswissenschaft hat es freilich eine ganze Reihe an Vorstößen gegeben, Modelle zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes zu erarbeiten. Eine Harmonisierung des gesamten Prozessrechts ist jedoch über den im Jahre 1993 vorgelegten, vielfach kritisierten Vorschlag der sogenannten *Storrie-Commission* nicht hinaus gekommen.

Anders stellt sich die Situation für das internationale Handelsschiedsverfahrensrecht dar. Die Grundlagen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat UNCITRAL im Jahre 1958 gelegt; die New York Arbitration Convention stellt die Durchsetzbarkeit von Schiedsvereinbarungen und Schiedssprüchen sicher. Auch im Bereich der Schiedsverfahrensregeln war UNCITRAL mit den schon im Jahre 1976 vorgelegten und 2010 revidierten UNCITRAL Arbitration Rules wesentlicher Impulsgeber für eine Harmonisierung des Schiedsverfahrensrechts.

2. Parteiautonomie und anwendbares Recht

In Hinblick auf die Frage des anwendbaren Rechts bezeugen sowohl die modernen nationalen Schiedsgerichtsgesetze als auch die modernen Schiedsgerichtsordnungen einen klaren einheitlichen Trend. Primär ist das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden. Bemerkenswert ist, dass die jüngsten Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen im Rahmen der Rechtswahl durch die Parteien nicht nur die Wahl eines nationalen Rechtes, sondern auch die Möglichkeit der Wahl von sogenanntem anationalen Recht zulassen.

3. Faktische Angleichungen im Schiedsverfahrensrecht

Jenseits der internationalen Angleichung der Bestimmungen der Schiedsgerichtsgesetze und Schiedsgerichtsordnungen wird das internationale Schiedsverfahren immer stärker globalisiert. Die Parteien, ihre Anwälte und die Schiedsrichter stammen oft aus unterschiedlichen Regionen der Welt, so dass hier unterschiedliche Rechtskulturen aufeinander prallen, die, um eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung zu erreichen, einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden müssen. Das Zusammenfließen von *Common* und *Civil Law* im internationalen Schiedsgerichtsverfahren wurde von mancher Seite bereits als prozessrechtliche *lex mercatoria* bezeichnet.

a) Das Prinzip *iura novit curia* im internationalen Schiedsverfahren

In allen Rechtsordnungen findet das Prinzip *iura novit curia* mehr oder weniger Anwendung. Gleichwohl unterscheiden sich *Civil Law* und *Common Law* in der Bedeutung, die diesem Prinzip zugemessen wird. In *Civil Law* Rechtsordnungen gelangt das Prinzip *iura novit curia* offen und uneingeschränkt zur Anwendung. Dagegen wird die Massgeblichkeit des *iura novit curia* Prinzips im *Common Law* nur in zurückhaltender Weise angenommen. Signifikante Unterschiede im Hinblick auf die Anwendung des *iura novit curia* Prinzips gibt es darüber hinaus in Bezug auf die Anwendung ausländischen Rechts.

Da es in der internationalen schiedsgerichtlichen Praxis kein nationales Recht des Schiedsgerichts gibt, handelt es sich immer um „ausländisches“ Recht. Es ist inzwischen gängige Praxis in internationalen Schiedsverfahren, dass die Parteien ausführlich zum Inhalt des anwendbaren Rechts Stellung nehmen und dieses durch Vorlage entsprechenden Materials und durch sachverständige Zeugen nachweisen.

b) Die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten im internationalen Schiedsverfahren

In Bezug auf die Verpflichtung zur Dokumentenvorlage bestehen in *Civil Law* und *Common Law* grundlegende Unterschiede. In den letzten fünfzehn Jahren hat freilich von beiden Seiten eine gewisse Annäherung stattgefunden. Im internationalen Schiedsgerichtsverfahren fließen *Common Law* und *Civil Law* Ansätze bezüglich der Herausgabe von Dokumenten zusammen. Die meisten Schiedsgerichtsordnungen sehen die Möglichkeit der Anordnung der Dokumentenherausgabe vor.

c) Zeugenbefragung im internationalen Schiedsverfahren

Entsprechend der unterschiedlichen Stellung des Richters im Zivilprozess divergiert auch die Art und Weise der Abnahme von Zeugenbeweisen im *Civil Law* und *Common Law*. Befragung der Zeugen ist im *Civil Law* grundsätzlich dem Richter vorbehalten.

Ganz anders stellt sich die Situation im *Common Law* dar. Die Ladung und Befragung der Zeugen liegt hier grundsätzlich in der Hand der Parteien und ihrer Anwälte. Im internationalen Schiedsverfahren hat sich eine Praxis herausgebildet, die wiederum Elemente beider Systeme in sich aufnimmt.

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz gewisser Einflüsse des *Civil Law* die heutige internationale Schiedsgerichtspraxis stark geprägt ist vom *Common Law*.

IV. Schlussbetrachtung

Die fortschreitende Globalisierung führt im 21. Jahrhundert zu einer Angleichung des Privatrechts auf transnationaler Ebene, die ihrerseits jedoch nicht ohne Auswirkung auf das nationalstaatliche Verständnis bleibt. Dies geht Hand in Hand mit einer zunehmenden Privatisierung und Delokalisierung des Privatrechts und der privatrechtlichen Streitschlichtung. Dabei ist unverkennbar, dass die entstehenden einheitlichen privatrechtlichen Standards in ihren Inhalten stärker vom *Common Law* als vom *Civil Law* beeinflusst wurden.

Auch wenn vereinheitlichte privatrechtliche Standards bereits auszumachen sind, kann nicht verkannt werden, dass im Privatrecht noch weite Bereiche gänzlich unvereinheitlicht neben einander stehen. Bis zu einer echten Vereinheitlichung selbst so zentraler Bereiche wie dem allgemeinen Vertragsrecht wird es voraussichtlich noch einige Jahrzehnte dauern. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde 2012 von der Schweiz unternommen, die UNCITRAL aufgefordert hat, Wünschbarkeit und Machbarkeit einer weltweiten Vereinheitlichung des allgemeinen Vertragsrechts zu prüfen.

Summary

Hybridization of legal systems – International civil law standards
by Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley), Basel

I. Introduction

During the past several decades the common law and civil law private law systems have been converging. The catalyst for this development is the rapid globalization of trade and commerce.

II. Standardization tendencies in the substantive law of legal remedies

1. General

During the last three decades the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has significantly influenced the domestic as well as the international development of contract law.

The CISG as well as the numerous private law reforms modeled after it exemplarily bridge the gap between common law and civil law by combining both systems to a practice-oriented compromise.

2. Cause oriented-approach vs. breach of contract-approach

The starting points for remedies in case of breach of contract differ fundamentally in civil law and common law. Civil law systems distinguish the remedies applicable according to the respective cause of the breach. In contrast, the remedial system for breach of contract in common law is based on a unitary approach. The CISG and the modern rules following its example have convincingly opted for the common law breach of contract-approach.

3. Specific performance

In civil law systems the primary remedy is specific performance. In common law specific performance is rather an exception. During the drafting process of the CISG no common approach could be achieved to bridge this gap. The starting point of the CISG is derived from civil law. The CISG generally allows for specific performance.

4. Avoidance of contract

There is hardly any remedy as complex and disparate in both civil law and common law as avoidance of contract. The CISG on the other hand follows a unitary approach. Under the CISG the remedy of avoidance does not depend on the reason causing the non-performance, but only on the gravity of the breach. The unitary approach is also reflected in the mechanism how avoidance occurs. In all cases avoidance must be declared by the aggrieved party.

5. Damages

With regard to the remedy of damages again, civil law and common law differ fundamentally. Generally, in common law any breach of contract allows for a claim of dam-

ages. Civil law systems, on the other hand, grant damages only if the breach was due to the fault of the obligor. The CISG takes a simpler and thus more convincing approach. Every breach of contract triggers liability for damages irrespective of whether or not the breach was due to the obligor's fault or not. The obligor may be exempted from paying damages, however, if the failure to perform was due to an impediment beyond the obligor's control. Again, it has been achieved to merge civil law and common law in a modern way accommodating the needs of today's trade.

6. Limitation of actions

Major differences between common law and civil law exist in the field of limitation of actions. Notwithstanding a certain convergence, at the time being the gap seems to be too big to be bridged yet.

7. Preliminary conclusion

Summarizing, the CISG has had a great influence on both the international and the domestic remedial systems during the past two decades. The CISG, in turn, strongly builds upon the structure of remedies in common law, but overcomes its antiquated approaches.

III. Standardization tendencies in procedural law, namely in the law of international arbitration

1. General

In contrast to substantive law domestic civil procedure law has remained largely unaffected by harmonization or unification efforts. There have been a number of endeavors initiated mainly by academia, though. A comprehensive harmonization, however, has not exceeded the heavily criticized proposal of the so-called Storme Commission in 1993.

The situation is different with regard to the law of international commercial arbitration. The legal foundations for international commercial arbitration have been laid by UNCITRAL in 1958; the New York Convention has ensured the enforceability of both arbitral agreements and arbitral awards. UNCITRAL also took the lead in harmonizing the rules for international commercial arbitration. The 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, recently revised in 2010, were a major impulse for the harmonization of arbitration rules.

2. Party autonomy and applicable law

With regard to the question of the applicable law both modern domestic arbitration laws and modern arbitration rules follow a clear uniform trend. The primarily applicable law is the law chosen by the parties. Remarkably, the most recent arbitration laws and arbitration rules allow for the parties to agree not only on national law, but also on so-called a-national law.

3. Converging practice in international arbitration procedure

Apart from international convergences of arbitration laws and arbitration rules it is also the practice of international arbitration procedure itself that is experiencing signif-

icant globalization. The parties, their lawyers and the arbitrators more often than not come from different regions of the world. In order to find a solution acceptable to all parties involved, those different legal cultures have to be adequately balanced. The coalescence of common law and civil law in international arbitration has frequently been termed the *lex mercatoria* of procedural law.

a) The principle of *iura novit curia* in international arbitration

The principle of *iura novit curia* is more or less known in all legal systems. The effects accorded to this principle, however, differ in civil law and common law jurisdictions. Civil law litigation systems support the principle almost unconditionally. Common law jurisdictions, on the other hand, are much less supportive of the *iura novit curia* principle. The differences in applying the *iura novit curia* principle grow even stronger with regard to foreign law.

As in international arbitration there is no national law of the tribunal, every law applied is “foreign” law. Today it is common in international arbitration practice, that the parties submit detailed opinions regarding the substantive law and support their submissions with corresponding evidence and expert witnesses.

b) Document production in international arbitration

Major differences between civil law and common law exist with regard to document production. Nonetheless, the past fifteen years have witnessed a gradual convergence of civil law and common law approaches. In international arbitration practice both approaches are combined. Most arbitration rules provide for some level of document production.

c) Examination of witnesses in international arbitration

Corresponding to the different roles of the judge in civil litigation the manner of taking evidence differs significantly in civil law and common law. In civil law litigation systems the judge is in control of the examination of witnesses. The situation is completely different in common law jurisdictions. Here, both the summoning and questioning of witnesses lie within the responsibility of the parties and their advocates. International arbitration practice, in turn, has picked up elements from both legal systems.

4. Preliminary conclusion

Summarizing, although certain civil law practices have found their way into international arbitration practice, today’s international arbitration proceedings are significantly shaped by common law techniques.

IV. Conclusion

The advancing globalization in the 21st century leads to a convergence of private law at the transnational level. This, in turn, challenges the original notion of the nation state. Private law and private law dispute resolution are becoming increasingly privatized and delocalized. It is evident that common law has played the major role in shaping the emerging harmonized private law standards.

Although there already exist harmonized private law standards it cannot be ignored that wide areas of private law are still entirely non-harmonized. A true harmonization

even of key areas as the entire contract law will probably take several decades. A first step towards this direction has been taken by Switzerland, which in 2012 called upon UNCITRAL to embark upon the question whether future work in the area of globally harmonizing general contract law is desirable and feasible.

Diskussion

zu den Referaten Giegerich und Schwenzler

Frau Coester-Waltjen (als Diskussionsleiterin): Es liegen viele Wortmeldungen vor und ich würde am liebsten gleich beginnen mit Herrn Klein und Herrn Proelß, die ja heute Morgen zurückstecken mussten.

Herr Klein: In der Mittagspause hörten wir ein großartiges Konzert und im Beizettel stand, die Stücke der Komponisten versetzen den Hörer in eine schwebende Bewegung über die Grenzen der einzelnen Stücke hinweg. Das haben wir auch bei diesen beiden Referaten erfahren, die von großer Klarheit und systematischer Kraft waren. Dafür ganz herzlichen Dank.

Ich habe vier kurze Fragen:

Erstens, Herr Giegerich, Sie haben gesagt, die Standards lösten den geregelten Fall oder das geregelte Gebiet aus dem „domaine réservé“ heraus und hätten eine verhaltenssteuernde Wirkung. Nun haben Sie an diese Standards natürlich gewisse Anforderungen gestellt. Meine Frage ist: Wenn diese Standards als solche, ohne also bereits in hard law überführt zu sein, diese Anforderungen erfüllen, können sie dann Grundlage einer Streitentscheidung sein? Oder haben sie zumindest eine Lücken füllende Orientierungswirkung für Hard-law-Normen, die in ihrer rechtlichen Nähe stehen, aber selbst lückenhaft sind? Und wenn die Standards die von Ihnen genannten Anforderungen nicht erfüllen, welche rechtliche Bedeutung haben sie dann?

Die zweite Frage betrifft die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Sie sind ja zu Recht in unserem Kontext oft auf die Menschenrechte eingegangen. Nehmen wir die Bestimmungen der Allgemeinen Erklärung aus, die in Gewohnheitsrecht erwachsen sind oder die heute als allgemeine Rechtsgrundsätze angesehen werden können: Was ist mit dem Rest der Bestimmungen? Würden Sie sagen, dass sie Standards in Ihrem Sinne sind?

Die dritte Frage betrifft die Rolle der Staaten. Sie haben gesagt, dass den Staaten, also zunächst der Staatengemeinschaft, aber auch den einzelnen Staaten, eine erhebliche Rolle zukommt. Sie sprachen von ihrer Gewährleistungsfunktion oder der Gewährleistungsverantwortung und der Schutzverantwortung. Die Rolle des Staates hat sich ja nun intern geändert, wenn wir nur daran denken, dass sich der Staat von dem Eingriffsstaat in einen Leistungsstaat verwandelt hat. Würden Sie sagen, dass diese Entwicklung auf der internationalen Ebene eine gewisse Parallele findet?

Und die letzte Frage, die sich an beide Referenten richtet: Mir ist nicht hundertprozentig klar geworden, ob Sie beide von einem identischen Standardbegriff ausgehen, oder ob Sie meinen, dass hier gewisse Unterschiede bestehen. Ich konnte das jetzt nicht völlig nachvollziehen, auch wenn ich annehme, dass ein solcher Unterschied besteht. Herzlichen Dank.

Herr Proelß: Meine Frage geht an Thomas Giegerich und betrifft das Konzept der relativen Normativität, die im Vortrag als Chance für das Völkerrecht konzipiert wur-

de. Ich teile in Vielem ganz die Ansicht des Referenten; was aber diese Einschätzung anbelangt, möchte ich anhand eines Beispiels gewisse Zweifel anmelden. Das Beispiel stammt aus dem Bereich des Umweltvölkerrechts und hängt zusammen mit der Biodiversitätskonvention (CBD). Die Vertragsparteien der CBD nehmen in regelmäßigen Abständen, nämlich auf der alle zwei Jahre stattfindenden Conference of the Parties (COP), so genannte Decisions an. Der Begriff zeigt genau unser Dilemma, denn die Decisions, jedenfalls steht dazu nichts in der CBD, sind nicht rechtsverbindlich im klassischen Sinne. Nun kann man weiter überlegen, ob sie dann in die Kategorien fallen, die über relative Normativität verfügen. Es hat hier in Deutschland vor drei oder vier Jahren eine größere Kontroverse gegeben. Sie bezog sich auf eine Entscheidung, die mit dem Thema Climate Engineering zu tun hatte, also künstliche Eingriffe in natürliche Prozesse zur Abmilderung der Erderwärmung betraf. Da hat ein deutsches Ministerium gesagt: Wir sind an eine Decision der COP der CBD gebunden, mit der ein Moratorium hinsichtlich der sogenannten Eisendüngung vereinbart wurde; das ist rechtsverbindlich für uns. Diese Decision war übrigens unter deutscher Schirmherrschaft ausgehandelt worden, und zwar unter Federführung des dem so argumentierenden Ministeriums vorstehenden Ministers. Ein anderes Ministerium hat aber gesagt: Die Decision ist reines Soft Law, die ist nicht verbindlich. Jetzt stellt sich die Frage, wie passt das in unser Schema? Wie gesagt, in der CBD findet sich zur Frage der Verbindlichkeit von COP Decisions nichts. Wenn man jetzt in klassischen Kategorien denkt, könnte man allenfalls einen Estoppel erwägen, also Vertrauensschutzaspekte anführen. Nun hatten seinerzeit aber zahlreiche Staaten gesagt, hieraus entsteht kein Vertrauenstatbestand, obwohl die Decision im Konsens angenommen wurde. Also sind wir wohl auf der letzten der von Thomas Giegerich identifizierten Stufen, der Erzeugung von faktischem Befolungsdruck. In der Tat: Der faktische Befolungsdruck war erheblich, er äußerte sich u.a. in einer konzertierten Aktion zahlreicher NGO's, nachdem bekannt geworden war, dass von einem deutschen Forschungsschiff aus ein Eisendüngungsexperiment durchgeführt werden sollte. Das Ganze ist in Deutschland wirklich sehr umstritten gewesen, niemand wusste, wie es weitergehen soll. Es ging um ein ganz konkretes Experiment, deshalb die Frage: Ist relative Normativität in diesem Sinne wirklich etwas, das wir uneingeschränkt positiv einschätzen sollten, oder kann sie nicht vielmehr zu Rechtsunsicherheit führen, weil – bezogen auf meinen Fall – keiner ganz genau weiß, was ist denn das jetzt eigentlich für ein „Beschluss“ und wie müssen wir den handhaben? Insofern besteht die Gefahr, dass relative Normativität in eine Art Entscheidungsparalyse mündet. Vor diesem Hintergrund sehe ich das etwas skeptischer als Thomas Giegerich. Vielen Dank.

Herr Maruhn: Ich nehme nur Stellung zu dem Referat von Herrn Giegerich. Besonders gut hat mir gefallen, dass das Ganze in den Rahmen des geltenden Völkerrechts eingepasst wurde und nicht etwas frei Schwebendes neu geschaffen wurde. Trotzdem: Wie stellt sich denn etwa im Auswärtigen Amt oder einem anderen Ministerium die Gewährleistungsverantwortung konkret dar, wie lässt sie sich umsetzen? Das ist wohl in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Zeit ein bisschen kurz gekommen.

Ein weiterer Punkt, zu dem ich eine Nachfrage habe, ist das Verhältnis der Legitimitätskriterien zueinander, Thesen 17 und 18. Mir ist nicht ganz klar geworden, warum die inhaltliche Legitimität das wichtigste Kriterium sein soll.

Und als dritte Frage direkt daran anschließend: These 22 formuliert das Primat der Politik; dem schließe ich mich gerne an, mir fehlt aber die Begründung dafür. Ist das im

Demokratieprinzip verwurzelt oder welche Rechtsqualitäten hat das auch in These 22 enthaltene „Good Governance“-Prinzip? Vielen Dank.

Herr Sassòli: Vielen Dank für die beiden Referate. Ich bin mit allem einverstanden, was Thomas Giegerich gesagt hat, wahrscheinlich aber etwas pessimistischer über die Möglichkeit, dass es so einfach in das Völkerrecht einzuordnen ist, leider. Das alte Soft Law, dieses Phänomen kennen wir schon lange. Es wurde innerhalb internationaler Organisationen oder Unterorganen ausgearbeitet, in Anwesenheit und durch die Staaten, in Anwesenheit von NGO's, mehr oder weniger begleitet von der öffentlichen Meinung. Wo ich das Problem des neuen Soft Law, das überhandnimmt, sehe, ist: Zuerst wird erklärt, es sei nicht verbindlich und kein neues Recht und in Wirklichkeit kommen die Betroffenen einfach nicht darum herum, obwohl sie oft nichts dazu zu sagen hatten. Es wird gesagt, unabhängige Experten arbeiten diese neuen Standards aus. Zumindest in den paar Prozessen, mit denen ich vertraut bin oder an denen ich sogar teilnahm, war aber auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts gegen die Auffassung der sogenannten unabhängigen US-amerikanischen und britischen Experten keinerlei Auslegung einer Regel möglich. Das ist politisch verständlich, aber dann haben wir doch lieber Regierungsvertreter, als jemanden, auf dessen Aussagen man den Staat nicht verhaften kann, der aber in Wirklichkeit die Auffassung seiner Regierung vertritt. Dazu kommt das völlig intransparente Verfahren zur Auswahl der Experten und vielleicht das wichtigste, die Geheimhaltung des ganzen Prozesses, so dass die Zivilgesellschaft eigentlich nur das Ergebnis sieht. Das empfand ich am meisten mit diesem „Copenhagen Principles on the Handling of Detainees in International Military Operations“. Da war es absolut unmöglich zu wissen, was die machten, bis sie das Ergebnis hatten und es wurde uns erklärt, die betroffenen Staaten hätten gar nicht mitgemacht, wenn das öffentlich diskutiert worden wäre. Sie erinnern sich, das berühmte MAI, Multilaterales Abkommen für Investitionsschutz, das wurde gebodigt, wie man in der Schweiz sagt, bevor es überhaupt ausgehandelt war, doch in diesen neuen Verfahren zur Ausarbeitung von Standards könnte man das gar nicht mehr machen, weil das Ergebnis feststeht, bevor eine öffentliche Diskussion stattfinden kann. Nun gebe ich zu, die Alternative zu Soft Law ist nicht Hard Law, sondern No Law und damit ist es besser, Soft Law zu haben, aber ich würde einfach sagen, es wäre wichtig, dass wir Standards zum Verfahren der Ausarbeitung von Standards entwickeln. Eigentlich ist das doch ein gemeinsames Problem; wie lässt sich ein glaubwürdiges Verfahren zur Ausarbeitung von Standards auf ganz verschiedenen Gebieten erarbeiten.

Herr Hector: Herr Giegerich, vielen Dank für Ihren sehr anregenden Vortrag. Meine Anmerkung und Frage an Sie betrifft die Rückbindung der Legitimität an die demokratische Mandatierung, auf die Sie an mehreren Stellen sehr stark abgehoben haben. Das ist ein Gedanke, der uns aus dem Verfassungsrecht und aus dem Europarecht sehr vertraut ist, insoweit also seine Berechtigung hat. Aber muss man ihn für das Völkerrecht nicht in Frage stellen? Besteht nicht eine gewisse Konfliktsituation mit der Universalität des Völkerrechts? Viele Staaten in der Welt, auch mächtige, sind ja gerade nicht demokratisch strukturiert und würden sich auch nicht zur Demokratie als Quelle der Legitimität bekennen. Nun ist es gerade die Aufgabe des Völkerrechts in einem solchen Umfeld Regelungen zu schaffen, die Konflikte vermeiden und Spannungen minimieren. Jetzt lautet die Frage: Was begründet die Legitimität im Völkerrecht?

Stammt sie vielleicht weniger aus der Demokratie als aus der Befriedungswirkung, der Lösungskapazität, der Effizienz der Regelung? Das ist eine Fragestellung, die uns bei dieser Tagung dreimal begegnet: Heute Morgen haben wir die Frage schon erörtert, jetzt wieder, und morgen, wenn wir über die Immunität beraten, werden wir wieder auf ähnliche Spannungsverhältnisse stoßen. Also meine Frage ist, ausgehend von der Unvollkommenheit des Völkerrechts: Ist es nicht besser, auf überschießende politische, ideologische Begründungen zu verzichten, und stattdessen vom gemeinsamen Interesse aller Staaten an einer funktionierenden Rechtsordnung auszugehen, unabhängig vom politischen System?

Herr Krisch: Zwei Fragen und Anmerkungen zum Referat von Herrn Giegerich, das mir sehr gefallen hat und das ich sehr interessant fand. Die erste zum Mechanismus der Gewährleistungsverantwortung. Ich fand den Ansatz im Prinzip sehr plausibel, mir schien aber, dass die im Wesentlichen kollektive Anlage der Gewährleistungsverantwortung das Problem, aus dem die weichen Standards entstehen, praktisch reproduziert. Viele solche Standards entstehen eben aufgrund eines Problems kollektiven Handelns, das sich nicht in den klassischen Formen lösen lässt. Jetzt zu sagen, wir brauchen eine Gewährleistungsverantwortung, die eben durch solches kollektives Handeln eingelöst wird, scheint in gewisser Weise zirkulär zu sein.

Der zweite Punkt schließt sich an dem an, was Thilo Marauhn gesagt hat. Es geht um den normativen Kompass, der der Legitimitätsbeurteilung zu Grunde liegt. Ich war auch überrascht über die Prädominanz des Inhaltlichen über andere Kriterien der Legitimität und wollte fragen, woher diese kommt. Im nationalen Rahmen würden wir normalerweise nicht davon ausgehen, dass inhaltliche Legitimität Regelsetzung grundieren könnte. Warum sollte das anders im internationalen Rahmen sein, wenn wir keinen Prozess haben, der uns die inhaltliche Richtigkeit sozusagen nahelegt oder jedenfalls die verschiedenen Vorstellungen über innerliche Richtigkeit austariert.

Möglicherweise geht es hier einfach um ein pragmatisches Argument: Wir können nicht anders. Und vielleicht ist es im formalen Völkerrecht ähnlich, weil es nur auf einem dünnen Staatenkonsens beruht, der in vieler Hinsicht der heillosen Vermachtung nicht viel entgegenzusetzen hat. Aber wenn dem so ist, und wenn wir sehen, dass viele von den Standards tatsächlich heillos den Interessen der mächtigeren Staaten und Staatenbürger folgen, dann sollten wir uns vielleicht nicht darauf einlassen, das, was dort herauskommt, als legitim oder auch nur nahe der Legitimität zu beschreiben, sondern den Unterschied hervorheben und möglicherweise Standards formulieren, die unterhalb von „Legitimität“ liegen. Und wir sollten anerkennen, dass die eigentliche Arbeit an ernsthafter, starker Legitimität noch weit vor uns liegt und wahrscheinlich für den Moment utopisch ist.

Herr Hofmann: Meine Frage richtet sich an Thomas Giegerich: Ist das, was die Vielzahl dieser Treaty Monitoring Bodies, wie sie normalerweise genannt werden, im menschenrechtlichen Bereich im weitesten Sinne auf UNO- wie Europarats-Ebene macht, das, was umgangssprachlich oft als Standard Setting bezeichnet wird, sind solche Standards auch „Standards“ in Deinem Sinne, tragen diese von den Monitoring Bodies gesetzten Standards dann zur „Aushärtung“ bei? Unter Deinen sechs Varianten gehörten diese Standards wahrscheinlich zur Variante drei oder vier. Wenn das richtig ist, wenn diese Standards zur Konkretisierung von Hard Law Normen führen, worauf bezieht

sich dann die staatliche Gewährleistungsverantwortung? Müssen Staaten tätig werden, wenn sie der Auffassung sind, die Inhalte dieser *views* und *opinions* seien nicht gedeckt von dem völkerrechtlichen Vertrag? Der Grund für die Frage ist der, dass auf der einen Seite immer häufiger zu beobachten ist, dass Aussagen solcher Institutionen von nationalen Gerichten zur Begründung von verfassungsgerichtlichen und sonstigen Urteilen herangezogen werden. Und auf der anderen Seite gibt es das ganz konkrete Beispiel, dass die Europäische Union in ihrer Nachbarschaftspolitik bis hin zur Frage der Aufnahme neuer Mitglieder solche Aussagen solcher Institutionen als Kriterium dafür anwendet, ob solche potentiellen Mitgliedstaaten die Kopenhagen-Kriterien in einem bestimmten Bereich erfüllen. Daher noch einmal meine Fragen: Sind das überhaupt „Standards“ in Deinem Sinne, und wenn ja, worauf bezieht sich dann die staatliche Gewährleistungsverantwortung? Ich gehe dabei davon aus, dass in prozeduraler Hinsicht einschließlich der fachlichen Voraussetzungen an die Qualifikation der Personen, die in diese Gremien ernannt wurden, alles in Ordnung ist. Es geht mir tatsächlich nur um die inhaltliche Kontrolle, also die Legalität dieser Standards. Vielen Dank.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank. Herr Giegerich hat, glaube ich, das Bedürfnis, diese Fragen annähernd zu beantworten. Sie haben, Herr Giegerich, hinterher allerdings auch noch ein Schlusswort. Es gibt noch sechs weitere Wortmeldungen. Aber vielleicht geben Sie eine Art Zwischenbescheid, wäre Ihnen das lieber? Gut.

Herr Giegerich: Ich gebe Ihnen einen stichwortartigen Zwischenbescheid.

Herr Klein, ganz kurz, auch wenn Standards diese Legitimitäts- und Legalitätsanforderungen erfüllen, sind sie als solche keine Grundlage einer Streitentscheidung, außerhalb der *ex aequo et bono*-Entscheidung nach Art. 38 II IGH-Statut, die ja praktisch nicht relevant ist. Sie fließen aber natürlich ein, als Hintergrund, zur Interpretation von Hard Law, vielleicht auch zur Konkretisierung der Teilbestimmungen von Hard Law. Wenn wir im Hard Law also Anforderungen der *due diligence* haben, dann könnten natürlich konkretisierende Soft Law-Standards mit hereingenommen werden. Soweit sind sie nicht allein, aber in Verbindung mit dem Hard Law Grundlage für eine Streitentscheidung, und in diesem Sinne findet eine Verrechtlichung statt. Ich glaube, die Standards *müssen* auch berücksichtigt werden, jedenfalls wenn sie diese Anforderungen erfüllen. Es ist dann besser, wenn das Streitentscheidungsgremium sich an solchen legitimen Standards orientiert, als dass es sozusagen willkürlich selbst „heruminterpretiert“. Ersteres ist auch für die Staatengemeinschaft eher akzeptabel. Wenn Standards die Anforderungen nicht erfüllen, dann müsste das entsprechende Streitbeilegungsgremium ihre Anwendung eigentlich zurückweisen, also sagen, dieser Standard existiert zwar, aber er ist völkerrechtswidrig, oder dieser Standard existiert zwar, aber den hat das Unternehmen X im eigenen Interesse formuliert, und deswegen können wir ihn mangels Legitimität nicht in Betracht ziehen. Das wäre ein Teil der beschriebenen Gewährleistungsverantwortung, den das Streitbeilegungsgremium als Organ der internationalen Gemeinschaft ausübt.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte setzt, soweit sie nicht zu Hard Law erstarkt ist, meines Erachtens in der Tat Standards; ich habe sie auch in einer Fußnote als Beispiel erwähnt.

Zur Gewährleistungsverantwortung der Staaten: Diese spiegelt in der Tat eine veränderte Rolle der Staaten wider, die sich vom internen Bereich auf das Externe überträgt.

Das heißt: Diskussionen, die wir intern führen über Privatisierung und ähnliche Probleme, tauchen auf internationaler Ebene wieder auf; wir diskutieren diese Fragen jetzt auch extern im globalen Rahmen, wo sie zusätzliche Facetten haben.

Über den Standardbegriff haben wir beiden Referenten uns nie unterhalten. Es gibt auch keine allgemeinverbindliche Definition, deswegen habe ich eine eigene formuliert und bin von dieser dann ausgegangen (Lachen). Ich glaube, unsere Begriffe decken sich nicht vollständig, weil Frau Schwenger offensichtlich auch Hard-Law-Bestandteile zu den Standards zählt, was viele machen, z.B. Frau Nussberger und Herr Riedel. Es gibt etwa die Mindeststandards für die Behandlung von Ausländern im Völkergewohnheitsrecht und so weiter. Dieser Ansatz ist also durchaus verbreitet, aber ich wollte das Hard Law nicht einbeziehen, um nicht auch noch den wohlbekannten Art. 38 I IGH-Statut hier mit berücksichtigen zu müssen. Deswegen habe ich das Hard Law aus meiner Definition ausgeklammert. Aber darüber kann man natürlich streiten.

Zu Alexander Proelß: Die relative Normativität bezeichnet in der Tat nicht nur eine Chance, sondern auch ein Problem. Ich bin eigentlich kein Relativist, ich habe sozusagen mehr der Not gehorcht, als der eigenen Tugend, bin auf den fahrenden Zug aufgesprungen und versuche, diese Entwicklung auf meine Gleise zu leiten, um aus ihr Gewinn für die International Rule of Law zu ziehen. Dass das einige Verwerfungen bewirken kann, glaube ich gern. Dein Beispiel bestätigt dies. Man kann beobachten, dass die Staaten bei der Formulierung von Standards sicherzustellen versuchen, dass diese nicht aushärten können, dass also beispielsweise kein Vertrauensschutz in Bezug auf deren Einhaltung begründet wird. Ich habe Ihnen die Clause 1 des Standards ISO 26000:2010(en) im Thesenpapier abgedruckt. Diese sagt ausdrücklich, dass der Standard nicht als Beweis für Gewohnheitsrecht herangezogen werden und keine Beweislastumkehr in Bezug auf die Einhaltung der Vorgaben des WTO-Rechts bewirken soll. Teilweise sind solche Kautelen Voraussetzung dafür, dass die Staaten sich überhaupt auf Standards einigen können. Hier können in Einzelfällen viele Probleme entstehen, auf die ich in meinem Vortrag nicht eingehen konnte. Wir müssen dann versuchen, diese im Sinne der International Rule of Law zu lösen, sobald sie auftreten.

Zur konkreten Umsetzung der Gewährleistungsverantwortung, nach der Thilo Marauhn gefragt hat: Soweit die internationale Gemeinschaft insgesamt Träger dieser Verantwortung ist, bleibt es letztlich bei Appellen der Weltöffentlichkeit. Diese können aber Folgerungen haben. So ist beispielsweise die responsibility to protect durch die als World Summit tagende UN-Generalversammlung anerkannt worden. Wie viel das wert ist, kann man diskutieren, aber aus der Perspektive der International Rule of Law ist es jedenfalls besser als nichts. Auch die Konvention gegen Landminen ist nicht zuletzt aufgrund des entsprechenden Drucks der Weltöffentlichkeit zustande gekommen. Dieser sollte daher nicht unterschätzt werden. Ansonsten sind die einzelnen Staaten in ihrem Verantwortungsbereich gefragt. Entweder nehmen sie Einfluss auf die internationalen Organisationen, denen sie angehören, indem sie auch einmal eine Entscheidung durch ein Veto verhindern, wenn die Organisation bei der Standardsetzung in die falsche Richtung geht. Oder indem sie Alleingänge unternehmen, soweit diese völkerrechtlich zulässig sind, also etwa Verrechtlichungslücken schließen. Oder indem sie einen Standard nicht akzeptieren: Ein nationales Gericht lehnt etwa seine Anwendung ab, oder lehnt die zugrundeliegende Rechtswahl ab, weil der betreffende Standard völkerrechtswidrig oder illegitim ist.

Warum die inhaltliche Legitimität mir am wichtigsten ist, hat Herr Krisch gefragt. Mir kommt es auf das Endresultat an. Wenn wir einen inhaltlich gerechten Standard haben, ist es eigentlich nicht so wichtig, wie dieser zu Stande gekommen ist. Vielleicht bin ich da ein bisschen idealistisch in dem Glauben, dass ein Verfahren, das nicht in Ordnung ist, doch zu guten Ergebnissen führen kann. Aber wenn es so sein sollte, dann ist mir das Verfahren nicht so wichtig. Aber ich sagte auch, und betone das noch einmal: Ohne vernünftiges Verfahren und ohne personale Legitimität der Standardsetzer ist die Wahrscheinlichkeit viel geringer, dass der Inhalt hinterher stimmt.

Herr Sassòli fragt zu Recht danach, wie unabhängig die standardsetzenden Experten wirklich sind. Sind sie nicht vielleicht doch Regierungsvertreter? Müssen wir dafür Kriterien bilden und mehr darauf achten, dass eine vernünftige Auswahl getroffen wird, und vielleicht sogar Standards entwickeln, wie es zur Produktion von Standards kommt? So etwas gibt es ansatzweise bereits. Ich habe kurz den Anhang 3 zum TBT-Übereinkommen erwähnt: den Verhaltenskodex für die Ausarbeitung, Annahme und Anwendung von Normen (d.h. Standards in meinem Sinne). Hier gibt es also Vorbilder, und die Staaten nehmen die Problematik zunehmend ernst. Aber wir müssen noch an solchen Metastandards arbeiten, da haben Sie völlig Recht, Herr Sassòli, noch sind wir dort nicht am Ziel.

Herr Hector, demokratische Mandatierung, bin ich zu optimistisch, so etwas zu fordern? Ich halte die Staatengemeinschaft an dem fest, was sie zugesagt hat. Die Staatengemeinschaft hat im World Summit Outcome von 2005 klar gesagt, dass „democracy“ die einzige legitime Grundlage für die Ausübung von Herrschaft sei. Wir Staaten können uns zwar nicht einigen, was das genau ist, aber jedenfalls auf das Konzept einigen wir uns. Auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte steht, dass Menschen ein Recht darauf haben, Einfluss auf die Ausübung von Herrschaftsmacht in ihrem Staat zu nehmen. An diesem Versprechen halte ich die Staaten fest. Und in der Allgemeinen Erklärung werden auch freie und unverfälschte Wahlen garantiert – alle Staaten haben sich darauf geeinigt, zumindest politisch im Sinne eines Soft-Law-Standards. Daran halte ich sie fest. Was ich vor allem sagen wollte, ist, dass die Staaten das Selbstbestimmungsrecht der Völker erfüllen müssen, indem sie das letzte Wort über den Inhalt der internationalen Normenordnung in Anspruch nehmen. Dass die Staaten dann auch demokratisch legitimiert sein müssen, damit sie dies glaubwürdig tun können, steht gewissermaßen im zweiten Glied. Daran müssen wir noch etwas arbeiten (Lachen). Bis wir diesen Zustand erreicht haben, da gebe ich Ihnen Recht, Herr Hector, kann vielleicht das Allgemeininteresse an einer funktionierenden Völkerrechtsordnung die Legitimitätslücke zeitweilig ausfüllen.

Herr Krisch, zu den Mechanismen der Gewährleistungsverantwortung: Ich habe Ihre Frage über meine Antwort zu Thilo Marauhn wahrscheinlich schon zumindest teilweise beantwortet. Wenn sie durch die Staatengemeinschaft kollektiv wahrgenommen wird, gibt es in der Tat nicht mehr als den Appell der Weltöffentlichkeit und auch eventuell den nationalen Alleingang, der ein Beispiel setzen kann: Ein Staat schreitet voran, zieht andere Staaten mit, und wenn wir dann in fünfzig Staaten entsprechende nationale Gesetze haben, kommen wir vielleicht auch auf internationaler Ebene einen Schritt weiter in Richtung auf einen Konsens.

Warum die inhaltliche Legitimation mir besonders wichtig ist, habe ich auch schon erklärt.

Rainer Hofmann hat ganz zu Recht auf die Treaty Monitoring Bodies hingewiesen. Insbesondere wenn diese General Comments erlassen, die über Einzelfallentscheidungen hinausgehen, würde ich sagen, dass sie Standards setzen, und zwar Interpretationsstandards für das zugrunde liegende Vertragswerk. Diese werden einen erheblichen Einfluss auf dessen Interpretation ausüben, sind aber natürlich nicht rechtsverbindlich; die Staaten können diesen Interpretationsvorschlag ablehnen. Die Gewährleistungsverantwortung der Staaten besteht in diesem Zusammenhang einerseits darin, die richtigen Experten auszuwählen, die in derartige Gremien kommen. Zweitens haben sie letztlich auch zu reagieren, sollten die Expertengremien bei der Interpretation in die falsche (d.h. von der International Rule of Law wegführende) Richtung gehen. Die Staaten müssen dann auch deutlich machen, dass sie diese Interpretation nicht mittragen. Wenn ein erheblicher Teil der Vertragsparteien so reagiert, dann wird dieser Versuch des Expertengremiums, die Interpretation in eine bestimmte Richtung zu drängen, erfolglos bleiben, weil sie ganz offenkundig nicht vom Konsens der Vertragsgemeinschaft gedeckt ist.

Frau Platzöder: Herr Giegerich erwähnt in seiner Kurzfassung Art. 211 Abs. 2 des Seerechtsübereinkommens. Meine Frage ist, ob diese Vorschrift dem Soft Law zugeordnet werden kann. In Teil XII Abschnitt 5 des Übereinkommens, das dem Meeresumweltschutz gewidmet ist, wird das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationaler Gesetzgebung geregelt. In diesem Zusammenhang muss man natürlich auch Art. 211 Abs. 1 sehen. Es werden Staaten verpflichtet, schiffsbedingte Meeresverschmutzung zu regeln und zwar, ich zitiere mal die englische Fassung, „acting through the competent international organization“. In Abs. 1 werden fünf weitere Quellen der Meeresverschmutzung genannt, wobei hier Zuständigkeiten zu „competent international organizations“ begründet werden. Im ersteren Fall wird die Mitwirkung internationaler Organisationen auf die International Maritime Organization (IMO) beschränkt, was aus der „legislative history“ korrekt und eindeutig hervorgeht. Damit wurde erreicht, dass die IMO aufgrund des Seerechtsübereinkommens neue Zuständigkeiten erhalten hat. Die IMO ist nicht länger darauf beschränkt, lediglich Regeln betreffend die Verkehrssicherheit auf See zu beschließen, sondern erarbeitet nunmehr auch Regeln für den schiffsbedingten Umweltschutz.

Ich möchte noch anführen, dass diese Vorschriften in enger Zusammenarbeit zwischen der amerikanischen Delegation und der Delegation der Bundesrepublik Deutschland bei den Verhandlungen des Seerechtsübereinkommens (1973–1982) erzielt werden konnten. Beiden Staaten ging es darum, Interpretation, Anwendung und Weiterentwicklung des Seeverkehrsrechts nur einer bereits seit Jahrzehnten bestehenden und bewährten internationalen Organisation anzuvertrauen, um so Gefahren einer Politisierung und Ideologisierung dieses Bereichs des Völkerrechts zu begegnen. Nach meiner Kenntnis der Materie geht es hier um eine Teilung und nicht um eine Verschmelzung oder Hybridisierung von Kompetenzen zwischen Staaten und einer internationalen Organisation. Man wird also nicht sagen können, es läge Soft Law bzw. etwas anderes als Hard Law vor. Danke.

Frau Peters: Vielen Dank für das Referat von Thomas Giegerich, das ich sehr weiterführend fand. Ich habe eine Nachfrage zu These 20, also zu deiner Einführung der Gewährleistungsverantwortung, die ex post für die Standardsetzung gelten soll. Die

Verantwortung ex ante hast du ja Vorsorgeverantwortung genannt. Hier sehe ich einen Anschluss zu den Referaten von heute Morgen, in denen auch zum Ausdruck kam, dass letztlich immer noch in irgendeiner Weise an die Staaten angeknüpft werden soll. Jetzt hast du gesagt, der Standard der Letztverantwortung der Staaten soll bei der Überlassung der Standardsetzung an internationale Organisationen, also an öffentlich-rechtliche Akteure strenger sein als bei privater Standardsetzung. Du hast hier eine Unterscheidung zwischen öffentlich und privat getroffen. Andererseits ist dein Thema die hybride Standardsetzung, also gerade die „public-private“ oder die trilaterale Standardsetzung (zwischen Staat – Business – NGO's zum Beispiel, wobei die letzten beiden Akteure oft übernational tätig sind). Also lautet meine Frage, warum Du eine strengere Gewährleistungsverantwortung im einen Fall forderst. Kann man die „public“ und „private“ Standardsetzung überhaupt so trennen?

Herr Tomuschat: Ich weiß nicht, ob es angebracht ist, noch im jetzigen Zeitpunkt Dank auszusprechen für sehr schöne Referate. Lassen sie mich nur sagen, beide Referate waren kristallklar. Ich glaubte sogar, als Frau Schwenzer vorgetragen hat, von der Materie irgendetwas zu verstehen, was ich dankbar vermerke.

Ich wollte auch zu dem Leitbegriff „Gewährleistungsverantwortung“ Stellung nehmen, der ja gegenwärtig hoch im Kurs steht. Die „Integrationsverantwortung“ aus dem Lissabon-Urteil ist bei uns allen noch frisch im Gedächtnis. Ich glaube, man muss hier sehr vorsichtig sein. Meine Schwierigkeiten rühren von der Tatsache her, dass Herr Giegerich in § 3 seiner Leitsätze sämtliche Prozesse zusammenbringt, auch solche, die private Quellen haben. Das halte ich doch für einigermaßen problematisch. Natürlich, wenn sich etwa Personen im Marktgeschehen zusammenschließen und gemeinsam irgendwelche Standards verabreden, die dann leicht als Kartellabsprache dienen können, wird dies verdächtig erscheinen. Aber es gibt ja sehr viel mehr an Erscheinungsformen, es gibt private Organisationen wie etwa die ILA, den Deutschen Juristentag oder die International Commission of Jurists. Ich bin nicht überzeugt, dass sich die Aufgabe des Staates auch darauf beziehen müsste, solche privaten Initiativen zu kontrollieren und zu überwachen. Das scheint mir die Verhältnisse, wie wir sie gemeinhin verstehen – hier die Freiheit der Gesellschaft, und auf der anderen Seite der Staat, der ja doch als verdächtiger, als möglicher Eingriffsstaat erscheint – auf den Kopf zu stellen. Gesellschaftliche Initiativen sollen ja gerade von der Basis her kommen, und es soll nicht alles vom Staat überwacht werden. Hier scheint mir ein unbegrenztes Vertrauen in die Richtigkeit des Staates gleichsam im himmlischen Sinne zu obwalten, das sehr eindeutig zu weit geht. Auch die Begründung mit dem Selbstbestimmungsrecht zieht nicht, denn das Selbstbestimmungsrecht führt nicht nur zu Staatlichkeit auf der einen Seite, sondern führt auch zu gesellschaftlicher Freiheit auf der anderen Seite. Ein Volk gibt sich eine Staatlichkeit durch einen Akt der Selbstbestimmung, aber auf der anderen Seite geht damit auch die gesellschaftliche Freiheit einher, die wir nun nicht unter eine Betondecke legen dürfen. Generell – wir sind hier im völkerrechtlichen Bereich – dürfen wir nicht vom freiheitlichen demokratischen Staat westlicher Art ausgehen. Es gibt auch andere Staaten, und es hat andere Staaten gegeben, zum Beispiel in einem Teil Deutschlands, wo zwar auch Demokratie propagiert wurde, aber letzten Endes dieser so genannte demokratische Staat sämtliche privaten Initiativen nicht nur unter Kontrolle gehalten, sondern unterdrückt hat. Gut, solche gesellschaftlichen Initiativen haben natürlich auch ein Legitimitätsbedürfnis. Das hängt aber von vielfältigen Fakto-

ren ab, und es gibt selbst Einzelpersonen, die solche Standards aufstellen können. Ich erinnere da zum Beispiel an Bluntschli, der das gesamte Völkerrecht als Rechtsbuch in Lehrsätzen dargestellt hat. Sein Lehrbuch des Völkerrechts hat Ende des 19. Jh. eine ungeheure Autorität entfaltet, was auch auf die besondere Glaubwürdigkeit des Autors zurückzuführen war. Also nicht nur braucht man keine kollektive Vereinigung, die solche Standards erarbeitet, sondern wir sollten die gesellschaftliche Freiheit nicht unter umfassende staatliche Kontrolle stellen, das ist mein Plädoyer.

Herr Fitschen: Thomas Fitschen vom Auswärtigen Amt. Als Beamter und Vertreter Deutschlands in internationalen Gremien hat mich Ihr Begriff der Gewährleistungsverantwortung vielleicht noch mehr in Unruhe versetzt als Herrn Marauhn. Aber Sie haben die Frage, die ich hätte stellen wollen – wie genau nämlich muss die Bundesregierung, z.B. das Auswärtige Amt, eigentlich Standardsetzungsprozesse beobachten, gegebenenfalls auch intervenieren? – glaube ich schon beantwortet. Ich bin Herrn Tomuschat sehr dankbar, weil er mir doch einen großen Stein vom Herzen gerollt hat indem er die Standardsetzung durch Private eben auch als Ausdruck von Freiheit unterstrichen hat. Vielen Dank.

Frau Kaufmann: Ich möchte an die Kommentare von Herrn Tomuschat und von Herrn Marauhn anschließen und folgende Frage stellen: Sie sprechen in These 10, Herr Giegerich, die unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte an. Nun frage ich mich, wie Sie das jüngste diesbezügliche Instrument, nämlich die UNO-Leitsätze zu Wirtschaft und Menschenrechten von 2011, in Ihr Konzept einordnen. Die drei Pfeiler, auf welchen die Leitsätze beruhen – staatliche Schutzpflicht, unternehmerische Verantwortung und access to remedy, also Wiedergutmachungsmechanismen – scheinen unterschiedliche Grade der Hybridisierung aufzuweisen. Wie beurteilen Sie dies? Daran anschließend eine ganz konkrete Frage: Bekanntlich liegt nun eine neue Strategie der Europäischen Kommission zur sozialen Verantwortung von Unternehmen vor, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, Aktionspläne zur Umsetzung der UNO-Leitsätze zu erarbeiten. Sehen Sie Möglichkeiten, wie Ihr Konzept bei dieser Umsetzungsarbeit, die verschiedenen Staaten Schwierigkeiten bereitet, nutzbar gemacht werden kann? Insbesondere wirft das Petitum eines „smart mix“ von freiwilligen Standards und verbindlichen Maßnahmen Fragen zur Hybridität auf, zu denen ich gerne mehr von Ihnen hören würde.

Herr Weber: Herr Giegerich, besten Dank für Ihre Ausführungen. Ich würde gerne auch noch nachdoppeln im Bereich der Internetregulierung. Sie haben ICANN erwähnt und natürlich auch das demokratische Defizit aufgezeigt, obwohl das Governmental Advisory Committee doch etwas aktiver geworden ist in den letzten Monaten. Man kann sich auch fragen, und diejenigen, die wirklich in Dubai waren, haben sich gefragt, ob es richtig wäre, die ganze Geschichte auf die ITU zu verschieben. Aber wenn wir über Standardisierungen sprechen, könnten wir da nicht auch noch stärker darauf schauen, was die verschiedenen internationalen Organisationen vom Europarat bis zur OECD mit Internet Principles, die schwerpunktmäßig auf Human Rights ausgerichtet sind, tun? Ich darf vielleicht darauf hinweisen, dass die Working Group on Enhanced Cooperation der UNO-Vertreter beschlossen hat, ein Compendium of Standards of Internet Principles zu erarbeiten – vielleicht wäre das ein Mittelweg.

Und nachdem die Fragen schon so einseitig verteilt gewesen sind und ich noch ein paar Sekunden habe, möchte ich mich gerne auch noch an Frau Schwenzer wenden. Frau Schwenzer, Sie haben mich insoweit überrascht, als ich etwas ganz anderes vom Referat erwartet hätte, als ich den Titel las, denn Sie haben mit Ausnahme der Evidence Principles of the IBA eigentlich nur über Hard Law in der Diktion, wie ich sie verwende und die wohl mit derjenigen von Herrn Giegerich übereinstimmt, gesprochen. Wir haben aber sehr viel Standards im Privatrecht beginnend von den Incoterms, die schon Dekaden alt sind, bis über die große Masse von Vertragsmustern, die standardmäßig Anwendung finden, etwa die ISDA im Bereich der swaps and derivatives, könnte man die nicht noch stärker fruchtbar machen?

Herr Benedek: Ich wollte bezüglich des Beitrags des Internetvölkerrechts noch ein Wort zur International Rule of Law sagen. Mich hat sehr gefreut, dass Herr Giegerich mehrere Beispiele aus diesem Bereich erwähnt hat und einer meiner Mitarbeiter, Matthias C. Kettemann, hat kürzlich seine Doktoratsarbeit über „The Future of Individuals in International Law: Lessons from International Internet Law“ veröffentlicht, wo er die Bedeutung des Internetvölkerrechts für das allgemeine Völkerrecht untersucht hat. Herr Paulus hat heute Vormittag über die Hybridisierung des Rechts auch als Ergebnis der Erweiterung der Akteure gesprochen. In dem Zusammenhang sprechen wir oft von einem Multi-Stakeholder-Ansatz. Das ist im Internetvölkerrecht sehr gängig und damit meinen wir, dass die Internetregulierung eine Sache aller betroffenen Stakeholder sein soll. In diesem Zusammenhang kann man wahrscheinlich wirklich von einer internationalen Gemeinschaft sprechen, die natürlich nur Soft Law auf einem relativ schwachen Verbindlichkeitsgrad produzieren kann.

Aber auch die Hybridität der Regelungen ist interessant, wenn etwa Europaratstexte mit zivilgesellschaftlichen Texten zusammenkommen und dann wiederum mit Texten aus Selbstverpflichtungen von Unternehmungen, die Self-regulation betreiben oder durch Co-regulation betroffen sind und ähnliches mehr. Dann wiederum hybride Institutionen wie ICANN, die Sie erwähnt haben. Ich glaube das ist eine der wenigen Organisationen, die einen Beirat haben, der aus Staaten besteht, also das Umgekehrte von dem, was sonst eigentlich üblich ist. Dieses Governmental Advisory Committee berät die ICANN und trägt damit auch zu ihrer Legitimität bei. Hier ist sehr stark der Aspekt der Legitimität durch Verfahren hervorzuheben. Etwa bei dem Prozess der Ausweitung der Generic Top Level Domains, wo mehr als 1.800 Anträge vorliegen, die jetzt gerade geprüft werden. Daher ist es schade, dass Alain Pellet nicht unter uns ist. Er ist nämlich der independent objector in diesem Verfahren. Das heißt, er kann Einwände gegen Verletzungen der Prinzipien des Völkerrechts oder des ordre public erheben und ist damit quasi ein Fürsprecher für die Rule of Law. Ich denke, wenn man diese Legitimierungsverfahren nicht ernst nimmt, wenn man also die Partizipation der Akteure nicht zulässt, dann kann leicht eine Situation eintreten, wie wir sie bei ACTA erlebt haben, wo letztlich das Abkommen daran gescheitert ist, dass es unter den Staaten allein vorbereitet wurde.

Ein letztes Wort noch zum Internet Governance Forum, weil Sie das auch erwähnt haben. Diese zeigt inwieweit die Tiefenstruktur der Soft Regulation, wenn ich das so sagen kann, geht, denn dort werden keine Beschlüsse gefasst, das ist geradezu das Prinzip. Aber es sind alle da, um sich zu orientieren und um das, was sie als Konsens feststellen, mitzunehmen und dann in ihre eigenen Gremien zu bringen und dort in

den Rechtsetzungsprozess einzuführen. Man darf jetzt natürlich nicht so idealistisch werden und vernachlässigen, dass es dabei auch immer große Konflikte gibt und dass es durch die Erweiterung der Zahl der Akteure nicht leichter wird. Aber generell ist doch festzustellen, dass dieser Standardsetzungsprozess, wie wir das auch im Referat von Herrn Giegerich sehr schön gesehen haben, an Breite und Tiefe enorm gewinnt. Dadurch entsteht auch ein Legitimierungsdruck auf die Entstehung völkerrechtlicher Normen im Allgemeinen, dem man sich immer weniger entziehen kann. Dies ist aber aus meiner Sicht positiv, denn dadurch gewinnt das Völkerrecht eine breitere demokratische Basis. Danke.

Herr Flessner: Frau Schwenzer hat darauf hingewiesen, dass der Grundsatz *iura novit curia* im englischen und amerikanischen Rechtskreis nicht anerkannt ist und deswegen auch zu Recht oder natürlicherweise bei den Schiedsgerichten nicht praktiziert wird. Tatsächlich muss in England auch im staatlichen Prozess, spätestens vom High Court aufwärts, auch das britische Recht selbst von den Anwälten dem Gericht vortragen werden. Daraus ergibt sich eine interessante Hybridisierung für das europäische Unionsrecht, das Großbritannien anzuwenden hat; sie zeigt sich neuerdings bei den kollisionsrechtlichen Verordnungen (Rom I, II usw.). In Großbritannien ist man der Auffassung, dass die Verordnungen vom britischen Gericht nur dann anzuwenden sind, wenn eine Prozesspartei es beantragt und – wenn die Verordnung auf ausländisches Recht verweist – seine Anwendung von der begünstigten Partei verlangt und sein behaupteter Inhalt dem Gericht nachgewiesen wird. In der Tat hat der europäische Gesetzgeber den einzelstaatlichen Gerichten nicht vorgeschrieben, wann und wie sie seine Kollisionsregeln anzuwenden haben, also etwa auch nur auf Antrag und auch mit Nachweis des fremden Rechts, wenn die Kollisionsnorm auf das – dem dortigen Staat fremde – Recht verweist. Die Briten sagen: Darüber konnte und wollte der europäische Gesetzgeber auch gar nicht bestimmen, weil das nicht Kollisionsrecht, sondern Verfahrensrecht ist; in unserem Zivilprozess besteht die Antrags- und Beweislast auch für das innerstaatliche materielle Recht. Hier beginnt die Hybridisierung. Der Gesetzgeber, der normalerweise im Nationalstaat auch über die Zivilprozessordnung und über das Verfahren verfügt, jetzt sogar in der Schweiz, kümmert sich als europäischer Unionsgesetzgeber um den Verfahrensaspekt seiner IPR-Regelung nicht, darf es vielleicht gar nicht. Das einheitlich gesetzte Recht fasert sich dann irgendwie auf, in einer etwas undeutlichen Form, je nachdem, wo das europäische Kollisionsrecht angewendet wird, nämlich je nachdem, wie die Gerichte dort mit internationalem Privatrecht und etwa anwendbarem ausländischem Recht arbeiten können, müssen oder wollen. Das ist ein Beispiel für faktische, aber durch Recht induzierte Hybridisierung.

Große Zweifel habe ich an Frau Schwenzers These, das Common Law sei zur Bedienung des internationalen Wirtschaftsverkehrs im Grundsatz anderen Rechtssystemen überlegen. Ich bringe nur zwei Beispiele: Der Anspruch aus einem Vertrag auf die vereinbarte Sach- oder Dienstleistung ist bekanntlich im englischen Recht hochproblematisch und wird dort gemieden. Mit derselben Zurückhaltung, man muss fast sagen Verkramphtheit, sehen die Engländer auch den Erfüllungsanspruch auf die Geldzahlung aus einem gegenseitigen Vertrag, auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Diesen Anspruch, der für einen verlässlichen internationalen Rechtsverkehr unbedingt einklagbar sein muss, überhaupt mit inneren Hemmungen und mit Kautelen zu versehen, halte ich für eine lebensfremde Behinderung von planender Wirtschaft und Kredit. Eine Überlegenheit des Common Law-Denkens ist da nicht zu erkennen.

Sodann die Vertragspraxis: Wir wissen, dass zivilrechtliche Verträge in der englischen und amerikanischen Praxis ungeheuer ausführlich und umständlich abgefasst sind und alles Mögliche, jede Einzelheit regeln. Die Praktiker können dort nicht auf allgemeine Grundsätze für das Vertragsrecht zurückgreifen, die in einem Zivilgesetzbuch niedergelegt sind, was den Juristen im Civil Law aber möglich ist und worin sie geschult werden. Dass diese englische und amerikanische Vertragspraxis dem internationalen Wirtschaftsverkehr dienlicher oder gemäßer sein soll als eine kürzere, mehr an Grundsätzen orientierte Vertragspraxis, wird in der Rechtsvergleichung, jedenfalls der wissenschaftlichen, in höchstem Maße bezweifelt. Und wieder haben wir hier ein wunderbares Beispiel von Hybridisierung. Leider kommt es nicht selten vor, dass selbst im nichtamerikanischen und nichtenglischen Wirtschaftsverkehr durch Anwälte – oft angloamerikanischer Kanzleien – zwischen Unternehmen, die in keinem Land mit englischer Sprache ihren Sitz haben, Verträge nach englischem Muster in englischer Sprache verfasst werden, in die auch noch hinein geschrieben wird, dass das Recht des (nicht-anglophonen) Staates X oder Y anwendbar sein soll. Es gibt also etwa Verträge in englischer Sprache, mit englischen Rechtsbegriffen und mit dem dahinter stehenden Common Law-Vorverständnis, die nach deutschem Recht zu beurteilen sind. Das ist Hybridisierung in Potenz! Sie verdient eigentlich eine eigene wissenschaftliche Untersuchung.

Herr Hess: Ich würde meinerseits gerne, Frau Schwenzer, auf Ihr anregendes Referat reagieren. Ich stimme Ihnen im Ausgangspunkt zu, dass Standards, die sich international durchsetzen, eine Annäherung zwischen Common Law und kontinentalem Recht bewirken können. Sie haben sodann gesagt, und auch insofern stimme ich Ihnen zu, dies sei in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit besonders sichtbar. Dann haben Sie jedoch ausgeführt, dass sich die Harmonisierung in den nationalen Verfahrensrechten noch nicht gleichermaßen durchgesetzt habe. Ich glaube freilich, der heutige Tag ist sozusagen fast der letzte historische Moment, an dem man das so konstatieren kann. Ich darf dazu mehrere aktuelle Beispiele nennen:

Zunächst: die Europäische Patentgerichtsbarkeit. Wenn Sie sich dort das – unlängst vorgeschlagene – Verfahren anschauen, dann finden Sie die UNIDROIT-Principles on Transnational Litigation als Modell. Diese Entwicklung ist, so denke ich, ein ganz interessantes Beispiel, welches zeigt, wie auch innerhalb der staatlichen oder innerhalb der (partiell) internationalisierten, staatlichen Gerichtsbarkeit die Rechtsentwicklung der Rechtskreise sich aufeinander zubewegt.

Das zweite Beispiel betrifft den Schutz des geistigen Eigentums. Die bald ein Jahrzehnt alte sog. Enforcement-Richtlinie (2004) zeigt, wie sich weit reichende Informations- und Auskunftsansprüche aus einer Perspektive des Common Law, soweit man das so einfach sagen kann, weltweit durchsetzen und die kontinentalen Rechtsordnungen nachhaltig verändern. In Deutschland befinden wir uns sicherlich immer noch auf der „Langen Reise in die prozessuale Moderne“, aber wir sind auch schon ein Stück weiter gekommen seit Peter Schlosser 1991 seinen bahnbrechenden Aufsatz unter diesem Titel veröffentlicht hat. Und wenn man den Blick erweitert, dann gibt es derzeit die Diskussion um die Einführung kollektiver Rechtsbehelfe in Europa. Auch dort geht es um ein Rechtsimplantat, und auch dort wird rechtspolitisch diskutiert, ob ein Regelungsmechanismus, der ursprünglich aus den USA kommt, bei aller rechtspolitischen Begeisterung so unbesehen übernommen werden kann.

Ein weiteres Rechtsimplantat (und drittes Beispiel) ist die sog. alternative dispute resolution, insbesondere die sog. Mediation. Hier ist die rechtspolitische Bilanz positiv. Ein Beispiel für eine gelungene Übernahme und Adaption anglo-amerikanischer Modelle innerhalb eines kontinentalen Prozessrechts ist die gerichtsinterne Mediation in Deutschland, die im Ergebnis nicht viel mit dem originären amerikanischen Modell zu tun hat. Dennoch handelt es sich hier um einen sehr positiven Bereich einer internationalen Inspiration, die von den lokalen „stakeholders“ (sprich: Richter) adaptiert wurde. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich nationale Verfahrensrechte in einer ganz nachhaltigen Umbruchphase befinden – das muss gar nicht schlecht sein. Vor diesem Hintergrund hat schließlich die Prozessrechtsvergleichung in den letzten Jahren einen ungeheuren Aufschwung bekommen – aber hier gibt es immer noch vielfältige Bereiche, die wissenschaftlicher Erschließung harren. Insgesamt lässt sich jedoch konstatieren: Die nationalen Prozessrechte haben sich bereits oder müssen sich im Hinblick auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen öffnen, die ihrerseits nachhaltig von der Europäisierung und der Globalisierung bestimmt werden. Sofern diese Entwicklungen zum bescheidenen und reflektierten Umgang mit dem eigenen Recht führen (denn dieses ist immer nur einer von vielen guten Lösungswegen), mag dies eine gute Entwicklung sein.

Ich möchte schließlich noch eine praktische Frage des Kollisionsrechtlers an die Kollegen aus dem Völkerrecht stellen; zu einem Thema, das mich zunehmend beschäftigt: Im Rahmen der Haager IPR-Konferenz gibt es Tendenzen, die die beiden Rechtsgebiete zusammenführen und damit beide Referate betreffen. Es geht um Folgendes: Die Haager IPR-Konferenz hat bekanntlich seit mehreren Jahrzehnten vielfältige völkerrechtliche Übereinkommen zum internationalen Rechtsverkehr erarbeitet. Diese werden von diplomatischen Konferenzen sachkundig verhandelt, sodann von Experten kommentiert, dann von den Vertragsstaaten in den nachfolgenden Jahrzehnten (mehr oder minder vollständig) ratifiziert und sind angesichts des mühseligen Rechtsetzungsprozesses schnell vom Regelungsgehalt her veraltet. Damit stellt sich das Problem einer Anpassung der überkommenen (bzw. überalterten) Übereinkommen an moderne Entwicklungen. Um ein Beispiel zu nennen: Man erarbeitete etwa im Jahr 1965 ein Übereinkommen zur Internationalen Zustellung, heute fragt man: erfasst das Übereinkommen auch den sog. electronic service (etwa Zustellungen per e-mail) – der im Jahre 1965 unvorstellbar war? Das Problem hat die Haager IPR-Konferenz längst erkannt und agiert jetzt unterhalb dieser völkerrechtlichen Aufgreifschwelle, unterhalb der förmlichen Abänderung des völkerrechtlichen Vertrages. Stattdessen gibt es offizielle Handbücher, die best practices zur Zustellung mit elektronischen Mitteln formulieren, die also weit über den ursprünglichen Normtext hinausgehen. Für diese Entwicklungen gibt es keine harte völkerrechtliche Basis, vielmehr erscheint diese Praxis als eine Form von Soft Law jenseits der Texte der völkerrechtlichen Übereinkommen. Wie können wir eigentlich diese Entwicklungen einschätzen? Die diplomatischen Konferenzen bei der Haager IPR-Konferenz billigen regelmäßig die entsprechenden „wissenschaftlichen Berichte“ der Experten zu den Übereinkommen und bemühen sich um die Schaffung einer gewissen Legitimität. Die rechtsdogmatische und rechtspraktische Frage lautet hingegen: welche Rechtsbindung können derartige, formell gebilligte Berichte eigentlich entfalten?

Herr Siehr: Kurt Siehr, Zürich und Hamburg. Eine kurze Frage zu dem schönen Referat von Ingeborg Schwenzer. Was sind Swiss Proposals?

Frau Coester-Waltjen: Danke schön, ich gebe gleich das Wort weiter an Frau Schwenzer, die sich besonders über das letzte Stichwort freut.

Frau Schwenzer: Ja, ganz herzlichen Dank. Ich darf beginnen mit der Frage der Standards, die von Herrn Klein und Herrn Weber angesprochen wurde. In der Tat, wir haben uns nicht verständigt, was wir jeweils unter Standards begreifen. Ich bin für mein Referat davon ausgegangen, dass ich mir anschauen wollte, inwieweit sich im Privatrecht sich entwickelnde einheitliche Prinzipien finden. Ich habe weniger das Augenmerk darauf gelegt, ob sich diese in Hard Law oder in Soft Law finden.

Herr Weber, Sie haben darauf hingewiesen, dass es eine ganze Reihe von Soft Law Prinzipien im Privatrecht gebe. Sie haben auf Incoterms, model contracts, model clauses verwiesen, UCP 600 könnte man ebenfalls nennen. Für mich stellt sich indes die Frage: Ist das wirklich Soft Law? Denn Incoterms, UCP 600, model contracts oder model clauses, auch von der ICC für verschiedene Bereiche entworfen, werden Vertragsbestandteil nur durch Vereinbarung der Parteien. Die Parteien müssen explizit Bezug nehmen auf beispielsweise FCA Incoterm 2010, dann wird diese Incoterm Vertragsbestandteil. Dann stellt sich natürlich die Frage, was diese Incoterm bedeutet. Wir befinden uns da im Bereich des Internationalen Handelsbrauches und die Auslegung erfolgt entsprechend der Auslegung, die die ICC dieser Incoterm beigemessen hat. Von daher glaube ich, dass, wenn wir überhaupt insoweit von Soft Law sprechen können, diese Prinzipien sich doch grundlegend von dem unterscheiden, was Sie, Herr Giegerich, uns berichtet haben: Soft Law Standards, die Verbindlichkeit erheischen.

Herr Flessner, *iura novit curia*, ich gebe Ihnen völlig Recht, in der Praxis gibt es wahrscheinlich *iura novit curia* im englischen Recht nicht. Wenn Sie allerdings theoretische Ausführungen zurate ziehen, dann wird dieses Prinzip auch für das englische Recht postuliert. Wir haben im Augenblick im CISG ein größeres Problem mit dieser Frage und wir streiten uns auf internationaler Ebene. Der CISG Advisory Council versucht durch Opinions eine einheitliche Auslegung des CISG herbeizuführen; dessen Opinions werden übrigens bereits als *persuasive authority* von Gerichten verschiedener Staaten angewandt. Wir haben derzeit eine Opinion in Arbeit zu der Frage, inwiefern oder wann Parteien das CISG abbedungen haben. Ein wichtiger Punkt, der international unterschiedlich gesehen wird, ist das Problem „litigating under the wrong law“. Das heißt, was passiert, wenn weder die Parteien, die Parteien-Vertreter, noch die Gerichte erkannt haben, dass eigentlich das CISG zur Anwendung kommt. Die Parteien haben durch zwei Instanzen in der Regel unter nationalem Recht gestritten und in der dritten Instanz merkt plötzlich jemand, dass gar nicht nationales Recht zur Anwendung kommt, sondern eben das CISG als internationale Konvention. Vor allem australische Richter etwa haben wiederholt gesagt, die Parteien hätten nichts vorgetragen zum anwendbaren Recht, sie hätten nicht vorgetragen, dass das CISG Anwendung findet, warum sollten australische Richter jetzt plötzlich das CISG anwenden? Ich denke, die Antwort ist ganz einfach: Es ist eine völkerrechtliche Verpflichtung, das CISG anzuwenden, auch wenn die Parteien sich nicht darauf berufen haben. Hier kommt das Prinzip *iura novit curia* verschärft zur Geltung, und wir sind dabei, intensiv darüber zu diskutieren.

Sie haben meiner These widersprochen, dass ich das Common Law für überlegen halte, und Sie haben zwei Beispiele gebracht: das Eine der Erfüllungsanspruch bei Geldansprüchen. In der Tat, ich denke, dass eine Einschränkung des Erfüllungsanspruches auch bei Geldansprüchen für die internationale Praxis erforderlich ist. Nehmen Sie

folgendes Beispiel: Sie schließen heute einen Vertrag auf Herstellung einer Ware, der Verkäufer hat noch keinerlei Anstrengungen unternommen, sich das Material zu beschaffen, geschweige denn angefangen mit der Herstellung, und morgen merkt der Käufer, dass er die Ware nicht benötigt. In allen nationalen Rechtsordnungen besteht die Möglichkeit, dass der Käufer aus diesem Vertrag heraus kommt. Wenn Sie hier einen Erfüllungsanspruch gewähren, dann geben Sie dem Verkäufer die Möglichkeit, fünf Monate lang zu produzieren und dem Käufer eine Leistung aufzuzwingen, die er zu dem Zeitpunkt schon nicht mehr gewollt hat, als für den Verkäufer durch die Vertragsaufsage noch kein Schaden entstanden ist. Wir sind auf internationaler Ebene gerade dabei, diese Frage zu diskutieren. Die UNIDROIT-Principles haben das Problem noch nicht gesehen, aber etwa die Revision des amerikanischen Uniform Commercial Code von 2003 sieht hier eine Einschränkung des Kaufpreisanspruches vor.

Die Vertragspraxis: Natürlich haben wir es hier mit Hybridisierung zu tun. Während wir vor zwanzig Jahren noch einen Millionenvertrag in deutscher Sprache von zwei Seiten geschlossen haben, ist das heute nicht mehr denkbar. Das ist vor allen Dingen auch nicht denkbar, wenn Sie auf der Gegenseite eine Phalanx von amerikanischen Anwälten sitzen haben und dann ihrerseits jetzt in Pulks auftreten – also auch in der gesamten Anwaltspraxis findet Hybridisierung statt. Aber auch in anderen Bereichen: Da man heute damit rechnen muss, dass ein Schiedsverfahren auf Englisch geführt wird, werden alle Akten bereits von Anfang an auf Englisch geführt. Oder ein anderes Beispiel: Die großen Pharmakonzerne in Basel, wo viele der Angestellten gar kein Deutsch sprechen, schreiben Bauarbeiten in Basel heute auf Englisch aus. Und die Akten werden selbstverständlich auf Englisch geführt. Interessant ist auch, dass in der Schweiz, wo früher selbstverständlich jeder die Sprache des anderen verstanden hat, inzwischen unter den großen Büros, die ein Büro in Zürich und in Genf haben, Arbeitssprache meist Englisch und nicht Deutsch oder Französisch ist. Aber wie gesagt, das hängt damit zusammen, dass auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Englisch Verhandlungssprache ist und wir die Akten auf Englisch führen müssen, um kostspielige Übersetzungen zu verhindern.

Kurt Siehr, herzlichen Dank für die Frage nach dem Swiss Proposal. Die Schweiz hat im Juli letztes Jahr bei der plenary session von UNCITRAL, der United Nations Commission on International Trade Law, den Antrag gestellt, dass UNCITRAL die „desirability and feasibility of a UNCITRAL general contract law“ prüfen möge. Der Hintergrund für dieses Proposal war die Erkenntnis, dass wir global, aber auch regional Tendenzen verzeichnen, die auf eine Harmonisierung und Vereinheitlichung ausgerichtet sind, und dass diese Tendenzen deutlich machen, dass ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung besteht. Andererseits reichen vorliegende Einheitsinstrumente nicht aus, um die wirtschaftlichen Bedürfnisse zu stillen. Einmal ist das CISG lückenhaft. Zum anderen sehen die UNIDROIT-Principles, die ich angesprochen habe, seit 2010 zwar ein allgemeines Vertragsrecht vor. Aber dort besteht zum einen das Problem, dass sie Soft Law sind und ein opting-in nicht stattfindet. Die Parteien wählen die UNIDROIT-Principles nicht, weil die darunter zu erzielenden Ergebnisse nicht vorhersehbar sind. Wir wissen nicht, was bei einem Fall, der unter UNIDROIT-Principles entschieden werden würde, herauskommt. Zum anderen hat UNIDROIT nicht die Legitimitätsfunktion, die UNCITRAL besitzt. Schließlich sind die UNIDROIT-Principles sehr stark durch das französische Recht beeinflusst und in weiten Bereichen für Common Law Lawyers nicht akzeptabel, so dass man insoweit andere Lösungen schaffen muss-

te. Regionale Rechtsvereinheitlichung ist aus Sicht der Schweiz hoch problematisch, denn sie führt dazu, dass eine dritte Schicht Rechtsregeln dazukommt. Wir haben dann domestic contracts, regional contracts and global contracts und das führt zu weiteren Handelshemmnissen, statt tatsächlich den Handel zu erleichtern, wenn etwa die AGB auf drei verschiedene Regelwerke abgestimmt werden müssen. Die Frage, die sich natürlich stellt, ist, welches Instrument in Betracht kommt für ein derartiges Unterfangen. Ich denke hier an eine Konvention, weil allein eine Konvention zu mehr Vorhersehbarkeit als ein Modellgesetz führt, das den Staaten Ermessensspielräume erhalten, das nationales Recht werden und dann vor dem eigenen nationalen Hintergrund ausgelegt werden würde und wo nicht die Verpflichtung bestünde, den internationalen Charakter bei der Auslegung zu beachten. Deshalb sollte es in Richtung Konvention gehen. Die Hoffnungen, die sich damit verbinden, sind in meinen Augen groß, denn wir haben Instrumente, mit Hilfe derer eine einheitliche Auslegung sichergestellt werden kann. Es ist zwar heute Vormittag angeklungen, dass es ein Manko vor allem des CISG sei, dass es keine einheitliche Auslegungsinstanz in Form eines obersten Gerichtes gebe, aber wir haben eine ganze Reihe von Instrumenten, die eine einheitliche Auslegung gewährleisten und die immer mehr verfeinert werden. Wir haben CLOUT, das ist ein Berichtssystem von UNCITRAL für Case Law und UNCITRAL Texts, dann haben wir den UNCITRAL Digest, der in zweiter Auflage vorliegt, wir haben etwa den CISG Advisory Council, dessen Ziel die einheitliche Auslegung ist – so etwas würde sich natürlich auch bilden, wenn wir ein allgemeines Vertragsrechtsinstrument hätten. Wir haben internationale Kommentare, die auf rechtsvergleichender Basis mittlerweile in vielen Sprachen Leitlinien für die einheitliche Auslegung zu geben vermögen.

Herr Hess, ich danke Ihnen für die wichtige Ergänzung, die Sie gemacht haben. In der Tat, man könnte auch im Prozessrecht noch eine ganze Reihe von Harmonisierungs- und Vereinheitlichungstendenzen aufzeigen. Ich war vielleicht ein bisschen zu sehr an unserer Schweizerischen Zivilprozessordnung orientiert. Wir sind ja stolz, dass es schließlich auf den ersten Januar 2011 geklappt hat, endlich eine eidgenössische Zivilprozessordnung ins Leben zu rufen. Da waren natürlich Themen wie Class Action im Vorfeld schon im Spiel, aber wir waren noch sehr weit weg davon, diese internationalen Anregungen aufzunehmen. Hier ging es erst einmal darum, einen Konsens zwischen den Kantonen in Richtung eidgenössische ZPO zu ermöglichen. Dankeschön.

Herr Giegerich: Ich habe nur noch fünf Minuten und muss ganz schnell machen. Ich fange an mit Frau Platzöder. Sie haben völlig Recht, Art. 211 Abs. 2 UNCLOS ist natürlich Hard Law, allerdings werden dort Soft-Law-Standards der IMO in Bezug genommen und damit verrechtlicht.

Anne Peters, warum ich die Legalitätsverantwortung bei der Hochzoning strenger sehe als bei der Privatisierung: Ich habe ein „wohl“ eingefügt, ich bin mir da nicht so sicher. Ich finde keine EGMR-Rechtsprechung dazu. Es gibt einen Fall, der mit Standards allerdings nichts zu tun hat, nämlich den Fall Appleby. Da hatte eine englische Stadt ihr Stadtzentrum an einen privaten Investor veräußert, der ein großes privates Einkaufszentrum errichtete. Als dort irgendwelche politisch Interessierten Handzettel verteilen wollten, wurde ihnen dies vom privaten Eigentümer verboten. Und dann hat der EGMR mit abweichender Meinung von Richter Maruste, aber ansonsten einstimmig, gesagt: Der Staat braucht, wenn er ein Stadtzentrum privatisiert, nicht dafür zu sorgen, dass der private Investor Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit in

gleicher Weise zulässt, wie sie früher auf dem kommunalen Marktplatz zulässig waren, solange es noch andere öffentliche Straßen gibt und damit ein Mindeststandard an Freiheit gewährleistet ist. Deswegen war ich einfach etwas vorsichtig. Als sachlichen Grund für eine solche Privilegierung der Privatisierung könnte man an Folgendes denken: Durch eine solche Privatisierung wächst das Ausmaß gesellschaftlicher Freiheit insgesamt – Herr Tomuschat hört schon aufmerksam zu, weil er diesen Punkt auch angesprochen hat. Durch diese Zunahme an Freiheit insgesamt wird vielleicht eine Privatisierung menschenrechtlich von vornherein erträglicher als die Begründung neuer Hoheitsrechte bei internationalen Organisationen.

Herr Tomuschat, Sie haben völlig Recht, Soft-Law-Standards können Ausdruck gesellschaftlicher Freiheit sein, und wir wollen natürlich auch in dieser Hinsicht keine totale Überwachung durch den Staat erleben. Ich finde nur, es beginnt kritisch zu werden, wenn Private Herrschaft ausüben. Darüber muss der Staat bzw. müssen die Staaten die Kontrolle behalten. Die Frage ist, wann fängt die Setzung von Standards an in Herrschaftsausübung auszuarten. Ich habe das mit dem Begriff der determinativen Standards auszudrücken versucht, der viele Unschärfen hat. Ich bin mir darüber im Klaren, dass die gesellschaftliche Freiheit ein hohes Gut ist und dass natürlich der Ausübung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung unter Umständen auch Freiheitsrechte entgegenstehen können. Dass also private Unternehmen, etwa wenn sie Standards setzen, staatlichen Eingriffen entgegenhalten könnten: Wir üben damit unsere Freiheit aus, deshalb darf der Staat uns das nicht verbieten. Man muss dann im Einzelfall staatliche Gewährleistungsverantwortung und individuelle Freiheit ausbalancieren. Aber Sie haben natürlich völlig Recht mit Ihrem Hinweis.

Herr Fitschen fragt nach dem Ausmaß an Verantwortung, die das Auswärtige Amt wahrnehmen müsste. Keine Sorge, aufmerksam beobachten müssen Sie die Lage erst, sobald Private anfangen, Herrschaft auszuüben. Das kommt ja meistens für die Staaten nicht von ungefähr. Entweder delegieren sie Herrschaftsmacht, dann müssen sie sowieso aufpassen, an wen sie delegieren und wie die Macht ausgeübt wird. Oder die Staaten lassen die Privatisierung der Standardsetzung geschehen bzw. provozieren private Standardsetzung sogar durch eigene Regulierungszurückhaltung, dann müssen sie ebenfalls aufpassen. Also ist die staatliche Verantwortung nicht allzu groß, aber die Regierungen müssen die Entwicklung schon unter Beobachtung halten.

Frau Kaufmann, die UNO-Leitsätze, die auf John Ruggie zurückgehen, habe ich in einer Fußnote vermerkt, aber aus Zeitgründen nicht erwähnt. Ich finde es wunderbar, dass es sie gibt, und bin dafür wirklich dankbar. Das ist so ein Fall, in dem Soft Law einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur International Rule of Law gegangen ist, hier zur Machtkontrolle der multinationalen Unternehmen. Obwohl ich für sie dankbar bin, reichen die Leitsätze letztlich nicht aus, deswegen gebe ich mich mit ihnen allein nicht zufrieden. Ich freue mich auch, wenn andere internationale Organisationen, die OECD zum Beispiel, auch die ILO (vgl. die Tripartite Declaration), in dieser Hinsicht Soft Law ausbilden. Das sind alles wichtige Schritte auf dem Weg zum Ziel, aber offensichtlich reichen sie noch nicht aus, um die Macht der Multis effektiv unter Kontrolle zu halten.

Herr Weber, zur ICANN Governance und den Internet Principles, die andere internationale Organisationen entwickeln, würde ich fast das Gleiche sagen wie zu Frau Kaufmann. Ich bin sehr dankbar, dass es solches Soft Law gibt. Zur Einhegung von Macht im Internetbereich reicht es aber möglicherweise nicht aus, vielleicht braucht man am

Ende doch noch entweder mehr Soft Law oder sogar Hard Law. Aber hier ist sicherlich eine positive Entwicklung zu verzeichnen, schon weil entsprechendes Problembewusstsein entstanden ist.

Herr Benedek: Sie haben Recht, dass der Standardsetzungsprozess sich allmählich zu verbessern beginnt. Die Staaten werden sich ihrer Gewährleistungsverantwortung langsam bewusst, und das ist ein positiver Prozess, aber man muss sie noch ein bisschen in diese Richtung drängen, damit der Prozess weitergeht.

Und dann schließlich zu Herrn Hess: Solche Handbücher der Haager IPR-Konferenz zu Best Practices würde ich in der Tat unter den Standard-Begriff subsumieren. Sie stellen Anleitungsbücher für die Interpretation der entsprechenden Konventionen dar. Wenn sie sogar von der Konferenz gebilligt werden, erhalten sie auch Legitimität durch die Parteien und könnten eventuell der Beginn der Einleitung eines neuen Hard-Law-Entwicklungsprozesses sein, also bewirken, dass man allmählich die Konvention an die modernen Entwicklungen anpasst. (Zwischenbemerkung aus dem Publikum)

Sie werden nicht von der Konferenz gebilligt? Nun gut, dann bleibt es aber dabei, dass sie den Interpretationshintergrund zur betreffenden Konvention bilden.

Vielen Dank für die vielen Anregungen, die ich bekommen habe. Ich habe sie alle fein säuberlich mitnotiert und werde versuchen, sie in die Endfassung einzuarbeiten.

Frau Coester-Waltjen: Recht herzlichen Dank Herr Giegerich. Es ist 18.14 Uhr, es bleibt eine Minute Zeit, um all den Vortragenden des heutigen Tages und all den Diskutanten ganz herzlich zu danken. Ich hoffe, dass wir uns morgen früh in alter Frische hier wieder im Hörsaal treffen werden.

(Applaus)

Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut¹

Von Prof. Dr. Heike Krieger, Berlin

- I. Einleitung: Aktualität von Immunitäten in der Globalisierung
 - II. Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen
 - 1. Festhalten an der Immunität im zivilgerichtlichen Verfahren
 - 2. Ansätze einer Rechtsentwicklung – Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen im Strafverfahren
 - III. Dezentrale Rechtsfortbildungsmechanismen
 - 1. Staatliches Eigeninteresse und Reziprozität
 - 2. Proaktive Rolle von Gerichten
 - IV. Ratio der Immunitäten in der Globalisierung
 - 1. Mittel der Funktionswahrnehmung
 - a) Spezialmissionen als funktionales Äquivalent
 - b) Zuerkennung von Immunität für Public Private Partnerships
 - 2. Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen
 - a) Zurückdrängung der Immunität als Zuständigkeitsausübungsregel bei internationalen Organisationen?
 - b) Sicherung des Rechtsfriedens und der guten zwischenstaatlichen Beziehungen in der multipolaren Welt
 - V. Ausblick: Eine prozessuale Lösung?
- Thesen
Summary

I. Einleitung: Aktualität von Immunitäten in der Globalisierung

Völkerrechtliche Immunitäten sind mehr als je zuvor unter Druck geraten. Allein zwischen 2012 und 2013 sind über zwanzig Verfahren gegen Träger funktionaler und personaler Immunität vor nationalen oder internationalen Gerichten geführt worden.² Hier

1 Mein besonderer Dank für Unterstützung bei der Quellenarbeit gilt meinen Mitarbeitern Frau Anna Hankings-Evans und Herrn Björnstjern Baade.

2 Zur Staatenimmunität: IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgment, 3 February 2012; Italien, *Frasca v Germany and ors*, Preliminary order on jurisdiction, No 4284/2013, 21 February 2013; *Criminal Proceedings v Albers and ors*, Final appeal judgment, No 32139/2012, 9. August 2012; *Federal Republic of Germany v De Guglielmi*, Appeal judgment, No 941/2012, 14 May 2012; Kanada, Court of Appeal, *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (CanLII); *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 2013 ONCA 30 (Ont. C.A.); Deutschland: OLG Stuttgart, Beschluss vom 06. Juni 2013 – 5 W 17/13 –, juris; KG Berlin, Beschluss vom 04. Juni 2012 – 20 Sch 10/11 –, juris; EuGH, Urteil vom 19. Juli 2012, C-154/11 – *Mahamdia*; zu Klagen von Inhabern griechischer Staatsanleihen: C. *Thole*, Klagen geschädigter Privatanleger gegen Griechenland vor deutschen Gerichten, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2012, 1793 ff.; US, District Court, *Sky Petroleum Inc v. Albania*, Order and preliminary injunction, Case No A-12-CA-023-SS, 20 January 2012; EGMR: *Wallishauser v. Österreich* (No. 2), Appl. No. 14497/06, Urteil vom 20. Juni 2013; *Oleynikov v. Russland*, Appl. No. 36703/04, Urteil vom 14. März 2013; *Wallishauser v. Österreich*, Appl. No. 156/04, Urteil vom 17. Juli 2012; zur diplomatischen Immunität: Deutschland, BAG, Urteil vom 22. August 2012, Az. 5 AZR 949/11; Frankreich: EGMR, *C.N. und V. v. Frankreich*, Appl. No. 67724/09, Urteil vom 11. Oktober 2010; UK, High Court, *Wokuri v Kassam* [2012] EWHC 105 (Ch) (30 January 2012); zur Immunität von Staatsorganen vor Strafverfolgung: IGH, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, 20 July 2012, § 20; Italien: *General Prosecutor at the Court of Appeals of*

besteht eine augenscheinliche Inkongruenz zwischen der – für das Völkerrecht – hohen Anzahl von Verfahren, die Immunitäten hinterfragen, und der höchstens punktuellen Rechtsentwicklung, die sich beobachten lässt. Etwas dynamischer stellt sich zwar die Entwicklung bei den Bemühungen um die Begrenzung der Immunität internationaler Organisationen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dar.³ Der Grund hierfür mag aber in einer zeitlichen Asynchronie liegen, so dass internationale Organisationen im Bereich privatwirtschaftlicher Tätigkeit nur eine Entwicklung nachvollziehen, die für die Staatenimmunität weitgehend abgeschlossen ist. Dabei unterliegen alle Ausprägungen der Immunität einer vergleichbaren Kritik, wonach die prozessuale Zuerkennung von Immunität in einem Widerspruch zu materiell-rechtlichen Verpflichtungen steht, die Verantwortlichkeit für schwerste Menschenrechtsverletzungen herzustellen.⁴ Immunität scheint sich als Relikt des Westfälischen Systems Konstitutionalisierungsvorstellungen⁵ der Globalisierung zu widersetzen, woraus sich der Ruf nach ihrer Begrenzung⁶ oder sogar Abschaffung ergibt.⁷ Ist die Gewährung von Immunität in der globalisierten Welt also nicht mehr zeitgemäß?

Milan v Adler and ors, Final appeal judgment, No 46340/2012, 29 November 2012; Südafrika, High Court, *Southern African Litigation Centre and Another v National Director of Public Prosecutions and Others* (77150/09) [2012] ZAGPPHC 61; Entscheid des Bundesstrafgerichts BB. 20 11. 14 vom 25. Juli 2012; zur Immunität von Staatsorganen im zivilgerichtlichen Verfahren: US, *Habyarimana v. Kagame*, 696 F.3d 1029 (10th Cir. Oct. 10, 2012); *Manoharan v. Rajapaksa*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 25732, 16 (D.D.C. 29 Februar 2012); zur Immunität eines Kriegsschiffs: ITLOS, *The „ARA Libertad“ Case* (Argentina v. Ghana), Order of 15 December 2012; zur Immunität internationaler Organisationen: Niederlande, Hoge Raad, *Mothers of Srebrenica Association v. the State of the Netherlands and the United Nations*, 10/04437 EV/AS, 13 April 2012; s.a. UN Haiti Cholera Dispute: Letter by UN Under Secretary-General vom 21. Februar 2013, verfügbar unter: http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/LettertoMr.BrianConcan_non.pdf (dieses Dokument wie alle weiteren zuletzt besucht am 1. Juli 2013).

3 Siehe unter IV. 2. a).

4 T. Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Berlin/Heidelberg 2012, S. 157, 389.

5 Zu einer solchen Perspektive auf die internationale Ordnung: B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston 2009; M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, EJIL 15 (2004), 907-931; A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, LJIL 19 (2006), 579-610; A. Wiener, *Constitutionalism Unbound: A Practice Approach to Normativity*, Paper prepared for presentation at the round-table „Practice, Ethics and Normativity“, Annual Millennium Conference *Out Of The Ivory Tower. Weaving the Theories and Practice of International Relations*, London School of Economics & Political Science, 22-23 Oct 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2103049; s.a.: M. Kotzur, *Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law*, GoJIL 4 (2012), 585 (594); K.-H. Ladeur, *Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkerrechtsgemeinschaft*, AVR 2011, 246 (259).

6 Z.B.: J. Besner/A. Attaran, *Civil liability in Canada's courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)*, Tort L Rev 16 (2008), 150 ff.; Z. Douglas, *State Immunity for Acts of State Officials*, BYIL 82 (2012), 281 (338ff./342); C.K. Hall, *UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol*, ICLQ 55 (2006), 411 (insb. 426); E. Henry, *Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse*, in: F. Bohnet (Hrsg.), *Quelques Actions en Execution*, Basel/Neuchâtel 2011, 263 (280-284); L. McGregor, *State Immunity and ius cogens*, ICLQ 55 (2006), 437 (441); A. Orakhelashvili, *The Classification of International Legal Rules: A Reply to Stefan Talmon*, LJIL 26 (2013), 89ff.; P. Tarre Moser, *Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case*, GoJIL 4 (2012), 809-852.

7 Zu Arbeiten, die Forderungen zur Abschaffung des Rechtsinstituts der Immunität enthalten, zählen: R. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse 1964, S. 139-145; R. Garnett, *Should Foreign State Immunity be Abolished?*, *The Australian Yearbook of International Law* 20 (2000), 175-190; E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge 1991, S. 55-57.

Im diametralen Gegensatz zu einer solchen Annahme finden sich ebenso Tendenzen in der Globalisierung, die die Frage aufwerfen, ob der Kreis der durch Immunität geschützten Rechtssubjekte nicht sogar erweitert werden müsste. Die Pluralisierung der Akteure in den internationalen Beziehungen stellt eines der wesentlichen Merkmale der Globalisierung dar. Der internationale Rechtsverkehr beschränkt sich nicht mehr auf Staatsoberhaupt und Regierung. Vielmehr sind durch die Zunahme transnationaler wirtschaftlicher und politischer Beziehungen bei gleichzeitiger Auffächerung der Handlungs- und Koordinationsformen zahlreiche andere staatliche, aber eben auch nicht-staatliche Akteure und Mischformen wie Public Private Partnerships an den internationalen Beziehungen beteiligt und nehmen Aufgaben wahr, die herkömmlich Staaten und internationale Organisationen ausgeübt haben.⁸ Erfordern diese Prozesse, dass die Rechtsentwicklung Immunitäten noch weiter als bisher von ihrer Staatsbezogenheit ablöst und auf andere Akteure ausdehnt, um diesen Akteuren eine effektive Aufgabenwahrnehmung zu ermöglichen?

Um darzulegen, wie sich diese widersprüchlichen Entwicklungsstränge erklären und in Bezug setzen lassen, legt der Beitrag zunächst kurz den Stand der Rechtsentwicklung dar und erläutert im Folgenden, welche strukturellen Vorgaben des Völkerrechts zu der weitgehenden Stagnation der Rechtsentwicklung führen. Hieran schließt die Frage an, ob Immunitäten in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung noch den Anforderungen der globalisierten Welt entsprechen, die Immunitätsregeln sich also unter Umständen zurecht nicht oder nur zögerlich ändern. Abschließend soll ein Vorschlag gemacht werden, wie die Entwicklung des Völkerrechts in diesem Bereich behutsam vorangebracht werden könnte. Auch wenn der Beitrag darauf zielt, einige übergreifende Linien aufzuzeigen, geht die Untersuchung zunächst von der grundsätzlichen Verschiedenheit der einzelnen Immunitätsgewährungen aus. Zugleich ist zwischen der Immunität *ratione personae* und der Immunität *ratione materiae* sowie der Immunität im Straf- und im Zivilverfahren zu differenzieren. Der Begriff „schwerste Menschenrechtsverletzungen“ wird als Oberbegriff für Verletzungen völkerrechtlicher Normen mit *ius cogens* Charakter verwendet, die eine individualschützende Wirkung entfalten.

II. Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen

Offenkundig ist die Stagnation in der Rechtsentwicklung bei der Zuerkennung von Immunität im zivilgerichtlichen Verfahren. Im Jahr 2012 haben mehrere Urteile zur Staatenimmunität, zur Immunität internationaler Organisationen und zur diplomatischen Immunität eine Immunitätsausnahme bei schweren Menschenrechtsverletzungen abgelehnt.⁹

1. Festhalten an der Immunität im zivilgerichtlichen Verfahren

Mit seinem Urteil aus dem Februar 2012 im *Jurisdictional Immunities Case* hat der IGH Einschränkungen der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen in

⁸ K.-H. Ladeur (Fn. 5), 252 f.

⁹ Für eine solche Immunitätsausnahme im Sinne einer sich langsam herausbildenden Norm des Völkergewohnheitsrechts: A. Bellal, *Immunités et violations graves de droit humains*, Bruxelles 2011, S. 135 f.; M. Gavouneli, *State Immunity and the Rule of Law*, Athen 2001, S. 91-118, insb. S. 117.

zivilgerichtlichen Verfahren eine klare Absage erteilt.¹⁰ In einer der zentralen Passagen des Urteiles stellt der IGH fest, dass zwischen den Regeln der Staatenimmunität und den von Deutschland verletzten kriegsrechtlichen Normen mit ius cogens Charakter kein Normkonflikt besteht. Wie zurecht bereits in der Literatur vorgebracht,¹¹ stellen die einschlägigen ius cogens Normen solche des materiellen Rechts dar, während die Regeln über die Immunität von der nationalen Gerichtsbarkeit als Verfahrenshindernis dem Prozessrecht zuzuordnen sind.¹² Im Sommer 2012 hat der Oberste Gerichtshof der Niederlande im Fall der Mütter von Srebrenica unter Bezug auf die Begründung des IGH ausgeführt, dass die Immunität der Vereinten Nationen nicht durchbrochen werden könne.¹³ „The UN is entitled to immunity regardless of the extreme seriousness of the accusations on which the [plaintiffs] base their claims.“¹⁴

2011 hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg entschieden, dass „die diplomatische Immunität vor gerichtlicher Verfolgung ... unabhängig von der Schwere der gegen den Diplomaten erhobenen Vorwürfe zu gewähren [ist]; sie ist einer Relativierung nicht zugänglich“, auch wenn schwere Menschenrechtsverletzung in Rede stehen.¹⁵ Gegenstand des Verfahrens waren Vergütungs- und Schmerzensgeldansprüche in einem Fall der ausbeuterischen Beschäftigung von Hausangestellten. Das Verfahren wurde gegen einen Attaché der saudi-arabischen Botschaft geführt, der bis 2011 in Deutschland akkreditiert war.¹⁶ Die Fragestellung reflektiert das allgemeine Problem der Rechtsbrüche von Diplomaten im Empfangsstaat,¹⁷ hat aber besonderes Gewicht durch Aktivitäten menschenrechtlicher Organisationen erhalten. Denn in zahlreichen Fällen geht es um schwere Formen von Ausbeutung und Missbrauch im Sinne von Art. 3 und 4 EMRK.¹⁸ So empfiehlt der UN Wanderarbeiter-Ausschuss in seinem Ge-

10 Kritisch u.a.: *M. Bothe*, Remedies of victims of war crimes and crimes against humanities: Some critical remarks on the judgment of the ICJ on the jurisdictional immunity of a State, Manuskript, 7 ff.; *M. Krajewski/C. Singer*, Should Judges Be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights, MaxPlanckUNYB 2012, 1 ff.; *L. McGregor*, State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v. Italy?, Journal of International Criminal Justice 11 (2013), 125 (131/133); zustimmend: *M. Kloth/M. Brunner*, Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen, AVR 50 (2012), 218 (227); *M. Payandeh*, Staatenimmunität und Menschenrechte, JZ 2012, 949 (956).

11 *H. Fox*, The Law of State Immunity, 1. Aufl., Oxford u.a. 2002, S. 524 f.; *M. Rossi*, Staatenimmunität im europäischen Zivilprozessrecht, in: G. Portale et al. (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Handels-, Arbeits- und Zivilprozessrecht, Heidelberg 2011, S. 47 (56); kritisch zur Differenzierung im Urteil des IGH: *M. Sarzo*, The Dark Side of Immunity, LJIL 26 (2013), 105 (122).

12 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgment, 3 February 2012, §§ 92-97.

13 Niederlande, Hoge Raad, *Mothers of Srebrenica Association v. the State of the Netherlands and the United Nations*, 10/04437 EV/AS, 13 April 2012, 4.3.10-4.3.14.

14 Ebd., 4.3.14.; kritisch zur Entscheidung der Vorinstanz aus der Perspektive der EMRK, weil es an angemessenen Rechtsschutzalternativen fehlt: *M. Kloth*, Immunities and the Right of Access to Court under Art. 6 of the European Convention on Human Rights, Leiden 2010, S. 153.

15 Deutschland, LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. November 2011, Az. 17 Sa 1468/11, Rdnr. 19; s.a. BVerfGE 96, 68 (85).

16 Deutschland, BAG, Urteil vom 22. August 2012, Az. 5 AZR 949/11, Rn. 1.

17 Z.B.: *R. Higgins*, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience, AJIL 79 (1985), 641ff.

18 UN CEDAW, General Recommendation Nr. 26 on Woman Migrant Workers, CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5. Dezember 2008, § 21; UN Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, Including its Causes and Consequences, 2010, §§ 33, 57f., 96; ILO, The General Conference of the ILO, Domestic Workers Recommendation No. 201 (2011); Recommendation concerning Decent Work for Domestic Workers, No. 26 (2011), § 4.

neral Comment Nr. 1 aus dem Jahr 2011 den Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass Haushaltsangestellten Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, wenn ihre Rechte von Trägern diplomatischer Immunität verletzt werden.¹⁹

Dabei scheitert die Rechtsdurchsetzung zunächst daran, dass das private rechtswidrige Verhalten der Diplomaten in der Regel nicht dem Entsendestaat unmittelbar zurechenbar ist,²⁰ so dass dieser nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, auch wenn arbeitsrechtliche Streitigkeiten an sich als *acta iure gestionis* betrachtet werden.²¹ Daher führen die Betroffenen zumeist ein Verfahren gegen den Diplomaten selbst. Allerdings fällt die Beschäftigung von Hausangestellten und damit verbundenes rechtswidriges Handeln nicht unter die Immunitätsausnahmen von Art. 31 Abs. 1 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD), so dass der Diplomat für die Dauer seiner Akkreditierung im Empfangsstaat insoweit persönliche Immunität im Hinblick auf seine privaten Handlungen besitzt. Die Formulierung in Art. 31 Abs. 1 lit c) WÜD, die „Klagen im Zusammenhang mit einer gewerblichen Tätigkeit“ von der gerichtlichen Immunität im Empfangsstaat ausnimmt, deutet zwar daraufhin, dass auch hier die Unterscheidung in *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* Anwendung finden könnte.²² Eine solche Gleichstellung von diplomatischer Immunität und Staatenimmunität hat sich aber bislang vor den nationalen Gerichten nicht durchsetzen können. So hat der US amerikanische Court of Appeals ausdrücklich abgelehnt, Arbeitsverhältnisse unter Art. 31 Abs. 1 lit. c) WÜD zu fassen.²³ Hierfür spricht bereits der hervorgehobene Status des Diplomaten im Empfangsstaat, der als besonders exponiertes Organ im Interesse der Aufrechterhaltung der zwischenstaatlichen Beziehungen des Schutzes in persönlichen Angelegenheiten bedarf.²⁴ Auch die Auslegung von Art. 31 Abs. 1 lit. c) WÜD anhand der *travaux préparatoires* macht deutlich, dass der Begriff der gewerblichen Tätigkeit nicht alle zivilrechtlichen Aspekte der persönlichen Lebensführung erfasst. Der Begriff beschreibt vielmehr eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, die dem persönlichen Profit dienen soll.²⁵ Es besteht aber immerhin eine weitreichende Einigkeit der Gerichte, dass Arbeitsverträge mit Hausangestellten nicht in den Schutzbereich von Art. 39 Abs. 2 WÜD fallen, also nicht zu den Akten gehören, die in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit vorgenommen worden sind, so dass es den Hausangestellten möglich ist, die Diplomaten nach Beendigung ihrer dienstlichen Tätigkeit gerichtlich

19 UN Committee on Migrant Workers, General Comment on Migrant Domestic Workers, CMW/C/GC/1 vom 23. Februar 2011, § 49.

20 US, Court of Appeals, *Swarna v. Al-Awadi* 622 F3d 123 (2nd Cir. 2010).

21 Art. 11 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property vom 2. Dezember 2004; EGMR, *Wallishauser v. Österreich*, Appl. No. 156/04, Urteil vom 17. Juli 2012, § 65; s.a. für die Schweiz: A. Peters, *Völkerrecht*, 3. Aufl., Zürich u.a. 2012, S. 177.

22 Vgl. H. Fox/P. Webb, *The Law of State Immunity*, 3. Aufl., Oxford 2013, S. 586.

23 US, Court of Appeals, *Tabion v. Mufti*, 73 F.3d 535, 537 (4th Cir. 1996); E. Denza, *Diplomatic Law*, Oxford u.a. 2008, 3. Aufl., S. 305; H. Fox/P. Webb (Fn. 22), S. 586.

24 BVerfGE 96, 68 (85f.); K. Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, Rdnr. 675; siehe auch Abs. 4 der Präambel des WÜD.

25 E. Denza (Fn. 23), S. 305; s.a. LArbG Berlin-Brandenburg (Fn. 15), Rdnr. 16; US, Court of Appeals, *Tabion v. Mufti* (Fn. 23), S. 537-539..

zu belangen.²⁶ Dieser Interpretation haben sich sowohl das Bundesarbeitsgericht²⁷ als auch der englische High Court im Fall *Wokuri v. Kassam* im Jahr 2012 angeschlossen.²⁸

2. Ansätze einer Rechtsentwicklung - Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen im Strafverfahren

Bei der Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen im Strafverfahren bestehen zwar Ansätze einer Rechtsentwicklung. Diese Entwicklung zeichnet sich aber längst nicht so deutlich ab, wie in Teilen der Literatur angenommen.²⁹ Dabei kann man zwischen einem Kern an Rechtssätzen unterscheiden, über deren Umfang und Geltung Klarheit besteht, und einem Hof, in dem die Grenzen der Immunität immer noch abgesteckt werden. Bei schweren Menschenrechtsverletzungen besteht die Immunität *ratione personae* amtierender *Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister* im Straf- (und Zivil)verfahren uneingeschränkt fort.³⁰ Nach dem IGH Urteil im *Arrest Warrant Case* haben nationale Gerichte diese Rechtsprechung im Hinblick auf Verfahren gegen Robert Mugabe³¹ und Paul Kagame³² bestätigt.³³ Ebenso genießen im Grundsatz alle amtierenden *staatlichen Funktionsträger* für ihre hoheitlichen Handlungen Immunität.³⁴ Es besteht aber eine Immunitätsausnahme *ratione loci* bei Amtshandlungen, die eine grobe Verletzung der Territorialhoheit darstellen, insb.

26 UK, High Court, *Wokuri v Kassam* [2012] EWHC 105 (Ch) (30 January 2012), §§ 22-26, unter Verweis auf US, Court of Appeals, *Swarna v. Al-Awadi* (Fn. 20), S. 134 f., 139; siehe auch *U. Seidenberger*, Die diplomatischen und konsularischen Immunitäten und Privilegien, Frankfurt a.M. u.a. 1994, S. 118.

27 Deutschland, BAG, Urteil vom 22. August 2012, Az. 5 AZR 949/11, Rdnr. 10: „Seine Immunität endete gemäß Art. 39 Abs. 2 WÜD mit der Ausreise (vgl. *Pritting/Gehrlein/Bitz ZPO 4. Aufl. § 18 GVG Rn. 9*). Sie besteht auch nicht gemäß Art. 39 Abs. 2 Satz 2 WÜD fort, weil der Beklagte nicht wegen der Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit in Anspruch genommen wird.“

28 UK, High Court, *Wokuri v Kassam* [2012] EWHC 105 (Ch) (30 January 2012), § 27.

29 *A. Bellal* (Fn. 9), S. 225 f./234 f.; *P. Gaeta*, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?, in: A. Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia*, Reprint, Oxford, 2012, S. 227 (229); *G. Hokema*, Immunität von Staatsoberhäuptern, Frankfurt am Main 2002, 265 f., 272 f.; *M. Lütke*, Die Immunität staatlicher Funktionsträger, Berlin 2000, S. 221-314, insb. 312 f.; für eine differenzierte Betrachtungsweise: *R. van Alebeek*, The Immunity of States and their Officials in international criminal law and human rights law, Oxford 2008, S. 200-415; *dies.*, National Courts, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials, NILR 59 (2012), 5 (36/41); die Unklarheiten betonen in der 3. Aufl. auch *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 565.

30 Für das Strafverfahren: IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, 3 (22, 24, §§ 55, 58); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, 177 (236 f., § 170); vor nationalen Gerichten: Belgien, Cour de Cassation, *H.S.A. et al., V.S.A. et al.*, (Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others) Sharon&Yaron, ILM 2003, 596 (600); allgemein: *J. Foakes*, Immunity for International Crimes?, IL BP 2011/02, S. 4; *A. Watts*, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RdC 1994 III, 13.

31 UK, Bow Street Magistrates' Court, Application for an Extradition Warrant against Robert Mugabe, Judgment, 14 January 2004, abgedruckt in: *C. Warbrick* (Hrsg.), *Current Developments Public International Law*, ICLQ 2004, 769 (770); im Ergebnis offengelassen in: US, Court of Appeals, *Tachiona v. United States* 386 F.3d 205 (2nd Cir. 2004), da Art. 29 WÜD Anwendung fand.

32 Spanien, Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional (Tribunales españoles) Auto, 6. Februar 2008, 151, verfügbar unter http://www.veritasrwandaforum.org/dossier/resol_auto_esp_06022008.pdf.

33 Siehe auch: Schweiz, Entscheid des Bundesstrafgerichts BB. 20 11. 14 vom 25. Juli 2012, 5.3.

34 *A. von Arnould*, Völkerrecht, 2012, Rdnr. 325; a.A.: Italien, *General Prosecutor at the Court of Appeals of Milan v Adler and ors*, Final appeal judgment, No 46340/2012, 29 November 2012.

bei Spionage, politischem Mord, terroristischen und subversiven Handlungen,³⁵ Folter³⁶ und Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht³⁷ jedenfalls im oder mit Bezug zum Forumstaat.³⁸ Ansätze einer rechtlichen Fortentwicklung finden sich vor allem für die Begründung einer Pflichtenkollision zwischen (extraterritorialen) völkervertragsrechtlichen Bestrafungspflichten von Delikten, die nur in einer amtlichen Tätigkeit begangen werden können, und der Gewährung von Immunität *ratione materiae* für staatliche Funktionsträger. Für einen völkervertragsrechtlichen Immunitätsausschluss in der UN Anti-Folterkonvention von 1984 spricht, dass Folter laut Art. 1 ein Handeln in amtlicher Eigenschaft voraussetzt. Zugleich legt Art. 5 der Konvention Bestrafungspflichten fest. Ein Staat könnte diese Pflichten nicht erfüllen, wenn aufgrund der amtlichen Eigenschaft einem ausländischen staatlichen Funktionsträger Immunität zuerkannt werden müsste.³⁹ Diese Argumentation kann auf alle vergleichbaren Konventionen übertragen werden, die eine amtliche Eigenschaft voraussetzen und eine Bestrafungspflicht statuieren, wie das Internationale Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen von 2006, das in Art. 2 ebenfalls auf den hoheitlichen Charakter der Handlung abstellt.⁴⁰ Eine noch weitergehende Interpretation erlaubt, eine Immunitätsausnahme jedenfalls im Strafverfahren immer dann anzunehmen, wenn völkerrechtliche Verträge den Staaten extraterritoriale Bestrafungspflichten bei internationalen Verbrechen auferlegen, die zumindest auch von staatlichen Funktionsträgern begangen werden, dehnt den Gedanken der Pflichtenkollision also über eigentliche Amtsdelikte auf alle Konventionen aus, die schwere Menschenrechtsverletzungen mit extraterritorialen Bestrafungspflichten oder dem Recht, universelle Jurisdiktion auszuüben, verknüpfen: „where extra-territorial jurisdiction exists in respect of an international crime and the rule providing for jurisdiction expressly contemplates prosecution of crimes committed in an official capacity, immunity *ratione materiae* cannot logically co-exist with such a conferment of jurisdiction“.⁴¹

35 Italien, *Adler and 32 others (Abu Omar case)*, Milan Single Judge, Verdict of 4 November 2009, Reasons Filed on 1 February 2010, abgedruckt in: A. Cassese u.a., *International Criminal Law*, 2011, S. 564ff.; *General Prosecutor at the Court of Appeals of Milan v Adler and ors*, Final appeal judgment, No 46340/2012, 29 November 2012, hier wird allerdings die Immunität staatlicher Funktionsträger im strafgerichtlichen Verfahren grundsätzlich abgelehnt; UK, High Court, *Khurts Bat v Investigating Judge of the German Federal Court and others*, [2011] EWHC 2029 (Admin).

36 *J. Foakes* (Fn. 30), S. 13; vgl. Kanada, Ontario Superior Court of Justice, *Bouzari v. Iran*, [2002] O.J.No. 1624, Court file No. 00-CV-201372, § 63.

37 *M. Bothe*, Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane, *ZaöRV* 1971, 246 (252); mit vorsichtiger Formulierung gegenüber der 2. Aufl., Oxford u.a. 2008, S. 697 f. in der 3. Aufl., S. 553 und 561.

38 *A. v. Arnould* (Fn. 34), Rdnr. 325; *J. Foakes* (Fn. 30), S. 13; *K. Schmalenbach*, Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen, *ZÖR* 61 (2006), 397 (412); ILC, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by the Special Rapporteur, Roman Anatolevich Kolodkin, UN Doc A/CN.4/631, 56, §§ 84ff, 90. Inwieweit auch Fälle universeller Jurisdiktionsausübung erfasst sind, ist weniger deutlich; dafür *R. Cryer et. al.*, *International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2007, 432 f.; die Unsicherheiten betonend: *P. Webb*, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford 2013, S. 70-72 und 87-91.

39 *A. Peters* (Fn. 21), S. 186; *O. Dörr*, Staatliche Immunität auf dem Rückzug, *AVR* 41 (2003), 201 (216); *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 569 beschränken diese Ausnahme bei schwersten Menschenrechtsverletzungen auf niederrangige staatliche Funktionsträger, während der sog. Troika die Immunität *ratione materiae* auch nach Niederlegung des Amtes weiter zukommen soll.

40 UN Doc. A/RES/61/177 vom 20. Dezember 2006.

41 *D. Akande/S. Shah*, Immunities of State Officials, *International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, *EJIL* 21 (2010), 815 (843 ff./851); s. a. *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 567 f.; *M. Lüke* (Fn. 29), S. 232-273, insb. 273.

Immunitätsausnahmen und ihre rechtliche Fortentwicklung sind allerdings mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Vor allem die Verbindung von universeller Jurisdiktion, extraterritorialen Bestrafungspflichten und der Beschränkung der Immunität *ratione materiae* insbesondere hochrangiger staatlicher Funktionsträger im Strafverfahren erscheint problematisch.⁴² So wird man auch vierzehn Jahre nach dem Pinochet-Urteil höchstens von einer Rechtsentwicklung im Hinblick auf die völkergewohnheitsrechtliche Einschränkung der Immunität von ehemaligen Staatsoberhäuptern sprechen können.⁴³ Denn die ergangenen Entscheidungen deuten in beide Richtungen und sind oftmals den konkreten Umständen des Einzelfalls geschuldet. Diese Feststellung scheint zwar in direktem Widerspruch zu der hohen Zahl von Verfahren gegen ehemalige Staatsoberhäupter und ausführende Staatorgane zu stehen, die im gleichen Zeitraum von transnationalen Menschenrechts-NGOs angestrengt worden sind.⁴⁴ Aber beispielsweise Verfahren gegen Rumsfeld und Zemin sind ausdrücklich mit der völkergewohnheitsrechtlichen Immunität *ratione materiae* der Angeschuldigten von französischen⁴⁵ und deutschen Behörden⁴⁶ abgelehnt worden, wobei beide Fälle im Hinblick auf Foltervorwürfe sogar dem *Pinochet*-Fall gleichgelagert waren.⁴⁷ Der Bericht des ersten Special Rapporteur der ILC zur Immunität von Staatsorganen hat diese Unsicherheiten noch verstärkt. Jenseits der Immunitätsausnahme *ratione loci* stellt der Berichtersteller fest: „The Pinochet Case has not led to the establishment of homogenous court practice. In this respect it is difficult to talk of exceptions to immunity as having developed into a norm of customary international law.“⁴⁸ Diese Feststellung ist in der ILC⁴⁹ ebenso wie in der Literatur⁵⁰ als zu konservativ kritisiert worden. Aber auch die

42 Zu Versuchen, die weitreichenden Konsequenzen dieser Verknüpfung wieder zu begrenzen: *A. Akande/S. Shah* (Fn. 41), 846-849.

43 *J. Foakes* (Fn. 30), S. 1; *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 565-569; *A. Peters* (Fn. 21), S. 187; *T. Stein/C. von Buttlar*, *Völkerrecht*, 13. Aufl. München 2012, Rn. 726.

44 Siehe z.B. die umfangreichen Listen von Verfahren, die die schweizerische NGO Trialch.org) und die amerikanische NGO The Centre for Justice and Accountability (<http://www.cja.org/section.php?id=5>) vor Gerichten in den USA, Guatemala, Spanien und der Schweiz angestrengt haben; s.a. auch die Liste der Domestic Case Law on International Criminal Law Database am T.M.C. Asser Institut, http://www.asser.nl/Default.aspx?site_id=36&level1=15246.

45 Frankreich, Cour d'Appel de Paris, Entscheidung des Procureur générale zur Beschwerde bzgl. der Einstellung des Strafverfahrens gegen Donald Rumsfeld, 27. Februar 2008, in englischer Übersetzung verfügbar unter: http://ccrjustice.org/files/Rumsfeld_FrenchCase_%20Prosecutors%20Decision_02_08.pdf; Einstellungsbescheid des Procureur de la République vom 16. November 2007, verfügbar unter: http://www.ecchr.de/index.php/rumsfeld-590.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/rapport%20procureur%2016nov07.pdf.

46 Generalbundesanwalt, Strafanzeige gegen Jiang Zemin u.a., Einstellungsbescheid vom 24.6.2005, verfügbar unter: <http://www.diefirma.net/download.php?8651010ea2af5be8f76722e7f35c79de>.

47 *I. Wuerth*, *Pinochet's Legacy Reassessed*, *AJIL* 2012, 731 (748); China hat die UN Anti-Folterkonvention 1988, die USA haben die Konvention 1994 ratifiziert. Die Haltung der Gerichtsorgane kann dabei als bloßer Vertragsbruch zu werten sein. Da der Immunitätsausschluss aber nicht ausdrücklich in der UN Anti-Folterkonvention festgelegt ist, spricht manches dafür, die Entscheidungen sogar als Ausdruck einer gegenläufigen Rechtsüberzeugung zu interpretieren, was die französische Entscheidung nahelegt.

48 ILC (Fn. 38), § 90; ähnlich skeptisch: *I. Wuerth* (Fn. 47), S. 732; bereits 2002: *C. Tangemann*, *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2001, insb. S. 224 ff.; s.a. *D. L. Rothe*, *Shedding the blanket of immunity: a commentary on the global principle of ending impunity, realpolitik, and legal precedent*, *Crime Law Soc Change* 53 (2010), 397 (409).

49 ILC, Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011), UN Doc. A/66/10, § 121.

50 *C. Kreß*, *The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute*, in: *M. Bergsmo/ L. Yan* (Hrsg.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Peking 2012, 223 (245).

Stellungnahmen der Staatenvertreter im 6. Ausschuss der Generalversammlung im Jahr 2011 spiegeln dieses uneinheitliche Bild wider⁵¹ und selbst in der Literatur finden sich jüngst wieder Stimmen, die Immunitätsausnahmen im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen kritisch gegenüberstehen, ihre Geltung jedenfalls bezweifeln.⁵² Im Sommer 2012 hat immerhin das schweizerische Bundesstrafgericht in einer Entscheidung über die Eröffnung eines Strafverfahrens festgestellt, dass dem ehemaligen algerischen Verteidigungsminister Khaled Nezzar für die Verfolgung von Kriegsverbrechen und Folterhandlungen, die er zwischen 1992 und 1993 im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit begangen haben soll, seine Immunität *ratione materiae* nicht mehr zugute komme.⁵³ Ebenso hat der Südafrikanische High Court im sog. *Torture Docket Case*, einem Klageerzwingungsverfahren aus dem Sommer 2012, entschieden, dass der Einleitung eines Strafverfahrens gegen Organwalter aus Zimbabwe im Einklang mit dem südafrikanischen Gesetz zum Internationalen Strafgerichtshof die Immunität der Angeeschuldigten nicht entgegenstehe.⁵⁴

III. Dezentrale Rechtsfortbildungsmechanismen

Der Befund ist trotz einiger jüngster Entscheidungen zunächst einmal ernüchternd, so dass es für diese schleppende Rechtsentwicklung nach Erklärungen zu suchen gilt. Ein wesentlicher Grund hierfür liegt in den dezentralen Rechtsfortbildungsmechanismen des Völkerrechts. Bei Immunitäten gehen die Anstöße zur Rechtsentwicklung seit jeher von nationalen Gerichten aus. Die Rechtsfortbildung ist nicht – wie häufig – exekutiv-, sondern gerichtsprägend. Es gelingt diesen Gerichtsentscheidungen aber bislang nicht, eine einheitliche Staatenpraxis hervorzubringen. Dagegen sprechen vor allem Gründe des (vermeintlichen) staatlichen Eigeninteresses und der Reziprozität. Diese Gründe bleiben solange wesentlich, wie es dem Völkerrecht an zentralen Rechtssetzungs- und obligatorischen Durchsetzungsmechanismen fehlt und diese Aufgaben überwiegend

51 Skeptisch bzw. ablehnend gegenüber Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen: UN Doc. A/C.6/66/SR. 18 vom 24. Oktober 2011, § 52 (Mexiko); SR. 19 vom 25. Oktober 2011, § 43 (Niger), § 56 (Ungarn); SR. 24 vom 28. Oktober; § 72 (Indonesien); SR. 26 vom 1. November 2011, § 14 (Schweiz); §§ 44/47 (Thailand), § 85 (sehr deutlich Deutschland); SR. 27 vom 2. November 2011, § 10 (China), § 23 (Sri Lanka), § 38 (Weissrussland), § 54 (Kuba), § 66 (Russland); SR. 28 vom 4. November 2011, § 1 (Australien), § 23 (Israel), § 30 (Singapur), § 45 (Algerien), § 51 (Kenia); offen bzw. befürwortend, zum Teil *de lege ferenda*: UN Doc. A/C.6/66/SR. 26 vom 1. November 2011, §§ 5 ff. (Norwegen), §§ 30-36 (Griechenland), § 39 (Italien), § 58 (Peru), § 70 (Belgien), § 77 (Österreich); SR. 27 vom 2. November 2011, § 33 (Spain), § 45 (Iran), §§ 70/73 (Portugal), § 79 (Indien), § 86 (Neuseeland), § 91 (USA); SR. 28 vom 4. November 2011, §§ 10-11 (UK), § 26 (Demokratische Republik Korea), § 34 (Japan), § 57 (Niederlande), § 66 (Rumänien).

52 *Bing Bing Jia*, *The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited*, *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1303 (1320 f.); *I. Wuerth* (Fn. 47); regionale Unterschiede betonend: *P. Webb*, *Regional Challenges to the Law of State Immunity*, *European Society of International Law (ESIL) Conference Paper Series No. 6/2012*, S. 6 f., verfügbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2193750.

53 Schweiz, Entscheidung des Bundesstrafgerichts (Fn. 33), 5.4.3.; Algerien hat die UN Anti-Folterkonvention seit 1989 ratifiziert.

54 Südafrika, High Court, *Southern African Litigation Centre and Another v National Director of Public Prosecutions and Others* (77150/09) [2012] ZAGPPHC 61. Zimbabwe ist kein Mitgliedstaat der UN Anti-Folterkonvention.

den staatlichen Organen zufallen.⁵⁵ Zwar sind gerade die Rechtsfortbildungsansätze bei der Durchbrechung von Immunität folge transnationaler Durchsetzungsstrategien nicht-staatlicher Akteure, stehen also unmittelbar im Hybridisierungskontext. Die Strategien wählen aber ein traditionell staatliches Durchsetzungsinstrumentarium, so dass der staatliche Wille für die Rechtsfortbildung ausschlaggebend bleibt.

1. Staatliches Eigeninteresse und Reziprozität

Politikwissenschaftliche Theorien der internationalen Beziehungen zeigen auf, dass Staaten dann bereit sind, ihre Handlungsfreiheit rechtlich zu begrenzen, wenn es in ihrem Eigeninteresse liegt und vorteilhaft erscheint, dass auch andere Staaten die Norm befolgen.⁵⁶ Reziprozität, d.h. das wechselseitige Interesse der am Normentstehungsprozess beteiligten Staaten, ist ein wesentliches Element der Rechtsfortbildung. Durch einen Prozess von Rechtsbehauptung, Einverständnis, Nachahmung oder Zurückweisung wird gewährleistet, dass die entstandene Rechtsnorm auf dem tatsächlichen Konsens der Staaten beruht. Je mehr Eigeninteressen und Reziprozitätserwartungen betroffen sind, desto klarer kann sich eine Norm herausbilden.⁵⁷

Diese Beobachtung erklärt, wieso die Staaten zwar den Wandel von der absoluten zur restriktiven Immunität akzeptiert haben,⁵⁸ aber nicht bereit zu sein scheinen, Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen hinzunehmen. Die Einführung der Rechtsfigur der *acta iure gestionis* entsprach den wirtschaftlichen Interessen von Importnationen. So betraf der erste Fall zur restriktiven Immunität von 1879 beispielsweise ein peruanisches Schiff im Hafen von Ostende, das Guano aus Peru nach Belgien einfuhrte.⁵⁹ In Staaten wie Belgien wurde die Notwendigkeit besonders früh deutlich, Individuen als Gebot der Fairness die Möglichkeit zu geben, mit Staaten zivilrechtliche Streitigkeiten gerichtlich auszutragen.⁶⁰ Je mehr die Außenwirtschaftspartner eines anderen Staates nur noch restriktive Immunität gewährten, so wahrscheinlicher wurde es, dass der Staat selbst dem Grundatz restriktiver Immunität folgen würde. Denn die Beibehaltung einer absoluten Immunitätsdoktrin schützte anderenfalls nur noch die fremden Staaten. Große Exportnationen haben sich allerdings länger der Einführung der restriktiven Immunität verweigert.⁶¹ So hat das Vereinigte Königreich erst

55 Vgl. *B. Simma*, Reciprocity, in: *R. Wolfrum* (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg 2012, Rn. 1.

56 Theorien, die das staatliche Eigeninteresse in den Vordergrund rücken, werden dem Realismus und in jüngerer Spielart der rational-choice Theorie zugeordnet; einerseits z.B.: *F. A. Boyle*, *The Irrelevance of International Law*, *California Western International Law Journal* 10 (1980), 193 (198); *J. Grieco*, *Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realistic Critique of the Newest Liberal Institutionalism*, *International Organizations Law Review* 42 (1988), 485 (488); andererseits u.a.: *J. Goldsmith and E. Posner*, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005; *E. Posner*, *Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?*, *Stanford Law Review* 55 (2003), 1901 (1917).

57 *J. Beckett*, *Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments*, *EJIL* 16 (2005), 213 (235 f.); *T. Kleinlein* (Fn. 4), S. 500 f.

58 *J. Bröhmer*, *State immunity and the Violation of Human Rights*, Den Haag u.a. 1997, S. 20; *X. Yang*, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012, S. 22.

59 *E. Suy*, *Immunity of States before Belgian Courts and Tribunals*, *ZaöRV* 1967, 660 (665 f.).

60 *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 36, die zitieren: *The Charkieh* (1873) LR 4 A&E 59 (97).

61 *P.-H. Verdier/ E. Voeten*, *How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity*, Draft of 24 January 2013, APSA 2012 Annual Meeting Paper, verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2106627> S. 20; UK, *NML Capital Limited (Appellant) v Republic of Argentina (Respondent)*,

in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts den restriktiven Charakter der Immunität anerkannt.⁶²

Demgegenüber ist die Durchbrechung der Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen nicht mit kurzfristigen staatlichen Eigeninteressen verknüpft, sondern verlangt die Anerkennung von Gemeinwohlinteressen.⁶³ Zwar kann auch ein gemeinsames Interesse nicht-reziproker Natur im Rechtsfortbildungsprozess Relevanz entfalten, aber der Prozess dürfte ungleich schwerer herbeizuführen sein.⁶⁴ Hinzu kommt: der negative Reziprozitätsgedanke ist für die Immunität von Staatsorganen einschließlich der diplomatischen Immunität wegen der exponierten Stellung der Organe im Ausland besonders stark ausgeprägt. So hat das US State Department mehrfach im Hinblick auf *ius cogens* begründete Immunitätsausnahmen in innerstaatlichen Gerichtsverfahren festgestellt: „The recognition of such an exception could prompt reciprocal limitations by foreign jurisdictions exposing U.S. officials to suit abroad on that basis.“⁶⁵ Die USA befürchten durch eine Änderung der eigenen Gerichtspraxis zur Entstehung einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Norm beizutragen, so dass ihre Staatsorgane vergleichbaren Verfahren in aller Welt ausgesetzt würden. Dabei besteht die nicht unbegründete Besorgnis, dass diese Verfahren auch missbräuchlich betrieben würden.⁶⁶

2. Proaktive Rolle von Gerichten in der Globalisierung

Nun kann die Schaffung von Völkergewohnheitsrecht durch gerichtliche Praxis aber auch ein Mittel sein, um staatliche Widerstände gegen die Rechtsfortbildung zu überwinden, weil die Berufung auf Völkergewohnheitsrecht es ermöglicht, den expliziten staatlichen Konsens, wie ihn ein Vertrag erfordert, in den Hintergrund treten zu lassen. Gerichtliche Netzwerke können im horizontalen und vertikalen Dialog die Herausbildung einer völkerrechtlichen Norm angesichts der prinzipiellen richterlichen Unabhängigkeit jedenfalls in demokratischen Rechtsstaaten auch gegen den ausdrücklichen Willen der Exekutive vorantreiben.⁶⁷ Im amerikanischen Recht ist die Frage, inwieweit ein Gericht in außenpolitischen Angelegenheiten die Einschätzung der Regierung dem Verfahren zugrunde zu legen hat, als Ausdruck der Gewaltenteilung in immer größe-

[2011] UKSC 31, § 11: „The absolute doctrine of state immunity could pose a disincentive to contracting with state and some states attempted to avoid this disadvantage by including in contracts an agreement not to assert state immunity.“

62 *H. Fox/P. Webb* (Fn. 22), S. 139-143/165.

63 Für eine Interpretation des Pinochet-Falles als Konflikt zwischen Staatenwerten und Gemeinschaftswerten: *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, München 2001, S. 270-284.

64 *T. Kleinlein* (Fn. 4), S. 498/501.

65 US, Court of Appeals, Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of Affirmance, *Matar et al. v. Dichter*, 2nd Cir., Docket No. 07-2579-cv, verfügbar unter: <http://ccrjustice.org/files/Matar%20v%20Dichter,%20US%20for%20Defendants%20Amicus%20Brief%202012.19.07.pdf>, S. 4; s.a. *J. B. Bellinger*, The Dog that Caught the Car: Observations on the Past, Present, and Future Approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities, *VJTL* 2011, 819 (834).

66 *J. B. Bellinger*, ebd. Vergleichbare Überlegungen haben bereits beim Wandel von der absoluten zur relativen Immunität eine Rolle gespielt: *P.-H. Verdier/E. Voeten* (Fn. 61), S. 15.

67 Vgl. *K.-H. Ladeur* (Fn. 5), 269.

rem Maße umstritten.⁶⁸ Die *Samantar* Entscheidung des US Supreme Court 2010 hat die Immunität für Staatsorgane dem Bereich des Common Law zugeordnet mit der Folge, dass die Gerichte die Zubilligung von Immunität durch die Exekutive berücksichtigen müssen.⁶⁹ Diesen umfänglichen Konsequenzen der Entscheidung hat sich der Court of Appeals in der Folgeentscheidung *Yousuf v. Samantar* im November 2012 entgegengestellt. Das Gericht hat eine uneingeschränkte Rücksichtnahme (absolute deference) auf die Stellungnahme des State Department nur in Fällen der Immunität von Staatsoberhäuptern angenommen und ein umfängliches Prüfungsrecht für die Immunität von anderen Staatsorganen bejaht.⁷⁰ Auf dieser Grundlage hat es *Samantar* für Verletzungen von Normen mit ius cogens Charakter die Immunität verweigert.⁷¹ Auch in dem Fall des ehemaligen algerischen Verteidigungsministers Khaled Nezzar ist das schweizerische Bundesstrafgericht ausdrücklich von der Stellungnahme des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten abgewichen, das die Immunität des ehemaligen Verteidigungsministers in einer gerichtlichen Stellungnahme bestätigt hatte.⁷²

Solche gerichtlichen Dialoge kann die Exekutive allerdings durchbrechen, wenn sie, wie im *Jurisdictional Immunities* Fall geschehen, das Urteil eines internationalen Gerichts herbeiführt.⁷³ Hier hat der IGH eine Fortentwicklung für die Staatenimmunität bis auf weiteres unterbrochen.⁷⁴ So ist das IGH Urteil bereits in zwei kanadischen Urteilen zustimmend rezipiert worden.⁷⁵ Die italienischen Gerichte und der italienische Gesetzgeber haben dem Urteil ebenfalls Folge geleistet.⁷⁶

68 J. Elsea, *Samantar v. Yousef*, The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) and Foreign Officials, CRS Report for Congress 2012, S. 11 f.; für eine Festlegung durch das State Department: J.B. Bellinger (Fn. 65), 827; H. Koh, *Foreign Official Immunity after Samantar: A United States Government Perspective*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 44 (2011), 1141 ff.; dagegen: P. B. Rutledge, *Samantar and Executive Power*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 44 (2011), 885 ff.; I. Wuerth, *Foreign Official Immunity Determinations in U.S. Courts: The Case Against the State Department*, Virginia Journal of International Law 51 (2011), 915 ff.

69 US, Supreme Court, *Samantar v. Yousuf*, 130 S. Ct. 2278 (2010).

70 US, Court of Appeals, *Yousef v. Samantar*, 699 F.3d 763 (4th Cir. 2012), S. 772 f.

71 Ebd., S. 777; allerdings hatte das State Department selbst die Immunität des Beklagten verneint, weil die USA die Regierung Somalias nicht anerkannt hatten und *Samantar* amerikanischer Staatsbürger geworden ist; der Beklagte hat gegen die Entscheidung am 4. März 2013 erneut eine Beschwerde (petition for writ of certiorari) vor dem Supreme Court eingelegt, verfügbar unter <http://www.lawfareblog.com/wp-content/uploads/2013/03/Samantar-Certiorari-Petition-2.pdf>. Die Beschwerde wurde am 13. Januar 2014 zurückgewiesen; http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/011314zor_f204.pdf.

72 Schweiz, Entscheid des Bundesstrafgerichts (Fn. 33), E.

73 Ebenso kann die Exekutive zumindest in der parlamentarischen Demokratie auch die Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber aufhalten. So weist Higgins darauf hin, dass der IGH keine Rechtsfortbildung konstatieren kann, wenn es an entsprechender Staatenpraxis gerade auch im legislativen Bereich fehlt; R. Higgins, *Equality of States and Immunity from Suit: A Complex Relationship*, Netherlands Yearbook of International Law 43 (2013), 129 (145).

74 M. Krajewski/C. Singer (Fn. 10), 29; M. Payandeh (Fn. 10), 954.

75 Kanada, Court of Appeal, *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (CanLII); *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 2013 ONCA 30 (Ont. C.A.).

76 Italien, *Frasca v Germany and ors*, Preliminary order on jurisdiction, No 4284/2013, 21 February 2013; *Criminal Proceedings v Albers and ors*, Final appeal judgment, No 32139/2012, 9. August 2012; *Federal Republic of Germany v De Guglielmi*, Appeal judgment, No 941/2012, 14 May 2012; Art. 3 Legge 14.01.2013 n° 5, G.U. 29.01.2013 „Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonche' norme di adeguamento all'ordinamento interno“, verfügbar unter <http://www.altalex.com/index.php?idnot=61325>.

IV. Ratio der Immunitäten in der Globalisierung

Wenn nun eine Rechtsentwicklung hin zur Durchbrechung von Immunität im Interesse der Herstellung von Verantwortlichkeit in absehbarer Zeit höchstens punktuell zu erreichen ist, wird die Frage umso dringlicher, ob Immunitäten unter den Bedingungen post-moderner Globalisierung überhaupt noch rechtfertigungsfähig sind. Welche ratio liegt der Immunität zugrunde?

Gemeinhin wird als Quelle der Staatenimmunität der Schutz der Souveränität und das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten genannt,⁷⁷ während die Immunität der Staatsorgane und die diplomatische Immunität ihre Rechtfertigung in der Sicherung der Funktionen des Organs findet.⁷⁸ Für die diplomatische Immunität tritt ausweislich der Absätze 3 und 4 der Präambel des WÜD der Schutz der internationalen Beziehungen hinzu. Die Immunität internationaler Organisationen dient nicht nur der Aufgabenerfüllung, sondern auch der Gewährleistung ihrer Autonomie.⁷⁹ Verankert man die ratio der Staatenimmunität vorrangig im Schutz der Souveränität, verdeckt man aber die eigentlichen Zwecke, denen Immunitäten unter den Bedingungen der Globalisierung dienen. Vielmehr ist eine übergreifende funktionale Betrachtungsweise erforderlich. Für die prinzipielle Vergleichbarkeit der verschiedenen Ausprägungen der Immunität spricht dabei, dass sowohl die Immunität von staatlichen Funktionsträgern als auch die diplomatische Immunität letztlich Ausformungen der Staatenimmunität sind.⁸⁰ Die Vergleichbarkeit der Staatenimmunität und der Immunität internationaler Organisationen ergibt sich daraus, dass Immunität in beiden Fällen für die Ausübung hoheitlicher⁸¹ Akte gewährleistet wird.⁸²

Danach liegt die ratio der Immunität in ihrer funktionalen Notwendigkeit. In diesem Sinn ermöglicht Immunität effektive Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den internationalen Beziehungen. Immunität dient zudem als Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen im dezentralen Rechtssystem. Dabei gewährleistet Immunität auch Rechtsfrieden, gute zwischenstaatliche Beziehungen und – jedenfalls gegenwärtig noch – legitime Interessen demokratischer Rechtsstaaten.

77 IGH (Fn. 12), § 57; A. von Arnould (Fn. 34), Rdnr. 319; M. Rossi (Fn. 11), 50; vgl. A. Peters (Fn. 21), S. 173; differenzierend B. Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten, München 1992, S. 306-308.

78 U. Seidenberger (Fn. 26), S. 22 f.; R. van Alebeek, Immunity, Diplomatic, in: R. Wolfrum (Fn. 55), Rdnr. 3; A. Peters, ebd.

79 A. Reinisch, International Organizations before National Courts, Cambridge 2000, S. 233 ff.

80 H. Fox/P. Webb (Fn. 22), S. 131-133, 135; M. Lüke (Fn. 29), S. 216/218 f.; für eine klare Differenzierung zwischen Staatenimmunität und diplomatischer Immunität M. Kohen, The Distinction between State Immunity and Diplomatic Immunity, in: G. Hafner/ M. Kohen/S. Breau (Hrsg.), State Practice regarding State Immunities, Leiden 2006, S. 48 ff.

81 Für die Wahrnehmung der Aktivitäten von internationalen Organisationen als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt A. v. Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, Der Staat 49 (2010), 23-51.

82 Für die Vergleichbarkeit: T. Neumann/A. Peters, Switzerland, in A. Reinisch (Hrsg.), The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts, Oxford 2013, 241 (247 f.); A. Peters, Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie, Revue suisse de droit international et européen 21 (2011), 397 (415 f.); A. Reinisch (Fn. 79), S. 348 ff.

1. Mittel der Funktionswahrnehmung

Die Bedeutung der Immunität als Mittel der Funktionswahrnehmung wird unter den Bedingungen der Globalisierung besonders deutlich. Hier hat die Pluralisierung der Akteure und die Ausdehnung inter- und transnationaler öffentlicher Aufgabenwahrnehmung eine Tendenz hervorgerufen, den Kreis der Immunitätsbegünstigten auszuweiten. Das zeigen zwei neuere Rechtentwicklungen, nämlich die völkergewohnheitsrechtliche Konkretisierung des Rechts der Spezialmissionen und die Zuerkennung von Immunität für Global Public Private Partnerships.

a) Spezialmissionen als funktionales Äquivalent

Im Fall einer Spezialmission werden Staatenvertreter zeitlich begrenzt in einen anderen Staat mit dessen Zustimmung entsandt, um bestimmte Fragen zu behandeln oder eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen.⁸³ Inwiefern neben dem Übereinkommen über Spezialmissionen von 1969 völkergewohnheitsrechtliche Regeln gelten, ist in der Literatur umstritten.⁸⁴ Angesichts einer uniformen Staatenpraxis lassen sich aber mittlerweile einige völkergewohnheitsrechtliche Regeln identifizieren.⁸⁵

Insofern Spezialmissionen ihren neuerlichen Bedeutungszuwachs dem Interesse an der effektiven Aufgabenerfüllung bei zunehmender Pluralität außenpolitischer Akteure verdanken, lässt sich gewohnheitsrechtlich ein weiter Kreis von Begünstigten ausmachen.⁸⁶ Voraussetzung ist, dass der Besucher den Staat repräsentiert. Zwar muss es sich dabei um hochrangige Besucher handeln, diese müssen aber nicht Staatsorgane sein. Erfasst werden kann z.B. auch der Berater eines Regierungschefs. Das hat u.a. das niederländische Advisory Committee on Issues of Public International Law in einem Gutachten aus dem Jahr 2011 ausdrücklich festgestellt.⁸⁷ Ebenso wenig muss es sich um Personen im Rang vergleichbar einem Regierungsmitglied handeln.⁸⁸ Vielmehr kann

83 Art. 1 des Übereinkommens über Spezialmissionen von 1969, 1400 UNTS 231; *K. Doehring* (Fn. 24), Rndr. 513/516.

84 Dagegen *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, S. 596; *N. Kalb*, *Immunities, Special Missions*, in: *R. Wolfrum* (Fn. 55), Rndr. 9; US, United States District Court, Southern District of Florida, *USA v. Sissoko*, Order vom 3. September 1997, 121 ILR 600.

85 *D. Akande/S. Shah* (Fn. 41), 822; *J. B. Bellinger* (Fn. 65), 832; *J. Foakes* (Fn. 30), S. 11; *C. Wickremasinghe*, *Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations*, in: *M. Evans* (Hrsg.), *International Law*, 3. Aufl., Oxford 2010, S. 390-392; *M. Wood*, *The Immunity of Official Visitors*, MaxPlanck-UNYB 2012, 35 (65ff.); aus der Staatenpraxis: UK, Bow Street Magistrates Court, *Re Bo Xilai* vom 8. November 2005, 129 ILR 713; Re Ehud Barak (District Court, 29 September 2009); UK, City of Westminster Magistrates' Court, Judge Wickham, Deputy Senior District Judge, *Re Gorbachev*, 30 March 2011, unreported, abgedruckt in: BYIL 82 (2012), 570; High Court, *Khurts Bat v Investigating Judge of the German Federal Court and others* (Fn. 35); s.a. Written Ministerial Statement by Mr Henry Bellingham (Under-Secretary of State for Foreign Affairs), HC Deb., 13 Dec. 2010, Vol. 520, Column 72 WS; US, District Court, *Weixum v. Xilai* 568 F.Supp.2d 35 (2008).

86 *M. Wood* (Fn. 85), 51; zu alten Fällen siehe: US, *Circuit Court* (First Circuit, State of Hawaii), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim* vom 9. September 1963, AJIL 1964, 186 f. für einen koreanischen Außenminister; US, District Court, *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*, Civil Action No C-78-291, Northern District of Ohio, Eastern Division, vom 7. Dezember 1978, ILR 1990, 605-607; Deutschland: BGHSt 32, 275 – *Tabatabai*.

87 Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials, Advisory Report No. 20, 2011, S. 34.

88 Niederlande, The Hague District Court (Rechtbank) of 24 November 2010, LJN: 380820 / KG ZA 10-1453, www.rechtspraak.nl; *M. Wood* (Fn. 85), 68.

auch ein Polizeipräsident im Rahmen einer Spezialmission begünstigt werden.⁸⁹ Der niederländische Bericht sieht einen weiteren Anwendungsfall für Spezialmissionen gegeben, wenn sich im Rahmen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts bewaffnete Gruppen und Regierungsvertreter in Drittstaaten für Friedensverhandlungen treffen.⁹⁰ Das Bedürfnis hierzu ist im Herbst 2012 deutlich geworden, als Vertreter der kolumbianischen Rebellenorganisation FARC Immunität vor strafrechtlicher Verfolgung in Norwegen forderten, um dort mit der kolumbianischen Regierung Friedensgespräche zu führen.⁹¹

Dabei werden Spezialmissionen vor dem Hintergrund der Rechtsunsicherheiten um Ausnahmen von der Immunität *ratione materiae* für Staatsorgane im Strafverfahren zu einem funktionalen Äquivalent dieser Immunität.⁹² Demgemäß hat sich die Regel verfestigt, dass Mitgliedern einer Spezialmission auf der Grundlage der Zustimmung des Empfangsstaates⁹³ für die Dauer eines konkreten offiziellen Besuches volle Immunität im Strafverfahren zugebilligt wird,⁹⁴ und zwar selbst wenn der Betroffene im Verdacht steht, schwere Menschenrechtsverletzungen begangen zu haben.⁹⁵ So ist beispielsweise die israelische Oppositionsführerin Tzipi Livni während eines London-Besuches als Mitglied einer Spezialmission behandelt worden, so dass der Director of Public Prosecutions einen Antrag auf Ausstellung eines Haftbefehls wegen des Vorwurfs der Begehung von Kriegsverbrechen abgelehnt hat.⁹⁶ Auf einer vergleichbaren Grundlage wurde in Frankreich ein Verfahren gegen den bereits verhafteten kongolesischen Polizeichef N'Dengue wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingestellt.⁹⁷ Im Fall eines zivilrechtlichen Verfahrens von Falun Gong Anhängern gegen den damaligen chinesischen Handelsminister Bo Xilai hat ein US-amerikanisches Gericht nach entsprechendem Vorbringen des State Departements die Klage wegen der Immunität einer Spezialmission abgewiesen.⁹⁸

b) Zuerkennung von Immunität für Global Public Private Partnerships

Auch die Zuerkennung von Immunität für Global Public Private Partnerships zeigt, dass Immunität ein wesentliches Mittel ist, Globalisierung zu ermöglichen. Seit Mitte der letzten Dekade sind die Vereinten Nationen dazu übergegangen, einzelne ihrer

89 P. Smolar, La justice française annule la procédure sur les disparus du Beach de Brazzaville, *Le Monde* vom 24. November 2004.

90 Advisory Committee on Issues of Public International Law (Fn. 87), S. 34 f.

91 FARC demands immunity from arrest in Norway, *The Local* (Norwegen) vom 3. Oktober 2012.

92 Siehe bereits K. Doehring (Fn. 24), S. 292.

93 UK, High Court, *Khurts Bat v Investigating Judge of the German Federal Court and others* (Fn. 35), §§ 37-40; A. Sanger, Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State, *ICLQ* 62 (2013), 193 (197).

94 Art. 31 des Übereinkommens über Spezialmissionen von 1969; J. Foakes (Fn. 30), S. 11; M. Wood (Fn. 85), 67ff.

95 Advisory Committee on Issues of Public International Law (Fn. 87), S. 31; D. Akande/S. Shah (Fn. 41), 823; s.a. ICJ, *Arrest Warrant Case*, Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium vom 28 September 2001, §§ 1.11–1.12, 3.2.32, verfügbar unter: www.icj-cij.org/docket/files/121/8304.pdf; UK, City of Westminster Magistrates' Court, Judge Wickham, Deputy Senior District Judge, *Re Gorbachev*, 30 March 2011, unreported, abgedruckt in: *BYIL* 82 (2012), 570.

96 O. Bowcott, Tzipi Livni spared war crime arrest threat, *The Guardian* vom 6. Oktober 2011.

97 P. Smolar (Fn. 89); M. Wood (Fn. 85), 77 f.

98 US, District Court, *Weixum v. Xilai* 568 F.Supp.2d 35 (2008); s.a. Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States vom 24. Juli 2006, verfügbar unter <http://www.state.gov/documents/organization/98832.pdf>.

Aufgaben durch die Schaffung von Global Public Private Partnerships zu erfüllen.⁹⁹ Ein einschlägiges Beispiel ist der Global Fund to Fight Aids (Global Fund) – eine gemeinnützige Stiftung nach Art. 80 ff. des schweizerischen Zivilgesetzbuchs.¹⁰⁰ Die Stiftung dient der Finanzierung des Kampfes gegen die Infektionskrankheiten Aids, Malaria und Tuberkulose.¹⁰¹ Diese Form internationaler Privatisierung zielte darauf, den als schwerfällig wahrgenommenen internationalen Organisationen flexiblere Instrumente zur Seite zu stellen. So hat man in der Gründungsphase 2001 bewusst den Status einer Stiftung gewählt, weil dies schneller und effektiver schien, als die Gründung einer zwischenstaatlichen Organisation.¹⁰² Nachdem der Global Fund zunächst mit der WHO verbunden war, erschien mit der organisatorischen Loslösung die Inanspruchnahme von eigener Immunität bereits 2003 unerlässlich zur effektiven Aufgabenerfüllung.¹⁰³ Laut der Evaluationsberichte des Global Fund soll die Immunität von Gerichtsbarkeit und Vollstreckung insbesondere der persönlichen Sicherheit der Mitarbeiter der Organisation bei Reisen außerhalb der Schweiz ebenso wie dem finanziellen Schutz gegenüber Klagen dienen. Zudem soll die Autonomie des Global Fund gewährleistet werden.¹⁰⁴ Schließlich sah man einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu anderen Organisationen bei der Mitarbeiteranwerbung, wenn keine Immunität gewährt werden könne.¹⁰⁵ Die Schweiz hat mit dem Global Fund 2004 ein Sitzstaatsabkommen abgeschlossen, dessen Art. 5 Immunität von der Gerichtsbarkeit der Schweiz gewährt.¹⁰⁶ Fehlende unmittelbare Immunität in anderen Staaten wurde weiterhin als erheblicher Nachteil für die Arbeit des Global Fund betrachtet,¹⁰⁷ so dass der Global Fund mittlerweile mit Äthiopien, Ghana, Montenegro, Moldau, Ruanda und Swasiland¹⁰⁸ vergleichbare Abkommen¹⁰⁹ für seine Missionen abgeschlossen hat.

99 B. Hamm (Hrsg.), *Public-Private Partnership und der Global Compact der Vereinten Nationen*, Duisburg 2002; siehe aus rechtlicher Perspektive dazu L. Clarke, *The Exercise of Public Power over Global Health Through Public-Private Partnerships and the Question of Responsibility under International Law*, *American Society of International Law* 105 (2011), 96 ff.; *dies.*, *Global health public-private partnership: better protecting against disease but creating a gap in responsibility under international law*, *The Finish Yearbook of International Law* 20 (2009), 349-372.

100 Eintrag im elektronischen Stiftungsverzeichnis verfügbar unter: http://www.edi.admin.ch/esv/05263/index.html?webgrab_path=aHR0cDovL2VzdjIwMDAuZWRpLmFkbWluLmNoL2QvZW50cnkuYXNwP0lkPTI1MDg%3D&lang=de.

101 Art. 2 By Laws as amended 21 November 2011, verfügbar unter: <http://www.theglobalfund.org/en/about/structures/board/>.

102 *The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria Fourth Board Meeting Geneva, 29–31 January 2003, Report on Legal Status Options for the Global Fund, GF/B4/12, S. 2*, verfügbar unter: <http://www.theglobalfund.org/en/board/meetings/fourth/documents/>.

103 Report on Legal Status (Fn. 102), S. 3.

104 Report on Legal Status (Fn. 102), S. 6.

105 Report on Legal Status (Fn. 102), S. 4f.; s.a. D. Aziz, *Privileges and Immunities of Global Public-Private Partnerships: A Case Study of the Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria*, *IILJ Emerging Scholars Paper* 14 (2009), 26.

106 Sitzabkommen mit dem Globalen Fonds zur Bekämpfung von AIDS, Tuberkulose und Malaria (GFATM), mit Sitz in Genf von 2002; SR 0.192.122.818.11; s.a. *Agreement between the Swiss Federal Council and the Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria in view of determining the legal status of the Global Fund in Switzerland*, englische Übersetzung verfügbar unter http://www.theglobalfund.org/documents/board/08/BM08_07Annex4AAgreement_Annex_en.

107 D. Aziz (Fn. 105), 26.

108 G. A. Newton, *The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria: An Innovation in the Form of International Organization*, *IRPA GAL Working Paper* 2012/3, S. 6.

109 *The Global Fund, Twentieth Board Meeting Addis Ababa, Ethiopia 9–11 November 2009, GF/B20/4 Attachment 1, Annex A: Agreement on Privileges and Immunities of the Global Fund to Fight AIDS*,

Der Abschluss des Abkommens zwischen dem Global Fund und der Schweiz hat sich im Gaststaatgesetz niedergeschlagen.¹¹⁰ Nach dessen Art. 2 I lit. b. kann der Bund auch „quasi-staatlichen Organisationen“, die von zwischenstaatlichen Organisationen unterschieden werden und Public-Private Partnerships erfassen sollen,¹¹¹ Immunität gewähren. Voraussetzung dafür ist dabei laut Art. 8, dass ihre Mitglieder mehrheitlich Staaten sind, öffentlich-rechtliche Organisationen oder Einrichtungen, die staatliche Aufgaben erfüllen; sie über ähnliche Strukturen wie eine zwischenstaatliche Organisation verfügt; und sie in zwei oder mehr Staaten tätig ist. Im Grunde beobachten wir eine Art internationaler Reprivatisierung gerade auch vor dem Hintergrund der praktischen Erfahrung der einschlägigen Institutionen, dass die Gewährung von Immunität für eine effektive Aufgabenwahrnehmung unerlässlich ist.

2. Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen

Neben dem Schutz der Aufgabenwahrnehmung dienen Immunitäten der Verteilung von Zuständigkeiten im dezentralen Rechtssystem. Zwar hat der IGH zu Recht deutlich gemacht, dass Zuständigkeitsregeln grundsätzlich von dem Verfahrenshindernis der Immunität zu unterscheiden sind.¹¹² Die Feststellung der grundsätzlichen Zuständigkeit geht der Zubilligung von Immunität voraus.¹¹³ Bejaht ein Gericht in einem weiteren Schritt aber die Voraussetzungen der Immunität, kann die Zuständigkeit nicht mehr ausgeübt werden. Immunität erfüllt damit auch die Funktion einer Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen im dezentralen Rechtssystem. Wie Hazel Fox formuliert hat: „A plea of State Immunity is therefore a signal to the forum court that jurisdiction belongs to another court or method of adjudication.“¹¹⁴

Dies gilt zunächst, weil das Vorliegen von Immunität grundsätzlich keinen Anspruchsverlust zur Folge hat.¹¹⁵ Ebenso bleibt die strafrechtliche Verantwortlichkeit bestehen.¹¹⁶ In der Regel stehen bei allen Immunitäten alternative Rechtswege oder völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen zur Verfügung. Ansprüche können je nach Fallkonstellation im Heimatstaat der handelnden Organe gerichtlich geltend gemacht werden.¹¹⁷ Strafrechtliche oder auch disziplinarische Verantwortlichkeit kann im Heimatstaat hergestellt werden. Im Fall bestimmter völkerrechtlicher Verbrechen bietet die internationale Strafgerichtsbarkeit ein weiteres Forum.¹¹⁸ Ebenso stehen u.U. die Spruchkörper der internationalen und regionalen Menschenrechtskonventionen zur

Tuberculosis, and Malaria, verfügbar unter: <http://www.theglobalfund.org/en/board/meetings/twentieth/documents/>.

110 Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 22. Juni 2007, GSG; SR192.12.

111 A. Peters (Fn. 21), S. 184.

112 IGH (Fn. 12), § 59: „It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction.“

113 C. Appelbaum, *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen*, Berlin 2007, S. 30.

114 H. Fox (Fn. 37), S. 58.

115 Siehe hierzu auch LArbG Berlin-Brandenburg (Fn. 15), Rdnr. 29.

116 H. Fox/P. Webb (Fn. 22), S. 94.

117 Z.B. Art. 31 Abs. 4 WÜD.

118 Siehe z.B. das Verfahren gegen den ehemaligen Präsidenten des Tschad, Hissène Habré: HRW, Senegal: Hissène Habré Court Opens, 8. Februar 2013, <http://www.hrw.org/news/2013/02/08/senegal-hissene-habre-court-opens>.

Verfügung.¹¹⁹ Darüber hinaus finden sich je nach betroffenem Rechtsgebiet unterschiedliche völkerrechtliche Instrumente von Claims Commissions über die Geltendmachung diplomatischen Schutzes¹²⁰ bis hin zu den Reaktionsmöglichkeiten nach dem WÜD.

a) *Zurückdrängung der Immunität als Zuständigkeitsausübungsregel bei internationalen Organisationen?*

Auch die Immunität internationaler Organisationen dient als Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen. Das zeigt gerade der Umgang mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ihrer Mitarbeiter.¹²¹ Immunitätsgewährungen verknüpft mit der Errichtung interner Dienstgerichte sollen Rechtseinheitlichkeit und Vorhersehbarkeit gewährleisten, die gefährdet wären, entschieden die Gerichte der Mitgliedstaaten orientiert an ihren innerstaatlichen Rechtsvorgaben. Anderenfalls drohte eine Fragmentierung des einheitlichen organisationsinternen Arbeitsrechts. Auch könnten sich unterschiedliche Rechtsschutzstandards für unterschiedliche Mitarbeiter je nach Standort einer weltweit agierenden Organisation ergeben.¹²² Dennoch lässt sich in Europa eine Entwicklung beobachten, die Immunität internationaler Organisationen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zurückzudrängen. Die Vereinten Nationen sind bislang von dieser Entwicklung ausgenommen.¹²³

Dieser Prozess fußt auf der Rechtsprechung des EGMR im Fall *Waite and Kennedy*¹²⁴ und geht den dort vorgezeichneten Weg konsequent zu Ende. Gerichte in Belgien, Frankreich und Italien verweigern in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Gewährung von Immunität, wenn anderenfalls ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK anzunehmen

119 Z.B. Inter-American Commission on Human Rights, Report No 91/06, Petition 12.343, Admissibility *Edgar Fernando García*, Guatemala, 21. Oktober 2006; Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Rio Negro Massacres v. Guatemala*, Urteil vom 4. September 2012, verfügbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_ing.pdf.

120 R. O'Keefe, State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds, *Journal of Transnational Law* 44 (2011), 999 (1041).

121 US, Court of Appeals, *Mendaro v. The World Bank*, 717 F.2d 610 (D.C. Cir. 1983): „[T]he purpose of immunity from employee actions is rooted in the need to protect international organizations from unilateral control by a member nation over the activities of the international organization within its territory. The sheer difficulty of administering multiple employment practices in each area in which an organization operates suggests that the purposes of an organization could be greatly hampered if it could be subjected to suit by its employees worldwide.“; US, Court of Appeals, *Broadbent v. Organization of American States*, 628 F.2d 27 (1980): „[A]n attempt by the courts of one nation to adjudicate the personnel claims of international civil servants would entangle those courts in the internal administration of those organizations.“; UN-Memorandum, in: Belgien, Brussels Civil Tribunal, *Mandelier v. Organisation des Nations Unies*, 11 May 1966, ILR 1972 446: „[I]n civil cases, the uniform practice is to maintain immunity, while offering, in accord with section 29 of the General Convention, alternative means of dispute settlement. In disputes with third parties, the alternative means of dispute settlement offered is usually negotiation, conciliation, mediation and/or arbitration (...) This practice achieves two fundamental goals: it ensures the independence of the United Nations and its officials from national court systems, but at the same time it eliminates the prospect of impunity, as the United Nations provides the appropriate mechanisms to resolve all complaints of a private law nature.“

122 A. Reinisch, The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals, *Chinese JIL* 2008, 285 (285 f.).

123 J. Wouters/P. Schmitt, Challenging Acts of Other United Nations' Organs, Subsidiary Organs and Officials, in: A. Reinisch, *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford 2010, S. 77 ff.

124 EGMR, *Waite and Kennedy*, Appl. No. 26083/94, Urteil vom 18. Februar 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-I § 67.

wäre. Hervorzuheben ist der *Fall Banque africaine de développement v. M.A. Degboe*.¹²⁵ Hier versagte der französische Kassationshof in einem Kündigungsrechtsstreit der Organisation die Immunität, weil es an einem alternativen Rechtsbehelf i.S. der *Waite and Kennedy* Rechtsprechung fehlte.¹²⁶ Aber auch Gerichte in Belgien, Italien und der Schweiz überprüfen in Verfahren gegen internationale Organisationen unter Erhöhung der Prüfungsdichte, ob die Organisationen eine angemessene Alternative zum Gerichtsschutz bieten. Dabei ist auch in belgischen und italienischen Entscheidungen internationalen Organisationen im gerichtlichen Verfahren Immunität versagt worden, wenn es an Rechtsschutzalternativen fehlte.¹²⁷ Noch weiter reichen einige belgische Fälle, vor allem die Entscheidung *Siedler v. Western European Union*. Hier stellte ein Brüsseler Gericht fest, dass die WEU zwar ein internes Verfahren vorsehe, dieses Verfahren aber keine angemessene Rechtsschutzalternative biete, Art. 6 I EMRK verletze und Immunität deshalb nicht zu gewähren sei.¹²⁸ Eine solche Ausweitung der Kontrolldichte ist jenseits Belgiens allerdings noch nicht zu beobachten.¹²⁹

Konsequent angewandt führt diese Rechtsprechung zu einem Normkonflikt. Wird Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt, weil die Gerichte trotz Fehlens alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten keinen Rechtsschutz gewähren, macht sich der Vertragsstaat völkerrechtlich verantwortlich. Gewährleistet der Staat die Immunität der internationalen Organisation nicht, obwohl er je nach Konstellation aus dem Gründungsvertrag, dem Sitzstaatabkommen oder dem Völkergewohnheitsrecht dazu verpflichtet ist, macht er sich insoweit ebenfalls völkerrechtlich verantwortlich.

Die Gerichte, die diesen Normkonflikt erkannt haben, lösen ihn unterschiedlich. Das Schweizerische Bundesgericht umgeht den Konflikt auf der Ebene der EMRK. Es interpretiert die Rechtsprechung des EGMR in einer Entscheidung zur Immunität der Bank für internationalen Zahlungsausgleich dahingehend, dass die nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotene „Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht dazu führen [können], eine internationale Organisation der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen.“¹³⁰ Der belgische Kassationshof begründet in einem Urteil zur Afrika, Karibik und Pazifik-Gruppe (AKP-Gruppe) den Vorrang der EMRK, indem er ausführt, dass ein Abkommen, das gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt, von einem belgischen Richter nicht angewandt werden dürfe.¹³¹ Schließlich hat ein englisches Gericht im Fall *Entico v. UNESCO* Art. 30 Abs. 4 lit. b) des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens angewandt und die Immunität der UNESCO bejaht, weil die EMRK erst nach dem Abschluss

125 Frankreich, Cour de Cassation, (Chambre Social), *Banque africaine de développement c. M.A. Degboe*, 25 Januar 2005, No. 04-41012, JDI 2005, S. 1142 ff.

126 Noch weiter in: Frankreich, *UNESCO v. Boulois*, Rev. arb. 1999, 343.

127 A. Reinisch, Comments on a Decade of Italian Case Law on the Jurisdictional Immunity of International Organizations, Italian Yearbook of International Law 19 (2009), 101 (105); C. Ryngaert, The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends, International Organization Law Review 7 (2010), 121 (133).

128 Belgien, Cour du Travail, Bruxelles, *Siedler c. UEO*, Urteil vom 17. September 2003, Journal des Tribunaux (2004), 617 ff.

129 A. Reinisch (Fn. 127), 108.

130 Schweiz, *NML Capital Ltd. und EM Limited gegen Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) und Betreibungsamt Basel-Stadt*, BGE 136 III 379, 4.5.3; anders bewertet bei A. Peters (Fn. 82), 422.

131 Belgien, Cour de Cassation, *Secrétariat Général du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes, et du Pacifique, c. Lutchmaya*, Urteil vom 21. Dezember 2009, C 03 0328 F; siehe dazu C. Ryngaert, Belgium, in: A. Reinisch (Hrsg.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford 2013, 55.

des Abkommens über die Vorrechte und Befreiungen der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen von 1947 in Kraft getreten ist und die EMRK so nur für eine Minderheit der Mitgliedstaaten des Abkommens von 1947 Bindungskraft entfaltet.¹³² Hierfür hat sich der Richter auf die *Golder* Rechtsprechung des EGMR berufen und die EMRK im Lichte einer Vermutung der Konkordanz der völkerrechtlichen Regeln ausgelegt.

Die in der Gerichtspraxis entwickelten Ansätze zur Lösung des Normkonfliktes erreichen aber keinen Interessenausgleich. Der Ansatz des belgischen Gerichts berücksichtigt nicht, dass die EMRK für die AKP-Gruppe und ihre Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung entfaltet. Die Lösung des englischen Gerichts entspricht zwar einer Auslegung der völkerrechtlichen Vorrangregeln *lege artis*, aber jedenfalls in den Fällen, in denen internationale Organisationen keinerlei alternative Rechtsschutzmöglichkeiten vorsehen, wird sie dem Gedanken, dass der Menschenrechtsschutz effektiv und praktisch sein soll, nicht gerecht.

Der Funktion der Immunität als Zuständigkeitsausübungsregel wird eine pragmatische Lösung des Konfliktes am ehesten gerecht. Art. 6 Abs. 1 EMRK muss hier als Aufforderung an die EMRK-Mitgliedstaaten verstanden werden, ggf. Sitzstaatsabkommen neu auszuhandeln, um zu gewährleisten, dass alternative Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen. So kann auch den Interessen insbesondere solcher internationalen Organisationen Rechnung getragen werden, deren Mitgliedstaaten nicht oder nicht überwiegend der EMRK beigetreten sind.

b) Sicherung des Rechtsfriedens und der guten zwischenstaatlichen Beziehungen in der multipolaren Welt

Verstanden als Zuständigkeitsausübungsregel sichert Immunität schließlich auch den Rechtsfrieden und die guten Beziehungen zwischen den Staaten. Rechtsfrieden im Sinne eines „durch Recht vermittelten Zustands (von) Stabilität“¹³³ steht in engem inhaltlichen Zusammenhang mit der Rechtssicherheit.¹³⁴ Danach kann der Zustand des Rechtsfriedens erreicht werden, selbst wenn materielle Ansprüche nicht beglichen, Unrecht nicht beseitigt worden ist. Dem steht ein Verständnis des Begriffs des Rechtsfriedens gegenüber, nach dem dieser Zustand erst erreicht werden kann, wenn Unrecht juristisch tatsächlich aufgearbeitet ist.¹³⁵ Allerdings deutet die Rechtfertigung

132 UK, High Court of Justice, *Entico Corp Ltd v United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization and Another*, [2008] 1 CLC 524 (536 § 19); siehe dazu: S. Sarooshi/A. Tzanakopoulos, United Kingdom, in: A. Reinisch (Hrsg.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, 275.

133 A. von Arnould, *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherung an eine ‚idée directrice‘*, Tübingen 2006, S. 111.

134 In diesem Sinne bei K. Doehring, *Staatenimmunität dient dem Rechtsfrieden: Kriegschäden oder -unrecht sind keine Angelegenheit nationaler Gerichte*, FAZ vom 1. September 2001, 10; R. Müller, *Rechtsfrieden*, FAZ vom 3. Februar 2012, verfügbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/entscheidung-in-den-haag-rechtsfrieden-11636702.html>.

135 In diesem Sinne z.B. bei K. Thorn, *Diskussionbeitrag*, in: A. Zimmermann et al., *Moderne Konfliktformen: humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd. 44, Heidelberg 2010, S. 414.

von Rechtsinstituten, wie der Verjährung, mittels des Gedankens des Rechtsfriedens¹³⁶ eher auf ein formales Verständnis des Begriffes im Recht hin.¹³⁷

Die Funktion der Immunität, Rechtsfrieden zu gewährleisten, dürfte umso mehr Bedeutung erlangen, je mehr sich die internationale Ordnung zu einer multipolaren Weltordnung entwickeln sollte.¹³⁸ Das zeigt der Streit zwischen der African Union (AU) und der EU über die Ausübung universeller Jurisdiktion. Der Streit nahm seinen Ausgangspunkt in mehreren strafrechtlichen Verfahren, die in Frankreich und Spanien gegen Mitglieder der Regierung Ruandas und andere staatliche Funktionsträger eingeleitet worden waren.¹³⁹ Dabei ging es nicht nur um die Ausübung universeller Jurisdiktion, sondern – betrachtet man die AU Erklärungen – gerade auch um die Durchbrechung von Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen.¹⁴⁰

Nun griffe es zu kurz, den Streit nur als Ausdruck der Sorge afrikanischer Despoten zu verstehen, gerichtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Denn auch demokratische afrikanische Staaten haben die Position der AU unterstützt.¹⁴¹ Gegenstand des Streites ist vielmehr die Frage, wem die Zuständigkeit dafür zukommt, Verantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen herzustellen:¹⁴² europäischen oder afrikanischen Gerichten? Zwar hat die europäische Seite zurecht darauf hingewiesen, dass es oft an der wirklichen Bereitschaft afrikanischer Staaten zur Strafverfolgung fehle.¹⁴³ Aber der Anspruch afrikanischer Staaten, eigenständig Verantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen herzustellen, ist nicht aussichtslos. So ist im Februar 2013 im Senegal das Verfahren gegen den ehemaligen Präsidenten des Tschad Hissène Habré vor den sog. Extraordinary African Chambers eröffnet worden.¹⁴⁴ Sicherlich ist diese Entwicklung gerade auch dem politischen Druck zu verdanken, der in Europa aufgebaut worden ist, u.a. durch das IGH-Verfahren zwischen Belgien und dem Senegal über die aut dedere aut iudicare Verpflichtung.¹⁴⁵ Aber politischer Druck kann in vielfältiger Weise aufgebaut werden. Er muss sich nicht notwendig in der Durchbrechung von Immunität Geltung verschaffen. Denn es gilt auch zu bedenken, dass sich aus der

136 Z.B. A. Guckelberger, Die Verjährung im Öffentlichen Recht, Tübingen 2004, S. 421.

137 Kritisch zum Begriff des Rechtsfriedens wegen mangelnder Objektivierbarkeit: H. Rottleutner, Zum Rechtsfrieden, in: J. Brand/D. Stempel/E. Blankenburg (Hrsg.), Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 683 (692).

138 Siehe zu den allgemeinen Auswirkungen des Phänomens auf das Völkerrecht z.B. M. Happold (Hrsg.), International Law in a Multipolar World, London 2011; Y. Onuma, A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century, Leiden 2010; im Hinblick auf die Rolle afrikanischer Staaten aus politikwissenschaftlicher Perspektive: U. Engel/M.J. Ramos, African Dynamics in a Multipolar World, Leiden 2013.

139 I. Wuerth (Fn. 47), S. 753.

140 Siehe auch AU, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII), § 6: „CALLS UPON all concerned States to respect International Law and particularly the immunity of state officials when applying the Principle of Universal Jurisdiction“.

141 K. Mills, „Bashir is dividing us“: Africa and the International Criminal Court, HRQ 2012, 404 (440).

142 Vgl. K. Mills, ebd., 407, 412, 444.

143 Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction, 16. April 2009, 8672/1/09 REV 1, § 44.

144 HRW, Senegal: Hissène Habré Court Opens, 8. Februar 2013, <http://www.hrw.org/news/2013/02/08/senegal-hissene-habre-court-opens>. Hier kann auch der Zimbabwe *Torture Docket Case* genannt werden: Südafrika, High Court, *Southern African Litigation Centre and Another v National Director of Public Prosecutions and Others* (77150/09) [2012] ZAGPPHC 61.

145 ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Urteil vom 20. Juli 2012.

Perspektive afrikanischer Staaten Verfahren, in denen Immunität versagt worden ist, als politisch selektiv darstellen. In dem Gemeinsamen Bericht der Kommission von AU und EU, die im Rahmen des Streites um die Ausübung universeller Jurisdiktion eingesetzt worden war, wird deutlich, dass die afrikanischen Staaten annehmen, dass insofern doppelte Standards angelegt würden.¹⁴⁶

Ist dieser Vorwurf fernliegend? Werden vor nationalen Gerichten in den USA, der Schweiz, Kanadas, Italiens und Großbritanniens Verfahren gegen fremde Staaten und ihre Organe in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen unter Annahme universeller Jurisdiktion und extraterritorialer Bestrafungspflichten geführt, müssen diese Staaten auch bereit sein, solche Verfahren vor Gerichten in Algerien, China, im Iran, im Kongo, in Ruanda und Zimbabwe gegen sich und ihre Organe als völkerrechtmäßig zu akzeptieren. Dass demokratische Verfassungsstaaten hierzu nicht bereit sind, zeigen nicht nur die Entwicklungen im Recht der Spezialmissionen, sondern auch die Praxis, für Angehörige der Streitkräfte, die im Ausland stationiert sind, funktionale Immunität von der Gerichtsbarkeit des Aufenthaltsstaates im Rahmen der Truppenstationierungsabkommen zu vereinbaren.¹⁴⁷ Dabei lässt sich in den Einsätzen in Bosnien-Herzegowina, dem Irak und in Afghanistan sogar eine Ausdehnung der Praxis beobachten, sog. exclusive jurisdictional agreements abzuschließen, die ausschließlich dem Entsendestaat strafrechtliche Jurisdiktion zuerkennen und sogar zu Lücken in der Strafverfolgung geführt haben.¹⁴⁸

Die Durchbrechung der Immunität setzt letztlich eine internationale Gemeinschaft von Rechtsstaaten voraus. Solange dies nicht erreicht ist, sind transnationale Durchsetzungsmodelle für den demokratischen Verfassungsstaat aus grundrechtlicher Perspektive zumindest zwiespältig. Denn solange eine internationale Gemeinschaft von Rechtsstaaten nicht besteht, dient Immunität demokratischen Verfassungsstaaten auch dazu, ihre Amtswalter vor der Inanspruchnahme durch Gerichte zu schützen, die rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen. So hat der amerikanische Richter Ellis im Fall *Tabion v. Mufti* ausdrücklich festgestellt, dass es das Ziel der Immunitätsgewährung sei „to protect United States [officials] from ... prosecution in foreign lands ... [b]ecause not all countries provide the level of due process to which United States citizens have become accustomed.“¹⁴⁹ Im Lichte eines derartigen Konfliktes zwischen normativem Anspruch und Rechtswirklichkeit erscheint Immunität in den Worten von Hazel Fox als ein neutrales Instrument, Jurisdiktionsausübung zu regeln.¹⁵⁰

146 AU-EU Report (Fn. 143), § 34.

147 A. v. *Arnauld* (Fn. 34), Rdnr. 325; P. J. *Conderman*, Status of Armed Forces on Foreign Territory Agreements (SOFA), in: R. *Wolfrum* (Hrsg.), (Fn. 55), Rn. 34;

148 Hierzu sowie zu den rechtlichen Ansätzen diese Lücken zu begrenzen: P. J. *Conderman*, ebd., Rdnr. 47-50.

149 US, District Court, *Tabion v. Mufti*, 877 F. Supp. 285, 293 (E.D. Va. 1995).

150 H. *Fox*, In Defence of State Immunity, Why the UN Convention on State Immunity is Important, ICLQ 55 (2006), 399 (405).

IV. Ausblick: Eine prozessuale Lösung?

Erfüllt Immunität auch in der globalen Welt noch immer wichtige Funktionen, stellt sich abschließend die Frage, ob die Entwicklung des Völkerrechts bei der Durchbrechung von Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen nicht doch behutsam vorangebracht werden könnte. Sollte sich die punktuelle Rechtsentwicklung für die Durchbrechung der Immunität *ratione materiae* bei staatlichen Funktionsträgern und ehemaligen Staatsoberhäuptern im Lichte ihrer *ratio* nicht durchsetzen, gibt es eine andere Option? Nicht immer steht schließlich ein alternativer Rechtsbehelf tatsächlich zur Verfügung. Opfer bleiben ungehört, während Täter ungestraft entkommen.

Ein vorsichtiger Schritt vorwärts könnte vom IGH im Fall *Dschibouti v. Frankreich* vorgezeichnet worden sein. Hier hatte der IGH festgestellt, dass der Staat, der Immunität *ratione materiae* für seine ausführenden Staatsorgane geltend macht, dem Forumstaat das Bestehen einer solchen Immunität notifizieren müsse. Nur so könnten die Gerichte gewährleisten, dass sie Immunität nicht zu Unrecht versagten und dadurch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Forumstaates auslösten.¹⁵¹ Rechtlich ist dieses Erfordernis gerechtfertigt, weil die Immunität *ratione materiae* des Staatsorgans letztlich Ausfluss der Staatenimmunität ist. Ob diese Feststellung aber gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen kann, mag man bezweifeln, wenn man bedenkt, dass nicht nur in Deutschland,¹⁵² sondern beispielsweise auch in Großbritannien¹⁵³ Immunität im gerichtlichen Verfahren von Amts wegen (*proprio motu*) geprüft werden muss. Auch Art. 6 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit verlangt vom Forumstaat sicherzustellen, dass seine Gerichte von Amts wegen Immunität beachten.

Dennoch mag erwogen werden das Prozessrecht, begrenzt auf Fälle die schwere Menschenrechtsverletzungen zum Gegenstand haben, dahingehend zu ändern, dass der Staat, dessen Organe vor Gericht stehen, die Immunität seiner Organe geltend machen muss. Dies würde nämlich zweierlei ermöglichen: Der betroffene Staat, dessen Staatsorgan vor Gericht steht, könnte entscheiden, ob die Durchbrechung von Immunität der *Ratio* der Immunität zuwiderläuft, ob also staatliche Interessen an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gefährdet sind oder ob andere Gründe gegen eine Wahrnehmung der Zuständigkeit des Forumstaates sprechen. Damit würde dem staatlichen Eigeninteresse Rechnung getragen. Zugleich böte sich aber ein Anknüpfungspunkt für die transnationalen Durchsetzungsstrategien der Zivilgesellschaft, die politischen Druck auf den betroffenen Staat ausüben könnte, um ihn dazu zu veranlassen, Immunität nicht geltend zu machen. Ein prozessuales Problem würde auf prozessualer Ebene gelöst.

151 IGH (Fn. 12), § 196: „The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned. This would allow the court of the forum State to ensure that it does not fail to respect any entitlement to immunity and might thereby engage the responsibility of that State. Further, the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs“; s.a. ILC, Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by the Special Rapporteur, Roman Anatolevich Kolodkin, UN Doc A/CN.4/646, §§ 16f.; allerdings hatte es über die Anwesenheit des Betroffenen im Forumstaat auch keinen diplomatischen Austausch gegeben; *R. Higgins* (Fn. 73), 135.

152 BVerfGE 46, 342 (359); BGH NJW-RR 2003, 1218 (1219); BGH, MDR 2009, 1239; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, ZPO, 71. Aufl., München 2013, Einf. vor §§ 18-20 GVG, Rdnr. 2.

153 Section 1 (2) State Immunity Act 1978.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Heike Krieger, Berlin

1. Ein Vergleich der verschiedenen Ausprägungen völkerrechtlicher Immunität zeigt, dass alle diese Ausprägungen einer vergleichbaren Kritik unterliegen, wonach die prozessuale Zuerkennung von Immunität in einem Widerspruch zu materiell-rechtlichen Verpflichtungen steht, Verantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen herzustellen.
2. Gegenwärtig besteht im Völkerrecht eine Inkongruenz zwischen der hohen Anzahl von Gerichtsverfahren, in denen Kläger die Zuerkennung von Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen hinterfragen, und einer höchstens punktuellen Rechtsentwicklung.
3. Offenkundig ist die Stagnation in der Rechtsentwicklung bei der Zuerkennung von Immunität im zivilgerichtlichen Verfahren. In den letzten Jahren haben mehrere Urteile zur Staatenimmunität, zur Immunität internationaler Organisationen und zur diplomatischen Immunität eine Immunitätsausnahme bei schweren Menschenrechtsverletzungen abgelehnt.
4. Bei der Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen im Strafverfahren bestehen zwar Ansätze einer Rechtsentwicklung. Diese Entwicklung zeichnet sich aber längst nicht so deutlich ab, wie in Teilen der Literatur angenommen. Zugleich sind erhebliche Rechtsunsicherheiten entstanden.
5. Ein wesentlicher Grund für die nur punktuellen und schleppende Rechtsentwicklung liegt in den dezentralen Rechtsfortbildungsmechanismen des Völkerrechts. Gründe des (vermeintlichen) Eigeninteresses der Staaten und der Reziprozität verhindern, dass Anstöße der Rechtsentwicklung, die von nationalen Gerichten ausgehen, völkergewohnheitsrechtlich geltende Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen hervorbringen.
6. Gerichte nehmen im Rechtsfortbildungsprozess häufig eine proaktive Rolle ein und versuchen, die Rechtsentwicklung auch gegen den Willen der Exekutive voranzutreiben. Auf dieses Rollenverständnis sind auch die jüngsten Entscheidungen, die ehemaligen Staatsorganen die Immunität *ratione materiae* versagen, zurückzuführen.
7. Die ratio der Zuerkennung von Immunität liegt in ihrer funktionalen Notwendigkeit. In diesem Sinn ermöglicht Immunität effektive Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den internationalen Beziehungen.
8. Die Pluralisierung der Akteure und die Ausdehnung inter- und transnationaler öffentlicher Aufgabenwahrnehmung haben eine Tendenz hervorgerufen, den Kreis der Immunitätsbegünstigten auszudehnen. Das zeigt zum einen die völkergewohnheitsrechtliche Konkretisierung des Rechts der Spezialmissionen und zum anderen die Zuerkennung von Immunität für Global Public Private Partnerships. Funktional verstandene Immunität ist daher ein wesentliches Mittel, Globalisierungsprozesse zu ermöglichen.

9. Spezialmissionen werden vor dem Hintergrund der Rechtsunsicherheiten um Ausnahmen von der Immunität *ratione materiae* für Staatsorgane im Strafverfahren zu einem funktionalen Äquivalent dieser Immunität.
10. Immunität dient zudem als Zuständigkeitsausübungsregel bei verteilten Kompetenzen im dezentralen Rechtssystem. In der Regel stehen bei allen Immunitäten alternative Rechtswege oder völkerrechtliche Instrumentarien zur Verfügung.
11. Auch die Immunität internationaler Organisationen dient diesem Zweck. Hier lässt sich in Europa eine Entwicklung beobachten, die Immunität internationaler Organisationen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zurückzudrängen. Die Vereinten Nationen sind davon bislang ausgenommen. Allerdings führt diese Rechtsprechung zu einem Normkonflikt. Die in der Gerichtspraxis entwickelten Ansätze zur Lösung des Normkonfliktes erreichen keinen Interessenausgleich.
12. Verstanden als Zuständigkeitsausübungsregel sichert Immunität auch den Rechtsfrieden und die guten zwischenstaatlichen Beziehungen. Diese Funktion dürfte umso mehr Bedeutung erlangen, je mehr sich die internationale Ordnung zu einer multipolaren Weltordnung entwickeln sollte. Das zeigt der Streit zwischen der African Union und der EU über die Ausübung universeller Jurisdiktion.
13. Solange keine internationale Gemeinschaft von Rechtsstaaten besteht, dient Immunität demokratischen Verfassungsstaaten auch dazu, ihre Amtswalter vor der Inanspruchnahme durch Gerichte zu schützen, die rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen.
14. Für die Immunität *ratione materiae* von Staatsorganen wäre eine Rechtsfortbildung auf prozessualer Ebene denkbar. Anstelle einer Beachtung der Immunität von Amts wegen, wie sie im deutschen und englischen Recht sowie Art. 6 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vorgesehen ist, sollte begrenzt auf Fälle, die schwere Menschenrechtsverletzungen zum Gegenstand haben, das Erfordernis eingeführt werden, dass der Staat, dessen Organe vor Gericht stehen, die Immunität seiner Organe geltend machen muss.

Summary

Immunity: Development and actuality as a legal concept

by Prof. Dr. Heike Krieger, Berlin

All varieties of immunities under Public International Law are exposed to a comparable form of criticism: To accord immunities in cases of serious human rights abuses contradicts the efforts of the international community to establish responsibility for such acts. Immunities are seen as a relic of the Westphalian system which resists ideas of constitutionalism in times of globalisation leading to calls for their restriction or even their abandonment. However, there is a manifest contradiction between the high number of cases challenging immunities and the sluggish legal development.

Stagnation in legal development is manifest regarding immunity in civil proceedings. In recent years several judgments – including the judgment of the ICJ in the *Jurisdictional Immunities* case – refused to restrict state immunity, immunity of international organisations or diplomatic immunity in cases of serious human rights violations. In contrast, there are indications for a legal development in cases of immunity of head of states and other state officials. However, the change of the pertinent legal rules is not as apparent as assumed by some scholars. At the same time, a state of legal uncertainty prevails.

A major reason for the sluggish legal development can be seen in the decentralized mechanism of law-making in international law. Reasons of States' self-interests and reciprocity reasons hinder the creation of rules of customary international law on the restriction of immunity in cases of serious human rights violations. Courts often take a proactive role in this law-making process and try to further the legal development against the explicit point of view of the executive branch. These conflicting positions are, for instance, apparent in a 2012 decisions of the Swiss High Court which restricted the immunity of a former Algerian defence minister.

Their functional necessity justifies to accord immunities. Thus, immunities enable their beneficiaries to effectively perform their functions in international relations. Accordingly, there are tendencies in the globalised world to extend the circle of persons and entities enjoying immunities. Globalisation is characterized by an expansion of actors in international relations. International relations are no longer restricted to the head of State and the government. Because of the increase in transnational economic and political relations through a diversification of methods and forms of coordination there are numerous other state and non-state actors including hybrid actors such as global public-private partnerships. Accordingly, customary international law rules on special missions are ascertained and immunities are accorded to high-ranking persons that are not members of a government as well as to global public-private partnerships. Immunities as a functional necessity are an important means to enable processes of globalization. At the time, special missions have become a functional equivalent to immunities of state officials in order to diminish legal uncertainties and allow for the smooth functioning of international relations.

Immunities also serve as a rule on the exercise of jurisdiction in a decentralized multi-level system where competences are divided between different levels and different actors. Immunities of international organisations are a case in point. Here we can ob-

serve a tendency to restrict immunity in employment-related disputes although this development does not cover the UN itself. However, this development has caused a conflict of norms between human rights law, such as the European Convention on Human Rights and other treaty obligations stemming from headquarter agreements. The solutions developed in jurisprudence are not apt to appropriately balance the conflicting interests.

As a rule on the exercise of jurisdiction, immunities also guarantee legal security and peaceful international relations. This function might become increasingly important in a multipolar world order. The dispute between the African Union and the European Union on the exercise of universal jurisdiction and the restriction of immunities is a pertinent example. As long as there is no international community based on States under the rule of law, immunities also serve the legitimate interest of democratic constitutional States to protect their state officials against court proceedings that do not meet the standards of the rule of law.

In order to meet the criticism that immunities work in favour of impunity, a new procedural rule could be considered for immunities *ratione materiae*. Instead of requiring that the courts determine immunity *proprio motu* as envisaged in Art. 6 para. 1 of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in cases of serious violations of human rights States could be required to notify the authorities of the other State concerned about its claim to immunity. Such an approach would rely on the findings of the ICJ in the case between Djibouti and France on *Mutual Assistance in Criminal Matters*.

Immunität der Staaten – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in der Schweiz

Von Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur. Andreas R. Ziegler, LL.M
(European University Institute), Lausanne¹

- I. Umfang der Staatenimmunität
 - II. Einschränkung aufgrund (bloß) wirtschaftlicher Tätigkeit
 - III. Humanitär begründete Einschränkungen
 - IV Schlussbetrachtungen: Umfang der Immunität und geeignetes Forum
- Thesen
Summary

I. Umfang der Staatenimmunität

1. Das Thema der Staatenimmunität ist seit jeher ein sowohl im allgemeinen Völkerrecht als auch im (internationalen) Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht (bzw. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, wie wir dieses Rechtsgebiet in der Schweiz nennen) stark präsenten Thema.² Dabei waren zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedliche Aspekte von besonderer Bedeutung, so dass bei aller Konstanz eine gewisse Dynamik vorliegt, welche es durchaus angebracht erscheinen lässt, von Zeit zu Zeit den aktuellen Stand von Diskussion und Praxis zu erläutern. Auch diese Gesellschaft hat sich bereits in der Vergangenheit dieses Themas angenommen – so 1968, als *Wilfried Schaumann* zum Thema „Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht“ referierte.³

2. Gegenwärtig steht sicherlich das Thema der Einschränkung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen im Vordergrund, so wie es insbesondere den Anlass für das Urteil des Internationalen Gerichtshofs (im Folgenden IGH) vom

1 Professor an der Universität Lausanne; ich danke meinen Assistenten Jorun Baumgartner (Rechtsassessorin, LL.M) und Ömer Keskin (BLaw, MLaw) für die Unterstützung bei der Überarbeitung meines Referats.

2 Vgl. an Stelle vieler nur die folgenden umfassenden Gesamtdarstellungen neueren Datums: *Hazel Fox/Philippa Webb*, *The Law of State Immunity*, 3. Aufl. im Erscheinen, Oxford 2013; *Xiaodong Yang*, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012; *Sally El Sawah*, *Les immunités des Etats et des organisations internationales: immunités et procès équitable*, Brüssel 2012; *Gerhard Hafner/Marcelo G. Kohen/Susan Breau* (Hrsg.), *State Practice Regarding State Immunities/La Pratique des Etats Concernant les Immunités des Etats*, Leiden 2006; *Ernest K. Bankas*, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin 2005; *Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam*, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford 2004; *Olivier Beaud* (Hrsg.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Paris 2004; *Isabelle Pingel*, *Les immunités des Etats en droit international*, Brüssel 1997.

3 *Wilfried Schaumann*, Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, S. 65, und *Walther J. Habscheid*, Die Immunität ausländischer Staaten nach deutschem Zivilprozessrecht, S. 165, beide in: *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 8, Karlsruhe 1968.

3. Februar 2012 im Fall *Jurisdictional Immunities of the State* (Deutschland gegen Italien) bildete.⁴

3. Gerade weil das Thema auch in der Praxis höchst relevant ist und daher im Gegensatz zu vielen anderen Themen des Völkerrechts auch zu einer reichen Judikatur vor nationalen Gerichten⁵ führt, erlaube ich mir hier, bei der Diskussion dieses Bereichs insbesondere auf die insgesamt vielleicht selbst im deutschsprachigen Raum weniger bekannte aktuelle Rechtspraxis in der Schweiz einzugehen⁶ und dabei insbesondere auch auf praktische Probleme für einen international wichtigen Finanz- und Schiedsplatz sowie Sitz vieler internationaler Institutionen, wie die Schweiz es zweifelsohne ist, darzustellen. Letzteres hat im Jahre 2007 zum Erlass eines speziellen Bundesgesetzes über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatgesetz, GSG)⁷, auf welches hier aber nicht weiter eingegangen werden soll, geführt.⁸

4. Das Konzept der Staatenimmunität hängt für die herrschende Lehre⁹ seit jeher eng mit dem Konzept des Souveräns bzw. des souveränen Herrschers zusammen. Für sie entsteht mit der Herausbildung des Staates als Inhaber dieser *Souveränität* auch das Konzept der Staatenimmunität als ein dem System geradezu inhärentes spezifisches *Vorrecht* des Staates bzw. eine entsprechende *Pflicht* der anderen Staaten, diese zu beachten.¹⁰ Entsprechend wird bei der Herleitung zumeist auf den Grundsatz *«par in parem non habet imperium (jurisdictionem)»* verwiesen. Auch das schweizerische Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung regelmässig zur theoretischen Herleitung der Staatenimmunität geäußert und dabei immer wieder auf diese *Maxime* berufen, so etwa in einem Entscheid vom 19. Juni 1980:

4 Vgl. IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012.

5 Vgl. für andere Staaten beispielsweise *Ekaterina Bykhovskaya*, *State Immunity in Russian Perspective*, 2008 oder *Ulrich von Schönfeld*, *Die Staatenimmunität im amerikanischen und englischen Recht*, Berlin 1983; *Manfredi Stotto-Pintor*, *La dottrina dell'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione interna e la recentissima giurisprudenza italiana*, in: *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, 24. Januar 1927, Tübingen 1987, S. 233-254.

6 Vgl. zur älteren Praxis in der Schweiz *Jean-François Egli*, *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: Louis Dallèves et al. (Hrsg.), *Centenaire de la LP*, Zürich 1989, S. 201-216; *Rolando Forni*, *Die Gerichts- und Vollstreckungsimmunität fremder Staaten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, ASDI 1986, S. 15 ff.; *Christian Dominicé*, *Immunités de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etat étrangers*, SJK (Genf), 1993; *Jolanta Kren Kostkiewicz*, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Bern 1998; *Dominique Favre*, *L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales: La pratique suisse*, in: Isabelle Pingel (Hrsg.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris 2004, S. 43-55 und *ders.*, *L'immunité de juridiction et d'exécution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Festschrift für Hans Peter Walter*, Bern 2005, S. 471-485.

7 SR 192.12 und die dazugehörige Verordnung vom 7. Dezember 2007 (SR 192.121).

8 Dieses Gesetz regelt nur die Behandlung von internationalen Institutionen im weitesten Sinn, also nicht die eigentliche Umsetzung der Staatenimmunität – ist aber aufschlussreich bezüglich der Möglichkeiten zur Gewährung von Immunität, die allenfalls über die völkerrechtlichen Verpflichtungen hinausgeht.

9 Siehe für eine Übersicht über die Staatenpraxis u.a. die Arbeiten der Völkerrechtskommission in: *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II (2), S. 142 ff.

10 Vgl. IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 56.

„Nach einer allgemeinen völkerrechtlichen Regel wird die Souveränität eines jeden Staates durch die Immunität der andern Staaten, namentlich in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, begrenzt. Vor fremden innerstaatlichen Gerichten und Behörden kann ein Staat danach grundsätzlich nicht zur Rechenschaft gezogen werden (*par in parem non habet iurisdictionem*)“.

Oder zuletzt in seinem Entscheid BGE 130 III 136 vom 21. November 2003:

„Les immunités de l'Etat sont destinées à garantir le respect de sa souveraineté lorsque ses agents, sa législation ou ses biens sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre Etat. L'absence de toute hiérarchie entre les Etats exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat, conformément à la maxime selon laquelle «*par in parem non habet iurisdictionem*», les immunités étant une exception au principe de la souveraineté territoriale.“

5. Dem steht (zumindest teilweise) die Auffassung gewisser Autoren entgegen, dass für die Staatenimmunität eben bloß eine (möglichst eng auszulegende) *Ausnahme* von der einzelstaatlichen Rechtsprechungshoheit (*jurisdiction*) darstellt, welche nur soweit eingeschränkt werden soll, als dies im gemeinsamen oder gegenseitigen Interesse der Staaten liegt.¹¹

6. Daneben bestehen die – entweder modern vom Staat selbst oder historisch parallel direkt vom souveränen Herrscher – *abgeleiteten Immunitäten* staatlicher Vertreter (diplomatische Immunität¹², konsularische Immunität¹³, Immunität von Staatsvertretern im Allgemeinen¹⁴) bzw. gewisser staatlicher Vermögenswerte wie etwa Liegenschaften und Konten, Kulturgüter oder spezielle Fahrzeuge wie Schiffe¹⁵ oder Luftfahrzeuge – wobei insbesondere bei letzteren bzw. ganz allgemein bei der Durchsetzung von Zwangsmassnahmen die Unterscheidung zwischen Immunität von Beschlagnahme, Pfändung oder Vollstreckung und Unverletzlichkeit in Doktrin und Praxis nicht immer

11 Vgl. auch IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 57 in fine oder *Rosalyn Higgins*, Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity, Netherlands Yearbook of International Law, 29.2, 1982, S. 265-276.

12 Vgl. für die Schweiz die unpublizierten Entscheide des Bundesgerichts: 1B_588/2012 vom 10. Januar 2013, 6B_83/2010 vom 8. Juli 2010, 6B_51/2007 vom 3. September 2007, 8G.80/2002 vom 23. Juli 2002 und 4P.277/2003 vom 2. April 2004.

13 Vgl. dazu den BGE 131 III 511 und den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5C.158/2000 vom 6. Oktober 2000.

14 Vgl. dazu für die Schweiz etwa den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1B_542/2012 vom 8. November 2012; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1C_239/2007 vom 5. September 2007; BGE 133 IV 40 (Korruption in Griechenland); BGE 132 II 81 (Evgeny Adamov); BGE 130 III 136 und den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4P.147/2003 vom 21. November 2003; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1A.80/2003 vom 24. Juli 2003; die unpublizierten Entscheide des Bundesgerichts 1A.94/2001 vom 25. Juni 2001 und 1A.218/2002 sowie 1A.219/2002 vom 9. Januar 2003; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1A.2/2001 vom 2. März 2001; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1P.581/2000 vom 8. Dezember 2000; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1A.228/2000 vom 3. November 2000; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1A.192/1999 vom 7. Januar 2000; die unpublizierten Entscheide des Bundesgerichts 1A.212/2000, 1A.87/2000, 1A.85/2000, 1A.82/2000 und 1A.83/2000 (Berufung auf Immunität von Drittpersonen) vom 19. Juni 2000 sowie BGE 113 Ib 257 (Marcos und Konsorten gegen den Kanton Genf).

15 Vgl. dazu speziell die Regelungen im Internationalen Übereinkommen vom 10. April 1926 zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über die Immunität der staatlichen Schiffe (SR 0.747.331.51) und v.a. in Art. 32, 95 und 96 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (SR 0.747.305.15) und die darauf Bezug nehmende Entscheidung des Internationalen Seegerichtshofs im „ARA Libertad“ Case (Argentinien v. Ghana) vom 15. Dezember 2012.

einheitlich ist.¹⁶ Hinzu kommt die Immunität internationaler Organisationen¹⁷ und ihrer Bediensteten¹⁸, bzw. spezieller Völkerrechtssubjekte wie etwa des IKRK¹⁹.

7. Der genaue *Umfang* der Staatenimmunität (absolut oder relativ bzw. eingeschränkt)²⁰ war dabei in der Geschichte immer wieder umstritten, und es lassen sich gerade auch bezüglich der Staatenimmunität namentlich in der Staatenpraxis und in der Doktrin zu verschiedenen Zeiten verschiedene Ansichten dazu ermitteln. Insgesamt kann man sagen, dass etwa im 19. Jahrhundert noch zahlreiche Gerichte anderen Staaten absolute Immunität gewährten, die im Laufe der Zeit einer eingeschränkten oder relativen Staatenimmunität wich.²¹

8. Die verschiedenen einzelstaatlichen und internationalen *Kodifikationsversuche* spiegeln diese Problematik bis heute wider. Hervorzuheben ist dabei das am 16. Mai 1972 in Basel unterzeichnete Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität im Rahmen des Europarates²², welches zwar in Kraft treten konnte, aber bloß von acht Staaten (darunter die Schweiz, Deutschland und Österreich) ratifiziert wurde. Neueren Datums ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004, welches erst in Kraft treten kann, wenn 30 Staaten es ratifiziert haben (Stand 15. März 2013: 28 Unterzeichnerstaaten und 13 Vertragsstaaten, unter letzteren sowohl die Schweiz als auch Österreich; hingegen haben Deutschland und Liechtenstein das Übereinkommen bisher nicht unterzeichnet). Erwähnenswert ist auch der Entwurf zu einer Inter-American Convention on Jurisdictional Immunity of States des Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States aus dem Jahre 1983.²³

16 Vgl. beispielsweise Art. 25 des Übereinkommens vom 8. Dezember 1969 über Sondermissionen (SR 0.191.2) oder Art. 38 des Wiener Übereinkommens vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen (SR 0.191.01).

17 Vgl. für die Schweiz insbesondere BGE 137 I 371 und BGE 136 III 379 (BIS); den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4A_216/2009 vom 21. Dezember 2009 (X. gegen die Organisation für islamische Zusammenarbeit); den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_483/2008 vom 29. August 2008 (IATA); BGE 130 I 312 (X gegen den Bundesrat und das CERN); den unpublizierten Entscheid 5P.156/2003 vom 7. Juli 2003 (IIe Cour civile; WIPO); den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Januar 1999 (X. gegen die Liga arabischer Staaten) E. 4b. (zitiert bei *Favre* Fn. 54); BGE 118 Ib 562 (CERN).

18 Vgl. dazu für die Schweiz den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_851/2011 vom 31. Januar 2012; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_745/2010 vom 15. Dezember 2010; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 9C_182/2009 vom 2. März 2010; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4A_132/2008 vom 16. Mai 2008; BGE 133 III 539 (X. gegen Y. und Z.); BGE 133 V 233; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 7B.160/2005 vom 8. November 2005 (UIT); BGE 131 V 174; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 2P.36/2004 vom 9. Mai 2005; den Entscheid BGE 130 III 430 und den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4P.234/2003 vom 8. April 2004; den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1A.231/2003 vom 6. Februar 2004 und den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4P.264/2002 vom 15. April 2003.

19 Vgl. den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_106/2012 vom 20. September 2012 und den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_637/2011 vom 25. November 2011.

20 Entsprechend absolute/restricted immunity (auf Englisch) und immunité absolue/relative ou restreinte (auf Französisch).

21 Vgl. etwa *Eleanor Wyllys Allen*, *The position of foreign states before national courts: chiefly in continental Europe*, London 1933.

22 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 (European Treaty Series (ETS), Nr. 74; UNTS, Bd. 1495, S. 182). Dazu Conseil de l'Europe, *Rapports explicatifs concernant la Convention européenne sur l'immunité des Etats et le protocole additionnel*, Straßburg, 1972.

23 Abgedruckt in: ILM, Bd. 22, S. 292.

9. Das UNO-Übereinkommen vom 2. Dezember 2004 über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens stellt nach Ansicht des schweizerischen Bundesgerichts zumindest in vielen Bereichen eine völkerrechtliche Kodifizierung der Grundsätze der Immunität dar.²⁴

10. Das Europäische Übereinkommen vom 16. Mai 1972 über Staatenimmunität (nachfolgend: EÜS) bringt nach Ansicht des Bundesgerichts im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten lediglich bis zu einem gewissen Grade neuere völkerrechtliche Tendenzen zum Ausdruck.²⁵ Dabei hat das Schweizerische Bundesgericht betreffend der Anwendbarkeit der in diesem europäischen Übereinkommen enthaltenen Regeln als Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts immer wieder grösste Zurückhaltung an den Tag gelegt und meinte etwa in seinem Entscheid 134 III 122E 5.1 wie bereits früher im Entscheid BGE 120 II 400 E. 3d:

„Le Tribunal fédéral a jugé que la plus grande réserve s'imposait quant à l'application, à titre de droit coutumier, de cette Convention à des Etats non-parties, cela même pour de simples références aux solutions retenues“.²⁶

11. Ähnliche Divergenzen zeigen sich in innerstaatlichen Kodifikationsversuchen wie etwa dem United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976).²⁷ Diese wenigen nationalen Kodifikationen und die Staatenpraxis orientieren sich aufgrund der mangelnden umfassenden internationalen Kodifikation zumindest grob an dem, was jeweils als völkergewohnheitsrechtlich geboten angesehen wird.²⁸ Interessanterweise war auch in der Schweiz in den 1920er Jahren ein Projekt zu einer innerstaatlichen Kodifikation einer Regelung zur Exekutionsimmunität diskutiert worden.

12. Mit Botschaft vom 29. Januar 1923 unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung einen Entwurf zu einem „Bundesgesetz betreffend Arrest und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegenüber Vermögen fremder Staaten“, nach dem ein Arrest gegen einen fremden Staat, „der Gegenrecht hält“²⁹, nicht hätte angeordnet werden dürfen.³⁰ Die Vorlage scheiterte indessen, weil der Nationalrat – im Gegensatz zum Ständerat – auf sie nicht eintreten wollte.³¹ Immerhin haben die Bundesbehörden den kantonalen Behörden teilweise Leitlinien zur Beschlagnahme von Gütern fremder

24 Vgl. BGE 136 III 575 E 4.3.1. und BGE 134 III 122 E. 5.1 mit Verweis auf die Botschaft vom 25. Februar 2009 über die Genehmigung und Umsetzung des UNO-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit, BBl 2009 1732 Ziff. 2.4.

25 BGE 136 III 575 E 4.3.1.; BGE 112 Ia 148 E. 3a; BGE 120 II 400 E. 3d und BGE 134 III 122 E. 5.1. Dazu auch *Charles-Mathias Krafft*, La convention européenne sur l'immunité des Etats, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht [SJIR], 1986, S. 18; Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 3. Aufl. 2003 [Stand: Juli 2005], Ziff. II.F.1.

26 Mit Verweis auf *Favre*, L'immunité de juridiction et d'exécution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Festschrift Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 476.

27 Daneben wurden im Verfahren vor dem IGH (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012) die Gesetzgebung des Vereinigten Königreichs, Singapurs, Argentiniens, Australiens, Kanadas, Israels, Japans, Südafrikas und Pakistans erörtert.

28 Vgl. dazu auch IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 55 in fine.

29 Damit ist in der Schweiz gemeint, dass aufgrund des Reziprozitätsgrundsatzes dieser Grundsatz nur gegenüber jenen Staaten angewendet würde, die diesen Grundsatz gegenüber der Schweiz ebenfalls berücksichtigen.

30 BBl 1923 I 419.

31 Vgl. Amtl.Bull. N 1924 S. 134 ff. und 153 ff., N 1925 S. 417 ff.; Amtl.Bull. N 1923 S. 153 ff., N 1925 S. 47 ff., N 1926 S. 17 ff.; dazu BGE 106 Ia 142 E. 2a.

Staaten übermittelt und es finden sich heute Bestimmungen im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.³²

13. Auch die innerstaatliche Umsetzung der Staatenimmunität insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht kann je nach Rechtssystem sehr unterschiedlich ausfallen. Der IGH hat immerhin in seinem erwähnten Urteil vom 3. Februar 2012³³ festgehalten, dass innerstaatliche Gerichte die Frage der (Staaten-)Immunität als Vorfrage am Anfang eines Verfahrens zu behandeln hätten, bevor geltend gemachte Rechtsverletzungen materiell-rechtlich analysiert würden, und dass entsprechend das Ergebnis dieser allenfalls nachfolgenden inhaltlichen Analyse auch keinen Einfluss auf die Gewährung der Immunität haben könne.³⁴ Auch im Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004³⁵ wird entsprechend gefordert, dass ein Staat sicherstellen müsse, „dass seine Gerichte von Amtes wegen feststellen, dass die [...] Immunität dieses anderen Staates beachtet wird“ und dass er bei Gewährung der Staatenimmunität darauf verzichtet, seine „Gerichtsbarkeit auszuüben“ (Art. 5).³⁶

14. Entsprechend diesem Prinzip hat beispielsweise das schweizerische Bundesgericht regelmässig festgestellt: „[E]s wäre mit dem Konzept der Immunität selbst kaum vereinbar, eine Prozesspartei zu zwingen, das Verfahren in der Sache durchzuführen, obwohl sich diese der staatlichen Zuständigkeit entzogen erachtet“.³⁷ Demgemäß muss die Frage der Immunität eines fremden Staates vom Gericht bereits im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung beurteilt werden, „da es diesem Grundsatz geradezu zuwiderlaufen würde, wenn sich der darauf berufende Staat der materiellen Entscheidung des Gerichts des fremden Staates unterziehen müsste“³⁸. In einem anderen Urteil meint das Bundesgericht, dass die (diplomatische) Immunität als Prozesshindernis zu behandeln sei, das „einer materiellen Fortführung des Verfahrens grundsätzlich entgegensteht“.³⁹

15. Im Kern schützt die Staatenimmunität den einzelnen Staat vor der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit durch einen anderen Staat und der Vollstreckung bzw. Sicherung solcher Entscheide durch Zwangsmaßnahmen gegen seine Vermögenswerte. Relativ anerkannt ist daher die Unterscheidung zwischen *Jurisdiktionsimmunität* oder *Immu-*

32 Vgl. „Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers“, Brief des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 8. Juli 1986 an die Kantonsregierungen, BLSchK 1986 S. 234 ff.

33 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012.

34 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 107.

35 Noch nicht in Kraft getreten, abgedruckt in BBl 2009 S. 1761-1777. Dazu *Roger O'Keefe/Christian J. Tams/Antonios Tzanakopoulos* (Hrsg.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, im Erscheinen, Oxford 2013; *Robin Falk Lenglens*, *Aktuelle Probleme der Staatenimmunität im Verfahren vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten: Unter besonderer Berücksichtigung des UN-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M. 2011.

36 Vgl. aber auch den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5P.344/2006 vom 4. Dezember 2006 zur Frage, ob später in oberen Instanzen auf diese Aspekte zurückgekommen werden kann.

37 So zum Beispiel in BGE 124 III 382 E. 3b oder BGE 134 III 27 E. 6.2.2.

38 So die III. Kammer der Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts in einem unpublizierten Entscheid K168/04 vom 9. Februar 2005 oder auch im unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4A_430/2007 vom 11. Dezember 2007.

39 Vgl. unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 1P.372/2000 vom 1. September 2000.

nität von der Gerichtsbarkeit und Exekutionsimmunität oder Vollstreckungsimmunität bzw. Immunität von jeder Durchsuchung, Beschlagnahme, Pfändung oder Vollstreckung, wobei diese Unterscheidung insbesondere dann relevant wird, wenn man überhaupt eine Abweichungsmöglichkeit von der absoluten Staatenimmunität annimmt und dann zwischen verschiedenen Phasen eines klassischen Rechtsdurchsetzungsverfahrens mit Gerichtsentscheiden und Zwangsmassnahmen (bzw. allenfalls Sicherungsmassnahmen) unterscheiden möchte. Aufgrund der heute herrschenden Einschränkung der Jurisdiktionsimmunität hat sich auch eine Praxis zur Durchsetzung daraus resultierender Entscheidungen entwickelt. Dabei wird immer wieder festgehalten, dass das Vorliegen eines solchen zu Recht ergangenen Entscheides nicht automatisch jedwelche Exekutionsimmunität aufhebt, sondern dass hier ein erneuter Entscheid zu fällen ist, gegenüber welchen Vermögenswerten die Durchsetzung möglich ist. Dieses Prinzip wurde auch vom IGH im erwähnten Entscheid 2012 als *obiter dictum* anerkannt.⁴⁰

16. Eine spezielle Situation entsteht zudem, wenn ein Staat im Rahmen eines Rechts- hilfeersuchens gebeten wird, ein in einem Drittstaat ergangenes Urteil zu vollstrecken, d.h. normalerweise das Exequatur zu erteilen.⁴¹ Gemäss dem IGH handelt es sich dabei um die (erneute) Ausübung der Jurisdiktion durch den ersuchten Staat bezüglich des Drittstaats und nicht um eine blosser Exekution eines ohne weiteren zu vollstreckenden Entscheides.⁴² Das ersuchte Gericht muss sich dabei die Frage stellen, ob es im Falle, dass es selbst das durchzusetzende Sachurteil zu fällen gehabt hätte, Jurisdiktionsimmunität zu gewähren gehabt hätte.⁴³

40 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 113: „[T]he Court observes that the immunity from enforcement enjoyed by States in regard to their property situated on foreign territory goes further than the jurisdictional immunity enjoyed by those same States before foreign courts. Even if a judgment has been lawfully rendered against a foreign State, in circumstances such that the latter could not claim immunity from jurisdiction, it does not follow ipso facto that the State against which judgment has been given can be the subject of measures of constraint on the territory of the forum State or on that of a third State, with a view to enforcing the judgment in question... The rules of customary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity (understood *stricto sensu* as the right of a State not to be the subject of judicial proceedings in the courts of another State) are distinct, and must be applied separately“.

41 Vgl. auch *Jérôme Candrian*, L'immunité des Etats dans l'entraide internationale en matière pénale, in: Marc-André Renold (Hrsg.), *L'entraide judiciaire internationale dans le domaine des biens culturels*, Zürich 2011, S. 83-95; *Michel Cosnard*, Circulation des jugements et immunité d'exécution de l'Etat, in: *Effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Brüssel 2001, S. 207-219.

42 Vgl. IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 128: „Where a court is seised [...] of an application for exequatur of a foreign judgment against a third State, it is itself being called upon to exercise its jurisdiction in respect of the third State in question. It is true that the purpose of exequatur proceedings is not to decide on the merits of a dispute, but simply to render an existing judgment enforceable on the territory of a State other than that of the court which ruled on the merits. It is thus not the role of the exequatur court to re-examine in all its aspects the substance of the case which has been decided. The fact nonetheless remains that, in granting or refusing exequatur, the court exercises a jurisdictional power which results in the foreign judgment being given effects corresponding to those of a judgment rendered on the merits in the requested State. The proceedings brought before that court must therefore be regarded as being conducted against the third State which was the subject of the foreign judgment“.

43 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 130.

II. Einschränkung aufgrund (bloß) wirtschaftlicher Tätigkeit

17. Wie bereits erwähnt gewährten traditionell viele Staaten einander absolute Immunität. Relativ früh stellte sich aber die Frage, ob davon in jenen Fällen abzuweichen sei, in denen ein Staat am *wirtschaftlichen Leben* (*commercial transactions*) teilnimmt.⁴⁴ Grundidee ist bei dieser Unterscheidung, dass der Staat nicht im Bereich seiner staatlichen Souveränität (*hoheitliches Handeln*) handelt, sondern sich auf die Ebene des normalen wirtschaftlichen Akteurs begibt, was die Gewährung von Immunität nicht mehr rechtfertigt oder notwendig erscheinen lässt. Gerade in diesem Bereich hat etwa die Schweiz sehr früh eine Einschränkung der Staatenimmunität angenommen.

18. In seinem Entscheid vom 13. März 1918⁴⁵ hielt das Bundesgericht fest, „der völkerrechtliche Grundsatz der Exemption der auswärtigen Staaten von der inländischen Gerichtsbarkeit gilt nicht unbeschränkt“ und ließ einen Arrest für nicht zurückbezahlte Staatsschatzanweisungen gegen ein Konto des österreichischen Finanzministeriums bei einer Bank in Basel zu, so, wie es die Vorinstanzen bereits getan hatten. Das Bundesgericht folgte damals einer insbesondere ab 1886 in Italien und ab 1903 in Belgien entwickelten Praxis. Es hat diese Rechtsprechung in der Folge wiederholt bestätigt.⁴⁶

19. Historisch stand die Einschränkung der Immunität (nicht nur) von Staaten bei der Teilnahme an privatwirtschaftlichen Tätigkeiten im Vordergrund. Die entsprechende Staatenpraxis wurde ab dem ausgehenden 19. Jahrhundert immer umfangreicher, obwohl sich gewisse wichtige Finanz- und Wirtschaftszentren wie z.B. das Vereinigte Königreich noch relativ lange gegen eine Relativierung der Immunität sträubten. Diese Einschränkung fand daher später relativ einfach ihren Niederschlag in den entsprechenden Regelungen in internationalen Übereinkommen und innerstaatlichen Erlassen.

20. Aus dieser Entwicklung resultiert die Unterscheidung zwischen hoheitlichem Handeln⁴⁷ (*acta iure imperii*) und (privat)wirtschaftlicher Tätigkeit (*acta iure gestionis*), wobei die genaue Ermittlung des Charakters einer Handlung in der Praxis oft umstritten sein kann. Dabei wurden neben klar privatwirtschaftlichen Tätigkeiten wie etwa der Verkauf von Rohstoffen oder der Betrieb von Unternehmen früh auch gewisse mit der hoheitlichen Tätigkeit eng in Zusammenhang stehende Tätigkeiten als privatwirtschaftlich charakterisiert, wie etwa das Anmieten von Räumlichkeiten⁴⁸ oder die Anstellung von subalternem Personal. Hinzu kommen Probleme bei der Zurechnung von Handlungen staatlicher Unternehmen.⁴⁹ Als ein Beispiel aus der neueren Recht-

44 Vgl. auch IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 59. Früh dazu *Sompong Sucharitkul*, State immunities and trading activities in international law, New York 1959; *Helmut Damian*, Staatenimmunität und Gerichtszwang, in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 89, Berlin, Heidelberg [etc.] 1985 oder *Michael W. Gordon*, Foreign state immunity in commercial transactions, Salem 1991.

45 BGE 44 I 49 E. 4. (K. k. österreichisches Finanzministerium gegen Dreyfus).

46 Vgl. BGE 56 I 247 E. 2, 82 I 85 E. 7 ff., 86 I 27 E. 2 oder BGE 104 Ia 368 E. 2.

47 Der IGH spricht vom „exercise of sovereign power“ (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 60).

48 Vgl. früh für die Schweiz BGE 82 I 80. oder BGE 86 I 23 E. 3 (Anmietung einer Villa durch die Vereinigte Arabische Republik).

49 Vgl. *Anne-Catherine Hahn*, State Immunity and Veil Piercing in the Age of Sovereign Wealth Funds, *Swiss Review of Business and Financial Market Law*, Bd. 84(2) 2012, S. 103-118; *Peter Herz*, Die Immunität ausländischer Staatsunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit im französischen und im

sprechung des Bundesgerichts sei hier etwa auf den Entscheid BGE 136 III 575 vom 7. Oktober 2010 hingewiesen, dass das Anmieten eines Botschaftsgebäudes durch den Staat Israel in Bern eine Handlung *iure gestionis* darstelle (E. 4.2). Das Bundesgericht hält dabei regelmässig für die Unterscheidung den Charakter der Handlung und nicht ihre Finalität für entscheidend.⁵⁰

21. Im Entscheid BGE 113 Ia 172 wurde eine Klage abgewiesen, weil die zugrundeliegende Enteignung durch den rumänischen Staat in Rumänien als hoheitlich angesehen wurde. Dabei führte das Bundesgericht aus: „Die Hoheitsakte oder Handlungen *iure imperii* unterscheiden sich nicht von ihrem Zweck, sondern von ihrer Natur her von der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit bzw. den Akten *iure gestionis*“. Wiederholt hat das Bundesgericht entsprechend festgehalten: „Le critère déterminant est la nature intrinsèque de l’opération envisagée et non le but poursuivi“⁵¹.

22. Entsprechend kommen in der Praxis auch oft entsprechende Anerkennungen der Natur einer staatlichen Handlung in den zugrundeliegenden Verträgen zum Ausdruck.⁵² In zwei nicht publizierten Entscheiden vom 23. November 2000 wurde ein Vertrag für eine „preshipment inspection“ als hoheitlicher Natur angesehen, da diese Kompetenz nur einem Staat zukomme, obwohl diese Art des Outsourcing von modernen Dienstleistungen durchaus als privatwirtschaftlicher Natur angesehen hätte werden könnten.⁵³ Interessant sind in diesem Zusammenhang auch Art. 2 und 10 des UN-Übereinkommens von 2004, die dazu ebenfalls genauere Ausführungen machen.

23. Als einen Spezialfall dazu kann die Einschränkung der Immunität für Anstellungsverhältnisse mit *niederrangigem Personal* angesehen werden, selbst wenn dies zumeist nicht direkt unter den Begriff der *acta iure gestionis* subsumiert wird. Die Idee ist jedoch dieselbe, indem zwischen dem eher hoheitlichen Charakter der Anstellung von *höherrangigen Angestellten* und dem eher wirtschaftlichen Charakter der Anstellung von *niederrangigem Personal* sowie *Hilfspersonal* für den Betrieb von Botschaften und dergleichen unterschieden wird. Umfangreich ist diesbezüglich die Rechtsprechung in der Schweiz, was insbesondere auch auf die Anwesenheit zahlreicher Missionen bei internationalen Organisationen in Genf zurückzuführen ist. Beispielsweise wurde im Entscheid BGE 110 II 255 (E. 3-5) die Klage betreffend das Arbeitsverhältnis eines Italieners, der bei der indischen Botschaft in der Schweiz zuerst als Radiotelegraphist, später als Bürogehilfe tätig war, als dem nichthoheitlichen Tätigkeitsbereich des Entsendestaates zugeordnet und folglich die schweizerische Gerichtsbarkeit bejaht. Im Entscheid BGE 120 II 408 vom 16. November 1994 wurde die Klage eines Chauffeurs der ägyptischen Mission bei den Vereinten Nationen in Genf bezüglich Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis zugelassen. Ebenso die Klage eines von der ständigen Mis-

deutschen Zivilprozessrecht, Filderstadt 1996 oder *Julia Pullen*, Die Immunität von Staatsunternehmen im zivilrechtlichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, in: Kölner Schriften zu Recht und Staat, Bd. 50 2012. Vgl. dazu insbesondere unpublizierte Entscheide des Bundesgerichts 5A_156/2007 vom 29. August und 5P.1/2007 vom 20. April 2007.

50 «Pour distinguer les actes de gestion des actes de gouvernement, le juge doit se fonder non sur leur but, mais sur leur nature, et examiner si, à cet égard, l’acte relève de la puissance publique ou s’il est semblable à celui que tout particulier pourrait accomplir.» BGE 86 I 23 E. 2.

51 BGE 134 III 122 E. 5.2.1.; BGE 130 III 136 E. 2.1; BGE 113 IA 172 E 2.

52 Vgl. BGE 134 III 122 E. 5.2.1: „En l’espèce, la créance litigieuse est fondée sur le Protocole d’accord du 31 juillet 2002, dont l’Etat russe reconnaît expressément la nature privée et commerciale (...)“.

53 Vgl. unpublizierte Entscheide des Bundesgerichts 4C.250/2000 und 4P.190/2000 vom 23. November 2000, E. 2b (SGS Société Générale de Surveillance Holding S.A. gegen Islamische Republik Pakistan).

sion des Irak bei den Vereinten Nationen angestellten Dolmetschers und Übersetzers (BGE 124 III 382, Urteil vom 16. November 1994). Dem Chauffeur bzw. Sekretär der ständigen Mission von Nicaragua bei den Vereinten Nationen in Genf wurde vom Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid vom 22. November 2001 ebenfalls die Klageerhebung vor einem Zivilgericht zugestanden.⁵⁴ In zwei nicht publizierten Entscheiden vom 16. Juli 2002⁵⁵ und 17. Januar 2003⁵⁶ wurde die Klage einer Putzfrau des Generalkonsulates eines ausländischen Staates zugelassen. Einer Hausangestellten⁵⁷ und einem Chauffeur der ständigen Mission Chiles bei der WTO⁵⁸ wurde 2011 ebenfalls zugestanden, eine arbeitsrechtliche Klage einzureichen, ebenso einer Hausangestellten des saudischen Konsuls⁵⁹. Auch einer Telefonistin⁶⁰ konnte die Staatenimmunität nicht entgegengehalten werden.

24. Im Entscheid BGE 134 III 570 vom 9. Juli 2008 wurde der Einsatz als Rechtsexperte im Rahmen einer Kommission der Vereinten Nationen nicht als untergeordnete Tätigkeit betrachtet, weshalb die Gerichtsbarkeits-Immunität des arbeitgebenden Staates anerkannt wurde.⁶¹ Auch eine Sekretärin, die sozusagen selbständig die konsularischen Dienste eines fremden Staates ausführte, wurde als so hochrangig eingestuft, dass dem anstellenden Staat die Geltendmachung der Jurisdiktionsimmunität zugebilligt wurde.⁶²

25. Insbesondere im Hinblick auf die Teilnahme am wirtschaftlichen Leben und um allfällige Missverständnisse zu vermeiden, wurde es auch früh zur gängigen Praxis, dass Staaten von sich aus auf ihre Immunität verzichten (*waiver*). Normalerweise wird dieses Vorgehen von anderen Staaten (implizit oder explizit) gebilligt, wobei der Umfang des *Verzichts auf Immunität* (insbesondere auch im Rahmen von Schiedsgerichtsbarkeit) teilweise in der Praxis zu rechtlichen Würdigungsproblemen führt.⁶³

26. Ein Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts ist der Entscheid BGE 134 III 122 vom 15. August 2007.⁶⁴ Es handelt sich dabei um eines der vielen Verfahren im Zusammenhang mit den Forderungen der Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation SA gegen die Russische Föderation im Zusammenhang mit der Bezahlung von Getreidelieferungen über einen Betrag von über ei-

54 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4P.227/2001 vom 22. November 2001.

55 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4C.214/2002 vom 16. Juli 2002.

56 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4C.338/2002 vom 17. Januar 2003.

57 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4A_544/2011 vom 30. November 2011.

58 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4A_542/2011 vom 30. November 2011.

59 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4A_26/2011 und 4A_30/2011 vom 20. September 2011.

60 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4P.33/2007 vom 13. Juli 2007.

61 Entscheid des Bundesgerichts 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008, E. 3 (Republik Kongo-Brazzaville gegen X.).

62 Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts 4A 386/2011 vom 4. August 2011.

63 Vgl. *Dhisadee Chamlongrasdr*, Foreign State Immunity and Arbitration, London 2007; *Jean-Flavien Lalive*, Quelques observations sur l'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international, in: Yoram Dinstein (Hrsg.), International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Leiden [etc.] 1989, S. 369-383; *Jochen Langkeit*, Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit. Verzichtet ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf seine Immunität?, Heidelberg 1989.

64 BGE 134 III 122; vgl. auch den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_618/2007 vom 10. Januar 2008; bestätigt im unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 5A_55/2008 vom 22. April 2008. Vgl. auch die unpublizierten Entscheide des Bundesgerichts 4A_541/2009 vom 8. Juni 2010, 4A_531/2009 vom 21. Januar, 1A.180/2003 und 1A.176/2003 vom 17. November 2003.

ner Milliarde US-Dollar. Hier wird vom Bundesgericht festgehalten, dass ein Verzicht auf die Immunität zwar ausdrücklich erfolgen muss, dass aber sogar ein Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität für Vermögenswerte, die zu hoheitlichen Zwecken verwendet wurden, möglich und beachtlich ist. Das Bundesgericht führte im Einzelnen aus:

„En conséquence, le Gouvernement [de la Fédération de Russie] reconnaît expressément la nature privée et commerciale du présent protocole d'accord et renonce expressément et sans réserves à toutes immunités de juridiction et/ou d'exécution dont il pourrait être bénéficiaire». ... La recourante ne peut donc échapper à l'alternative suivante: soit les biens saisis relèvent de l'activité iure gestionis de l'Etat russe et la clause de renonciation est superflue faute d'immunité; soit il s'agit de biens de l'Etat affectés à l'exercice de la puissance publique, qui tombent sous le coup de la renonciation expresse du 31 juillet 2002. Elle ne saurait en particulier prétendre que la renonciation ne vise que des actes iure gestionis pour lesquels précisément aucune immunité n'existe. Cela reviendrait à priver la clause de renonciation de toute portée. Or, aux termes de celle-ci, la Fédération de Russie a «renoncé expressément» et «sans réserves» à «toutes immunités de juridiction et/ou d'exécution». Le cumul de ces expressions manifeste la volonté de donner à la clause de renonciation la plus large portée possible; partant, elle ne peut que viser les biens affectés à une activité iure imperii⁶⁵.

27. Allgemein kann gesagt werden, dass ein Verzicht auf oder der Verlust der Staatenimmunität bezüglich der Jurisdiktionsphase leichter angenommen wird als bezüglich der Anwendung von Zwangsmaßnahmen, was insbesondere Probleme bei der Zwangsvollstreckung von Gerichts- und Schiedsentscheiden aus Verfahren, auf die sich der betroffene Staat eingelassen hat, zur Folge haben kann. Diese grundsätzliche Unterscheidung wird auch vom IGH gestützt und kann auch bei der Gewährung von Rechtshilfe bezüglich der Durchsetzung von rechtmäßig ergangenen Entscheiden relevant werden.⁶⁶

28. In demselben Sinn wie die Beschränkung der Jurisdiktionsimmunität auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten kann die Unterscheidung bei der Zwangsvollstreckung zwischen Vermögenswerten (Liegenschaften, Konten etc.), die einem hoheitlichen Zweck und denjenigen, die der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr dienen, verstanden werden, auch wenn Doktrin und Praxis es aufgrund der zahlreichen Spezialfragen vorziehen, diese Aspekte der Exekutionsimmunität getrennt von der Jurisdiktionsimmunität zu behandeln. Art. 92 Ziff. 11 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) sieht heute ausdrücklich vor, dass Vermögenswerte eines ausländischen Staates oder einer ausländischen Zentralbank, die hoheitlichen Zwecken dienen, unpfändbar sind.

⁶⁵ Erwägung 5.3.

⁶⁶ Vgl. IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 113: «Similarly, any waiver by a State of its jurisdictional immunity before a foreign court does not in itself mean that that State has waived its immunity from enforcement as regards property belonging to it situated in foreign territory». und § 132: «Court will confine itself to noting, in general terms, that it may perfectly well happen, in certain circumstances, that the judgment rendered on the merits did not violate the jurisdictional immunity of the respondent State, for example because the latter had waived its immunity before the courts hearing the case on the merits, but that the exequatur proceedings instituted in another State are barred by the respondent's immunity. That is why the two issues are distinct, and why it is not for this Judgment to rule on the legality of the decisions of the Greek courts.»

29. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁶⁷ müssen Konten bei Banken klar als für einen hoheitlichen Zweck bestimmt gekennzeichnet und gegebenenfalls auch von anderen Vermögenswerten getrennt sein, damit sie als der Zwangsvollstreckung entzogen angesehen werden. In einem nicht publizierten Entscheid 5A_92/2008 (Urteil vom 25. Juni 2008 – II. zivilrechtliche Abteilung) hatte sich das Bundesgericht mit der Pfändbarkeit der Konten der Zentralbank von Syrien zu befassen. Wie bereits in einem früheren Entscheid (Urteil 5P.362/1995 vom 19. Dezember 1995) hat das Bundesgericht dabei ausgeführt, dass sich der Schutz der Immunität auf Vermögenswerte erstrecken kann, die ein fremder Staat in der Schweiz besitzt und die er für seinen diplomatischen Dienst oder andere ihm als Träger öffentlicher Gewalt obliegende Aufgaben bestimmt hat. Für Bargeld oder Wertschriften aber kann so lange keine Immunität beansprucht werden, als nicht bestimmte Summen oder Titel für konkrete hoheitliche Zwecke ausgeschieden worden sind, wobei eine bloss allgemein gehaltene Behauptung in dieser Richtung nicht genügt, sondern verlangt wird, dass die Beschwerdeführerin Elemente „permettant d'établir la véracité de l'affectation alléguée“ vorbringt.⁶⁸ Dabei wurde anerkannt: „Letztlich ist nur die Beschwerdeführerin als Zentralbank in der Lage, über die hoheitliche Zweckbestimmung eines Vermögenswertes Auskunft zu geben. Sie hat darüber nicht bloß allgemeine Behauptungen aufzustellen, sondern konkrete Angaben zu machen und z.B. durch amtlich beglaubigte Auszüge aus ihren Geschäftsbüchern zu belegen“.⁶⁹

30. Besonders problematisch erscheinen dabei die Depots bei internationalen Institutionen wie der IATA in Genf und der BIZ in Basel. Während für letztere normalerweise die absolute Exekutionsimmunität der BIZ als internationaler Organisation zum Tragen kommt, sind die Guthaben von Staaten etwa bei der IATA⁷⁰ nach den normalen Grundsätzen der Staatenimmunität zu beurteilen.

31. Aus der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen hoheitlichem Handeln und wirtschaftlicher Betätigung resultiert auch die heute in verschiedenen internationalen Verträgen kodifizierte Unterscheidung zwischen *hoheitlich genutzten Wasser- und Luftfahrzeugen* und *kommerziell genutzten* Objekten. Bezüglich Kulturgütern bzw. Liegenschaften zum Unterhalt kultureller Beziehungen hat sich dabei in den letzten Jahren klar die Haltung herauskristallisiert, diese nicht als kommerziellen Zwecken dienend zu klassifizieren.⁷¹ Als Beispiele seien hier der Entscheid des Schweizerischen Bundesrates in der Sache Noga gegen Russische Föderation aus dem Jahre 2005⁷² ge-

67 BGE 134 122 E 5.2.1: „En revanche, les liquidités, en espèces ou créances contre une banque, ne peuvent être soustraites à la saisie que si elles ont été clairement affectées à des buts concrets d'utilité publique, ce qui suppose leur séparation des autres biens“; so auch bereits BGE 111 Ia 62 E. 7b.

68 E. 4 Abs. 3, mit Hinweisen; seither: BGE 134 III 122 E. 5.2.3.

69 Vgl. E. 3.2 und BGE 111 Ia 62 E. 7b; ausführlich zur Beweisfrage: *Pascal Simonius*, Privatrechtliche Forderung und Staatenimmunität, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 335 ff., S. 348 ff.; *Candrian*, L'immunité des Etats face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels, Diss. Fribourg 2005, S. 388 ff.

70 Vgl. die unpublizierten Entschiede des Bundesgerichts 5A_483/2008 vom 29. August 2008 und 5A_156/2007 vom 29. August 2007. Vgl. auch BGE 134 III 122.

71 Vgl. *Nout van Woudenberg*, State Immunity and Cultural Objects on Loan, Leiden 2012; *Marc-André Renold* (Hrsg.), L'entraide judiciaire internationale dans le domaine des biens culturels, Zurich 2011 oder *Jérôme Candrian*, L'immunité des Etats face aux Droits de l'homme et à la protection des biens culturels: immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels, Zurich [etc.] 2005.

72 Vgl. dazu BGE 134 III 177.

nannt oder die Betrachtungen des IGH zur als Kulturzentrum genutzten Villa Vigoni in der Nähe des Comer Sees im Entscheid von 2012. Als weiterer Unterfall dieser Unterscheidung kann die heute auch in den Kodifikationsversuchen enthaltene Ausnahme für *Klagen im Zusammenhang mit Grunderwerb, Immaterialgüterrechten oder aus der Teilnahme an juristischen Personen und Unternehmen im Allgemeinen* angesehen werden.

III. Humanitär begründete Einschränkungen

32. Neueren Datums sind Überlegungen, ob Verletzungen völkerrechtlicher Pflichten und dabei insbesondere *gewisser fundamentaler Normen* der internationalen Gemeinschaft zu einer Einschränkung der Immunität führen sollen.⁷³ Ob dies grundsätzlich der Fall sein soll und welche Normen dieses Vorgehen begründen würden, wurde in der Doktrin und von einzelnen Gerichten in ihrer Praxis unterschiedlich beantwortet. Von besonderer Bedeutung waren in den letzten Jahren der Entscheid des griechischen Verfassungsgerichts gegen Deutschland aus dem Jahre 2000 (*Präfektur Voiotia gegen Deutschland - Distomo*) und des italienischen Kassationshofs aus dem Jahre 2004 (*Ferrini gegen Deutschland*) bzw. die verschiedenen damit zusammenhängenden Urteile und Vollstreckungsbefehle, insbesondere aber das Urteil des IGH im Verfahren Deutschland gegen Italien (*Jurisdictional Immunities of the State*) vom 3. Februar 2012⁷⁴.

33. Den meisten Befürwortern einer weiteren Einschränkung der Staatenimmunität geht es um eine *Hierarchiebildung* zwischen völkerrechtlichen Normen, die eine solche Nichtgewährung bzw. Verdrängung der Immunität rechtfertigen würden. Entsprechend wird denn in diesem Zusammenhang auch oft von der „normative hierarchy theory“

73 Vgl. immerhin schon relativ früh *Jürgen Bröhmer*, *State Immunity and the Violations of Human Rights*, Leiden 1997 oder *Ġamāl M. Badr*, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Leiden 1984. Jüngst *Beatrix Real*, *Staatenimmunität und Menschenrechte: Die Durchsetzung von Wiedergutmachungsansprüchen nach der Verletzung von Menschenrechten*, Berlin 2004; *Andrea Bianchi*, *L'immunità des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international*, RGDIP, Nr. 1, 2004, S. 63-101; *Jérôme Candrian*, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'homme et à la protection des biens culturels: immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels*, Zurich [etc.] 2005; *Christian Tomuschat*, *L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme*, RGDIP, Bd. 109, Nr. 1, 2005, S. 51-74; *Lucius Caflisch*, *Immunité des Etats et droits de l'homme: évolution récente*, in: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Köln [etc.] 2005, S. 935-948; *Christian Appelbaum*, *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen: Klagen von Bürgern gegen einen fremden Staat oder ausländische staatliche Funktionsträger vor nationalen Gerichten*, Berlin 2007; *Rosanne Van Alebeek*, *The Immunities of States and Their Officials In International Criminal Law And International Human Rights Law*, Oxford 2008; *Annyssa Bellal*, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Genf 2008; *Markus Krajewski/Christopher Singer*, *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Bd. 16, 2012, S. 1-34.

74 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012.

gesprochen.⁷⁵ Der Umfang und die Abgrenzung dieser Normen werden unterschiedlich angegangen, wobei zumeist *schwere Menschenrechtsverletzungen* im Vordergrund stehen.

34. Eine zumindest bereits bekannte Referenzgröße könnten Normen des *zwingenden Völkerrechts* darstellen, so wie sie im Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge und im Artikelentwurf für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln der Völkerrechtskommission aus dem Jahre 2001 als spezielle Gruppe von Normen erwähnt werden. Im Rahmen der Arbeiten zum UN-Übereinkommen wurde die Frage einer entsprechenden Ausnahme ausführlich von der ILC erörtert, aber schließlich aufgrund der Auffassung, dass es nicht dem damals anerkannten Stand des Gewohnheitsrechts entsprechen würde, verworfen. Kein Staat machte in den Debatten einen entsprechenden Vorschlag.⁷⁶ Entsprechend kam eine Mehrheit von neun (gegen acht) Richtern einer großen Kammer des EGMR im Jahre 2001 zum Schluss, Folter begründe keine Ausnahme von der Staatenimmunität aufgrund des Völkergewohnheitsrechts.⁷⁷ Der IGH verwies in seiner Argumentation im erwähnten Urteil aus dem Jahre 2012 insbesondere auf sein eigenes Urteil im Arrest Warrant Case vom 11. April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002), dass die Verletzung einer *ius cogens* Regel allein keine grundsätzliche Ausnahme von der Immunitätsgewährung für einen amtierenden Außenminister zulasse, und befand dieses Prinzip als analog auf die Staatenimmunität anwendbar.⁷⁸ Entsprechend sind, abgesehen von den italienischen Urteilen, keine abweichenden innerstaatlichen Urteile bezüglich der Jurisdiktionsimmunität von Staaten in innerstaatlichen Zivilverfahren feststellbar.⁷⁹

75 Vgl. an Stelle vieler *Lee M. Caplan*, State Immunity, Human Rights, And Jus Cogens: A Critique Of The Normative Hierarchy Theory, AJIL 97, 2003, S. 741-781 oder *Paola Gaeta*, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?, in: Antonio Cassese (Hrsg.), Realizing Utopia, Oxford 2012, S. 227-238; *Brigitte Stern*, Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des Etats et chefs d'Etat en cas de crime de droit international?, in: La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: Liber Amicorum Lucius Calfisch, Leiden 2007, S. 511-548. Vgl. auch *Thomas Giegerich*, Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?, in: Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes, Leiden 2006; *Christian Tomuschat*, L'immunité des États en cas de violation grave des droits de l'homme, RGDIP, S. 51, 57, 58, 2005.

76 Vgl. IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 89 und die Debatten der ILC (Yearbook of the International Law Commission, 1999, Bd. II (2), S. 171-172) bzw. in der UNGA (United Nations Doc. A/C.6/54/L.12, S. 7, Abs. 47).

77 „Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged“. (Al-Adsani v. United Kingdom [GC], Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, ECHR Reports 001-XI, S. 101, Abs. 61; ILR, Vol. 123, p. 24.) Vgl. auch Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, ECHR Reports 2002-X, S. 417; ILR, Vol. 129, S. 537). Vgl. dazu *Christos L. Rozakis*, The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the Law on State Immunity, in: Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Kehl 2007, S. 387-402. Dazu auch das Bundesgericht in seinem unpublizierten Entscheid 6B_133/2007 vom 29. Mai 2008.

78 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 95.

79 Vgl. IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 96.

35. Das Urteil des IGH aus dem Jahre 2012 wurde natürlich in der Literatur und Praxis schon ausführlich besprochen und hat auch auf andere Immunitäten im Völkerrecht Auswirkungen, so wie es etwa in einem Urteil des niederländischen Verfassungsgerichts vom 13. April 2012 offensichtlich wird, wo Parallelen zwischen der Staatenimmunität und der Immunität internationaler Organisationen, insbesondere der Vereinten Nationen gezogen werden.⁸⁰

36. Hingegen erwähnt etwa das schweizerische Bundesstrafgericht in einem die funktionale Immunität eines ehemaligen Verteidigungsministers betreffenden Verfahren das IGH-Urteil mit keinem Wort. Ohne hier im Detail auf das Urteil eingehen zu wollen, – auch aus Rücksicht auf meinen Nachredner – erlaube ich mir, eine zentrale Passage des Urteils zu zitieren:

„Or, il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. S'il en était ainsi, il deviendrait difficile d'admettre qu'une conduite qui lèse les valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des règles de ce même ordre juridique. Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle voulue par le législateur vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*“.⁸¹

Diese Feststellung und der Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit dem IGH-Urteil von 2012 sind umso erstaunlicher, als gerade diese Frage der Notwendigkeit der Folgehafteit von Verletzungen des Völkerrechts und speziell des *ius cogens* vom IGH selbst auch angesprochen wurde, insbesondere mit der Aussage in § 100:

„In that context, the Court would point out that whether a State is entitled to immunity before the courts of another State is a question entirely separate from whether the international responsibility of that State is engaged and whether it has an obligation to make reparation“.

37. Eine Argumentation in Praxis und Doktrin hierzu ist, dass eine Verletzung des *ius cogens* analog zu den allgemein akzeptierten Ausnahmen für wirtschaftliche Tätigkeiten immer ein nicht-hoheitliches Handeln darstelle und daher keine *acta iure imperii* vorliegen könnten. Dem widerspricht die herrschende Doktrin und insbesondere der IGH, für den die Widerrechtlichkeit einer in der Ausübung hoheitlicher Gewalt begangenen Handlung keinen Grund darstellt, diese Handlungen nicht als hoheitlich und damit *acta iuris imperii* zu klassifizieren.⁸² Ein Abstellen auf diese Normen würde tatsächlich zu einer gewissen Kohärenz zwischen verschiedenen Regelungsbereichen des Völkerrechts führen, würde aber gleichzeitig die diesem Begriff innewohnenden Unsicherheiten ins Gebiet der Staatenimmunität überführen.

38. Eine andere bekannte Referenzgrösse könnten die *völkerrechtlichen Verbrechen* darstellen, wie sie in verschiedenen (allerdings individualstrafrechtlich ausgestalteten) Konventionen neueren Datums definiert werden, insbesondere nun auch in der

80 Supreme Court of the Netherlands (Hoge Rad der Nederlanden), Judgment in the case of Mothers of Srebrenica Association et al., 13 April 2012, First Division, 10/04437, EV/AS.

81 Entscheidung des Bundesstrafgerichts BB.2011.140 vom 25 Juli 2012, E. 5.4.3.

82 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 60.

Satzung des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC).⁸³ Auch hier könnte eine gewisse Kohärenz bei der Wertung bzw. Hierarchiebildung zwischen verschiedenen Teilbereichen des Völkerrechts hergestellt werden, wobei der Konkretisierungsgrad wesentlich höher wäre als beim Abstellen auf das zwingende Völkerrecht oder schwere Menschenrechtsverletzungen allgemein – zum Preis einer bisher auf wenige Verhaltensweisen begrenzten Einschränkung. Während diese Verbrechen vereinzelt von Gerichten und Staaten als relevante Ausnahmen für die Gewährung von Immunität für Staatenvertreter bezeichnet wurde, hat der IGH diese individualstrafrechtlichen Tatbestände im Rahmen der Staatenimmunität als irrelevant abgelehnt, wobei bewusst offen gelassen wurde, welches die geltende gewohnheitsrechtliche Regel bezüglich individuell zu gewährender Immunität sei und ob hier eine Parallelität zwischen Staatenimmunität und Immunität von Staatenvertretern vorliege.⁸⁴

39. Die bekannten innerstaatlichen Gerichtsentscheidungen in diesem Bericht sind einerseits das Pinochet-Urteil des House of Lords aus dem Jahre 2000⁸⁵ und allerneuesten Datums die Entscheidung des schweizerischen Bundesstrafgerichts im Fall Nezzar.⁸⁶ Innerstaatlich kann auf die Ergänzung der US-amerikanischen Gesetzgebung zur Staatenimmunität hingewiesen werden, welche im Rahmen der Terrorismusbekämpfung 1996 um eine Ausnahme für Folter oder „extra-judicial killings“ ergänzt wurde, wenn es sich um einen Staat handelt, der von den Vereinigten Staaten als „State sponsor of terrorism“ angesehen wird.⁸⁷ Es handelt sich dabei aber auch nach Ansicht des IGH um eine Ausnahme.

40. Ein weiteres Themengebiet, das allenfalls auch Einschränkungen der Staatenimmunität im Bereich garantierter Menschenrechte begründen könnte, stellt der generelle (menschenrechtlich begründete) *Anspruch des Einzelnen* (bzw. allenfalls von daraus zusammengesetzten Kollektiven) auf den *Zugang zu einem Gericht* und die *Überprüfung zivilrechtlicher Ansprüche* dar, wie sie etwa aus Artikel 6 oder 13 EMRK (zumindest für die in der EMRK anerkannten Rechte) abgeleitet werden.⁸⁸ Hier stellt sich die Frage, ob die Gefahr einer Rechtsverweigerung (*denial of justice*) in jedem Fall als zwingende Ausnahme von der Staatenimmunität zuzulassen wäre. Entsprechend hört man auch das Argument, dass nationale Gerichte dann die Geltendmachung von individuellen Ansprüchen trotz bestehender Immunität zulassen müssten, wenn sonst gar keine Durchsetzung möglich wäre, als ein „Forum of necessity“, wie man es im internationalen Zivilrecht teilweise kennt⁸⁹. Der IGH hat dies aber für die Staatenimmunität ebenfalls abgelehnt.⁹⁰

83 Vgl dazu ausführlich Italien und der IGH im besagten Verfahren, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 80.

84 Vgl IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, §§ 87 und 91.

85 [2000] 1 AC 147; ILR, Bd. 119, S. 136; dazu IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 87.

86 Entscheidung des Bundesstrafgerichts BB.2011.140 vom 25. Juli 2012.

87 28 USC 1605A; dazu IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 88.

88 Vgl. Isabelle Pingel (Hrsg.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris 2004.

89 Vgl dazu den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4C.379/2006 vom 22. Mai 2007 (X gegen Republik Tunesien. Dazu Ingeborg Schwenger/Alain Hosang, Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, SZIER 2 (2011), S. 273-291; vgl. auch BGE 131 III 153 (IBM).

90 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, §§ 101-103.

41. In Ermangelung einer direkten Möglichkeit zur Bestrafung von Staaten (etwa in Analogie zur Strafbarkeit von Unternehmen im innerstaatlichen Strafrecht) erfüllt die Forderung nach der Möglichkeit zur Geltendmachung von Völkerrechtsverstößen gegen Staaten vor innerstaatlichen Gerichten durch den Einzelnen auch das Postulat, dass gewisse Handlungen nicht straflos bleiben dürften, auch wenn diese Thematik zumeist nur betreffend der Strafbarkeit Einzelner offen ausgedrückt wird. Die Einschränkung der Immunität würde in diesen Fällen zu einer Stärkung des Postulats nach Verhinderung der Straflosigkeit (*impunity*) oder zumindest der Folgenlosigkeit gewisser Taten führen.

42. Im erwähnten Verfahren *Jurisdictional Immunities of the State* konnte die Mehrheit der Richter des IGH keine völkergewohnheitsrechtliche Grundlage für die Annahme einer Ausnahme bzw. einer Einschränkung der Staatenimmunität in diesen Fällen erkennen. Auch das UN-Übereinkommen schweigt sich trotz umfassender Diskussionen im Rahmen der Erarbeitung des Textes durch die Völkerrechtskommission zu einer solchen Einschränkung aus. Selbst bezüglich der Individuen zu gewährenden Immunität haben nur ganz wenige innerstaatliche Gerichte in gewissen Fällen Ausnahmen zugelassen, während beim Vorliegen *völkerrechtlicher Verbrechen* die internationalen Strafgerichte die Geltendmachung von Immunität durch Einzelne heute ausschließen.

IV. Schlussbetrachtungen: Umfang der Immunität und geeignetes Forum

43. Die herrschende Doktrin und auch der IGH haben immer wieder hervorgehoben, dass die Gewährung von Immunität alleine eine Frage des geeigneten Forums zur Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Staaten und ihren Vertretern bzw. der Vollstreckung gegenüber ihren Vermögenswerten sei und nicht der Wertung der zugrundeliegenden Rechtsverletzungen.⁹¹

44. Eine mögliche Deutung der historischen und aktuellen Diskussionen zum angemessenen Umfang der (Staaten-)Immunität liegt sicherlich in der andauernden Unzufriedenheit (wenn nicht Frustration) gewisser Kreise bezüglich der Durchsetzbarkeit des Völkerrechts (und gegebenenfalls anderer rechtlicher Verpflichtungen) gegenüber Staaten im Allgemeinen und gegen das Individuum im Speziellen. Als Korrektive bieten sich hier bereits heute verschiedene Optionen an.

45. Innerstaatliche Gerichte und diplomatischer Schutz: Wo der Schutz des Einzelnen gegenüber seinem eigenen (Territorial-)Staat zum Aufbau eines modernen Verwaltungs- und Staatsrechts mit mehr oder weniger weit gehendem Rechtsschutz führte, könnte grundsätzlich auch die Verletzung (völker-)rechtlicher Pflichten durch die eigenen innerstaatlichen Gerichte beurteilt werden. Tatsächlich ist dieser Rechtsschutz in vielen Staaten gerade für Völkerrechtsverletzungen und für Ausländer sehr schwach. Der diplomatische Schutz – insbesondere auch im Fall einer eigentlichen Rechtsver-

⁹¹ IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, § 100. So meinte der IGH 2012: „In that context, the Court would point out that whether a State is entitled to immunity before the courts of another State is a question entirely separate from whether the international responsibility of that State is engaged and whether it has an obligation to make reparation“.

weigerung – ist ein diesbezüglich seit langem bekanntes, ergänzendes Instrument, welches aber ebenfalls gewissen anhaltenden Problemen ausgesetzt ist.

46. Ausländische Gerichte: In recht pragmatischer Weise haben verschiedene neuere innerstaatliche und internationale Kodifikationen bereits die Idee aufgenommen, dass in gewissen Fällen betroffenen Individuen vor *nationalen Gerichten* ein generelles Klagerecht gegen ausländische Staaten offen stehen sollte, auch wenn das staatliche Handeln „hoheitlicher Natur“ ist. Dazu gehört insbesondere der Verzicht auf Immunitätsgewährung für die außervertragliche Verschuldenshaftung bei Handlungen, die ganz oder teilweise auf dem Territorium des Staates stattfanden, in dem Klage vor einem innerstaatlichen Gericht erhoben wird.⁹² Diese Ausnahme wird auf Englisch zumeist als „(extraterritorial) tort exception“ oder „territorial tort principle“ bezeichnet.⁹³ Der genaue Umfang dieser allgemeinen Ausnahme ist aber erneut eher unklar. Insbesondere ist in der Staatenpraxis und der Diskussion dieser explizit gewährten Ausnahme unklar, inwieweit hoheitliche Handlungen in der Praxis wirklich darunterfallen können und sollen. Während praktisch einstimmig festgehalten wird, dass insbesondere (Auto-)Unfälle und ähnliche Vorkommnisse darunter fallen sollen, ist jede darüber hinaus gehende Anwendung bereits umstritten. Dies wird aus der Diskussion durch die ILC selbst, und die erwähnten auslegenden Erklärungen der Staaten, die überhaupt zu einer Ratifikation geschritten sind, eindeutig.⁹⁴ Auch hier kann man erneut eine gewisse Konsternierung, ja geradezu Frustration bei gewissen Autoren ausmachen, wenn sie feststellen, dass für banale Vorfälle wie einem Autounfall eine Ausnahme eingeräumt werden soll, während systematische Menschenrechtsverletzungen oder andere flagrante Verletzungen des Völkerrechts keine Einschränkung der Staatenimmunität rechtfertigen sollten. Die Aussagen von Giorgio Gaja in seiner abweichenden Meinung zum Urteil des IGH sind diesbezüglich exemplarisch.⁹⁵

47. Aus den Arbeiten zur UN-Konvention geht hervor, dass zumindest die ILC bewusst auf eine ausdrückliche Einschränkung der Anwendbarkeit des daraus resultierenden Art. 12 auf nicht-hoheitliche Akte verzichten wollte.⁹⁶ Entsprechend wurde dies als eine Abweichung vom geltenden Gewohnheitsrecht kritisiert.⁹⁷ Hingegen hat es der IGH in der erwähnten Entscheidung abgelehnt, aus dieser (bereits sehr engen) Einschränkung etwa für Kriegshandlungen eine Einschränkung der Staatenimmunität

92 Vgl. Art 11 des europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität und Art. 12 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit; IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 62: „Italy points [...] to the fact that nine of the ten States it identified which have adopted legislation specifically dealing with State immunity (the exception being Pakistan) have enacted provisions similar to those in the two Conventions“.

93 So auch vom IGH in seinem Urteil Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, § 64.

94 Vgl. auch ausführlich IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja.

95 „It would indeed be extraordinary if a claim could be entertained on the basis of the ‚tort exception‘ when the obligation breached is of a minor character while this exception would not apply to claims relating to breaches of obligations under peremptory norms“. (IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja, § 11.

96 Dazu IGH, Germany v. Italy: Greece intervening, Judgment of 3 February 2012, § 64.

97 Vgl. etwa die Aussagen der chinesischen Delegation im Rahmen der Erörterungen in der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Jahre 1990 (United Nations Doc. A/C.6/45/SR.25, S. 2), zitiert auch durch den IGH, Germany v. Italy: Greece intervening, Judgment of 3 February 2012 § 64.

anzunehmen (§§ 64-79). Auch die Europäische Konvention von 1972 sieht in Art. 31 eine Nichtanwendbarkeit dieser Ausnahme zur Immunitätsgewährung für die Handlungen fremder Streitkräfte vor. Auch im Rahmen der UN-Konvention von 2004 deuten verschiedene Umstände darauf hin, dass die dortige „tort exception“ ebenfalls nicht auf militärische Handlungen anwendbar sein soll.⁹⁸ In diesem Sinn für uns besonders interessant ist die auslegende Erklärung der Schweiz im Rahmen der Ratifikation des UN-Übereinkommens, die lautet: „Nach Auffassung der Schweiz regelt Artikel 12 nicht die Frage der Klage auf eine Entschädigung in Geld für schwere Menschenrechtsverletzungen, die vorgeblich einem Staat zuzurechnen sind und außerhalb des Gerichtsstaates begangen wurden. Folglich greift dieses Übereinkommen der Weiterentwicklung des Völkerrechts in diesem Bereich nicht vor“.⁹⁹

48. Umso umstrittener ist, wenn innerstaatliche Gerichte in Drittstaaten ohne genügenden Bezug zum Kläger oder zur zugrunde liegenden Rechtsverletzung Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen (z.B. der Alien Tort Claims Act [ATCA] in den Vereinigten Staaten)¹⁰⁰. Auch in der Schweiz stellt die Frage der genügenden Binnenbeziehung schwerer Völkerrechtsverletzungen in Drittstaaten regelmässig die Gerichte vor gewisse juristische Probleme, die aber eher zivilprozessrechtlicher Art¹⁰¹ sind, wobei natürlich auch für das Völkerrecht grundsätzlich eine interessante Fragestellung darstellen könnte.¹⁰² Eine solche genügende Binnenbeziehung liegt regelmäßig bei der Anstellung subalternen Angestellter durch diplomatische und konsularische Vertretungen vor.¹⁰³ Hingegen wurde die Zwangsvollstreckung eines Schiedsurteils gegen die Republik Libyen beim gleichzeitigen Fehlen einer internationalen Verpflichtung zur Anerkennung des betroffenen Schiedsspruches (*Liamco v. Libya*) aufgrund des landesrechtlich verlangten Binnenbezugs 1980 ohne gleichzeitige entsprechende völkerrechtliche Verpflichtung der Anerkennung des in Genf ergangenen Schiedsurteils abgelehnt.¹⁰⁴ Allerdings waren in diesem Fall keine anderen völkerrechtlichen Abkom-

98 So insbesondere auch die Erklärungen Norwegens und Schwedens anlässlich der Ratifikation, siehe dazu IGH, *Germany v. Italy: Greece intervening*, Judgment of 3 February 2012, § 69.

99 Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des UNO-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 11. Dezember 2009, abgedruckt in: Bundesblatt 2008 8805.

100 Vgl. dazu aber die den Anwendungsbereich dieses Gesetzes sehr einschränkende Entscheidung des US Supreme Courts vom 17. April 2013 in: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 132 S Ct. 472 (2011).

101 Vgl. *Wlfrid Schumann*, Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, S. 65, und *Walther J. Habscheid*, Die Immunität ausländischer Staaten nach deutschem Zivilprozessrecht, S. 165, beide in: *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 8, Karlsruhe 1968. Vgl. auch die Erläuterungen des Bundesgerichts in BGE 135 III 608.

102 Vgl. *Jolanta Kren Kostkiewics*, «Binnenbeziehung» und Staatenimmunität: ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung, in: Rolf Dörig et al. (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel*, Bern 2009, S. 287-305 und *Ingeborg Schwenzer/Alain Hosang*, Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, *SZIER* 2 (2011), S. 273-291 bezüglich des unpublizierten Entscheids des Bundesgerichts 4C.379/2006 vom 22. Mai 2007 (X gg. Republik Tunesien).

103 Vgl. BGE 120 II 408 und BGE 124 III 382.

104 Eine genügende Binnenbeziehung bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen fremde Staaten wurde vom Bundesgericht erstmals (stillschweigend) bereits in BGE 44 I 55 gefordert; in den späteren Entscheiden (BGE 104 Ia 370, BGE 86 I 27 E. 2, BGE 82 I 85 E. 7, BGE 56 I 249) geschah das dann ausdrücklich: „Das Erfordernis einer solchen Binnenbeziehung entspringt indes nicht den erwähnten völkerrechtlichen Regeln, gehört somit nicht dem Völkergewohnheitsrecht an. Ebenso wenig ist ein Staat von Völkerrechts wegen verpflichtet, das Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren gegen fremde Staaten für nichthoheitliche Belange zuzulassen. Vielmehr ist er dazu befugt, sich im Rahmen seines innerstaatlichen Rechtes in dieser Hinsicht eine gewisse Selbstbeschränkung aufzuerlegen. Nach seinem Landesrecht hat daher jeder Staat durch Regelung der örtlichen Zuständigkeit seiner

men (wie etwa das New Yorker Abkommen von 1958¹⁰⁵), welche allenfalls eine Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs erfordern, anwendbar. Grundsätzlich wird diese Praxis vom Bundesgericht aber weiterhin angewandt, weshalb diese zusätzlichen Vereinbarungen zur Anerkennung und Vollstreckung wichtig bleiben.¹⁰⁶

49. Ob eine dezentrale Durchsetzung durch einzelstaatliche Gerichte, wie sie für Individuen aufgrund des Umfangs der potentiellen Täter und ihrer Mobilität angezeigt sein mag, zwischen Staaten angebracht ist, erscheint eher zweifelhaft und die Gefahren für das internationale System sollten nicht unterschätzt werden.

50. Schiedsgerichte: Insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung und dabei v.a. bei vertraglichen Ansprüchen gegenüber Staaten hat sich ein Verzicht auf die Staatenimmunität und die Unterwerfung unter eine gemeinsam vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit als gängiges Mittel zur Ermöglichung entsprechender Vorgänge etabliert. Dieses Instrument kann aber in vielen Bereichen nicht zur Anwendung kommen, ist seinerseits heute eher wieder stärker umstritten (v.a. Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit) und kann die Probleme bei der Durchsetzung der Schiedssprüche (Vollstreckung) ebenfalls nur beschränkt lösen. Dies gilt selbst beim ICSID-Verfahren, welches grundsätzlich eine einfachere Durchsetzung zumindest durch Vertragsparteien vorsieht¹⁰⁷ oder im Falle der Anwendbarkeit des New Yorker Übereinkommens von 1958.¹⁰⁸

51. Daneben ist es aber auch vorstellbar, für alle Ansprüche Privater gegenüber einem Staat ein Schiedsgericht einzurichten. Als Beispiele hierfür kann man auf die bisher geschaffenen Claims Commissions oder Claims Tribunals verweisen, beispielsweise die Iraq Compensation Commission, errichtet durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, das Iran-United States Claims Tribunal, das durch bilateralen Vertrag geschaffen wurde.¹⁰⁹

52. Internationale Gerichte: Wegen der bestehenden Probleme bei der Umschreibung, in welchen Fällen die Staatenimmunität privaten Klagen und deren Durchsetzung vor innerstaatlichen Instanzen entgegenstehen sollte, drängt sich die Frage auf, ob sich hier aufgrund der zwischenstaatlichen Situation alternativ die Schaffung internationaler In-

Behörden die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer er sich zur Entscheidung von aus nichthoheitlichem Handeln fremder Staaten sich ergebenden Streitfragen berufen fühlt [...] Da im SchKG eine Vorschrift fehlt, die die Zuständigkeit für solche Fälle regeln würde, ist es Sache des Bundesgerichts, die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden auf staatsrechtliche Beschwerde hin im Rahmen von Art. 84 Abs. 1 lit. d OG festzulegen (BGE 56 I 246 f.). Das Erfordernis der genügenden Binnenbeziehung ist daher Ausdruck schweizerischen Landesrechts“.

105 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Abgeschlossen in New York am 10. Juni 1958, SR 0.277.12.

106 Vgl. BGE 134 III 122, E 5.2.1: „La prétention déduite en poursuite doit ensuite être issue d'un rapport de droit qui présente un rattachement suffisant avec la Suisse (Binnenbeziehung). Ce lien est suffisant lorsque le rapport d'obligation est né en Suisse ou qu'il doit y être exécuté, ou lorsque l'Etat étranger a procédé en Suisse à des actes qui sont propres à créer un lieu d'exécution; il est insuffisant s'il résulte de la seule localisation des biens du débiteur en Suisse ou du seul fait que la créance a été constatée par un tribunal arbitral qui a son siège en Suisse [...]“.

107 Vgl. *Maria Carolina Graciarena*, La inmunidad de ejecución del estado frente a los laudos del CIADI, LexisNexis, Buenos Aires 2007.

108 Vgl. oben.

109 Vgl. dazu auch die Dissenting Opinion von Richter Yusuf (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012), § 16.

stitutionen, insbesondere von Gerichten anbietet, so wie es (u.a. auch) zur Umgehung des Problems der Immunität von Staatenvertretern mit der Schaffung internationaler Strafgerichte versucht wurde. Das im Rahmen eines zur Europaratskonvention von 1972 angenommenen Protokolls geschaffene Europäische Gericht für Staatenimmunität (welches allerdings nur zur Überprüfung von bereits durch ein nationales Gericht unter Verweigerung der Immunität gefällten Urteile offensteht) stellt hierzu einen Anwendungsfall dar. Die Tatsache, dass dieses nur von sechs Vertragsparteien anerkannt wird und der Verzicht auf eine entsprechende Institution im Rahmen des Übereinkommens der Vereinten Nationen deuten wohl darauf hin, dass die Staaten solche Lösungen vorderhand nicht favorisieren.

53. Staaten, die sich einer internationalen Gerichtsbarkeit mit einer Möglichkeit zur Individualbeschwerde unterstellen, verzichten ebenfalls explizit auf ihre Staatenimmunität, insbesondere wenn das System auch bereits die Durchsetzung der Entscheidungen (z.B. Schadensersatz) vorsieht (z.B. EMRK). Ein Ausbau der internationalen und regionalen Gerichtsbarkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen, die auch Betroffenen einen direkten Zugang erlaubt, erscheint daher als besonders angezeigt, um die Nachteile der Staatenimmunität auszugleichen.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur. Andreas R. Ziegler, Lausanne

Umfang der Staatenimmunität

1. Das Konzept der Staatenimmunität hängt für die herrschende Lehre seit jeher eng mit dem Konzept des Souveräns bzw. des souveränen Herrschers zusammen. Für sie entsteht mit der Herausbildung des Staates als Inhaber dieser *Souveränität* auch das Konzept der Staatenimmunität als ein dem System geradezu inhärentes spezifisches *Vorrecht* des Staates. Entsprechend wird bei der Herleitung zumeist auf den Grundsatz «*par in parem non habet imperium (jurisdictionem)*» verwiesen. Dem steht entgegen, dass für gewisse Autoren die Staatenimmunität bloss als eine (möglichst eng auszulegende) *Ausnahme* von der einzelstaatlichen Rechtsprechungshoheit (*jurisdiction*) darstellt, welche nur soweit eingeschränkt werden soll, als dies im gemeinsamen oder gegenseitigen Interesse der Staaten liegt.

2. Daneben bestehen die - entweder modern von Staat selbst oder historisch parallel vom souveränen Herrscher - *abgeleiteten Immunitäten* staatlicher Vertreter (diplomatische Immunität, Immunität von Staatsvertretern im Allg.) bzw. gewisser staatlicher Vermögenswerte wie etwa Liegenschaften und Konten, Kulturgüter oder spezielle Fahrzeuge wie Schiffe, Luftfahrzeuge etc. Wobei insbesondere bei letzteren die Unterscheidung zwischen Immunität und Unverletzlichkeit in Doktrin und Praxis nicht immer einheitlich ist.

3. Der genaue *Umfang* der Staatenimmunität (absolut oder relativ bzw. eingeschränkt) war dabei immer wieder umstritten, und es lassen sich gerade auch bezüglich der Staatenimmunität namentlich in der Staatenpraxis und in der Doktrin zu verschiedenen Zeiten verschiedene Ansichten dazu ermitteln. Auch die innerstaatliche Regelung bzw. Umsetzung der Staatenimmunität insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht kann je nach Rechtssystem sehr unterschiedlich ausfallen.

4. Im Kern schützt die Staatenimmunität den einzelnen Staat vor der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit durch einen anderen Staat und der Vollstreckung bzw. Sicherung solcher Entscheide durch Zwangsmaßnahmen gegen seine Vermögenswerte. Relativ anerkannt ist daher die Unterscheidung zwischen *Jurisdiktionsimmunität* und *Exekutionsimmunität*, wobei diese Unterscheidung erst dann relevant wird, wenn man überhaupt eine Abweichungsmöglichkeit von der absoluten Staatenimmunität annimmt und dann zwischen verschiedenen Phasen eines klassischen Rechtsdurchsetzungsverfahrens mit Gerichtsentscheiden und Zwangsmassnahmen unterscheiden möchte.

5. Die verschiedenen einzelstaatlichen und internationalen *Kodifikationsversuche* spiegeln diese Problematik bis heute. Hervorzuheben ist dabei das am 16. Mai 1972 in Basel unterzeichnete Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität im Rahmen des Europarates, welches zwar in Kraft treten konnte, aber bloß von acht Staaten (darunter die Schweiz, Deutschland und Österreich) ratifiziert wurde. Neueren Datums ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004, welches erst in Kraft treten kann, wenn 30 Staaten es ratifiziert haben (Stand 15. März 2013: 28 Unterzeichnerstaaten und 13 Vertragsstaaten, unter letzteren sowohl die Schweiz als auch Öster-

reich; hingegen hat Deutschland das Übereinkommen bisher nicht unterzeichnet). Ähnliche Divergenzen zeigen sich in innerstaatlichen Kodifikationsversuchen wie etwa dem United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976). Diese wenigen nationalen Kodifikationen und die Staatenpraxis orientieren sich aufgrund der mangelnden umfassenden internationalen Kodifikation zumindest grob an dem, was jeweils als völkergewohnheitsrechtlich geboten angesehen wird.

Einschränkung aufgrund bloß wirtschaftlicher Tätigkeit

6. Traditionell gewährten viele Staaten einander absolute Immunität. Relativ früh stellte sich aber die Frage, ob davon in jenen Fällen abzuweichen sei, in denen ein Staat am *wirtschaftlichen Leben* (*commercial transactions*) teilnimmt. Grundidee ist bei dieser Unterscheidung, dass der Staat nicht im Bereich seiner staatlichen Souveränität (*hoheitliches Handeln*) handelt, sondern sich auf die Ebene des normalen wirtschaftlichen Akteurs begibt, was die Gewährung von Immunität nicht mehr rechtfertigt oder notwendig erscheinen lässt.

7. Insbesondere im Hinblick auf die Teilnahme am wirtschaftlichen Leben und um allfällige Missverständnisse zu vermeiden, wurde es auch früh zur gängigen Praxis, dass Staaten von sich aus auf ihre Immunität verzichten (*waiver*). Normalerweise wird dieses Vorgehen von anderen Staaten (implizit oder explizit) gebilligt, wobei der Umfang des *Verzichts auf Immunität* (insbesondere auch im Rahmen von Schiedsgerichtsbarkeit) teilweise in der Praxis zu rechtlichen Würdigungsproblemen führt. Allgemein kann gesagt werden, dass ein Verzicht auf oder der Verlust der Staatenimmunität bezüglich der Jurisdiktionsphase leichter angenommen wird als bezüglich der Anwendung von Zwangsmaßnahmen, was insbesondere Probleme bei der Zwangsvollstreckung von Gerichts- und Schiedsentscheiden aus Verfahren, auf die sich der betroffene Staat eingelassen hat, zur Folge haben kann.

8. Historisch stand die Einschränkung der Immunität (nicht nur) von Staaten bei der Teilnahme an privatwirtschaftlichen Tätigkeiten im Vordergrund. Die entsprechende Staatenpraxis war bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert in gewissen wirtschaftlich besonders bedeutenden Staaten (z.B. im Vereinigten Königreich) relativ verbreitet und fand daher später ihren Niederschlag in den entsprechenden Regelungen in internationalen Übereinkommen und innerstaatlichen Erlassen.

9. Aus dieser Entwicklung resultiert die Unterscheidung zwischen hoheitlichem Handeln (*acta jure imperii*) und (privat)wirtschaftlicher Tätigkeit (*acta jure gestionis*), wobei die genaue Ermittlung des Charakters einer Handlung in der Praxis oft umstritten sein kann.

10. Als einen Spezialfall davon kann die Einschränkung der Immunität für Anstellungsverhältnisse mit *niederrangigem Personal* angesehen werden, selbst wenn dies zu meist nicht direkt unter den Begriff der *acta jure gestionis* subsumiert wird. Die Idee ist jedoch dieselbe, indem zwischen dem eher hoheitlichen Charakter der Anstellung von *höherrangigen Angestellten* und dem eher wirtschaftlichen Charakter der Anstellung von niederrangigem Personal sowie Hilfspersonal für den Betrieb von Botschaften und dergleichen unterschieden wird.

11. In demselben Sinn kann die Unterscheidung bei der Zwangsvollstreckung zwischen Vermögenswerten (Liegenschaften, Konten etc.), die einem hoheitlichen Zweck dienen und denjenigen, die eher wirtschaftlicher Natur sind, verstanden werden, auch

wenn Doktrin und Praxis es aufgrund der zahlreichen Spezialfragen vorziehen, diese Aspekte der Exekutionsimmunität getrennt von der Jurisdiktionsimmunität zu behandeln. Daraus resultiert die heute in verschiedenen internationalen Verträgen kodifizierte Unterscheidung zwischen *hoheitlich genutzten Wasser- und Luftfahrzeugen* und *kommerziell genutzten* Objekten.

12. Als weiterer Unterfall dieser Unterscheidung kann die heute auch in den Kodifikationsversuchen enthaltene Ausnahme für *Klagen im Zusammenhang mit Grunderwerb, Immaterialgüterrechten oder aus der Teilnahme an juristischen Personen und Unternehmen im Allgemeinen* angesehen werden.

Humanitär begründete Einschränkungen

13. Neueren Datums sind Überlegungen, ob Verletzungen völkerrechtlicher Pflichten und dabei insbesondere *gewisser fundamentaler Normen* der internationalen Gemeinschaft zu einer Einschränkung der Immunität führen sollen. Ob dies grundsätzlich der Fall sein soll und welche Normen dieses Vorgehen begründen würden, wurde in der Doktrin und von einzelnen Gerichten in ihrer Praxis unterschiedlich beantwortet. Von besonderer Bedeutung waren in den letzten Jahren der Entscheid des griechischen Verfassungsgerichts gegen Deutschland aus dem Jahre 2000 (*Präfektur Voiotia gegen Deutschland – Distomo*) und des italienischen Kassationshofs aus dem Jahre 2004 (*Ferrini gegen Deutschland*) bzw. die verschiedenen damit zusammenhängenden Urteile und Vollstreckungsbefehle, insbesondere aber das Urteil des IGH im Verfahren Deutschland gegen Italien (*Jurisdictional Immunities of the State*) vom 3. Februar 2012.

14. Den meisten Befürwortern einer weiteren Einschränkung der Staatenimmunität geht es um eine *Hierarchiebildung* zwischen völkerrechtlichen Normen, die eine solche Nichtgewährung bzw. Verdrängung der Immunität rechtfertigen würden. Entsprechend wird denn in diesem Zusammenhang auch oft von der „normative hierarchy theory“ gesprochen. Der Umfang und die Abgrenzung dieser Normen werden unterschiedlich angegangen, wobei zumeist *schwere Menschenrechtsverletzungen* im Vordergrund stehen.

15. Eine zumindest bereits bekannte Referenzgrösse könnten Normen des *zwingenden Völkerrechts* darstellen, so wie sie im Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge und im Artikelentwurf für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln der Völkerrechtskommission aus dem Jahre 2001 als spezielle Gruppe von Normen erwähnt werden. Eine Argumentation in Praxis und Doktrin hierzu ist, dass eine Verletzung des *jus cogens* analog zu den allgemein akzeptierten Ausnahmen für wirtschaftliche Tätigkeiten immer ein nicht-hoheitliches Handeln darstelle und daher keine *acta jure imperii* vorliegen könnten. Ein Abstellen auf diese Normen würde tatsächlich zu einer gewissen Kohärenz zwischen verschiedenen Regelungsbereichen des Völkerrechts führen, würde aber gleichzeitig die diesem Begriff innewohnenden Unsicherheiten ins Gebiet der Staatenimmunität überführen.

16. Ein weiteres Themengebiet, das allenfalls auch Einschränkungen der Staatenimmunität im Bereich garantierter Menschenrechte begründen könnte, stellt der generelle (mensenrechtlich begründete) *Anspruch des Einzelnen* (bzw. allenfalls von daraus zusammengesetzten Kollektiven) auf den *Zugang zu einem Gericht* und die *Überprüfung zivilrechtlicher Ansprüche* dar, wie sie etwa aus Artikel 6 oder 13 EMRK (zumindest für die in der EMRK anerkannten Rechte) abgeleitet werden. Hier stellt sich die

Frage, ob die Gefahr einer Rechtsverweigerung (*denial of justice*) in jedem Fall als zwingende Ausnahme von der Staatenimmunität zuzulassen wäre.

17. In Ermangelung einer direkten Möglichkeit zur Bestrafung von Staaten (etwa in Analogie zur Strafbarkeit von Unternehmen im innerstaatlichen Strafrecht) erfüllt die Forderung nach der Möglichkeit zur Geltendmachung von Völkerrechtsverstößen gegen Staaten vor innerstaatlichen Gerichten durch den Einzelnen auch das Postulat, dass gewisse Handlungen nicht strafflos bleiben dürften, auch wenn diese Thematik zumeist nur betreffend der Strafbarkeit Einzelner offen ausgedrückt wird. Die Einschränkung der Immunität würde in diesen Fällen zu einer Stärkung des Postulats nach Verhinderung der *Strafflosigkeit* (impunity) oder zumindest der Folgelosigkeit gewisser Taten führen.

18. Im erwähnten Verfahren *Jurisdictional Immunities of the State* konnte die Mehrheit der Richter des IGH keine völkergewohnheitsrechtliche Grundlage für die Annahme einer Ausnahme bzw. einer Einschränkung der Staatenimmunität in diesen Fällen erkennen. Auch das UN-Übereinkommen schweigt sich trotz umfassender Diskussionen im Rahmen der Erarbeitung des Textes durch die Völkerrechtskommission zu einer solchen Einschränkung aus. Selbst bezüglich der Individuen zu gewährenden Immunität haben nur ganz wenige innerstaatliche Gerichte in gewissen Fällen Ausnahmen zugelassen, während beim Vorliegen *völkerrechtlicher Verbrechen* die internationalen Strafgerichte die Geltendmachung von Immunität durch Einzelne heute ausschließen.

Schlussbetrachtungen: Umfang der Immunität und geeignetes Forum

19. Eine mögliche Deutung der historischen und aktuellen Diskussionen zum angemessenen Umfang der (Staaten)Immunität liegt sicherlich in der andauernden Unzufriedenheit (wenn nicht Frustration) gewisser Kreise bezüglich der Durchsetzbarkeit des Völkerrechts (und gegebenenfalls anderer rechtlicher Verpflichtungen) gegenüber Staaten im Allgemeinen und gegen das Individuum im Speziellen. Als Korrektive bieten sich hier bereits heute verschiedene Optionen an.

20. Innerstaatliche Gerichte und diplomatischer Schutz: Wo der Schutz des Einzelnen gegenüber seinem eigenen (Territorial)Staat zum Aufbau eines modernen Verwaltungs- und Staatsrechts mit mehr oder weniger weit gehendem Rechtsschutz führte, könnte grundsätzlich auch die Verletzung (völker)rechtlicher Pflichten durch die eigenen innerstaatlichen Gerichte beurteilt werden. Tatsächlich ist dieser Rechtsschutz in vielen Staaten gerade für Völkerrechtsverletzungen und gegenüber Ausländern sehr schwach. Der diplomatische Schutz – insbesondere auch im Fall einer eigentlichen Rechtsverweigerung – ist ein diesbezüglich seit langem bekanntes, ergänzendes Instrument, welches aber ebenfalls gewissen anhaltenden Problemen ausgesetzt ist.

21. Ausländische Gerichte: In recht pragmatischer Weise haben verschiedene neuere innerstaatliche und internationale Kodifikationen bereits die Idee aufgenommen, dass in gewissen Fällen betroffenen Individuen vor *nationalen Gerichten* ein generelles Klagerecht gegen ausländische Staaten offen stehen sollte, auch wenn das staatliche Handeln hoheitlicher Natur ist. Dazu gehört insbesondere der Verzicht auf Immunitätsgewährung für die außervertragliche Verschuldenshaftung bei Handlungen, die ganz oder teilweise auf dem Territorium des Staates stattfanden, in dem Klage vor einem innerstaatlichen Gericht erhoben wird. Hingegen hat es der IGH in der erwähnten Entscheidung abgelehnt, aus dieser (bereits sehr engen) Einschränkung etwa

für Kriegshandlungen eine Einschränkung der Staatenimmunität anzunehmen (§§ 64-79). Umso mehr ist umstritten, wenn innerstaatliche Gerichte in Drittstaaten ohne genügenden Bezug zum Kläger oder zur zugrunde liegenden Rechtsverletzung Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen (z.B. ATCA in den Vereinigten Staaten). Ob eine dezentrale Durchsetzung durch einzelstaatliche Gerichte, wie sie für Individuen aufgrund des Umfangs der potentiellen Täter und ihrer Mobilität angezeigt sein mag, zwischen Staaten angebracht ist, erscheint eher zweifelhaft und die Gefahren für das System sollten nicht unterschätzt werden.

22. Schiedsgerichte: Insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung und dabei v.a. bei vertraglichen Ansprüchen gegenüber Staaten hat sich ein Verzicht auf die Staatenimmunität und die Unterwerfung unter eine gemeinsam vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit als gängiges Mittel zur Ermöglichung entsprechender Vorgänge etabliert. Dieses Instrument kann aber in vielen Bereichen nicht zur Anwendung kommen, ist seinerseits heute eher wieder stärker umstritten (v.a. Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit) und kann die Probleme bei der Durchsetzung der Schiedssprüche ebenfalls nur beschränkt lösen.

23. Internationale Gerichte: Aufgrund der bestehenden Probleme bei der Umschreibung, in welchen Fällen die Staatenimmunität privaten Klagen und deren Durchsetzung vor innerstaatlichen Instanzen entgegenstehen sollte, drängt sich die Frage auf, ob sich hier aufgrund der zwischenstaatlichen Situation alternativ die Schaffung internationaler Institutionen, insbesondere von Gerichten anbietet, so wie es (u.a. auch) zur Umgehung des Problems der Immunität von Staatenvertretern mit der Schaffung internationaler Strafgerichte versucht wurde. Das im Rahmen eines zur Europaratskonvention von 1972 angenommenen Protokolls geschaffene Europäische Gericht für Staatenimmunität (welches allerdings nur zur Überprüfung von bereits durch ein nationales Gericht unter Verweigerung der Immunität gefällten Urteile offensteht) stellt hierzu einen Anwendungsfall dar. Die Tatsache, dass dieses nur von sechs Vertragsparteien anerkannt wird und der Verzicht auf eine entsprechende Institution im Rahmen des Übereinkommens der Vereinten Nationen deuten wohl darauf hin, dass die Staaten solche Lösungen vorderhand nicht favorisieren. Staaten, die sich einer internationalen Gerichtsbarkeit mit einer Möglichkeit zur Individualbeschwerde unterstellen, verzichten ebenfalls explizit auf ihre Staatenimmunität, insbesondere wenn das System auch bereits die Durchsetzung der Entscheidungen (z.B. Schadensersatz) vorsieht (z.B. EMRK). Ein Ausbau der internationalen und regionalen Gerichtsbarkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen, die auch Betroffenen einen direkten Zugang erlaubt, erscheint daher als besonders angezeigt, um die Nachteile der Staatenimmunität auszugleichen.

Summary

Immunity of States – with special consideration of the practice in Switzerland

by Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur. Andreas R. Ziegler, LL.M

(European University Institute), Lausanne

Scope of state immunity

1. For the prevailing doctrine, the concept of state immunity has since its inception been closely linked to the concept of the sovereign respectively sovereign ruler. According to this view, the evolution of the State as holder of this sovereignty leads to the concept of State immunity embodying a system-inherent and specific State prerogative. Accordingly, its legal foundation can be found in the maxim “*par in parem non habet imperium (jurisdictionem)*”. However, some authors would object that State immunity only constitutes an exception from national jurisdictional sovereignty which should be interpreted rather restrictively, and that moreover this national jurisdictional sovereignty should only be restricted if justified by a common or mutual interest of the States.
2. Whether historically *derived* from the immunity of the prince or more recently from the State as such, there exist also a number of (*derived*) *immunities* of various State representatives (diplomatic immunities, general immunities of State representatives etc.) and of specific State property such as real estate, bank accounts, cultural property or specific vehicles such as ships/vessels, air crafts etc. It should be noted, however, that in particular for the latter category, the distinction between immunity and inviolability is not always clearly established in the doctrine and legal practice.
3. The exact *scope* of State immunity, i.e. whether it is absolute or relative respectively restricted, has always tended to be controversial. Indeed, different opinions in State practice and doctrine have existed at different times. There may also be considerable differences, depending on the legal system involved, in the national implementation of State immunity in particular as regards procedural questions.
4. Essentially, State immunity protects a State from the domestic jurisdiction of another State and from the compulsory enforcement of, or other measures to secure, such awards against the State’s property. The distinction between *immunity from jurisdiction* and *immunity from enforcement* can thus be considered as rather recognized. It should be noted, however, that this distinction only becomes relevant if one accepts that Immunity can be limited and then differentiates between the different stages of a classical domestic law enforcement procedure including court decisions and enforcement measures.
5. The differing national and international *attempts at codification* reflect this problem until today. Worth mentioning in this context is in particular the European Convention on State Immunity of the Council of Europe adopted at Basel on 16 May 1972, which did enter into force, but was only ratified by eight States (including Switzerland, Germany and Austria). More recently, the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property was adopted on 2 December 2004, but will only enter into force once 30 States will have ratified it (at the time of writing, 28 States have signed it and 13 have ratified it, of which both Switzerland and Austria; Germany has so far not

signed it). Similar differences can be seen in domestic attempts at codification, such as the United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976). In the absence of a comprehensive international codification, these few national codifications and relevant State practice mostly rely on what can be considered customary international law.

Restrictions on grounds of commercial transactions

6. States have been traditionally granting each other absolute immunity. However, soon the question arose as to whether there should be an exception to this rule in cases where a State was engaging in *commercial transactions*. Ratio of this distinction was the fact that where the State does not act within the confines of its State *sovereignty* but engages as a normal commercial actor, the enjoyment of immunity does not seem to be warranted anymore.

7. In particular in view of the importance of their taking part in commercial transactions and in order to avoid legal insecurity, States have started early on to *waive* their immunity. Normally, the other States (implicitly or explicitly) accept this practice, though the exact scope of the *waiver of immunity* may – in particular in the frame of arbitral proceedings – sometimes be contentious. Generally, it can be said that a waiver or loss of State immunity at the jurisdictional stage can be more easily assumed than at the enforcement stage, which may entail problems during the enforcement of judicial and arbitral decisions arising from proceedings to which the State in question has consented.

8. Historically, the restriction of immunities (not only of) States concerned chiefly commercial transactions. Already in the late 19th century, respective State practice was relatively widespread in certain economically important countries (such as the United Kingdom) and found later expression in the respective norms in international codifications and national decrees.

9. This development has led to the distinction between sovereign acts (*acta jure imperii*) and commercial acts or transactions (*acta jure gestionis*). The exact classification of an act can in practice often be controversial.

10. A special case in this context is the restriction of immunity for contracts of employment with *lower-level or auxiliary staff*, even if this case is normally not directly classified as an *acta jure gestionis*. However, the idea is the same, distinguishing between the rather more sovereign character of the employment of *higher-level or professional staff* (such as diplomatic agents, consular officers or persons performing particular functions in the exercise of governmental authority) and the rather commercial character of the employment of lower-level or auxiliary staff for purposes of running the embassy and similar tasks.

11. The distinction between enforcement into State assets (real estate, bank accounts etc.) that serve a sovereign purpose and those that are of a more commercial nature, may be understood in the same vein, even though doctrine and legal practice prefer to treat these aspects of immunity from enforcement separately from jurisdictional immunity because of various specific questions. This has led to the distinction, now codified in several international treaties, between *vessels and aircrafts used for a sovereign purpose* and other objects *used for a commercial purpose*.

12. A further sub-category of this distinction can be seen in the exception, now also contained in several codifications, existing for *claims in relation with or arising from the*

acquisition of real estate, intellectual property rights or the participation in legal persons and companies in general.

Restrictions on „humanitarian“ grounds

13. More recently, the question has arisen as to whether violations of obligations of public international law in general and of *certain norms considered fundamental* by the international community in particular should lead to a restriction of State immunity. Doctrine and jurisprudence have indeed been split over this question, both as to whether this should be the case and which norms could found such a finding. In this respect, certain judgments rendered over the past years are of particular importance; such as the judgment of the Greek Constitutional Court against Germany from 2000 (*Prefecture Voittio v. Germany – Distomo*); the judgment of the Italian Court of Appeal from 2004 (*Ferrini v. Germany*); the different decisions and execution orders in relation to the former two judgments; and of course in particular the judgment of the ICJ in the proceedings between Germany and Italy (*Jurisdictional Immunities of the State*) of 3 February 2012.

14. Ratio of this further restriction of State immunity is for advocates of this theory to arrive at a *hierarchy* between public international law norms which would justify such a denial or suppression of State immunity. Accordingly, this theory is also called „normative hierarchy theory“. The scope and delineation of these norms vary, though serious violations of human rights usually at the forefront.

15. A possible point of reference are peremptory norms of international law as already mentioned as special category of norms in the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties and the 2001 Draft articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. It has been argued in legal practice and doctrine that in analogy to the generally accepted exceptions for commercial transactions, the violation of *ius cogens* should always be considered a non-sovereign act and thus no *acta jure imperii*. To accept this analogy would indeed have the benefit of providing for greater coherence between different areas of public international law, though at the same time, it would also risk transferring the uncertainties inherent in the notion of *ius cogens* to the law of State immunity.

16. A further argument which could possibly also justify a restriction of the principle of State immunity in the ambit of guaranteed human rights can be found in the general right, based on human rights law, of the individual (or collective entities composed by individuals) to *access to justice* and to *effective remedy*, as e.g. provided for in Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights (for the rights provided for by that Convention). Here the question arises as to whether the risk of a *denial of justice* would in any case justify an exception from the principle of State immunity.

17. In the absence of the direct possibility of punishing States (such as in analogy to the criminal responsibility of enterprises under national penal law), the demand for the possibility to enforce violations of public international law by individuals before national jurisdictions also seems to fulfil the postulate that certain actions not remain unpunished, even though this issue is mostly raised with respect to individual criminal responsibility. The restriction of State immunity would in those cases thus lead to a consolidation of the postulate against *impunity* respectively the lack of consequences of certain acts.

18. In the above-mentioned case *Jurisdictional Immunities of the State*, the majority of the judges of the ICJ could not find a basis in customary international law for accepting an exception or a restriction of State immunity in these cases. Even the above-mentioned UN Convention is silent on this issue, this in spite of extensive discussions of this question during the elaboration of the text by the International Law Commission. Even with respect to immunities of individuals, only very few national courts have under certain circumstances accepted exceptions, while international criminal tribunals nowadays refuse to give effect to immunities of individuals in the case of *international crimes*.

Final observations: Scope of immunity and appropriate forum

19. A possible interpretation of the historical and topical discussions on the appropriate scope of (State) immunity could certainly be found in the continuing dissatisfaction (if not frustration) by certain circles concerning the enforceability of public international law (and possibly of other legal obligations) *vis-à-vis* States in general and *vis-à-vis* the individual in particular. Various options could serve as corrective.

20. National courts and diplomatic protection: Where the protection of the individual against his own (territorial) State has led to the construction of a modern administrative and constitutional legal system with an increased level of legal protection, violations of public international law could also be judged by the national courts of the individual's own State. Indeed, in particular for violations of public international law and *vis-à-vis* foreigners, this possibility of legal protection is in many States highly deficient. In particular also in the case of a denial of justice properly speaking, diplomatic protection has been in this respect a known and supplementary instrument for long time, facing however also certain continuing problems.

21. Foreign courts: Several more recent national and international codifications have taken up in a rather pragmatic manner the idea of granting to concerned individuals in certain cases a general right to sue foreign States before national jurisdictions, even if the act in question was sovereign in nature. This includes in particular the waiver of immunity for tortious liability for acts that occurred partially or entirely on the territory of the State before whose national jurisdiction the claim is being brought. On the other hand, the ICJ rejected in the already mentioned decision the possibility of finding a further restriction of State immunity in the case of acts of war on the basis of the aforementioned (already very narrow) exception (paras. 64-79). Even more controversial is the fact of some national courts in third States offering legal remedies without any sufficient link to the claimant or the underlying breach of obligations (e.g. the ATCA in the United States). Whether the decentralized enforcement through national courts, which may be appropriate for individuals in view of the number of potential perpetrators and their mobility, seems also advisable for States is questionable, and the risks for the system should not be underestimated.

22. Arbitral tribunals: In particular in the ambit of commercial transactions and more specifically in the case of contractual claims against States, the waiver of State immunity and the submission to an agreed-upon arbitral jurisdiction has gained ground as a common method to facilitate these proceedings. However, in many areas, this instrument cannot be used, has again grown increasingly controversial (in particular investor-State arbitration) and can solve the problems arising from the enforcement of arbitral decisions only to a limited extent.

23. International tribunals: Given the extant problems in delineating in which cases State immunity should be opposable to private claims and their enforcement before national jurisdictions, the question arises as to whether alternatively the creation of international institutions, in particular tribunals, would be advisable in view of the transnational dimension. Similar attempts in order to solve the problem of immunity of State representatives have thus led to the creation of international criminal tribunals. The European Tribunal on State Immunity created in the frame of the adoption of an Additional Protocol to the 1972 European Convention on State Immunity (which may however only review national judgments rendered in denial of State immunity) is also one such example. Yet, the fact that only 6 States parties have recognized its jurisdiction, as well as the absence of a similar institution in the 2004 UN Convention would seem to indicate that States are not in favour of such an option. States that submit to an international jurisdiction with the possibility of claims by individuals can also be considered to explicitly waive their State immunity, in particular where the system provides for the enforcement of the decisions (e.g. damages), such as in the European Convention on Human Rights. The further development of an international and regional jurisdiction, which grant direct standing to individuals in cases of serious violations of human rights, seems thus particularly recommendable in order to remedy the shortcomings of State immunity.

Diskussion

zu den Referaten Krieger und Ziegler

Herr Nolte (als Diskussionsleiter): Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir haben 22 Wortmeldungen. Wenn wir beiden Referierenden fünf Minuten Zeit zur Reaktion geben, bedeutet das, wenn ich richtig rechne, dass jeder Intervenient zwei Minuten Zeit für seinen Beitrag hat. Wir können es dadurch ein bisschen reduzieren, dass einige Kolleginnen und Kollegen über die Frage „Schwere Menschenrechtsverletzungen, Immunitätseinschränkungen“ sprechen wollten. Das ist ein Thema, das auch zu den Referaten am Nachmittag gut passt.

Herr Hafner: Ich habe zu beiden Referaten zahlreiche Fragen. Ich werde mich aber sehr kurz halten. Erst mal möchte ich mich für die beiden umfassenden Referate bedanken, die die Problematik auf den Punkt gebracht haben. Ich konzentriere mich auf wenige Fragen und Bemerkungen.

Die erste Frage ist an Frau Krieger gerichtet: Ich habe Sie so verstanden, dass ihrer Ansicht nach die Immunität gleichzeitig auch eine Zuständigkeitsverteilungsregel sei. Hier habe ich gewisse Probleme, denn die Immunität kann nie eine Zuständigkeit schaffen, sie kann nur von einer Zuständigkeit absehen. Also wenn, dann ist sie höchstens eine negative Zuständigkeitsverteilungsregel.

Und die zweite Frage betrifft die Zuerkennung der Immunität an andere Personen als die tatsächlichen Organe. Da stellt sich für mich die Frage, ob dann, wenn ein Staat diese Immunität zuerkennt, dies schon Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts ist, weil er sich dazu verpflichtet fühlt, oder ob es eine Ermessensentscheidung des Staates bleibt. Dies ist explizit an einem Beispiel zu erläutern: Im Jahr 1978 tagte in Montreux eine Tagung einer Gruppe von Rechtsexperten für die Fragen der Gerichtsbarkeit im Rahmen der KSZE. Am Anfang erklärte der Schweizer Vertreter: „Wir (die Schweiz) erkennen ausdrücklich den Teilnehmern hier die Immunitäten zu so wie sie im Spezialmissionen Übereinkommen festgelegt sind.“ Dies war ausdrücklich eine einseitige Zuerkennung, die ich nicht als Ausdruck des Gewohnheitsrechts verstanden habe.

Dann zwei Bemerkungen zum Referat von Herrn Ziegler:

Die erste Frage bezieht sich auf dieses interessante Urteil in der Schweiz zu NOGA. Es gibt mehrere NOGA-Urteile, auch in Frankreich. Würden Sie sagen, dass das Schweizer Urteil gleichzeitig bedeutet, dass hier auch auf Botschaftskonten zugegriffen werden könnte, dass also der russische Verzicht in Form des generellen Waiver auch einen Verzicht auf die Immunität von Botschaftskonten umfasst? Ich habe meine Zweifel, aber Ihre Antwort wäre für mich sehr interessant.

Und dann zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen. Ich gehe zwar hier auf Menschenrechtsfragen ein, aber dies soll nur zur Information dienen. Warum hat man die Frage des Immunitätsverlusts bei schweren Menschenrechtsverletzungen bei dem Übereinkommen nicht aufgegriffen? Dieses Problem wurde bereits in der ILC aufgeworfen, doch wurde dort erklärt, dass keine universell einheitliche Praxis in dieser Richtung bestünde. Würden wir dies in den Konventionstext aufnehmen, gefährdeten

wir die gesamte Konvention. In der Ad hoc-Gruppe in der Generalversammlung wurde diese Frage wieder aufgeworfen und erklärt, dass wir im Interesse der Konvention dies nicht im Text berücksichtigen könnten, andernfalls gefährdeten wir den Erfolg der Konvention, d.h. wir bekämen überhaupt keinen allgemein akzeptablen Text. Im Nachhinein wurden wir von Amnesty International angegriffen, weil wir diese Frage nicht berücksichtigt hätten. Ich antwortete darauf, dass wir damit das gesamte Projekt gefährdet hätten. Amnesty International hat dann versucht, ein Protokoll zu entwickeln, allerdings ist mir der derzeitige Stand nicht geläufig. Doch gibt es noch immer Bewegungen und ich vermute, dass auch Vorbehalte in diese Richtung von einigen Staaten bestehen, um eine Entwicklung zu eröffnen. In der entscheidenden Situation konnten wir aber einfach nicht anders handeln. Danke.

Herr Reinisch: Vielen Dank. Ich möchte mich vorerst für die beiden ausgezeichneten Referate bedanken, vor allem für die Möglichkeit, in so kurzer Zeit einen so weiten Bogen zu spannen. Meine Frage richtet sich an beide Referenten und zwar insbesondere zur Notwendigkeit eines alternativen, adäquaten Rechtsschutzes bei der Einräumung von Immunität und hier ganz spezifisch die Möglichkeit, dass der diplomatische Schutz eine solche Alternative sein könnte. Herr Ziegler hat uns dies sehr schön in Punkt 20 seiner Thesen, diplomatisch als mit „gewissen anhaltenden Problemen“ behaftet, hervorgekehrt. Mir scheint eines der vordringlichsten anhaltenden Probleme der mangelnde Anspruch des Einzelnen auf die Ausübung eines solchen diplomatischen Schutzes zu sein, womit ich wieder zurückkomme zu der Frage: Wo bleibt hier das Recht auf ein faires Verfahren? Und im Sinne einer rule of law frage ich mich hier, ob es nicht notwendig wäre, über eine zumindest innerstaatliche Verankerung eines Anspruchs auf Ausübung des diplomatischen Schutzes in diesen Bereichen nachzudenken? Ich weiß, ich werde mich bei den hier anwesenden Rechtsberatern nicht sehr beliebt machen mit zusätzlichen Aufgaben, die auf sie zukommen werden, aber denken wir einmal etwa an den Bereich des Außenhandelsrechts, wo es sehr ähnlich keine individuelle Durchsetzung der Rechte Einzelner in der WTO gibt. Hier wurden dann etwa in Form der Antidumping-Verordnung oder der Handelsbarrierenverordnung zumindest innerstaatliche, europäische Mechanismen, aber durchaus auch von anderen Mitgliedstaaten der WTO vergleichbare interne Verfahren vorgesehen, womit man zumindest den Rechtsanspruch des Einzelnen verwirklichen konnte. Ich würde mich sehr über Stellungnahmen zur Übertragbarkeit solcher Modelle freuen. Danke.

Herr Zellweger: Die Schweiz wurde mehrmals erwähnt, weshalb ich mir erlaube, einige Bemerkungen und Ergänzungen anzubringen. Andreas Ziegler hat seiner Nennung der Schweiz vorangestellt, dass er diese vor allem erwähne, um dem genius loci zu huldigen. Es gibt freilich auch objektive Gründe, die Schweiz im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Immunitäten besonders genau anzuschauen, denn wir haben eine reiche Praxis der Behörden und Gerichte zu solchen Fragen. Über 300 diplomatische und ständige Missionen sind in der Schweiz vertreten, 24 internationale Organisationen haben ihren Sitz in unserem Land und mit jährlich über 200.000 ausländischen Delegierten ist Genf einer der wichtigsten Konferenzorte weltweit. Die Schweiz hat deswegen – zuweilen durchaus zum Bedauern des Außenministeriums – eine sehr reichhaltige und relevante Praxis zu immunitätsbezogenen Fragen.

Ich möchte zuerst Frau Krieger besonders danken, dass Sie die Ratio der Immunität ins Zentrum Ihrer Ausführungen gestellt hat. Es geht für uns Praktiker weniger um

die Anwendung und Ausformung des Grundsatzes *par in parem non habet imperium*, sondern in erster Linie um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und um die Sicherstellung der Kommunikation zwischen Staaten auch in schwierigen Zeiten. Das heißt für uns Juristen in den Außenministerien, dass wir klare Antworten geben können müssen, was eine gewisse Rechtssicherheit voraussetzt: Bevor eine schweizerische Delegation in ein anderes Land reist, muss sie wissen, wie es dort um ihre Immunitäten bestellt ist und ob sie riskiert, Schwierigkeiten mit den dortigen Strafverfolgungsbehörden zu bekommen. Auch das Gegenstück gilt, Sie haben zu Recht auch die Reziprozität erwähnt: Wir müssen aktiven und ehemaligen Vertretern anderer Länder Hinweise auf die rechtliche Lage geben können, bevor sie die Schweiz bereisen. Und beides können wir heute nicht mehr in allen Fällen mit der gebotenen Sicherheit tun. Aus operationeller Sicht ist das sicherlich die größte Schwierigkeit. Ein Element, das in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielt, ist die allgemein zu beobachtende zunehmende Verrechtlichung der öffentlichen Verwaltungstätigkeit, welche auch vor den Immunitäten nicht haltmacht. Darin kommt auch zum Ausdruck, dass das Bestehen von Privilegien und Immunitäten für gewisse Personengruppen heute in Westeuropa nicht mehr so selbstverständlich akzeptiert wird. So beobachten wir in der Praxis, dass die Bereitschaft, die Immunitäten zu justizialisieren stetig wächst und die Gerichte eine immer reichhaltigere Praxis zu diesen Fragen entwickeln. Das gilt zum Beispiel für die Verbindung zwischen Immunitäten und den Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK, aber auch für die Frage des Bestehens von Immunitäten für die mutmaßlichen Verantwortlichen von Kriegs- und anderen schwersten Verbrechen. Allerdings befindet sich der Korpus dieser Rechtsprechung auf nationaler wie auf internationaler Ebene im Fluss – oder zumindest noch im Aufbau, sodass sich die Antwort auf viele Rechtsfragen kaum antizipieren lässt.

Ich möchte noch kurz auf zwei Themenkreise, die heute Morgen angesprochen wurden, eingehen. In der Praxis hat uns die UNO-Konvention 2004 im Bereich der Staatenimmunität das Leben sehr erleichtert. Wie Andreas Ziegler ausgeführt hat, kennt die Schweiz seit 1918 die Praxis der relativen Immunität. Diese hat uns bis vor Kurzem große Probleme mit Staaten beschert, welche ein absolutes Immunitätsverständnis vertreten. Das hat in gewissen Fällen zu teils starken Belastungen der bilateralen Beziehungen geführt. Die Verabschiedung der UN-Konvention, die sowohl von Schweizer Gerichten als auch vom Außenministerium als Ausdruck des Gewohnheitsrechts anerkannt wird, hat dazu geführt, dass wir heute praktisch alle Fälle im Einvernehmen mit den betroffenen Staaten lösen können. Eine wichtige Rolle spielt dabei jeweils der Hinweis auf die einstimmige Verabschiedung der Konvention in der Generalversammlung, welche eben auch jene Länder umfasste, die in späteren Anwendungsfällen nicht davor zurückschrecken, wieder eine absolute Staatenimmunität geltend zu machen.

Schwieriger bleibt es indes im Bereich der funktionalen Immunitäten. Ich werde dies anhand eines praktischen Beispiels erläutern: Während der Finanzkrise 2008 ist der Präsident der Schweizerischen Nationalbank zu einer jährlich stattfindenden Konferenz der Zentralbanken in die Vereinigten Staaten eingeladen worden. Bei der Ankunft in Washington wurde ihm eine gerichtliche Vorladung (*subpoena*) ausgehändigt. Obwohl diese später ohne Folgen blieb, stellte sich natürlich die Frage, ob und welche Immunität der Präsident einer Zentralbank in einem anderen Land genießt. Da er nicht zur klassischen Trias gehört, ist eine solche nach heutigem Stand des Völkerrechts ohne spezielle Abmachung klar zu verneinen. Wie schon ausgeführt, ist in der Praxis

die Sicherstellung eines möglichst reibungslosen Austausches zwischen Regierungen auch in Krisenzeiten ein vordringliches Anliegen. Gerade während der Finanzkrise war deshalb die Aussicht, dass ein Zentralbanker an einer wichtigen Konferenz zu deren Bewältigung nicht teilnehmen könnte, keine sehr befriedigende.

Damit kommen wir zu den möglichen Lösungsansätzen. Ich habe mit Freude festgestellt, dass Frau Prof. Krieger in ihren Ausführungen der Konvention über Sondermissionen einen prominenten Platz eingeräumt hat. Die Schweiz gehört mit Österreich zu den wenigen westeuropäischen Ländern, die diese Konvention ratifiziert haben. In unserer Praxis spielt sie denn auch eine nicht geringe Rolle. In der Tat ist es kaum vorstellbar, dass ein Staat Vertreter eines anderen Staates einlädt, diese offiziell empfängt und sie während des Besuchs von seinen Strafverfolgungsbehörden abführen lässt. Ein solches Vorgehen würde den grundlegendsten Regeln des zwischenstaatlichen Verkehrs zuwiderlaufen. An diesem Punkt knüpft die New Yorker Konvention an, indem sie sicherstellt, dass offizielle Missionen einen klar definierten immunitätsrechtlichen Schutz genießen. Damit stellt sie das wichtigste Ziel der Immunitäten, die Aufrechterhaltung des Verkehrs zwischen Regierungen, sicher. Auch wenn der Konvention da und dort vorgeworfen wird, sie schieße normativ über ihr Ziel hinaus und regle die Immunitäten zu umfassend, stellt sich für uns doch die Frage, ob nicht ein erster Schritt zu mehr Rechtssicherheit darin bestehen könnte, dass mehr Staaten die Konvention über Sondermissionen ratifizieren. Auch eine klare Anerkennung des gewohnheitsrechtlichen Charakters der Konvention – wie das das holländische Außenministerium getan hat – würde diesbezüglich helfen. Damit wäre auch ein wichtiger Schritt von einem statischen Immunitätsverständnis, welches an feste Funktionen gebunden ist, hin zu einer dynamischeren Handhabung, welche sich primär an den Bedürfnissen des zwischenstaatlichen Verkehrs orientiert, getan. Tatsächlich hätte ein solches System zum Schutz der Besuchsdiplomatie, das durchaus komplementär neben den bestehenden Immunitäten der Trias und anderer geschützter Gruppen bestehen könnte, zur Folge, dass mutmaßliche Kriegsverbrecher außer auf offizieller Mission nicht mehr reisen können. Dass ein Staat bereit wäre, den politischen Schaden einer offiziellen Einladung an einen mutmaßlichen Kriegsverbrecher zu tragen, ist fraglich.

Ein letzter Punkt – wenn ich das darf – betrifft die von Ihnen vorgeschlagene prozessuale Lösung. Ich würde diese salopp folgendermaßen darstellen – wir kennen heute ein System des opt-out: Die Immunität gilt, außer der Staat verzichtet ausdrücklich darauf. Die von Ihnen vorgeschlagene Lösung führt im Grunde genommen einfach zu einer Umkehrung. Es käme zu einem opt-in: Der Staat müsste die Immunität aktiv geltend machen. Ich bin nicht sicher, ob das in der Praxis sehr viel ändern würde. Das beschriebene Problem der mangelnden Vorhersehbarkeit würde es aber mit Sicherheit nicht lösen, weil erst der Richter verbindlich entscheiden würde. Aus meiner Sicht wäre daher die beschriebene materielle einer rein prozessualen Lösung vorzuziehen.

Herr Nolte: Vielen Dank, Herr Zellweger. Sie haben gemerkt, ich habe Herrn Hafner und Herrn Zellweger ein Praktikerprivileg eingeräumt und ab jetzt werde ich nach zwei Minuten die Flagge hissen. Herr Basedow, bitte.

Herr Basedow: Für den innerstaatlichen Rechtsverkehr, insbesondere den Zivilrechtsverkehr, ist die Immunitätsfrage auch aus einer anderen Sicht bedeutsam. Wer weiß, dass sein Vertragspartner Immunität genießt, wird zum Beispiel auf Vorkasse

bestehen. Auch sonst laufen viele Prozesse anders ab, als dies normalerweise innerhalb einer Rechtsordnung geschieht. Aus der Sicht des innerstaatlichen Rechtsverkehrs besteht daher ein großes Interesse an Klarheit und Transparenz der Immunität von Rechtsträgern.

Über die Grenzlinie zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln, hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Zwecken hat Herr Ziegler eine Fülle interessanten Rechtsprechungsmaterials präsentiert. Dadurch ist freilich nicht richtig verdeutlicht worden nach welchen Kriterien das Hoheitliche vom Nichthoheitlichen unterschieden wird? Nehmen wir das Beispiel Kultur und Wissenschaft. Diesbezüglich hat der Internationale Gerichtshof festgestellt, die Villa Vigoni sei offensichtlich hoheitlich. Weist diese Feststellung aber über den konkreten Fall hinaus? Der Max-Planck-Gesellschaft gehört ein Institut in Florenz, das Kunsthistorische Institut, das im Jahr 1900 gegründet wurde und zunächst Eigentum des Reiches und später des Bundes war. Heute steht es wohl im privaten Eigentum der Max-Planck-Gesellschaft, die in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins gemäß den Vorschriften des BGB betrieben wird. Es fällt schwer, in der Tätigkeit dieses Instituts noch eine hoheitliche Dimension zu erkennen. Jedenfalls wird hieran deutlich, dass Aktivitäten und Vermögensgegenstände im Bereich von Kultur und Wissenschaft keineswegs eine eindeutige Zuordnung haben, so wie ja auch Erziehung privatrechtlich und auch öffentlich-rechtlich betrieben werden kann. Zwischen einzelnen Staaten gibt es darüber auch sehr unterschiedliche Auffassungen.

Daher meine Frage an Herrn Ziegler, die die Grundlage der Qualifikation betrifft: Gibt es in der Rechtsprechung des Bundesgerichts Indizien dafür, dass immer die *lex fori* auf die Qualifikation Anwendung findet? Oder hat es vielleicht auch Urteile gegeben, die für die Qualifikation auf einen Konsens vieler Staaten unter Berufung auf rechtsvergleichendes Material verwiesen haben? Ist vielleicht sogar gelegentlich das Recht des Vollstreckungsgegners des Immunität beanspruchenden Staates herangezogen worden für die Qualifikation als hoheitlich oder nicht hoheitlich?

Herr Cottier: „The King can do no wrong“ – das war dieser berühmte Satz, mit dem sich die Könige dem Recht entzogen haben. Ich denke, das war auch die Grundlage der Staatensouveränität. Meine Frage geht dahin, ob in diesem Bereich auch die Figur des Rechtsmissbrauchs thematisiert wird. Wäre es denkbar, einen funktionalen Ansatz zu wählen und von den Aufgaben der Staatlichkeit her zu kommen, aber dann doch Grenzen gegen Rechtsmissbräuche zu ziehen, wo man sich beispielsweise zum Schutz der Korruption, wirtschaftlichem Protektionismus und Rentenwirtschaft hinter der staatlichen Souveränität versteckt? Ließen sich Kriterien finden, die das präzisieren, so dass auch dem Anliegen der Rechtssicherheit von Valentin Zellweger entsprochen werden kann? Mir scheint, dass die bestehenden begrifflichen Unterscheidungen, die man heute macht, Probleme nicht mehr adäquat zu lösen vermögen, wie auch die beiden Referate zeigen. Wir glauben nicht mehr an den Satz „The King can do no wrong“ und dies sollte eigentlich auch in den internationalen Beziehungen und im Völkerrecht Wirkung zeigen.

Herr Flessner: Ich möchte das Thema des Zusammenhangs zwischen Staateninsolvenz und Immunitätslehre ansprechen. Wenn ein Staat gegenüber seinen Gläubigern seine Zahlungsunfähigkeit erklärt – vor einiger Zeit hat das Argentinien getan, la-

tent davor befinden sich auch einige europäische Staaten – dann könnte man an ein Insolvenzverfahren gegen diesen Staat denken. In einem solchen Insolvenzverfahren würde nicht der Staat aufgelöst, denn ein Volk muss einen Staat haben. Es würde auch nicht die Regierung aus dem Amt verdrängt, denn ein Staat muss auch eine verfassungsrechtlich legitimierte Regierung haben. Es gäbe also keinen von fremder Seite eingesetzten Insolvenzverwalter. Aber es gäbe auf jeden Fall – das entspricht den zurzeit diskutierten Modellen eines solchen Insolvenzverfahrens – einen Zugriff auf die Gläubiger dieses Staates, was je nach den Beschlüssen im Insolvenzverfahren dazu führen könnte, dass die Gläubiger Teile ihrer Forderungen auf lange Zeit stunden müssen oder sogar ganz oder zum Teil verlieren, und das dann mit Rechtskraft. Ein solches Verfahren gibt es international nicht. Es werden nur Modelle diskutiert – eines z.B. der Weltbank –, die aber bislang am Widerstand mächtiger Staaten gescheitert sind. Jetzt frage ich: Müsste die Tatsache, dass wir kein Insolvenzverfahren für Staaten haben, nicht auch Auswirkungen auf die Immunitätslehre haben? Wenn ein Staat seine Insolvenz gegenüber seinen Gläubigern erklärt, befindet er sich offensichtlich im finanziellen Staatsnotstand. In diesem finanziellen Zustand benötigt er sämtliches Vermögen, das ihm privatrechtlich und öffentlich-rechtlich zusteht, zur Erfüllung seiner unabweisbaren Staatsaufgaben, also letztlich zur Wahrung überhaupt seiner Existenz. Zu den Vermögenswerten, die er dafür benötigt, gehört natürlich in erster Linie das inländische Vermögen und das Steueraufkommen, welches dem ausländischen Zugriff, durch Gerichtsentscheidungen etwa aus dem Ausland, schon allein aus Souveränitätsgründen nicht zustehen kann. Der Staat könnte deshalb intern für seine Gerichte auf jeden Fall anordnen, dass Klagen aus den Forderungen und Vollstreckungen gegen den Staat nicht möglich sind, jedenfalls für eine bestimmte Zeit. Wie aber ist es mit den Vermögenswerten, die dieser sich im Notstand befindende Staat im Ausland hat? Ich habe heute dem Referat von Herrn Ziegler entnommen, dass für dieses Vermögen die Immunitätslehre schon sehr weitgehend aufgeweicht wird. Ich frage mich aber, ob diese Freigabe des nicht hoheitlich benötigten Auslandsvermögens nicht zurückgeschraubt werden muss, wenn der Staat im Notstand auch dieses Vermögen für seine schiere Fortexistenz benötigt. Findet nicht durch die Erklärung des Staatsnotstands auch für das ausländische Wirtschaftsvermögen eine Art von Rückwidmung für hoheitliche Zwecke statt, die von der Immunitätslehre berücksichtigt werden müsste? Das ist eine Frage an die Völkerrechtler vom Insolvenzrecht her, das gewohnt ist, das Vermögen des Schuldners einstweilen gegen Einzelzugriffe der Gläubiger zu schützen, darüber hinaus dem Schuldner das Existenzminimum zu belassen und schließlich auch endgültig in die Substanz der Gläubigerrechte einzugreifen.

Frau Schmalenbach: Meine Frage ist an Heike Krieger gerichtet und betrifft die sehr interessante Entwicklung der „Global Public Private Partnerships“-Immunitäten, die jetzt vertraglich zuerkannt werden. Meine Frage dreht sich dabei konkret um Art. 6 EMRK: Kann die Gewährung von Immunität überhaupt mit der EMRK vereinbar sein, selbst wenn ein Ersatzrechtsschutz zur Verfügung stünde – das dürfte wohl bei den PPP ein schiedsgerichtliches Verfahren sein? Ist nicht die gesamte Rechtsprechung des EGMR mehr auf die traditionellen Völkerrechtssubjekte wie die Staaten und heute auch die internationalen Organisationen ausgerichtet, denen zum Teil völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Immunitäten zustehen? Wie verträgt sich die EGMR-Rechtsprechung mit der neueren Privatisierungsrechtsentwicklung? Vielen Dank.

Herr Hofmann: Meine Frage richtet sich an Herrn Andreas Ziegler. Im Thesenpapier zu den Schiedsgerichten tauchen die „Claims Tribunals and Claims Commissions“, die auf dem Slide waren, nicht auf. Ich wollte auf diese Institutionen als eine potentielle, gute Lösungsmöglichkeit in Fällen von „massenhaften Menschenrechtsverletzungen“ hinweisen und ich glaube, dass es politisch sinnvoll wäre, wenn in künftigen Postkonfliktregelungen verstärkt versucht würde, solche Institutionen aufzunehmen. Das Problem, das wir z.B. in den Niederlanden haben, nämlich die Immunität der Vereinten Nationen, besonders deutlich etwa im Fall der „Mütter von Srebrenica“, würde nicht bestehen, wenn es die Möglichkeit gäbe, vor ein solches Gremium zu ziehen. Damit eng zusammen hängt die bisher in der Rechtsprechung des EGMR ziemlich uneingeschränkt hochgehaltene Immunität der Vereinten Nationen. Schon mehrfach wurde jetzt die Problematik angesprochen, inwieweit das, nämlich die Bemühungen um die Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verletzungen von Menschenrechten, sich mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten der EMRK vereinbaren lässt, diese Immunität anzuerkennen? Wie löst man diesen Normkonflikt, in dem die nationalen Gerichte stehen?

Herr von Arnould: Ich kann, denke ich, an Herrn Zellweger anschließen und vielleicht auch an das, was Herr Basedow angesprochen hat. Zunächst schließe ich mich dem Dank von Herrn Zellweger für zwei sehr dichte, erkenntnisreiche und präzise Referate an, besonders auch für die Behutsamkeit, mit der das Thema angegangen wurde. Meine Fragen richten sich im Kern an Dich, Heike, und betreffen die funktionale Ausweitung, die Du vorgeschlagen bzw. referiert hast. Zum ersten geht es um Public Private Partnerships. Deren Einbeziehung in die Staatenimmunität macht es notwendig, die Figur der öffentlichen Aufgaben rechtssicher durchzudefinieren. Die alten Kriterien von *acta jure gestionis* und *acta jure imperii* scheinen nicht mehr richtig zu passen. Gleiches gilt wohl auch für die Entscheidung des Bundesgerichts, die Andreas Ziegler referiert hat, wonach es für die Gewährung von Staatenimmunität nicht auf das Ziel der Maßnahme, sondern auf die Handlungsweisen ankomme. Das heißt, wir müssen das System möglicherweise noch mehr umbauen, als dies auf den ersten Blick nötig scheint. In welche Richtung könnte das gehen? Ich erwarte natürlich keine endgültigen Kriterien. Aber in welche Richtung könnte man denken? Und der zweite Punkt hat sich eigentlich schon durch Dein Kopfnicken erledigt. Es geht hier um die Immunität von Spezialmissionen. Ich fand an dem Bericht über den Besuch von Bo Xilai in den USA sehr spannend, dass hier nicht auf die klassische statusbezogene Immunität des Außenministers abgestellt wurde, sondern auf das Recht der Spezialmissionen. Das scheint mir möglicherweise ein Ansatzpunkt für die Dynamisierung zu sein, wie Herr Zellweger sie in seinem Diskussionsbeitrag angesprochen hat.

Herr Ruffert: Ich habe eine Ergänzung zu dem, was Herr Hofmann gefragt hat. Bei der Immunität internationaler Organisationen ist ja die Sicherung der internationalen Beziehungen Immunitätszweck, wie es Herr Zellweger beschrieben hat. Von der so bezweckten Immunität wird es wohl nicht mehr gedeckt sein, wenn die Organisation verwaltend tätig wird, wie das im Kosovo der Fall war, oder bei Blauhelmen oder anderen UN-Truppen mit UN-Mandat, die direkt mit der Bevölkerung in Kontakt treten – das ist die Situation wie in Srebrenica. Müsste man nicht aus teleologischen Erwägungen über eine Reduzierung der Immunität nachdenken?

Herr Krajewski: Ich habe auch für zwei hervorragende Referate, aus denen ich viel gelernt habe, zu danken. Ich freue mich schon auf die schriftlichen Ausarbeitungen, wo man das alles im Detail nochmals nachlesen kann und auch sein Französisch nochmals schulen kann. Meine Frage bezieht sich auf die persönliche Immunität von Diplomaten vor Klagen der privaten Hausangestellten ausgehend von dem Fall in Brandenburg, der im Referat von Frau Krieger angesprochen wurde. Da geht es ja in erster Linie um arbeitsrechtliche oder deliktsrechtliche Ansprüche und, wenn ich das richtig sehe, ist es so, dass das Recht der diplomatischen Immunität ja anders als das Recht der Staatenimmunität oder Immunität von Staatenvertretern völkervertragsrechtlich geregelt ist. Und das bringt mich zu meiner ersten Frage ausgehend von der These 5, wo gesagt wird, eine wesentliche Erklärung für die schleppende Entwicklung ist, dass wir es mit einer dezentralen Entwicklung zu tun haben und nationale Gerichte, die tastend nach Völkergewohnheitsrecht suchen, natürlich teilweise entweder etwas zurückhaltend oder vielleicht zu forsch sind. Dann wäre die erste Frage, ob es Ansätze gibt, eben auch das Wiener Diplomatenrechtsübereinkommen oder das Wiener Konsularrechtsübereinkommen an diesem Punkt zu reformieren? Also gibt es da Bemühungen, Ideen in der Staatengemeinschaft oder ist da einfach gar kein Konsens?

Und dann – mit Blick auf die These 10 – die Frage nach den alternativen Rechtswegen. Wenn man sich jetzt diese Konstellationen im Fall Brandenburg vor Augen führt, dann meine ich doch, dass hier die Immunität zu einem faktischen Ausschluss führt. Selbst wenn die Angestellte faktisch in ihrem Heimatland klagen könnte, würde dadurch (das müssten die IPR-Kollegen beurteilen) wahrscheinlich das dortige Gericht auf den Gerichtsstand Deutschland verweisen, den Gerichtsstand des Arbeitsverfahrens bzw. des Delikts, und insofern wäre hier die Frage, ob das nicht dann doch in diesem Fall zu einer Art „denied justice“ führt.

Daran anschließend drittens die Frage, ebenfalls mit Blick auf These 10, wie sich diese Immunität eigentlich vor dem Hintergrund der Ratio der Immunität begründen lässt? Das bringt mich zum Referat von Andreas Ziegler und der Frage, ob man in dieser Konstellation vielleicht mit dem Gedanken helfen kann, dass es jedenfalls bei den Anstellungen von niederrangigem Personal keine Immunität geben sollte. Das ist ein Gedanke aus der Staatenimmunität, aber dann stellt sich die Frage, ob sich das übertragen lässt oder ob sich diese Analogie zwischen Staatenimmunität und diplomatischer Immunität verbietet. Vielleicht kann man mit der Territorial Tort Exception helfen, indem man sagt, wenn der Diplomat seine Hausangestellten misshandelt, ist das letztlich auch eine Form des Delikts. Die Problematik spitzt sich zu – das ist, glaube ich, noch gar nicht erkannt worden und auch in der Praxis noch gar nicht vorgekommen –, wenn wir nicht im sekundären Rechtsschutz sind, sondern im primären Rechtsschutz. Stellen Sie sich vor, diese Hausangestellte wäre irgendwann aus dem privaten Anwesen geflohen und zur Polizei gegangen und hätte einen Anspruch auf Unterlassung geltend machen wollen. Gilt da auch die Immunität und kann es da eigentlich mit fundamentalen Rechtsgrundsätzen übereinstimmen, wenn der deutsche Polizist sagen würde: „Es tut mir Leid, du musst wieder zurück, der Diplomat genießt Immunität und du musst deinen Vertrag erfüllen?“

Herr Uerpmann-Witzack: Ich möchte an demselben Problem der Hausangestellten anknüpfen. Ich habe Sie, Frau Krieger, so verstanden, dass in der Tat auch hier die Immunität des Diplomaten zur Funktionswahrung sinnvoll ist. Aus meiner Sicht geht

eine stimmige Lösung in eine andere Richtung, nämlich in diesem Fall eine Reserveverantwortung des Entsendestaates anzunehmen. Einen gewissen Ansatz könnte man in Art. 41 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen finden. Die Immunität wird im Interesse des Entsendestaates gewährt. Dann ist es aber konsequent, ihn – jedenfalls zivilrechtlich – für die Verfehlung seines Diplomaten eintreten zu lassen. Auf diese Weise wird das Rechtsschutzdefizit vermieden, wir haben kein Art. 6 EMRK-Problem mehr, die diplomatische Funktion wird gewahrt und immunitätsrechtlich ist die Inanspruchnahme des Entsendestaates für Verpflichtungen gegenüber dem Hausangestellten oder der Hausangestellten unproblematisch. Das haben Sie, Herr Ziegler, dargelegt. Insofern haben wir ein gewisses rechtsfortbildendes Element in dieser Entwicklung. Aber die Interessen werden aus meiner Sicht perfekt ausbalanciert. Danke.

Herr Hector: Auch ich möchte das Praktikerprivileg in Anspruch nehmen. Zunächst ganz herzlichen Dank an die beiden Vortragenden für die sehr aufschlussreichen, klaren und grundsätzlichen Darstellungen. Ich will zwei Aspekte ansprechen: zum einen aus der Sicht der Praxis eine Lanze für die Immunität brechen und dabei insbesondere auch kritische Fragen zum hier postulierten prozeduralen Lösungsansatz aufwerfen, zum anderen einen ganz spezifischen Punkt zu den Arbeitsgerichtsfällen ansprechen.

Zunächst zur Immunität und ihrer Funktion: Ich kann verstehen, dass es eine Tendenz zur Einschränkung der Immunität gibt, weil die Immunität auf den ersten Blick schon als etwas gesehen werden kann, was man im Schweizerdeutsch „stoßend“ nennt. Aber man muss sich die Begründung der Immunität sehr genau anschauen und ich bin froh, dass Sie das so sorgfältig getan haben, Frau Krieger. Ich kann verstehen, dass wir in diesem Kreis alle die Tendenz haben, vom rechtsstaatlich durchgeprägten deutschen, österreichischen oder schweizerischen Recht aus zu denken, mit dem Ziel möglichst umfassende Rechtswegarantien zu gewährleisten und möglichst alle Aspekte gerichtlich nachprüfbar zu gestalten. Das mag in einer idealen Welt des funktionierenden Rechtsstaates, den wir in Deutschland, der Schweiz und Österreich haben, gerechtfertigt sein. Nur hat man es in der Welt mit etwa 190 anderen Rechtssystemen zu tun, die nicht alle diesen Standards genügen. Und es gibt auch Gründe dafür, dass diese Immunität vielleicht gar nicht so stoßend ist, wie es auf den ersten Blick scheint, weil es durchaus Schutzmechanismen für die Geschädigten gibt, auch wenn diese nicht rechtsförmlich, nicht gerichtlich sind.

Und hier möchte ich auf die Punkte betreffend die Diplomaten eingehen, die von Herrn Krajewski und den anderen Kollegen angesprochen worden sind und hierzu den Gedanken des „Self Contained Regime“ betonen. Wir haben ja im Diplomatenrecht ein Self Contained Regime, wie der IGH im Iran-Fall dargelegt hat. Und die Außenämter tun ja auch etwas, um dies durchzusetzen. Es ist ja nicht so, dass zum Beispiel die Hausangestellten schutzlos wären und die Vorstellung, dass der Hausangestellte, wenn er zur Polizei geht und sich dort beklagt, zurückgeschickt wird mit der Begründung: „du musst deinen Vertrag erfüllen“, ist natürlich fern der Realität, um es höflich auszudrücken. Sondern ein solcher Verstoß würde natürlich dem Außenamt gemeldet und dieses würde Maßnahmen ergreifen, um den Verstoß sofort abzustellen und in schweren Fällen, im Sinne des Self Contained Regime, die Anwesenheit des fehlbaren Diplomaten in der Bundesrepublik Deutschland auch kurzfristig zu beenden sowie gegenüber der Botschaft auf Ersatz des Schadens zu dringen. Es ist also

nicht so, dass kein Schutz bestünde, es ist eben nur ein anderer Schutzmechanismus als ein gerichtlicher.

Und um auf die Frage der Änderungen einzugehen: Nein, Änderungen am Regime der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunitäten sind in keiner Weise geplant. Es gab zwar Vorstöße das anzuregen und es wurde auch diskutiert. Aber das Ergebnis dieser Diskussion war, dass die Immunität für die Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen unerlässlich ist, weil man natürlich immer berücksichtigen muss – wie gesagt, der Rechtsstaat gilt hier, aber nicht unbedingt weltweit – dass man Fälle konstruieren kann, in denen einem Betroffenen, etwa einem Diplomaten, etwas untergeschoben wird, um ihm zu schaden. Deshalb ist es entscheidend, dass die Staaten die Kontrolle im Sinne des Self Contained Regime behalten.

Der zweite Gedanke, weshalb die Einschränkung der Immunität vor nationalen Gerichten eher an Bedeutung verliert, ist die wachsende Funktionsfähigkeit der internationalen Gerichte. Wir haben jetzt zum Beispiel den Internationalen Strafgerichtshof, der langsam in Gang kommt. Und damit haben wir einen Sanktionsmechanismus, der völkerrechtlich funktioniert, nicht national. Die schwersten Menschheitsverbrechen gehören vor den Internationalen Strafgerichtshof, nicht vor nationale Gerichte. So was wie den Pinochet-Fall vor dem House of Lords brauchen wir in Zukunft nicht mehr, weil diese Fälle, wenn die internationale Strafgerichtsbarkeit einmal voll funktionsfähig ist, vor dem Internationalen Strafgerichtshof verhandelt werden sollen. Also mein Plädoyer: Die Immunität vor nationalen Gerichten sollte wieder ernster genommen werden.

Deswegen auch eine Anmerkung noch zu dem Vorschlag von Frau Krieger, dass die Immunität kein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis mehr sein sollte, sondern nur noch eine Einrede. Herr Zellweger hat gesagt, das würde in der Praxis nicht viel ändern. Es wäre aber eine zusätzliche Erschwernis für die Staaten, die durchaus problematisch enden kann. Um das zu illustrieren, will ich nur ganz kurz einen Fall erwähnen, mit dem wir zurzeit in der Türkei konfrontiert sind: Ein türkisches Zivilgericht hat die Bundesrepublik Deutschland kürzlich zu Schadensersatz in Höhe von 1,4 Mio. Euro verurteilt als Ersatz des entgangenen Gewinns infolge der Nichterteilung eines Visums. Das Urteil ist als Abwesenheitsurteil gefällt worden, rechtskräftig, nachdem wir uns an dem Verfahren unter Hinweis auf unsere Immunität und fehlende türkische Gerichtsbarkeit nicht beteiligt hatten. Frau Krieger würde uns letztlich dazu zwingen, hier aufzutreten. Dies nur um zu zeigen, welche Probleme ein solcher Vorschlag wie der von Frau Krieger angesichts der Dysfunktionalitäten mancher Rechtssysteme in der Praxis schaffen könnte.

Noch ein letzter Punkt zu den Arbeitsgerichtsällen der Bediensteten internationaler Organisationen. Hier möchte ich nur darauf hinweisen, dass diese Rechtsprechung möglicherweise nicht zu Ende gedacht ist, weil sie den Sitzstaat in ein unauflösliches Dilemma bringt: auf der einen Seite wird er für etwas verantwortlich gemacht, auf das er andererseits keine Einflussmöglichkeit hat, weil er die internationale Organisation ja nicht dazu bringen kann, effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Jedenfalls kann er es nicht alleine. In den Vereinten Nationen zum Beispiel ist er nur einer von 193-Mitgliedstaaten. Das heißt also, seine einzige Einflussmöglichkeit wäre, keinen Sitz dieser Organisation bei sich zu akzeptieren. Und das ist eine Konsequenz, die man nicht ziehen sollte. Vielen Dank.

Herr Nolte: Vielen Dank, Herr Hector. Ich hoffe, Sie sind auch meiner Meinung, dass ein Praktikerprivileg bei diesem Thema – sicher auch bei anderen Themen, aber nicht bei allen Themen – vollauf gerechtfertigt ist. Natürlich habe ich den Praktikerbegriff in einem funktionellen Sinn verstanden, sodass Herr Hafner und Herr Hector mir seine Anwendung auf sie nicht übelnehmen, da sie beide ja gewissermaßen doppelfunktional hier sind.

Herr Classen: Ich habe eine Frage im Anschluss an das Referat von Frau Krieger. In den Fällen, die Sie geschildert haben, stellt sich die Frage nach einem Konflikt zwischen Art. 6 EMRK und der Immunität. Nun setzt Art. 6 EMRK ein Recht nach der Rechtsordnung des Forumstaates voraus; der Fall mit der Türkei würde sich also vielleicht nicht als Konfliktfall darstellen. Grundsätzlich stellt sich für mich die Frage, wie man dann einen schonenden Ausgleich zwischen den beiden Prinzipien herstellen kann? Im Anschluss an die Aussage zur „Immunität als Zuständigkeitsausübungsregel“ (These 12) kann man sich die Frage stellen, ob eine Berufung auf die Immunität auch verlangt, dass man deutlich macht, wie anderweitig Rechtsschutz gewährleistet werden kann – natürlich nicht mit der Konsequenz, dass das entsprechende Gericht das überprüfen kann. Da müsste man sehr vorsichtig sein, damit Rechtssicherheit gewahrt wird. Sicherlich geht das auch nur in bestimmten Bereichen, aber hier stellt sich eine Möglichkeit dar, um das, was Herr Uerpman für die Hausangestellten schon angesprochen hat, etwas zu generalisieren.

Herr Hess: Ich habe zwei kurze Bemerkungen bzw. Fragen zum Referat von Frau Krieger. Das eine betrifft die Immunität und Zuständigkeit in Bezug auf die Perspektive der europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung. Da ist das UN-Übereinkommen zur Staatenimmunität gar nicht so unproblematisch, denn es schränkt den Geltungsbereich dieses Übereinkommens, auch die für Rechtsstände in Arbeitssachen, durchaus ein. Dazu gibt es ein Urteil des EuGH – das kommt vom Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg – zur Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in dem der EuGH recht weit gegangen ist. Die Frage ist: Folgt daraus für die Kompetenz der Mitgliedstaaten eigentlich die Konsequenz, dass das UN-Übereinkommen ein gemischtes Übereinkommen ist, sodass also die Europäische Union bei der Ratifikation zu beteiligen wäre? Meine zweite Frage betrifft den prozessualen Kontext, den Sie am Ende angesprochen haben: Die Prüfung von Amts wegen. In Deutschland würde man wohl eher sagen „Berücksichtigung von Amts wegen“ (§ 56 ZPO), was einen Unterschied ausmacht. Es kommt danach auf die Zweifel des Gerichts und auf den (ergänzenden) Vortrag der Parteien an, eigene Ermittlungen des Gerichts sind nicht zulässig. Wenn man also eine weit reichende Verweisung des Völkerrechts auf die lex fori des erkennenden Gerichts zulässt, kommt man zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen.

Ich möchte jedoch auf einen ganz anderen Punkt im Hinblick auf die Geltendmachung der Immunitätseinrede hinweisen: In Ihrem Referat sagten Sie, die beklagten Staaten müssen die Immunität vor dem Prozessgericht geltend machen. Als Richter bei einem Landgericht in Deutschland würde ich dann sagen: „Okay, es muss ein Anwalt für den beklagten Staat erscheinen.“ Wenn der Anwalt erscheint, kostet das Geld. Und dieses Geld erhalten die Staaten vielleicht in Deutschland erstattet (§ 91 ZPO), aber das ist international gesehen die Ausnahme. Normalerweise bleiben die Staaten auf den Prozesskosten sitzen. Angesichts dieses Hintergrunds bevorzuge ich die Verfahrens-

weise des Bundesverfassungsgerichts im Philippinischen Botschafts-Fall, dort hat das Gericht schlicht die diplomatische Protestnote des beklagten Staates berücksichtigt. Das Kostenproblem hat übrigens durchaus Proteste südamerikanischer Staaten in den USA ausgelöst gegen die exorbitanten, nichterstattungsfähigen Verfahrenskosten in Prozessen gegen diese Staaten, die sie im Ergebnis gewonnen haben, aber eben zu einem hohen Preis. Auch dieses Beispiel zeigt, dass das jeweilige prozessuale Umfeld der Staatenimmunität zu berücksichtigen ist.

Herr Haratsch: Ich bleibe innerhalb der zwei Minuten; ich kann mich leider nur auf die Freiheit der Wissenschaft berufen. Meine Frage richtet sich an Heike Krieger und es geht um das Erfordernis der Geltendmachung der Immunität vor Gerichten durch die Staaten. Ich glaube schon, dass dies in der Praxis etwas ändern würde, weil es nämlich das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrt. Dadurch geraten die Staaten mit Sicherheit stärker unter Druck. Das ist ja auch der Sinn dieser Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Und hier setzt mein Bedenken an: Wenn die Staaten unter Druck geraten, kann es dann nicht passieren, dass es Unterschiede bei der Behandlung der Staaten gibt? Es wird Staaten geben, die sich mühelos politischem Druck jederzeit widersetzen können. Die Vereinigten Staaten von Amerika, China, Russland werden sich immer auf die Immunität berufen können und man wird sie ihnen nicht abverhandeln können. Staaten, die weniger mächtig sind, werden sich im Zweifel die Immunität „abkaufen“ lassen, wenn man sie politisch unter Druck setzt. Sie werden dann im Zweifel schon nachgeben, wenn sie mit entsprechenden Nachteilen konfrontiert werden. Und hier setzt ein weiteres Bedenken an: Wird damit das Institut der Immunität, das ja doch eine ganz zentrale und wichtige Bedeutung hat, nicht zum Spielball politischer Macht und politisiert? Wird es dadurch nicht Schaden nehmen? Danke.

Herr Paulus: Zu der Notifizierungspflicht ist jetzt eigentlich alles gesagt. Ich will die Gelegenheit nutzen, auf zwei weitere Punkte einzugehen. Der eine passt auch ganz gut zu Herrn Haratsch: der Druck, der auf Staaten ausgeübt wird. Wir haben in den Vereinigten Staaten das Phänomen, dass – nachdem die Rechtsänderung mehr oder weniger nicht durchgesetzt werden konnte – inzwischen erheblicher Druck auf die Staaten ausgeübt wird, auf Immunität zu verzichten. Ich denke an den georgischen Fall, wo allerdings die Schutzwürdigkeit des Betroffenen auch nicht so hoch einzuschätzen ist. Aber es stellt sich in der Tat die Frage, ob wir solchem Druck nicht Tür und Tor öffnen, wenn wir Immunität einschränken. Das heißt, dann gibt es keine Immunität für kleine Staaten mehr, für große sehr wohl.

Die nächste Frage ist nochmal eine grundsätzliche: es ist ja versucht worden, gerade im Sinne der Einschränkung der Immunität, sehr strikt zwischen persönlicher Immunität und Staatenimmunität zu unterscheiden. Ich hatte den Eindruck, dass das beim Internationalen Gerichtshof gar nicht so gut angekommen ist. Auch Hazel Fox, die – wie die Referenten heute – eine Kapazität auf dem Gebiet ist, hat dem auch ganz energisch widersprochen und die These vertreten, beide hätten letztlich die gleiche Wurzel. Insofern gilt als theoretische Frage: haben wir zwei verschiedene Immunitäten oder haben wir doch letztlich eine Immunität, die sich vom Staat ableitet, die aber im Punkt der persönlichen Immunität wegen des Schutzes des zwischenstaatlichen Verkehrs besonders stark ausgestaltet ist? Das führt bei der Frage der Eingrenzung gerade der Staatenimmunität unter Umständen zu verschiedenen Lösungen. Und der dritte Punkt

bezieht sich auf eine der angebotenen Lösungen in der Schweiz: ich finde die Unterscheidung zwischen hoch- und niederrangig schwierig, das finden auch die Schweizer Gerichte schwierig, wie man bei der einen Sekretärin gesehen hat, die in bestimmten kleinen Staaten dann auch gleich für den gesamten konsularischen Verkehr verantwortlich zu sein scheint. Ist es nicht eher doch eine Frage der Staatenimmunität, mit anderen Worten eine Frage der Abgrenzung zwischen solchen Angestellten, die hoheitliche Funktionen ausüben, und solchen, die das nicht tun?

Herr Klein: Es ist ja vielleicht bekannt, dass ich mich in meinem beruflichen Leben ausführlich mit Menschenrechten befasst habe. Trotzdem bin ich nicht der Meinung, dass alle anderen wichtigen Völkerrechtssätze dem bedeutsamen Postulat des Menschenrechtsschutzes einfach untergeordnet werden können. Sie haben ihre eigene Bedeutung neben dem Menschenrechtsschutz – und zu ihnen gehört die Staatenimmunität. Nun gibt es ja, wie wir wissen, zur Immunitätsregel keine generelle Menschenrechtsausnahme. Das Problem wurde verschiedentlich dadurch zu lösen versucht, dass man mit Normhierarchien arbeitet. Also insbesondere, wenn es sich um schwere Menschenrechtsverletzungen handelt – nehmen Sie das klassische Beispiel des Folterverbots, das zweifellos eine *Ius-cogens*-Norm ist. Dann hat man daneben die Immunitätsregel gestellt und gesagt: „Hier gibt es eine Hierarchie.“ Selbstverständlich muss die niedrigere Regel der *Ius-cogens*-Norm unterliegen. Eine solche Argumentation ist indes nur möglich, wenn es wirklich um einen Konfliktfall geht. Und genau das ist häufig überhaupt nicht der Fall, oder wird jedenfalls nicht genau nachgeprüft. Um einen Konflikt zu haben – um auf den Al Adsan-Fall zurückzukommen –, müsste klar sein, dass das Folterverbot, zweifellos eine *Ius-cogens*-Norm, inhaltlich eben nicht nur das Verbot zu foltern enthält sondern zusätzlich das Recht, einen Schadenersatzanspruch auch vor ausländischen Gerichten geltend zu machen und durchzusetzen. Dieser prozessuale Anhang an das Folterverbot müsste zumindest behauptet und nachgewiesen werden, bevor man mit der Hierarchieregel arbeiten kann. Das ist mir bisher in all diesen Argumentationen immer viel zu kurz gekommen, und deswegen mein Plädoyer, dass man, bevor man mit solchen Hierarchieregeln hantiert, überhaupt die Tatsache eines echten Normkonfliktes, einer Normkollision darlegen können muss. Vielen Dank.

Herr Nolte: Vielen Dank, Herr Klein. Das waren viele Fragen und ich bin gespannt, wie viele dieser Fragen jetzt beantwortet werden. Zunächst, so haben sich die Referierenden geeinigt, spricht Andreas Ziegler.

Herr Ziegler: Ja ich fange an und picke mir die Fragen heraus, die ich denke beantworten zu können. Die erste Frage von Prof. Hafner, specialis die Frage zu den Botschaftskonten: Effektiv, in dieser Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts werden also Konten als grundsätzlich verwertbar angesehen und es wird dem Staat eine Pflicht auferlegt, die so zu kennzeichnen, dass man zwischen hoheitlich verwendeten Konten und anderen unterscheiden kann. Jetzt kann man sich natürlich fragen, ob das völkerrechtlich kompatibel ist. Das ist ja, was Frau Krieger vorgeschlagen hat, eine prozessuale Pflicht, und hier kann man sogar von vornherein einem Staat vorwerfen, dass er es nicht gemacht hat. In der Rechtsprechung haben sie relativ pragmatisch quasi ein Zeichen gesetzt. Man kann nicht – es geht fast schon in das, was Herr Cottier

dann angesprochen hat – einfach rechtsmissbräuchlich im Nachhinein sagen, alle sind hoheitlich verwendet. Aber es ist auch wieder ein nicht ganz wasserdichtes System.

Zu August Reinisch, die Frage des diplomatischen Schutzes, innerstaatlicher Anspruch: Das ist auch ein Thema, mit dem wir uns heute auseinandersetzen. Hier zur Illustration, die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts: immerhin, der diplomatische Schutz darf nicht willkürlich verweigert werden – Willkürverbot. Wo man dann die Messlatte ansetzt, da ist natürlich das Problem nur ein bisschen verlagert, aber immerhin gibt es eine Begründung. Mir ist dazu spontan eingefallen: was man ja auch schon in der Vergangenheit oft sieht, ist, dass ein Staat im diplomatischen Schutz verhandelt (lump sum agreements). Ich denke an den Fall „Les emprunts russes“ (vgl. Décret no 98-366 du 6 mai 1998 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Fédération de Russie relatif au règlement définitif des créances réciproques entre la France et la Russie antérieures au 9 mai 1945), wo Frankreich sich mit Russland fast ein Jahrhundert, nachdem der Fall gestanden war, dann auf einen sehr niedrigen Betrag geeinigt und selbst gezahlt hat. Ob man da sagen kann, in der Schweiz gibt es die Funktion des Sonderopfers, also wenn man quasi im Interesse der außenpolitischen Interessen des Staates nicht den diplomatischen Schutz genießen kann oder dieser nicht voll ausgeschöpft wird, ob dann der Staat allenfalls in Erwägung ziehen will – im Wissen, eine einzelne Gruppe bringt ein Opfer für das Gesamtinteresse des Staates – da sind wir vielleicht bereit, das finanziell zu kompensieren. Dass wir sagen: ausgleichende Gerechtigkeit, weil der Staat wahrscheinlich Bedenken hätte, daraus einen Anspruch abzuleiten. Pragmatisch schweizerisch, Sie verstehen schon, da kann man sich finden.

Zu Prof. Basedow und den Kulturgütern: Ich glaube, da sprechen Sie eben auch wieder einen Bereich an, wo etwas im Umbruch ist. Bei den Liegenschaften, also diesen Kulturinstituten, wird es besonders schwierig. Bei den Bildern und Mobilkulturgütern wird es in der Praxis, meines Wissens, jetzt eben meistens so geregelt, dass man Garantierklärungen abgibt, um ganz sicher zu sein, trotz des Übereinkommens und trotz des völkergewohnheitsrechtlichen Standards. Trotzdem ist mir natürlich auch aufgefallen, Sie haben es vielleicht verfolgt: Die Tschechische Republik, als sie vor kurzem einige Schiedsgerichtsentscheide aus Investitionsschutzabkommen gegen sich gesehen hat, konnte man in den Zeitungen lesen, dass die Tschechische Republik sofort sämtliche Bilder repatriiert hat. Also da scheint schon, trotz allem, Unsicherheit zu herrschen. Da natürlich die Frage, auch von den Spezialisten in Kulturgütern, Schutz- und Kulturrecht: Wie kann man eine Lösung finden, die beide Interessen – die Interessen des Schutzes des Nationalkulturguts und der Möglichkeit des Austausches von Kulturgut – trotz dieser Möglichkeiten zur Vollstreckung noch aufrechterhalten kann.

Thomas Cottier zum Rechtsmissbrauch: Natürlich habe ich das Gefühl, dass die Staaten aus diplomatischen Gründen davor zurückschrecken, sich gegenseitig Rechtsmissbrauch vorzuwerfen. Und ich denke, wenn es – wie heute Nachmittag dann – um Staatenvertreter geht, geht man da etwas weiter. Ich bin auf diese Fälle nicht eingegangen, aber wenn man da z.B. die Strafprozesse in der Schweiz zu Geldwäscherei und Korruption anschaut, da geht man doch recht weit. Und das ist vielleicht eben dieser Gedanke: Die Funktion soll nicht missbraucht werden, auch wenn Diplomaten oder eben Staatenvertreter gewerblich tätig werden; selbst bezüglich bei internationalen Organisationen akkreditierten Personen gibt es solche Fälle, wo man sieht, dass man da noch etwas härter zugreift als gegen den Staat als Mitglied der internationalen Gemeinschaft.

Prof. Flessner, zum Notstand und der Einbringung dieses Arguments im Insolvenzverfahren: Das ist natürlich auch ein ganz tolles Thema, das ich hier ganz weggelassen habe und das ja auch gerade im Investitionsschutz, der mich auch sehr interessiert, aufgebracht wird. Zum Notstand haben wir die ganzen Fälle zu Argentinien gesehen. Also erstens kompliziert, weil teilweise widersprüchlich. Soll ein Staat den Notstand überhaupt geltend machen können, insbesondere wenn er sich wirtschaftlich betätigt hat? Inwieweit will man es ihm zugestehen, ist da *moral hazard*? Und von daher könnte man versuchen, es auf die Staatenimmunität zu übertragen, obwohl sich eigentlich, aber da kann man die Prozessrechtler hier fragen, die Frage stellt, ob der Anspruch überhaupt entstanden ist oder ob da eben eine Ausnahme besteht. Das macht es natürlich noch komplizierter.

Prof. Hofmann zu den *Claims Tribunals*: Sie haben recht, ich habe es auch in den Slides im Vortrag erwähnt. Das kann man ja als eine Art für mass claims geschaffenes Schiedsgericht ansehen, das passt für mich in diese Logik. Und dass der Staat oder internationale Organisationen in gewissen Situationen eben darauf einwirken können, so einen Ersatz zu schaffen, das finde ich auch interessant und denke, heute ist dieser Reflex auch eher da. Mir sind natürlich auch die Fälle aus Haiti eingefallen, mit dem Schaden, der da entstanden ist und dem großen menschlichen Leid, wo dann vielleicht auch die Mitglieder der Vereinten Nationen eben bereit sein müssen, bei Gefahren, die aus einer solchen Tätigkeit entstehen können – ich sage jetzt nicht Kausalhaftung – aber wenigstens großzügiger zu sein.

Markus Krajewski zu den Diplomaten: Das überlasse ich Heike Krieger. Da gibt es auch viel Rechtsprechung, die haben wir von den Vertretern der Außenministerien gehört, auch diese Weisungen, wie da gearbeitet wird, um diesem Missbrauch entgegenzuwirken.

Und als letztes zu Andreas Paulus: zu den niederrangigen Beamten – Beamten ist schon der falsche Ausdruck – zu den niederrangigen Angestellten. Natürlich ging es grundsätzlich darum zu sagen, die Diplomaten, die vom Staat als Diplomaten und dann auch mit der entsprechenden Immunität ausgestattet hierher kommen, sollen nicht doppelt geschützt sein. Also für die ist es quasi hoheitlich. Und für alle anderen stellt sich dann die Frage. Nun ist es natürlich auch hier so, dass man heute interessante Anstellungsverhältnisse hat, die gewählt werden. Ist das jetzt ein Mandat? Wie wurden die Leute angestellt? Man sieht auch da in der Judikatur die Arten von Verträgen, wie die ausgestaltet werden. Da möchte man den Missbrauch natürlich auch nicht fördern und darum habe ich das Gefühl, auch dort wäre ein pragmatischer Ansatz für niedere Angestellte relativ klar: die muss man schützen. Und dann besteht dieser Graubereich. Ich habe diesen Fall mit der Sekretärin, die sehr umfassende Kompetenzen hatte, extra erwähnt, da kann man sich auch streiten. Und dogmatisch richtig ausgeführt ist das in dem Urteil natürlich nicht.

Frau Krieger: Ja, vielen Dank für die vielen anregenden Fragen und Stellungnahmen. Ich versuche, allen in der mir verbleibenden Zeit gerecht zu werden.

Herr Hafner, Immunität als Zuständigkeitsausübungsregel: Mit dem Begriff möchte ich Immunität vergleichen mit der Subsidiarität im Europarecht und sagen, dass die Zuständigkeit natürlich erst einmal nach den klassischen Regeln begründet werden muss, um dann zu fragen, ob sie auch ausgeübt werden darf. Dieser zweite Aspekt wird

durch die Immunität geregelt. Das ist der Vergleich, den ich ziehen möchte. Sie werfen einen wichtigen Punkt auf für die Spezialmissionen. Inwieweit kann Staatenpraxis hier überhaupt Grundlage für eine gewohnheitsrechtliche Regel sein? Das Bestehen von Gewohnheitsrecht ist in dieser Hinsicht ja immer verneint worden, weil die Spezialmissionen auf Ad-Hoc-Vereinbarungen zwischen den Staaten beruhen. Mir scheint aber, dass sich im letzten Jahrzehnt jedenfalls so viel Praxis auf diese Art entwickelt hat, dass man doch argumentieren kann, gewisse Grundlinien sind jetzt auch im Gewohnheitsrecht verankert. Und dazu würde ich zählen: den weiten Kreis der Begünstigten – ganz im Sinne von Herrn Zellweger, dass einfach eine Notwendigkeit besteht, Repräsentanten mit einzubinden, die nicht Staatsorgane sind oder nicht im Range eines Regierungsmitglieds stehen; der Konsens des Empfangsstaates, dessen Erforderlichkeit – meine ich – ist heute geklärt; und die volle Immunität im Strafverfahren. Diesen drei Regeln würde ich gewohnheitsrechtliche Geltung zusprechen wollen.

Zum Komplex der internationalen Organisationen und des alternativen Rechtsschutzes: Alternativer Rechtsschutz bedeutet aus meiner Sicht zunächst einmal im Lichte der EGMR-Rechtsprechung angemessener, äquivalenter Rechtsschutz, d.h. es muss nicht die gleiche Rechtsschutzgewährung wie im innerstaatlichen Bereich sein. Ich gehe schon davon aus, dass auf internationaler Ebene Besonderheiten bestehen, die zur Folge haben, dass wir nicht die innerstaatlichen Prinzipien eins zu eins ins internationale Recht übertragen können. Insofern muss man da auch im Einzelfall Abstriche hinnehmen. Die Frage des mangelnden Anspruchs auf diplomatischen Schutz möchte ich aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts betrachten. Wir haben ja einen Anspruch auf diplomatischen Schutz, nur eben mit einem weiten Ermessensspielraum für die Regierung. Den Anspruch auf diplomatischen Schutz hat auch der EGMR mittlerweile formuliert im Ilascu-Fall. In Nada hat das auch vor den Schweizer Gerichten eine Rolle gespielt. Und ich finde, der Anspruch auf diplomatischen Schutz lässt sich sehr gut aus den Schutzpflichten begründen. Aber Schutzpflichten belassen eben Ermessensspielräume, was wieder gerechtfertigt erscheint, wenn man die außenpolitischen Bedingungen der Ausübung diplomatischen Schutzes im Einzelfall betrachtet. Aber vielleicht wäre hier ein höheres Maß an Verrechtlichung erforderlich.

Dann bei den internationalen Organisationen, die Frage nach den Public Private Partnerships: Frau Schmalenbach hatte gefragt, ob diese Entwicklung nicht auch die Frage nach dem Rechtsschutz aufwirft: ja, das tut sie sicherlich. Man kann zum einen beobachten, dass sich der Global Fund to fight AIDS im Grunde wieder in Richtung einer internationalen Organisation entwickelt hat. Der Fund hat sich mittlerweile der Zuständigkeit des ILO-Tribunals unterworfen und auch dafür gesorgt, dass die Generalversammlung ihm einen Beobachterstatus einräumt und damit einer internationalen Organisation gleichstellt. Wir haben noch andere Organisationen, die in einer ähnlichen Doppelstellung stehen, wie GAVI. Das ist eine Impforgorganisation, die aber zum Beispiel noch nicht beim Tribunal ist. Hier wird man Vieles auch noch einmal durchdenken müssen oder sogar gerichtlich durchexerzieren.

Dann die Frage, Herr Hoffmann und Herr Ruffert, wie ist es mit den Vereinten Nationen: Ich unterstütze auch sehr die Ansicht, dass wir Fälle von massenhaften Menschenrechtsverletzungen über Claims Commissions lösen müssen. Ich meine, dass diese ganzen kriegsrechtlichen Fälle oder Folgeschäden von bewaffneten Konflikten nicht vor der nationalen Zivilgerichtsbarkeit aufbereitet werden können, sondern das muss auf der internationalen Ebene im Kontext einer Konfliktlösungsregelung oder eines

Friedensvertrages geschehen und ich halte die United Nations Claims Commissions im Prinzip nach wie vor für ein gutes Beispiel. Wie verhält es sich hier zu Art. 6 EMRK? Da besteht das besondere Konkurrenzproblem mit Art. 105 und 103 der UN-Charta und im Verhältnis zu Art. 6 EMRK würde ich im Grundsatz einen Vorrang sehen. Ich bin auch der Meinung, Herr Ruffert, bei der UN-Gebietsverwaltung liegt die Lösung an einer anderen Stelle und das habe ich in der Literatur schon oft vertreten. Meines Erachtens ist gerade die Entscheidung des EGMR im Fall Behrami und Saramati völlig falsch. Entweder wir richten auf Ebene der UN gerichtsförmige Instanzen ein, die Rechtsschutz gegen Menschenrechtsverstöße bieten, die jedenfalls auch den UN zuzurechnen sind, oder wir müssen die Truppen stellenden Staaten in Verantwortung nehmen, dort wo sie für die Aufrechterhaltung der Sicherheit verantwortlich sind. Und wenn Deutschland an einer Mission beteiligt ist und Menschenrechtsverletzungen von deutschen Soldaten begangen werden, dann muss das vor die deutschen Gerichte gehen. Das halte ich immer noch für die angemessene Lösung.

Dann hatten wir die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit: In der Tat ist die Idee „The Queen can do no wrong“ im Grunde auch eine der Quellen für die Gewährung von Immunität. Diese Idee stammt aus dem angloamerikanischen Recht, dass die innerstaatliche Immunität des Staates und des Staatsoberhauptes parallel zur äußeren Immunität gelagert sein muss. Hierbei handelt es sich aber um eine der Rechtfertigungsstrategien, die ich heute nicht mehr anerkennen würde. Das knüpft auch an die Frage von Andreas Paulus an nach der unterschiedlichen Herleitung persönlicher Immunität und der Staatenimmunität. Ja, Immunität *ratione personae* wurde im Grunde aus dem Status des souveränen Monarchen hergeleitet und hat dann eine gemeinsame Wurzel mit der Staatenimmunität in der alten Idee der Würde des Staates und der Würde des Staatsoberhauptes aus der Zeit, als Staatsoberhaupt und Staat ein und dasselbe waren. Diese Rechtfertigung taucht auch immer noch einmal auf in Entscheidungen. Aber ich halte sie für unsachgemäß. Aus einer modernen Perspektive auf Souveränität und die Funktionsgebundenheit von Souveränität meine ich, dass wir die Statusrechtfertigungen für Immunität verbannen und uns einer rein funktionalen Betrachtungsweise zuwenden sollten, weil solche Rechtfertigungen Immunität nachvollziehbarer und erklärbarer machen.

Zu den Hausangestellten: Herr Hector sagte, eine Reform von Staatenseite ist nicht wahrscheinlich, das glaube ich auch. Aber man darf nicht übersehen, dass in den Menschenrechtsorganen seit fünf Jahren massiver Druck auf diese Frage aufgebaut wird, die bei uns in Deutschland jetzt erst langsam ankommt. In den USA wird das schon viel länger intensiv diskutiert, da gibt es eine umfangreiche Literatur in den Zeitschriften, die auch Ihre Lösung ansprechen, Herr Uerpmann. Das Problem ist nur: die Gerichte sind dem bislang nicht gefolgt. Man muss zudem im Hinblick auf alternative Rechtsschutzmöglichkeiten sagen, dass das Verfahren in Deutschland zwar noch anhängig ist, weil der Diplomat eben nicht mehr akkreditiert ist, das Land verlassen hat und jetzt nicht mehr den Schutz *ratione personae* hat – also kann man auch das Verfahren weiterführen. Dann stellt sich aber die Frage: Kann man jemals vollstrecken? Und die Frage stellt sich für alle Immunitätsausnahmen, ob man wirklich jemals vollstrecken kann. In den USA gibt es all diese Verfahren auf Grundlage einer Immunitätsausnahme für Fälle staatlich unterstützten Terrorismus. Da werden über 300 Mio. US-Dollar Schadensersatz zugesprochen. Doch die meisten dieser Entscheidungen sind laut meiner Quellen bisher nicht vollstreckt worden. Das ist eben auch

eine faktische Grenze dieser Immunitätsausnahmen. Eine Alternative, die Frankreich für Hausangestellte vorsieht, ist, den französischen Staat zur Verantwortung zu ziehen und zu sagen: „Das ist ein Sonderopfer; wir verlangen von den Bürgern, die wegen völkerrechtlicher Regelungen und Immunitätsgewährungen ihre Rechte nicht durchsetzen können, ein Sonderopfer.“ Also muss von staatlicher Seite entschädigt werden. Ich finde das einen interessanten Gedanken, den man auch noch einmal weiter verfolgen könnte.

Dann vielleicht noch als letzten Punkt die Frage nach meinem Änderungsvorschlag. Und das bringt mich in die für mich doch etwas erstaunliche Situation, dass ich jetzt eigentlich ein wenig eine Gegenrede zu dem führen muss, was ich vorher gesagt habe, und noch einmal darauf hinweisen muss, warum denn die Anliegen bei schwersten Menschenrechtsverletzungen auch vor nationalen Gerichten Verantwortlichkeit herzustellen, nicht so fehlgeleitet sind, dass wir nun gar nicht darauf reagieren und ganz fest an den alten Regelungen festhalten wollten. Herr Hector sagte, der Internationale Strafgerichtshof sei ein besseres Instrumentarium. Aber der Internationale Strafgerichtshof gerät an Belastungsgrenzen. Der Internationale Strafgerichtshof hat extrem lange Verfahren. Die Wirkung des Internationalen Strafgerichtshofs in den Regionen ist sehr schwierig empirisch nachzuweisen. Die Akzeptanz des Internationalen Strafgerichtshofs in Afrika leidet. Ich führe im Moment ein Forschungsprojekt zur Durchsetzung von humanitärem Völkerrecht durch, in dem wir diese Frage untersuchen. Und man sieht, dass der Internationale Strafgerichtshof kein Allheilmittel ist. Das heißt, wir müssen auch nach anderen Rechtswegen schauen. Der Rechtsweg, den ich vorzugsweise finde, ist der Rechtsweg vor den eigenen nationalen Gerichten, ist die eigenständige Aufbereitung des vergangenen Unrechts in der eigenen Nation, in dem eigenen Staat. Aber auch das funktioniert nicht immer. So wurden im Kongo in den letzten zehn Jahren nur etwa 15 Verfahren geführt, alle gegen niederrangige Soldaten oder Mitglieder der bewaffneten Gruppen. Kein Regierungsmitglied ist im Kongo bislang zur Verantwortung gezogen worden. Es sind Ansätze da, so ist es nicht. Und diese muss man fördern. Aber wie fördert man sie? Da liegt die Aufgabe der internationalen Gemeinschaft: In dem Moment, als der Kongo sah, dass Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof drohen, hat man angefangen, die eigene Rechtsordnung zu ändern, weil man zeigen wollte, dass weitere Verfahren vor dem ICC nicht erforderlich sind. Das zeigt, dass der Druck, der aus Europa aufgebaut wird, in den Regionen etwas ändern kann. Nehmen Sie ein anderes Beispiel: Der Bürgerkrieg in Guatemala, der jahrelang nicht aufbereitet war. Mittlerweile aber gibt es Verfahren in Spanien und in den USA. Und was haben diese Verfahren ausgelöst? Guatemala hat in diesem Jahr selbst sein ehemaliges Staatsoberhaupt vor Gericht gestellt. Das zeigt, die politische Wirkung der Aufbereitung schwerster Menschenrechtsverletzungen durch Verfahren überall auf der Welt ist ja vorhanden. Und die Politisierung ist insofern auch längst durch die transnationalen Akteure herbeigeführt und diese Akteure werden sich die Wege suchen, die ihnen zur Verfügung stehen. Und vor diesem Hintergrund sehe ich nicht, dass der Druck auf die Gerichte aufhören wird, nur weil es gute völkerrechtliche Gründe gibt, an den Immunitätsregeln festzuhalten. Sondern ich glaube, das Recht muss sich ein bisschen bewegen. Und ich meine, dass die prozessuale Lösung eine solche vorsichtige Bewegung sein könnte, weil ich sie begrenzen würde. Selbstverständlich fände sie keine Anwendung auf den Fall der Türkei, den Sie, Herr Hector, genannt haben, sondern nur auf ehemalige Funktionsträger und Staatsoberhäupter

bei schweren Menschenrechtsverletzungen. Und nur in den Fällen könnte man die Vermutung umdrehen, so dass der betroffene Staat die Immunität seiner Organe zumindest notifizieren muss, was den Vorzug hat, dass der Staat dann auch klarstellt, dass er die Verantwortung übernimmt für die Verbrechen, die von seinen Staatsorganen begangen worden sind. Das hat der IGH im Fall Dschibouti v. Frankreich ausdrücklich formuliert. In dem Moment, in dem der Staat sich hinstellt und sagt „ja, das ist mein Staatsorgan, und es hat hoheitliche Aufgaben wahrgenommen“, übernimmt der Staat auch die Verantwortung. Und es geht bei der Diskussion von Immunitätsausnahmen für schwerste Menschenrechtsverletzungen vor allem um Verantwortungsherstellung. Insofern möchte ich diesen Vorschlag noch nicht aufgeben, sondern erst einmal weiterdiskutieren. Ich danke Ihnen.

(Applaus)

Herr Nolte: So, ich denke, nicht nur unsere Vortragenden, sondern auch die Fragenenden und unsere ganze Diskussion haben einen Applaus verdient. Das war ein sehr intensiver Morgen, an dem wir alle viel gelernt haben und weitergekommen sind.

Immunität von Staatsbediensteten*

Von Prof. Dr. Stefan Talmon, M.A. (Oxford), LL.M. (Cambridge)

- I. Einführung
- II. Grundlagen der Immunität der Staatsbediensteten
 1. Spannungsfeld zwischen souveräner Gleichheit und territorialer Souveränität
 - a) Funktionelle Immunität als Folge der souveränen Gleichheit der Staaten
 - b) Personale Immunität als Einschränkung der territorialen Souveränität
 - c) Das Verhältnis von funktioneller und personaler Immunität
 2. Immunität der Staatsbediensteten als Recht der Staaten
- III. Funktionelle Immunität
 1. Anwendungsbereich der funktionellen Immunität
 2. Einschränkung der funktionellen Immunität
 - a) Von der absoluten zur restriktiven Immunität
 - (1) Nichthoheitliche Amtshandlungen
 - (2) Die völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen
 - b) Weitere Einschränkungen bei schwersten Menschenrechtsverletzungen
 - (1) Dogmatische Begründungsansätze
 - (a) Die Begründungen der Lordrichter im *Pinochet*-Fall
 - (i) Völkerrechtliche Verbrechen sind keine hoheitlichen Amtshandlungen
 - (ii) Keine Immunität bei Verletzung des *jus cogens*
 - (iii) Konkludenter Immunitätsverzicht durch Vertrag
 - (iv) Keine Immunität für Straftaten, die hoheitliches Handeln voraussetzen
 - (b) Immunitätsentzug als Gegenmaßnahme
 - (2) Einschränkungen durch neues Völkergewohnheitsrecht
 - (a) Entwicklungsstand des Völkergewohnheitsrechts
 - (b) Vorteile des völkergewohnheitsrechtlichen Ansatzes
 3. Reaktionen auf die Einschränkung der funktionellen Immunität
 - a) Einschränkende Auslegung des Weltrechtsprinzips durch die Gerichte
 - b) Gesetzliche Begrenzung der Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen
 - c) Ausdehnung des Begriffs der „Spezialmission“
- IV. Personale Immunität
 1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs der personalen Immunität
 2. Gründe für die Ausweitung der personalen Immunität
 - b) Einschränkung der funktionellen Immunität
 - a) Ausdehnung der extrritorialen Gerichtsbarkeit
 3. Universelle personale Immunität
 4. Unterschiedlicher Umfang der personalen Immunität
 5. Unterscheidung zwischen fortwirkender personaler und funktioneller Immunität
- V. Schadensersatzansprüche Privater gegen den die Immunität gewährenden Staat
- VI. Immunität von der Gerichtsbarkeit internationaler oder internationalisierter Strafgerichte
 1. Nichtbestehen eines generellen Immunitätsausschlusses
 2. Determinanten für das Bestehen von Immunität
 - a) Rechtsgrundlage für die Errichtung des Strafgerichts
 - b) Materielle Zuständigkeit des Gerichts
 - c) Ort des Tatgeschehens

* Die Power Point Präsentation zu den am 15. März 2013 in freier Rede vorgetragenen Thesen des Referats findet sich unter der Rubrik „Vorträge“ auf <http://www.jura.uni-bonn.de/talmon>.

3. Reaktionen auf das Nichtbestehen funktioneller Immunität vor dem Internationalen Strafgerichtshof
 - a) Aussetzung der Ermittlungen und Strafverfolgung durch den UN-Sicherheitsrat
 - b) Begründung ausschließlicher Gerichtsbarkeit durch den UN-Sicherheitsrat
 - c) Abschluss von „Artikel 98-Abkommen“

VII. Schlussbemerkung

Thesen

Summary

I. Einführung

Was unterscheidet Silvio Berlusconi, Donald Rumsfeld, Papst Benedikt XVI. oder auch Paul Kagame von Adolf Eichmann, Manuel Noriega, Augusto Pinochet oder Slobodan Milošević? – die kurze Antwort ist: Immunität. Erstere haben sich erfolgreich darauf berufen; letzteren wurde sie verweigert. Für hochrangige Staatsbedienstete, insbesondere für ehemalige Staats- und Regierungschefs, ist die Immunität eine Art „Versicherungspolice“ für ihr amtliches Handeln. In den letzten Jahren ist die Immunität der Staatsbediensteten „Angriffen“ von zwei verschiedenen Seiten ausgesetzt worden: Auf der einen Seite kam es zur Ausdehnung der extraterritorialen Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte und der Schaffung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, auf der anderen Seite kam es zu Einschränkungen sowohl der personalen als auch der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten. Bei der Immunität geht es immer um Immunität von Gerichtsbarkeit. Diese beiden Institute sind untrennbar miteinander verbunden. Durch die Ausdehnung der nationalen und internationalen Gerichtsbarkeit und die Einschränkung der Immunität ist die Immunität der Staatsbediensteten gleichsam zwischen Hammer und Amboss geraten.

Allgemeine Ausführungen zur Immunität der Staatsbediensteten sind nur mit Vorsicht zu machen. Dies hat seinen Grund darin, dass die Immunität der Staatsbediensteten noch immer weitgehend durch das Völkergewohnheitsrecht geregelt wird; dieses ist aber in dieser Frage „kompliziert und unsicher“.¹ Immunitätsfragen werden heute hauptsächlich von nationalen Gerichten entschieden, so dass es sich bei der Staatenpraxis letztlich um reine Gerichtspraxis handelt. In der derzeitigen Diskussion über die Immunität der Staatsbediensteten scheint Entscheidungen von Gerichten des anglo-amerikanischen Rechtskreises dabei ein überproportionales Gewicht zuzukommen. So sind von den 116 Entscheidungen zur Frage der Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit, die im Jahr 2008 vom Generalsekretariat der Vereinten Nationen zusammengestellt wurden, 78 Entscheidungen Gerichten des anglo-amerikanischen Rechtskreises zuzuordnen, darunter allein 56 Entscheidungen von US-Gerichten.² Bei Entscheidungen von Gerichten dieses Rechtskreises ist jedoch besondere Vorsicht geboten, da diese Immunitätsfragen nicht auf der Grundlage des Völkergewohnheitsrechts, sondern auf der Grundlage von sog. „Immunity Acts“ oder nach nationalem *common law* entscheiden. Zudem sind diese Gerichte oftmals in Fragen der Außenpolitik, einschließlich der Immunität ausländischer Staatsbediensteten

¹ So *Michael Akehurst*, *A Modern Introduction to International Law*, 1970, 147.

² Siehe *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/596 (31.3.2008), 184-192.

teter, an die Stellungnahmen der Exekutive gebunden, die durch sog. „*Foreign Office Certificates*“ oder „*Suggestions of Immunity*“ in das Gerichtsverfahren eingeführt werden.³ Der Inhalt dieser Erklärungen der Exekutive in Immunitätsfragen wird jedoch oftmals mehr von außenpolitischen Überlegungen als von rechtlichen Gesichtspunkten bestimmt, insbesondere in Ländern wie den Vereinigten Staaten von Amerika, die davon ausgehen, dass es sich bei der Immunität nicht um ein Recht der Staaten, sondern um eine Frage der *Courtoisie* (*comity*) handelt. Gerade Entscheidungen von US-amerikanischen und englischen Gerichten sollten deshalb nicht immer für „völkerrechtlich bare Münze“ genommen werden. Dies gilt insbesondere für die berühmten *Pinochet*-Entscheidungen des House of Lords.⁴

II. Grundlagen der Immunität der Staatsbediensteten

1. Spannungsfeld zwischen souveräner Gleichheit und territorialer Souveränität

Die Immunität der Staatsbediensteten von der nationalen Gerichtsbarkeit anderer Staaten steht im Spannungsverhältnis zweier Strukturprinzipien des Völkerrechts: der souveränen Gleichheit der Staaten und der territorialen Souveränität der Staaten. Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat dieses Spannungsverhältnis im *Jurisdictional Immunities of the State*-Fall wie folgt umschrieben:

„The Court considers that the rule of State immunity [...] derives from the principle of sovereign equality of States, which [...] is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle [of sovereign equality] has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. *Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it.*“⁵

Auf der einen Seite steht das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten. Danach sitzen Gleiche über Gleiche nicht zu Gericht (*par in parem non habet imperium*). Dieses Prinzip wird weitgehend als Grundlage der ursprünglich absoluten Staatenimmunität anerkannt.⁶ So erklärte Deutschland vor dem IGH: „The rules governing sovereign immunity [...] derive from the principle of sovereign equality“.⁷ Auf der anderen Seite steht das Prinzip der territorialen Souveränität, wonach sich alle Personen, die sich im Gebiet eines Staates aufhalten, der Hoheitsgewalt dieses Staates unterwerfen. Wer immer sich in das Gebiet eines anderen Staates begibt, unterwirft sich dessen ur-

3 Vgl. *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 773 (4th Cir. 2012): „In considering the contours of foreign official immunity, we must draw from the relevant principles found in both international and domestic immunity law, as well as the *experience and judgment of the State Department, to which we give considerable, but not controlling, weight*“ (Hervorhebung durch Verf.).

4 Zu den *Pinochet*-Entscheidungen siehe unten Abschn. III.2.b.(1)(a). Dass diese auf der Grundlage des britischen *State Immunity Act 1978* ergangen sind, hat Lord *Hoffmann* ausdrücklich hervorgehoben; siehe UK, House of Lords, *Jones v. Saudi Arabia; Mitchell v. Al-Dali*, 14 June 2006, [2007] 1 A.C. 270, 302-304, §§ 86-94 (per Lord Hoffmann).

5 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports 2012, 99, 123-124, § 57.

6 Vgl. *Xiaodong Yang*, *State Immunity in International Law*, 2012, 51-52, 54.

7 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, 12 June 2009, § 92.

sprünglich absoluter Gerichtsbarkeit. Bei der Immunität der Staatsbediensteten geht es letztendlich um den Ausgleich dieser beiden Strukturprinzipien des Völkerrechts. Vor diesem Hintergrund haben sich die beiden Immunitätsformen der funktionellen Immunität (*ratione materiae*) und personalen Immunität (*ratione personae*) der Staatsbediensteten entwickelt.

a) *Funktionelle Immunität als Folge der souveränen Gleichheit der Staaten*

Die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten, d.h. ihre Immunität für Amtshandlungen (*official acts*), folgt aus der Immunität des Staates und damit aus dem Strukturprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten.⁸ Grund hierfür ist, dass der Staat als juristische Person selbst nicht handeln kann, sondern durch seine Bediensteten handelt.⁹ Das Verhalten seiner Bediensteten ist dem Staat als eigenes zurechenbar. Ein gerichtliches Verfahren gegen seine Bediensteten für deren Amtshandlungen käme im Ergebnis einem Verfahren gegen den Staat selbst gleich. Um dies zu verhindern, haben die Staatsbediensteten teil an der Immunität ihres Staates, soweit sie in amtlicher Eigenschaft handeln.¹⁰ Grund für die funktionelle Immunität ist der Schutz der Souveränität des Staates. Die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten wurde nicht in einem völkergewohnheitsrechtlichen Prozess von den Staaten geschaffen, sondern ergibt sich ebenso wie die Staatenimmunität *a priori* unmittelbar aus dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten. Wie diese war auch die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten ursprünglich absolut.¹¹ Daraus ergibt sich aber, dass alle Einschränkungen der (ursprünglich absoluten) funktionellen Immunität entweder auf Vertrag oder Völkergewohnheitsrecht beruhen müssen. Die Beweislast für (weitere) Einschränkungen obliegt dem Staat, der diese geltend macht.

b) *Personale Immunität als Einschränkung der territorialen Souveränität*

Aus dem Strukturprinzip der territorialen Souveränität folgt, dass alle Individuen, unabhängig davon, ob ausländische Staatsbedienstete oder Privatpersonen, die sich im Territorium eines Staates aufhalten, der absoluten und ausschließlichen Hoheitsgewalt dieses Staates unterworfen sind.¹² Wer immer sich in das Gebiet eines Staates begibt, unterwirft sich dessen Territorialhoheit und der Möglichkeit straf-, zivil- und verwaltungsgerichtlicher Verfahren vor seinen Gerichten. Diese absolute Gerichtsbarkeit erstreckte sich ursprünglich auch auf ausländische Staatsbedienstete, die sich im Hoheitsgebiet des Staates aufhielten; d.h. auch Diplomaten genossen nicht immer Immunität von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates.¹³ Noch im Jahr 1777 schrieb

8 Siehe z.B. Italy, Court of Appeal, 1st Criminal Section, *Lozano (Mario Luiz) v. Italy*, Appeal Judgment, Case No. 31171/2008 (24.7.2008) ILDC 1085 (IT 2008), H3. Siehe auch UN Docs. A/C.6/66/SR.13 (30.11.2011), 8, § 44; A/C.6/67/SR.13 (24.12.2012), 6, § 30 (Iran).

9 Siehe *Hans Kelsen*, Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? (1947) 1 *International Law Quarterly* 153, 159.

10 Vgl. z.B. *Yousuf v. Samantar* (Fn. 3), 774; *Lyders v. Lund*, 32 F.2d 308, 309 (D.C. Cal. 1929).

11 Vgl. *Rosanne van Alebeek*, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal and International Human Rights Law, 2008, 13, 135-136.

12 Siehe *Robert Jennings/Arthur Watts* (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edn., 1992, 384, 904-905. Siehe auch *The S.S. "Lotus"* (1927), PCIJ, Series A, No. 10, 69, § 3 (diss. op. Moore).

13 Siehe *R.K. Simmonds*, *Privilèges diplomatiques et naissance de la fiction de l'exterritorialité* (1959) 36-37, *Revue de droit international et de droit comparé* 170, 184-192; *Edgar Loening*, Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne, 1903, 24-26.

David Georg Struben, dass es eine „streitige Rechtsfrage [sei]: Ob Könige und Fürste, deren Abgesandte und in ihrem Nahmen handelnde Bediente, wenn sie sich in eines anderen Herrn Lande befinden, dessen Gerichtsbarkeit unterworfen, und aus einem Contract daselbst belangt werden können!“¹⁴ Anders als die funktionelle Immunität folgt die personale Immunität bestimmter ausländischer Staatsbediensteter nicht aus einem Strukturprinzip des Völkerrechts, sondern wurde über mehrere Jahrhunderte in einem völkergewohnheitsrechtlichen Prozess durch die Praxis und *opinio juris* der Staaten geschaffen. Dies wird in der Immunitätsentscheidung des US-amerikanischen Supreme Court aus dem Jahr 1812 im Fall *The Schooner Exchange v. McFaddon* deutlich. Dort heißt es:

„The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily *exclusive and absolute*. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. [...] All exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the *consent of the nation itself*. [...] This perfect equality and absolute independence of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which *every sovereign is understood to waive the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction*, which has been stated to be the attribute of every nation.“¹⁵

An anderer Stelle heißt es zur Grundlage der Immunität ausländischer Diplomaten, dass die Immunität von der Regierung des Empfangsstaates eines Diplomaten „gewährt“ wird.¹⁶ Dass die personale Immunität der Gesandten auf der Zustimmung des Empfangsstaats beruht, wurde auch vom englischen Richter und Völkerrechtler, Sir Robert Phillimore, im Fall *The Charkieh* im Jahr 1873 bestätigt. Sir Robert antwortete auf die Frage, worauf die Immunität der Repräsentanten ausländischer Staaten von der staatlichen Gerichtsbarkeit beruhe:

„*Not upon* the possession on behalf of the sovereign of *any absolute right in virtue of his sovereignty* to this exemption; such a right on his part would be *incompatible with the right of the territorial sovereign*. [...] *The true foundation is the consent and usage of independent states*, which have universally granted this exemption from local jurisdiction in order that the functions of the representative of the sovereignty of a foreign State may be discharged with dignity and freedom, unembarrassed by any of the circumstances to which litigation might give rise.“¹⁷

Bei der personalen Immunität handelt es sich also um eine willentliche Einschränkung der territorialen Souveränität des Staates, der den ausländischen Staatsbediensteten empfängt.¹⁸ Auf den Punkt gebracht: Personale Immunität ist Verzicht auf Territorialhoheit. Grund für die personale Immunität ist nicht der Schutz der Staatensouveränität, sondern das Interesse der Staaten an der Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen. Als Kompensation für die Einschränkung der territorialen Souveränität darf der Empfangsstaat der Entsendung des ausländischen Staatsbediensteten in sein Territorium zustimmen und kann jederzeit verlangen, dass dieser sein Territorium wieder verlässt. Daraus haben sich die diplomatischen Regeln über das *agrément* und die

14 David Georg Struben, *Rechtliche Bedenken*, Dritter Theil, 2. Aufl., 1777, 47-48.

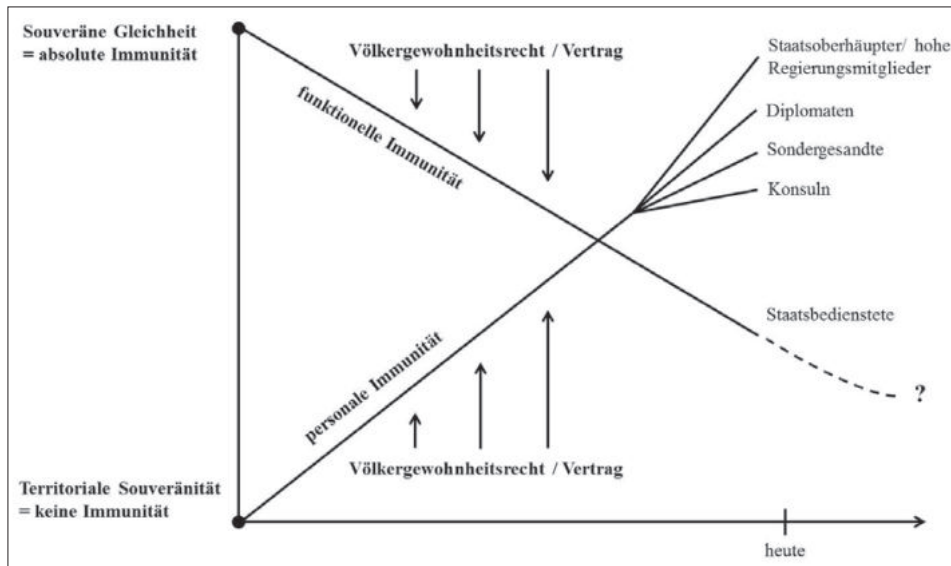
15 US Supreme Court, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 136-137 (1812) (Hervorhebung durch Verf.). Siehe auch ebd., 143.

16 Ebd., 138. Siehe auch Privy Council (Hong Kong), *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160, 176.

17 England, High Court of Admiralty, *The Charkieh* (1873) L.R. 4 A & E 59, 88.

18 Vgl. z.B. Spain, High Court (Tribunal Supremo), *Immunity of Diplomat's Wife Case*, 5 January 1967, 71 ILR 544, 545; Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 21.11.2003 – 4C.187/2003, BGE 130 III 136, 141.

persona non grata-Regel entwickelt. Dies bedeutet aber, dass die personale Immunität nur eingreift, wenn sich der ausländische Staatsbedienstete mit Zustimmung der Regierung im Empfangsstaat aufhält. Die personale Immunität kann einem anderen Staat nicht aufgedrängt werden.¹⁹ Die Einschränkung der territorialen Souveränität kann entweder auf einem einseitigen (konkludenten) Verzicht, Vertrag oder Völkergewohnheitsrecht beruhen. Die Beweislast für das Bestehen sowie jede (weitere) Ausweitung der personalen Immunität obliegt damit dem Staat, der diese geltend macht.



Entwicklung der funktionellen und personalen Immunität

c) Das Verhältnis von funktioneller und personaler Immunität

Das Strukturprinzip der territorialen Souveränität genießt Vorrang vor dem Strukturprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten, zumindest soweit es um Personen und Handlungen im Territorium eines Staates geht. Für die Immunität ausländischer Staatsbediensteter bedeutet dies, dass sie für ihre (hoheitlichen) Amtshandlungen im Territorium des Gerichtsstaates keine funktionelle Immunität genießen.²⁰ Dies wird durch die Staatenpraxis bestätigt. So genießen z.B. Spione keine Immunität für ihre Spionagetätigkeit im oder in Bezug auf den Gerichtsstaat, obwohl es sich bei der Spionage um eine hoheitliche Tätigkeit handelt.²¹ Auch Soldaten, Polizeibeamte und andere Staatsbedienstete genießen keine funktionelle Immunität für hoheitliche Tätigkeiten

19 Vgl. EuGH, Rs. 364/10, *Ungarn/Slowakei*, Urteil v. 16.10.2012, Slg. 2012, §§ 46-52; England, High Court, Queen's Bench Division (Divisional Court), *Khurts Bat v. Investigating Judge of German Federal Court*, 29 July 2011, 147 ILR 633, 645, § 27; 646, § 29; 660-663, §§ 91-101.

20 Siehe z.B. *Khurts Bat* (Fn. 19), 660-663, §§ 91-101.

21 Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, § 41. Siehe auch *Quincy Wright*, Legal Aspects of the U-2 Incident (1960) 54 American Journal of International Law 836, 850-851. Siehe weiter UN Doc. A/C.6/63/SR.23 (21.11.2008), 3, § 15 (Österreich).

im Gerichtsstaat.²² So stellte das OLG Nürnberg fest, dass „die allgemeinen Regeln des Völkerrechts [...] nicht die Strafgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der auf ihrem Hoheitsgebiet stationierten ausländischen Truppen [begrenzen].“²³ Die mangelnde Immunität auch für Amtshandlungen ist mit einer der Gründe für den Abschluss von Truppenstationierungsverträgen (*Status of Forces Agreements – SOFAs*), in denen auch die Frage der Gerichtsbarkeit über „strafbare Handlungen, die sich aus einer Handlung oder Unterlassung in Ausübung des Dienstes ergeben“, geregelt wird.²⁴ Dies wäre bei bestehender funktioneller Immunität überflüssig. Für die Frage der Immunität zweier italienischer Marinesoldaten, die im Dezember 2012 im Rahmen der Pirateriebekämpfung zwei indische Fischer getötet haben, kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob diese innerhalb oder außerhalb des indischen Küstenmeers, d.h. indischen Staatsgebiets, gehandelt haben.²⁵ Als der amerikanische Geheimdienst CIA im Jahr 2003 den des Terrorismus verdächtigen *Abu Omar* in Mailand auf offener Straße kidnappte und nach Ägypten entführte, verneinten die italienischen Gerichte eine funktionelle Immunität der beteiligten Geheimagenten.²⁶ Auch die Bediensteten einer Exilregierung genießen für ihre Amtshandlungen im Aufnahmestaat keine funktionelle Immunität.²⁷

Dass alle Personen, die sich im Territorium eines Staates aufhalten, dessen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, mag erklären, warum *Hugo Grotius* die Fiktion der „Exterritorialität“ wählte, um die Befreiung bestimmter Personen, wie z.B. Diplomaten, von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates zu erklären.²⁸ Aus der Fiktion der Exterritorialität entwickelte sich im 20. Jahrhundert das Rechtsinstitut der personalen Immunität der Diplomaten und anderen Staatsbediensteten, die sich im Territorium eines anderen Staates mit Zustimmung der Regierung dieses Staates aufhalten. Diese personale Immunität war jedoch zunächst auf Handlungen der ausländischen Staatsbediensteten im Empfangsstaat beschränkt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das Spannungsverhältnis zwischen der souveränen Gleichheit und der territorialen Souveränität der Staaten hat zur Herausbildung von zwei verschiedenen Immunitätsformen geführt. Für Handlungen ausländischer Staatsbediensteter im Gerichtsstaat kommt nur die personale Immunität in Betracht,

22 Siehe z.B. Ireland, Supreme Court, *Saorstat and Continental Steamship Company, Ltd. v. Rafael de las Morenas*, [1945] Irish Reports 291, 301 („I am not aware of any rule of international law under which mere agents of a foreign State can claim immunity from the jurisdiction of the Courts of the State in which they are carrying out their duties“).

23 OLG Nürnberg, Beschluss v. 12.8.1975 – Ws 386/74, NJW 1975, 2151, 2152.

24 Siehe Art. VII Abs. 3(a)(iii) des Abkommens zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags über die Rechtsstellung ihrer Truppen v. 19.6.1951, BGBl. 1961 II 1190.

25 Siehe z.B. Fishermen killing: Italy summons Indian envoy, 7 March 2012, <http://www.hindustantimes.com/>.

26 Siehe Tribunal of Milan (Court of First Instance), *Public Prosecutor v. Adler and ors*, First instance judgment, No 12428/09; 1 February 2010, ILDC 1492 (IT 2010); Court of Appeal of Milan (5th Criminal Section), *General Prosecutor at the Court of Appeals of Milan v. Adler and ors*, Final appeal judgment, No 46340/2012, ILDC 1960 (IT 2012), 29 November 2012, H11-H14. Siehe auch *Francesco Messineo*, ‘Extraordinary Renditions’ and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in the Light of the *Abu Omar* Case in Italy (2009) 7 *Journal of International Criminal Justice* 1023-1044.

27 Siehe *Szalatnay-Stacho v. Fink*, [1946] 1 All ER 303 (KBD), [1947] KB 1 (CA). Siehe dazu auch *F.A. Mann*, *Libellous Communications by a Foreign State Official* (1945) 9 *Modern Law Review* 179, 181.

28 *Hugo Grotius*, *Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens*, 1625 (herausgegeben von Walter Schätzel, 1950), Buch II, Kapitel 18, IV, Ziff. 5 (*extra territorium*). Zu den Ursprüngen des Gedankens der Exterritorialität siehe *Simmonds* (Fn. 13), 170-200.

da in diesem Fall die territoriale Souveränität die aus der souveränen Gleichheit resultierende funktionelle Immunität verdrängt. Für Handlungen ausländischer Staatsbediensteter im Gerichtsstaat ist die personale Immunität damit nicht nur *lex specialis*, sondern *lex unica*. Für die Handlungen ausländischer Staatsbediensteter außerhalb des Gerichtsstaats, d.h. entweder in ihrem Heimatstaat oder in einem Drittstaat, kommt dagegen die funktionelle Immunität zur Anwendung, da insofern der souveränen Gleichheit Vorrang gegenüber der territorialen Souveränität zukommt. Die beiden Immunitätsformen haben unterschiedliche Grundlagen und Anwendungsbereiche, sind voneinander unabhängig und bestehen gleichberechtigt nebeneinander. Dies hat eine gewisse Relativität der Immunitätsbeziehungen zur Folge. So genießt ein ausländischer Diplomat im Empfangsstaat für seine hoheitlichen Amtshandlungen personale Immunität. Für dieselben Amtshandlungen genießt er in einem anderen Staat dagegen funktionelle Immunität. Für seine privaten Handlungen und seine nichthoheitlichen Amtshandlungen genießt der Diplomat im Empfangsstaat personale Immunität; in anderen Staaten ist er für diese Handlungen nicht von der Gerichtsbarkeit befreit.

2. Immunität der Staatsbediensteten als Recht der Staaten

Die Immunität der Staatsbediensteten wird durch das Völkerrecht geregelt; sie ist eine Frage des Rechts und nicht nur der Courtoisie. Die US-amerikanische Auffassung, dass es sich bei der Frage der Immunität um „*a matter of grace and comity*“ handle,²⁹ muss spätestens seit der Entscheidung des IGH im *Jurisdictional Immunities of the State*-Fall als überholt gelten.³⁰ Sowohl die funktionelle als auch die personale Immunität der Staatsbediensteten sind nicht Rechte der Bediensteten, sondern Rechte ihres Staates.³¹ Dies zeigt sich u.a. darin, dass der Staat und nicht der Bedienstete selbst über den Verzicht auf die Immunität entscheidet.³² Mit dem Untergang des Staates erlischt auch dessen Recht auf Immunität.³³ Scheiternde Staaten (*failing States*) und gescheiterte Staaten (*failed States*) genießen dagegen weiterhin das Recht auf Immunität. Sie können dieses aber vorübergehend nicht ausüben. Der IGH hat jedoch festgestellt, dass von einem Staat, der Immunität für seine Staatsorgane zu beanspruchen sucht, erwartet wird, dass er die Behörden des anderen Staates darüber in Kenntnis setzt.³⁴ Nur so kann der Gerichtsstaat in die Lage versetzt werden, sicherzustellen, dass er das Recht des anderen Staates auf Immunität nicht verletzt. Dies führt im Ergebnis aber dazu, dass die Staatsbediensteten von Staaten ohne handlungsfähige Regierung

29 Siehe z.B. US Supreme Court, *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486 (1983).

30 Siehe *Jurisdictional Immunities of the State* (Fn. 5), 123, § 56.

31 Siehe z.B. *Harold Hongju Koh*, *Foreign Official Immunity After Samantar: A United States Government Perspective* (2011) 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1141, 1153.

32 Siehe Art. 32 Abs. 1 WÜDB; Art. 45 Abs. 1 WÜKB; Art. 41 Abs. 1 ÜSM. Zur völkergewohnheitsrechtlichen Geltung dieser Bestimmungen siehe *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, ICJ Reports 2002, 3, 21, § 52.

33 Siehe BVerfG, Beschluss v. 21.2.1992 – 2 BvR 1662/91, DtZ 1992, 216.

34 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports 2008, 177, 244, § 196. Siehe auch *Ingrid Wuerth*, *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions* (2013) 23 *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 207, die argumentiert, dass Staaten die Immunität für ihre Bediensteten beanspruchen müssen, damit diese in den Genuss der Immunität kommen.

in der Regel nicht in den Genuss der funktionellen Immunität kommen werden.³⁵ Das US-Bundesberufungsgericht für den 4. Gerichtsbezirk verneinte z.B. im Fall *Yousuf v. Samantar* die funktionelle Immunität des ehemaligen Verteidigungsministers und Premierministers von Somalia u.a. mit der Begründung, dass Somalia zur Zeit keine anerkannte Regierung habe, die in seinem Namen Immunität beanspruchen (oder auf diese verzichten) könne oder sich dazu äußern könne, ob die fraglichen Handlungen in amtlicher Eigenschaft vorgenommen worden waren oder nicht.³⁶

III. Funktionelle Immunität

1. Anwendungsbereich der funktionellen Immunität

In Literatur und Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit, dass alle „Staatsbediensteten“ (*State officials*) unabhängig von ihrer Stellung im Staatsaufbau für ihre Amtshandlungen in den Genuss der funktionellen Immunität von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten kommen.³⁷ In der Praxis bedeutet dies, dass sowohl einfache Soldaten als auch Staatspräsidenten in den Anwendungsbereich der funktionellen Immunität fallen. So heißt es im Memorandum des Generalsekretariats der Vereinten Nationen zur Frage der Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit:

„There appears to be wide doctrinal support for the proposition that, contrary to immunity *ratione personae*, which accrues to a limited number of high-ranking State officials, immunity *ratione materiae* is enjoyed by State officials in general, irrespective of their position in the hierarchy of the State.“³⁸

Auch die ILC geht davon aus, dass alle Staatsbediensteten funktionelle Immunität genießen.³⁹ Unklarheiten bestehen insoweit nur in Randbereichen, etwa in der Frage ob und ggfs. unter welchen Bedingungen Mitarbeiter von privaten Militär- und Sicherheitsdienstleistern (*private military/security contractors*) unter den Begriff der Staatsbediensteten fallen.⁴⁰

Die funktionelle Immunität erstreckt sich auf alle Amtshandlungen, einschließlich der *ultra vires*-Handlungen der Staatsbediensteten.⁴¹ Sie ist zeitlich unbegrenzt und kann sowohl für amtierende als auch für ehemalige Staatsbedienstete geltend gemacht werden.⁴² Sie kommt sowohl vor den Straf- als auch den Zivilgerichten zur Anwendung.⁴³

35 Die Immunität ausländischer Staatsbediensteter kann jedoch nach nationalem Recht von Amts wegen zu berücksichtigen sein, so dass es auf eine Geltendmachung nicht ankommt; siehe z.B. Australia, New South Wales Court of Appeal, *Zhang v. Jiang Zemin and Others*, 5 October 2010, 148 ILR 555, 569.

36 *Yousuf v. Samantar* (Fn. 3), 777.

37 Als einer von wenigen ist *Pasquale De Sena* der Ansicht, dass es völkergewohnheitsrechtlich keine funktionelle Immunität gäbe, siehe *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996), 95-105.

38 Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat, UN Doc. A/CN.4/596 (31.3.2008), 109, § 166 m.w.N.

39 Siehe den Bericht des Vorsitzenden der ILC vor dem Rechtsausschuss der Generalversammlung, UN Doc. A/C.6/63/SR.22 (20.11.2008), 9, § 42.

40 Siehe z.B. UN Doc. A/C.6/63/SR.23 (21.11.2008), 12, §§ 73-74 (Malaysia).

41 Siehe *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 281-282, § 12 (per Lord Bingham).

42 Siehe z.B. *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9, 14 (2nd Cir. 2009).

43 Siehe z.B. *Lozano v. Italy* (Fn. 8), H3. Siehe auch *Michael Bothe*, Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane (1971) 31 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 246, 251-252.

2. Einschränkung der funktionellen Immunität

a) Von der absoluten zur restriktiven Immunität

(1) Nichthoheitliche Amtshandlungen

Die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten ist eine Ausprägung der Staatenimmunität. Die Bediensteten des Staates „partizipieren“ sozusagen an dessen Immunität. Lord *Hoffmann* hat dies bildlich so ausgedrückt, dass der Staat und seine Bediensteten „unter demselben Mantel“ Schutz finden.⁴⁴ Es liegt daher nahe, dass sich Einschränkungen der Immunität des Staates auch auf die Immunität seiner Bediensteten auswirken. Die Immunität der Staaten war ursprünglich absolut und umfasste sowohl deren hoheitliches als auch nichthoheitliches Handeln. Gleiches galt für die Staatsbediensteten, die Immunität für alle Amtshandlungen, d.h. alle Handlungen in amtlicher Eigenschaft, genossen. Eine Unterscheidung zwischen Amtshandlungen hoheitlicher Art (*acta jure imperii*) und solchen nichthoheitlicher Art (*acta jure gestionis*) wurde nicht vorgenommen. Ausreichend für die Immunität war lediglich, dass es sich um eine „Amtshandlung“ (*official act*) handelte.⁴⁵ In einem Entwicklungsprozess, der Ende des 19. Jahrhunderts begann und im Hinblick auf einzelne Staaten bis heute noch nicht ganz abgeschlossen ist,⁴⁶ haben sich völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen vom Grundsatz der absoluten Staatenimmunität herausgebildet. In der Literatur wird dieser Prozess oftmals dahingehend zusammengefasst, dass Staaten nur noch für ihr hoheitliches Handeln Immunität genießen.⁴⁷ Entsprechend sollen Staatsbedienstete nur noch für „hoheitliche Amtshandlungen“ funktionelle Immunität genießen. Eine solche Parallelität der Entwicklung ist jedoch nicht zwingend. Völkergewohnheitsrechtlich könnten sich beide Institute trotz gemeinsamen Ursprungs unterschiedlich entwickeln. Die Vereinigten Staaten von Amerika übernahmen im Jahr 1952 die sog. „restriktive Theorie“ für die Staatenimmunität. Danach sollten ausländische Staaten für privatwirtschaftliches Handeln und unbewegliches Vermögen in den Vereinigten Staaten sowie Rechte aus einer Erbschaft keine Immunität mehr genießen.⁴⁸ Ausländische Staatsbedienstete genossen dagegen bis in die 1970er Jahre absolute Immunität auch für privatwirtschaftliche Amtshandlungen.⁴⁹ In der Literatur finden sich bis heute vereinzelt Stimmen, die weiterhin von absoluter Immunität der Staatsbediensteten für alle Amtshandlungen, egal ob hoheitlich oder nichthoheitlich, ausgehen.⁵⁰ Die weit überwiegende Mehrheit in Literatur und Rechtsprechung wendet jedoch heute auch auf die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten die restriktive Theorie an. Unklar ist jedoch, inwieweit die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten dadurch

44 *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 299, § 68 (per Lord Hoffmann).

45 Vgl. *Prosecutor v. Blaskic* (Fn. 21), § 38 m.w.N.

46 Die Volksrepublik China vertritt noch immer die Auffassung der „absoluten Staatenimmunität“; siehe Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, Court of Final Appeal, *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC (No. 2)* (FG Hemisphere (No. 2)), Final Appeal Nos. 5, 6 and 7 of 2010 (Civil), Judgment of 8 September 2011, 150 ILR 684, 694-695.

47 Siehe z.B. *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 12. Aufl., 2013, 276 Rn. 5.

48 Die neue US-Rechtsansicht findet sich im sog. *Tate Letter v. 19.5.1952*, abgedruckt in (1952) 26 Department of State Bulletin 984-985.

49 Siehe *Greenspan v. Crosbie*, 1976 WL 841 (S.D.N.Y. 23 Nov 1976). Siehe auch *Matar v. Dichter*, Statement of Interest of the United States of America, 17 November 2006 (S.D.N.Y.), 9-10, 17.

50 Siehe z.B. *Alessandro Buffalini*, *Inde/Italie: Affaire de l'«Enrica Lexie»* (2013) 117 *Revue Général de Droit International Public* 329, 331.

eingeschränkt wird. Zum Teil wird vertreten, dass Staatsbedienstete generell nur noch für *hoheitliche* Amtshandlungen (*acta jure imperii*) Immunität genießen.⁵¹ Dies erscheint jedoch zu weitgehend. Orientierungsgrundlage für den Umfang der funktionellen Immunität sollte vielmehr das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens (UNCSI) sein,⁵² das, obwohl noch nicht in Kraft getreten, in weiten Teilen bereits als Völkergewohnheitsrecht angesehen wird.⁵³ Art. 2 Abs. 1 (b) (iv) des Übereinkommens bestimmt ausdrücklich, dass der Ausdruck „Staat“ im Sinne des Übereinkommens auch „Vertreter des Staates, die in dieser Eigenschaft handeln“, umfasst. Für die Identität des Umfangs von Staatenimmunität und funktioneller Immunität der Staatsbediensteten spricht auch, dass es sich auch bei der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten um ein Recht des Staates handelt, das verhindern soll, dass die Immunität der Staaten durch Verfahren gegen deren Bedienstete unterlaufen wird. Das Übereinkommen geht vom Grundsatz der (absoluten) Immunität aus und statuiert dann mehrere Ausnahmen, in denen eine Berufung auf Immunität nicht möglich ist.⁵⁴ Danach genießen Staatsbedienstete u.a. dann keine funktionelle Immunität, wenn sie als Amtsträger privatwirtschaftliche Rechtsgeschäfte tätigen oder ausführen.⁵⁵ Für nichthoheitliche Realakte, einschließlich Personen- und Sachschäden, die sie in amtlicher Eigenschaft außerhalb des Hoheitsgebiets des Gerichtsstaats vornehmen, genießen Staatsbedienstete dagegen weiterhin funktionelle Immunität.⁵⁶ Es kommt somit für den Umfang der funktionellen Immunität nicht nur auf den hoheitlichen oder nichthoheitlichen Charakter der Amtshandlung, sondern auch auf die Art der Amtshandlung an.

(2) Die völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen

Seit dem Ende des 2. Weltkrieges hat die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten eine weitere nicht unerhebliche völkergewohnheitsrechtliche Einschränkung erfahren. Bei den völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen, d.h. bei Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und dem Verbrechen des Völkermords, ist eine Berufung auf funktionelle Immunität heute nicht mehr möglich. Obwohl auch das Verbrechen der Aggression zu den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, gezählt wird, ist dieses bislang völkergewohnheitsrechtlich nicht von der funktionellen Immunität ausgenommen. Dies liegt nicht nur an der mangelnden Verfolgungspraxis,⁵⁷ sondern auch daran, dass bislang noch nicht

51 Siehe z.B. *Helmut Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen: Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht, Bd. 1, 2007, 139-140.

52 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit (UNCSI) v. 2.12.2004, A/RES/59/38 (2004) v. 2.12.2004, Anlage.

53 Siehe z.B. EGMR, *Oleynikov v. Russia*, Application No. 36703/04, Judgment of 13 March 2013, § 66. Siehe auch *Peter-Tobias Stoll*, State Immunity, in Rüdiger Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. IX, 2012, 498, 500 MN 12, 508 MN 83.

54 Siehe Art. 5 und Art. 10-17 UNCSI.

55 Art 10 UNCSI. Siehe auch High Court of Kerala at Ernakulam, *Massimiliano Latorre v. Union of India*, W.P. (C) No. 4542 of 2012, Judgment of 29 May 2012, (2012) 252 KLR 794, § 48, wo das Gericht den Schutz von Handelsschiffen gegen Bezahlung durch auf die Schiffe entsandte italienische Marinesoldaten als nichthoheitliches Handeln ansah.

56 Vgl. Art. 12 UNCSI.

57 Seit den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen hat kein Gericht mehr das Verbrechen der Aggression verfolgt; siehe *Antonio Cassese/Guido Acquaviva/Mary Fan/Alex Whiting*, International Criminal Law: Cases and Commentary, 2011, 238.

einmal eine extritoriale Zuständigkeit nationaler Gerichte auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips für das Verbrechen der Aggression besteht.⁵⁸ Der Immunitätsausschluss für die genannten drei Kernverbrechen gilt sowohl vor nationalen als auch vor internationalen Gerichten. Die Rechtslage wurde von der Berufungskammer des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) bereits im Jahr 1997 wie folgt zusammengefasst:

„The general rule under discussion is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*). The few exceptions relate to one particular consequence of the rule. These exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes *cannot invoke immunity from national or international jurisdiction* even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity.“⁵⁹

Der völkergewohnheitsrechtliche Ausschluss der funktionellen Immunität bei den drei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen findet heute breite Unterstützung in der Literatur⁶⁰ sowie in den Arbeiten des *Institut de Droit International*. In seiner Resolution über die Immunität bei internationalen Verbrechen aus dem Jahr 2009 heißt es in Art. III Abs. 1: „No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.“⁶¹ Unter „internationalen Verbrechen“ verstand das *Institut* Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Folter und Kriegsverbrechen;⁶² unter „Gerichtbarkeit“ die Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit nationaler Gerichte.⁶³ Bereits in seiner Resolution zur Immunität von Staats- und Regierungschefs im Jahr 2001 hatte das *Institut* die funktionelle Immunität der Staats- und Regierungschefs für internationale Ver-

58 Siehe z.B. die von der Kampala-Konferenz zur Überprüfung des IStGH-Statuts verabschiedete RC/Res.6(2010) v. 11.6.2010, Anlage III, Ziff. 5. Siehe auch Art. 8 des Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind der ILC, sowie den Kommentar dazu, ILC Yearbook 1996, Vol. II/2, 27, 30.

59 *Prosecutor v. Blaskic* (Fn. 21), § 41 (Hervorhebung durch Verf.).

60 So bereits im Jahr 1970 in der ersten Ausgabe seines Lehrbuchs *Michael Akehurst*, *A Modern Introduction to International Law*, 1970, 148, 332-334. Ebenso *Antonio Cassese*, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case* (2002) 13 *European Journal of International Law* 853, 870-874; *Dapo Akande/Sangeeta Shah*, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts* (2010) 21 *European Journal of International Law* 815, 839-846; *Monika Lüke*, *Die Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000, 396-397; *Paola Gaeta*, *Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?*, in *Antonio Cassese* (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012, 227, 235-237; *Rosanne van Alebeek*, *National Courts, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials* (2012) 59 *Netherlands International Law Review* 5-41; *Kreicker* (Fn. 51), 219, der sogar davon spricht, dass diese Rechtsauffassung „heutzutage ohne Ausnahme auch in der Völkerrechts- und Strafrechtswissenschaft vertreten“ wird. Siehe auch Dutch Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials*, May 2011, 26.

61 Siehe Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes v. 10.9.2009 (2009) 73 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 226, 227. In der Diskussion hat Herr *Tomuschat* meine These des Ausschlusses der funktionellen Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen als „schlicht für falsch“ befunden. Ich erlaube mir darauf hinzuweisen, dass er als Mitglied des *Instituts* nicht nur für die obige Resolution gestimmt hat, die einen solchen Immunitätsausschluss postuliert (ebd., 225), sondern ausdrücklich seine Zustimmung zum Inhalt des vorangegangenen Entwurfs der Resolution erklärt hat, in dem die „funktionelle Immunität“ bei internationalen Verbrechen *expressis verbis* ausgeschlossen worden war; siehe ebd., 130 und 154.

62 Ebd., Art. 1 Abs. 1.

63 Ebd., Art. 1 Abs. 2.

brechen verneint.⁶⁴ Ein solcher Immunitätsausschluss ergibt sich nicht zwingend aus der Rechtsprechung nationaler Gerichte, wie dies in der Literatur oftmals behauptet wird.⁶⁵ Eine nähere Untersuchung der genannten Entscheidungen zeigt, dass in vielen Fällen die Frage der funktionellen Immunität überhaupt nicht thematisiert wurde, die Entscheidungen auf spezifischen nationalen Immunitätsgesetzen beruhten, die immunitätsberechtigten Staaten ihr Einverständnis erteilt hatten, oder dass die Verbrechen im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaates ohne dessen Zustimmung begangen worden waren und deshalb von vornherein keine funktionelle Immunität bestand. Unterstützung für einen tatbestandsbezogenen Immunitätsausschluss findet sich aber in den Entscheidungen des Internationalen Militärgerichtshofs von Nürnberg. Dort heißt es:

„The principle of international law which, under certain circumstances, protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. [...] He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law.“⁶⁶

Danach soll es keine funktionelle Immunität für völkerrechtliche Verbrechen wie Verstöße gegen das Kriegsrecht geben. Dieser Immunitätsausschluss ist nicht auf internationale Gerichte beschränkt, da bereits zweifelhaft ist, ob es sich beim Nürnberger Tribunal um ein internationales Gericht handelte und ob ein solches überhaupt erforderlich war, um deutsche Kriegsverbrecher abzuurteilen. Die vier Signatarmächte des Statuts für den Internationalen Militärgerichtshof gingen jedenfalls davon aus, dass sie bei der Errichtung des Gerichtshofs „gemeinsam das getan [haben], was jede einzelne von ihnen allein hätte tun können“.⁶⁷ Die israelischen Gerichte bauten auf diese Rechtsprechung auf, als sie im Fall *Eichmann* urteilten, dass es keine Grundlage für die Anwendung der funktionellen Immunität gäbe, wenn „the matter pertains to acts prohibited by the law of nations, especially when they are international crimes of the class of ‘crimes against humanity’ (in the wide sense)“.⁶⁸ Das Gericht verwarf zu Recht die von *Hans Kelsen* vertretene „etwas gekünstelte“ Auffassung,⁶⁹ dass das amtliche Handeln der Staatsbediensteten dem Staat und nicht den Bediensteten persönlich zuzurechnen sei und diese deshalb dafür nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten.⁷⁰ Neben der Entscheidung im *Eichmann*-Fall finden sich nur wenige Entschei-

64 Siehe Art. 13 Abs. 2 und Art. 16 der Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law v. 26.8.2001 (2001) 69 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 742, 753, 755.

65 *Cassese* (Fn. 60), 870, auf dessen Fallliste sich mehrere nachfolgende Autoren verlassen. Siehe z.B. *Philippa Webb*, *Human Rights and the Immunities of State Officials*, in Erika de Wet/Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, 2012, 114, 119 n. 36. Für berechnete Kritik am unkritischen Umgang mit der Rechtsprechung siehe *Ingrid Wuerth*, *Pinochet's Legacy Re-assessed* (2012) 106 *American Journal of International Law* 731, 732.

66 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg*, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. 22, 1948, 466. Siehe auch ebd., Vol. 1, 1948, 223.

67 Ebd., 461.

68 *Israel, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal), Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, 29 May 1962, 36 *ILR* 277, 309-310. Siehe auch *Israel, District Court of Jerusalem*, 12 December 1961, 36 *ILR* 18, 44-48. Die israelischen Gerichte verwenden den Begriff „theory of act of State“ als Synonym für die funktionelle Immunität, die für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausgeschlossen sein soll.

69 So *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 299, § 68 (per Lord Hoffmann).

70 *Government of Israel v. Eichmann* (Fn. 68), 44-48, 308-309. Bereits ablehnend auch *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg*, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. 1, 1948, 223.

dungen, die den Immunitätsausschluss bei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen ausdrücklich bestätigen.⁷¹ Das Schweizerische Bundesstrafgericht hat jedoch erst jüngst im Fall *Nezzar* die funktionelle Immunität des ehemaligen algerischen Verteidigungsministers für Kriegsverbrechen mit ausführlicher und überzeugender Begründung verneint.⁷² US-amerikanische Gerichte haben dagegen funktionelle Immunität auch bei behaupteten Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit bejaht.⁷³ Diese Entscheidungen sind jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass US-Gerichte bei Immunitätsfragen zumeist den Stellungnahmen der Exekutive folgen, die sich in diesen Fällen für die Immunität ausgesprochen hatte. Zwar gibt es bislang nur wenige Entscheidungen nationaler Gerichte, in denen die funktionelle Immunität ausdrücklich verneint wurde, doch wurden in den letzten Jahren, insbesondere seit Inkrafttreten des IStGH-Statuts und der Verabschiedung nationaler Völkerstrafgesetze in den Vertragsstaaten, zahlreiche Ermittlungsverfahren auf Grundlage des Weltrechtsprinzips eröffnet und Anklagen gegen ehemalige ausländische Staatsbedienstete im Zusammenhang mit völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen erhoben. Dabei gingen die nationalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte davon aus, dass sie durch die funktionelle Immunität nicht an der Verfolgung gehindert sind.⁷⁴ Insbesondere die Verfolgung ehemaliger ausländischer Staatsbediensteter hat zu größeren diplomatischen Verwicklungen geführt. Die daraufhin ergriffenen gesetzlichen und anderen Maßnahmen zur Beschränkung der Ausübung der extraterritorialen Jurisdiktion aufgrund des Weltrechtsprinzips für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen zeigen ebenfalls, dass die funktionelle Immunität der Verfolgung solcher Verbrechen nicht mehr entgegensteht, da diese Maßnahmen andernfalls nicht erforderlich gewesen wären.⁷⁵

Die Verfolgung ausländischer Staatsbediensteter durch nationale Gerichte steht in engem Zusammenhang mit der Annahme des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)⁷⁶ und der Verabschiedung nationaler Vorschriften für die Verfolgung der im Statut genannten völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen, „auch wenn diese im Ausland begangen wurden und keinen Bezug zum Inland aufweisen.“⁷⁷ Durch diese gesetzgeberischen Maßnahmen kommen die Staaten der „Pflicht eines jeden Staates [nach], seine Strafgerichtsbarkeit über die für internationale Verbrechen Verantwortlichen auszuüben“.⁷⁸ Die Annahme einer solchen allgemeinen Pflicht zeigt jedoch, dass

71 Siehe z.B. *Lozano v. Italy* (Fn. 8), H4. Das Gericht bezog sich dabei auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (ebd., H5; §§ 6-8 der Entscheidung); Italy, Court of Cassation (Plenary Session), *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004, 128 ILR 658, 674, § 11; Netherlands, Supreme Court, *H. v. Public Prosecutor*, Judgment on Merits, Case No. 07/10063 (E), Decision No. LJN: BG1476, ILDC 1071 (NL 2008), 8 July 2008, H4, § 7.2 (in Bezug auf Kriegsverbrechen).

72 Tribunal pénal fédéral, Cour des plaintes, *A. c. Ministère public de la Confédération*, BB 2011.140, Décision du 25 juillet 2012, TPF 2012, 97, insbesondere §§ 5.3.4-5.3.6 und § 5.4.3.

73 Siehe z.B. *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004).

74 Siehe z.B. Spain, National Court, *Vallmajo I Sala and ors v. Kabareb and 68 others*, Formal Indictment, Order No. 3/2008, 6 February 2008, ILDC 1198 (ES 2008), H10, H11 (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Terrorismus). Am 22.8.2013 wurde der ehemalige Generalinspekteur der kongolesischen Armee, General Norbert Dabira, nahe Paris wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Jahr 1999 in der Republik Kongo festgenommen; siehe: Un général congolais mis en examen pour crime contre l'humanité par la justice française, 22.8.2013, <http://www.rfi.fr/>.

75 Siehe dazu unten Abschn. III.3.(a) und (b).

76 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) v. 17.7.1998, BGBl. 2000 II 1394.

77 Siehe § 1 Völkerstrafgesetzbuch v. 26.6.2002, BGBl. I 2254.

78 Präambel, § 6 IStGH-Statut.

es für diese Verbrechen keine funktionelle Immunität geben kann, da diese regelmäßig von Staatsbediensteten verübt werden.

Der Immunitätsausschluss für völkerrechtliche Kernverbrechen findet seinen Ausdruck auch in den Verfolgungs- und Bestrafungspflichten für schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts in den Genfer Abkommen. Diese Pflichten sind unabhängig vom Begehungsort der Verbrechen oder der Nationalität der Täter und treffen „jede Vertragspartei“. ⁷⁹ Schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts, d.h. Kriegsverbrechen, werden zwar nicht nur – aber doch vorwiegend – von Soldaten und anderen Staatsbediensteten in amtlicher Eigenschaft begangen, und die Abkommen unterscheiden für die Verantwortlichkeit nicht zwischen Privatpersonen und Staatsbediensteten. ⁸⁰ Die Genfer Abkommen gehen davon aus, dass es für solche Verletzungen keine funktionelle Immunität mehr gibt, da andernfalls die Verfolgungs- und Bestrafungspflicht weitgehend leerlaufen würde. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung in der Literatur haben die Vertragsparteien der Abkommen aber keinen stillschweigenden Immunitätsverzicht vereinbart, ⁸¹ sondern sind vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Internationalen Militärgerichtshofs vielmehr davon ausgegangen, dass es für diese Verbrechen überhaupt keine funktionelle Immunität mehr gibt. ⁸² In der Praxis der Staaten wird nicht von einem vertraglichen Immunitätsverzicht ausgegangen, sondern von einem Recht der Staaten, Kriegsverbrecher strafrechtlich zu verfolgen. ⁸³ So erklärte der US-Botschafter für Fragen der Kriegsverbrechen im Zusammenhang mit dem Irakkrieg, dass die USA „die souveräne Fähigkeit und das Recht [haben], diese Fälle [von Kriegsverbrechen] zu verfolgen.“ ⁸⁴

Auch die Völkermordkonvention bestimmt, dass Personen, die Völkermord begehen, zu bestrafen sind, „gleichviel ob sie regierende Personen, öffentliche Beamte oder private Einzelpersonen sind.“ ⁸⁵ Die Konvention begründete zwar noch keine extrritoriale Gerichtsbarkeit nach dem Weltrechtsprinzip, doch ging sie davon aus, dass Völkermord auch durch ausländische Staatsbedienstete im Gebiet des Gerichtsstaates begangen werden kann. ⁸⁶ Ein Rückschluss auf einen generellen Immunitätsausschluss bei Völkermord lässt sich daraus aber nicht ziehen, da es für Handlungen ausländischer Staatsbediensteter im Hoheitsgebiet eines Staates ohnehin keine funktionelle Immunität gibt. ⁸⁷

79 Siehe z.B. Art. 146 IV. Genfer Abkommen v. 12.8.1949 zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten, BGBl. 1954 II 917.

80 Siehe *Al-Quraishi v. Nakhla*, 728 F.Supp.2d 702, 744-745 (D. Md. 2010).

81 Siehe z.B. *Kreicker* (Fn. 51), 163-165.

82 Siehe die Vorbehalte mehrerer Staaten zu den Genfer Abkommen, wonach Kriegsgefangene „convicted under the law of the Detaining Power, in accordance with the principles of the Nuremberg trial, of war crimes and crimes against humanity, must be treated in the same manner as persons convicted in the country in question.“ Die Vorbehalte sind abgedruckt bei *Adam Roberts/Richard Guelff* (eds.), *Documents on the Laws of War*, 3rd edn., 2000, 363-369.

83 Siehe z.B. UK Ministry of Defence, *The Manual of The Law of Armed Conflict*, 2004, 8.118.1, 8.119; *Sandra Krähenmann*, *Protection of Prisoners in Armed Conflict*, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edn., 2013, 359, 402 MN 727.

84 US Department of Defense, *Briefing on Geneva Convention, EPWs and War Crimes*, 7 April 2003, <http://www.defense.gov/> (Übersetzung des Verf.).

85 Art. IV der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9.12.1948, BGBl. 1954 II 730.

86 Vgl. ebd., Art. VI. Siehe auch *Akande/Shah* (Fn. 60), 845-846.

87 Siehe dazu oben Abschn. II.3.

Die Beratungen der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) zur „Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit“ zeigen, dass eine Mehrheit der ILC-Mitglieder Einschränkungen der funktionellen Immunität bei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen für zulässig erachtet bzw. *de lege ferenda* für zulässig erachten will.⁸⁸ Für den Nachweis von Völkergewohnheitsrecht von größerer Bedeutung sind jedoch die Kommentare der Staaten zur Arbeit der ILC im Rechtsausschuss der Generalversammlung der Vereinten Nationen. Obwohl das Thema Immunität in verschiedenen Konstellationen (universelle Gerichtsbarkeit, *aut dedere aut iudicare*) kontrovers diskutiert wird und die Debatte noch nicht abgeschlossen ist, so wird doch deutlich, dass zahlreiche Staaten einem Ausschluss der funktionellen Immunität zumindest bei den völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen offen gegenüberstehen. Die meisten Staaten stellen zum Beispiel bei der Frage der Ausübung des Weltrechtsprinzips für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen nur auf die personale Immunität von Staats- und Regierungschefs, Außenministern und anderen *amtierenden* hohen Regierungsmitgliedern ab und sprechen die funktionelle Immunität in diesem Zusammenhang überhaupt nicht mehr an.⁸⁹ Mehrere Staaten haben in den Debatten erklärt, dass es für diese Kernverbrechen keine funktionelle Immunität mehr gebe oder dass eine entsprechende Immunitätsausnahme in der Entwicklung begriffen sei.⁹⁰ Andere Staaten haben dagegen zu vorsichtigem Vorgehen in dieser Frage geraten.⁹¹ Festzuhalten

88 Die Aussagen der ILC-Mitglieder sind nicht immer ganz eindeutig; es lässt sich jedoch bei einer Mehrheit der Mitglieder eine Tendenz für die Einschränkung der funktionellen Immunität bei den völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen ausmachen. Ausdrücklich in diesem Sinne z.B. UN Doc. A/CN.4/SR.2983 (17.2.2009), 8 (Mr. Pellet); 9-10, 12 (Mr. Dugard); A/CN.4/SR.2984 (8.8. 2008), 5-6 (Ms. Escarameia); 13 (Mr. Melescanu); A/CN.4/SR.2986 (22.8.2008), 6-7 (Mr. Perera); 33 (Mr. Saboia); A/CN.4/SR.3087 (4.8.2011), 8 (Mr. Carreño); A/CN.4/SR.3088, (1.11.2011), 7 (Mr. Valencia-Ospina); A/CN.4/SR.3113 (21.9.2011), 14 (Mr. Pellet); A/CN.4/SR.3145 (23.8.2012), 4 (Mr. Sturma); 11 (Mr. Wako); A/CN.4/SR.3147 (10.6.2013), 4 (Ms. Escobar Hernández, Spec. Rep.). Siehe auch UN Docs. A/67/10 (2012), 104, § 138; A/66/10 (2011), 223, §§ 124, 125, 128.

89 Siehe z.B. UN Docs. A/C.6/67/SR.13 (24.12.2012), 2, § 2 (Angola); 3, § 11 (China); 4, § 17 (Bangladesch); 6, § 31 (Iran); 8, § 42 (Malaysia); A/C.6/67/S.23 (4.12.2012), 2 § 5 (Ghana); A/C.6/68/SR.14 (6.1.2014), 3, § 12 (Kuba).

90 Siehe z.B. UN Doc. A/C.6/63/SR.23 (21.11.2008), 12, § 76 (Malaysia); A/C.6/63/SR.24 (21.11.2008) 4, § 12 (Neuseeland); A/C.6/64/SR.12 (25.11.2009), 6, § 30 (Costa Rica); A/C.6/66/SR.12 (16.11.2011), 9, § 51 (Schweiz); A/C.6/66/SR.13 (30.11.2011) 3, § 8 (Südafrika); A/C.6/66/SR.18 (2.12.2011), 10, § 54 (Mexiko); A/C.6/67/SR.13 (24.12.2012), 7, § 38 (Aserbaidshan); A/C.6/66/SR.26 (7.12.2011), 2, § 4 (Norwegen); 7, § 30, 8, § 34 (Griechenland); 9, § 39 (Italien); 13, § 61 (Peru); 14, §§ 67-68 (Belgien); 14, § 79 (Österreich); A/C.6/66/SR.27 (8.12.2011), 11, § 74 (Portugal); 12-13, § 86 (Neuseeland); A/C.6/66/SR.28 (2.12.2011), 4, § 11 (Großbritannien); 6, § 30 (Singapur); 11, § 59 (Niederlande); 11, § 65 (Rumänien); A/C.6/67/SR.20 (7.12.2012), 16, § 98 (Norwegen); 18-19, § 111 (Österreich); 20, § 122 (Chile); A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 10, § 52 (Niederlande); 12, § 62 (Republik Kongo); 15, §§ 84-85 (Portugal); 20, §§ 122-123 (Südafrika); A/C.6/67/SR.22 (4.12.2012), 7, § 44 (Belgien); 9-10, § 59 (Neuseeland); 13, §§ 82, 83 (Italien); A/C.6/68/SR.19 (13.11.2013), 3, §§ 6, 9 (Italien). Siehe auch den Bericht über die 68. Sitzungsperiode des 6. Ausschusses im Jahr 2013, UN Doc. A/CN.4/666 (23.1.2014), 8, § 26 („For some, international law was developing to exclude immunity *ratione materiae* for State officials suspected of international crimes committed in the course of their duties, while for others, it was reasonable that crimes such as genocide, crimes against humanity and serious war crimes should not be included in any definition of acts covered by immunity. It was argued that such acts were *ab initio* not subject to any consideration of immunity, rendering irrelevant any purported cover of officialdom“).

91 Vgl. z.B. UN Doc. A/C.6/63/SR.24 (21.11.2008), 13, § 78 (Jamaika); A/C.6/64/SR.13 (24.11.2009), 8, § 47 (Äthiopien); A/C.6/66/SR.12 (16.11.2011), 2, § 2 (Iran); 6, § 29 (Kolumbien); 8, § 40 (Äthiopien); 10, § 59 (Venezuela); A/C.6/66/SR.13 (30.11.2011), 6, § 30 (Burkina Faso); A/C.6/66/SR.19 (22.11.2011), 8, § 43 (Niger); A/C.6/66/SR.20 (23.11.2011), 8, § 43 (Frankreich); A/C.6/66/SR.26 (7.12.2011), 17, § 87 (Deutschland); A/C.6/66/SR.27 (8.12.2011), 10, § 66 (Russland); A/C.6/66/SR.28 (2.12.2011), 10, § 51 (Kenia); A/C.6/67/SR. 21 (4.12.2012), 5, § 18 (Südkorea); 13, § 68 (El Salvador).

ist jedoch, dass sich nur ganz wenige Staaten explizit für funktionelle Immunität auch bei Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit aussprachen.⁹²

b) Weitere Einschränkungen bei schwersten Menschenrechtsverletzungen

In der Literatur und auch in den Beratungen der ILC zur „Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit“ werden weitere Einschränkungen der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten vor allem von der Gerichtsbarkeit nationaler Strafgerichte diskutiert. Dabei geht es zumeist um einen Ausschluss oder eine Einschränkung der funktionellen Immunität bei sonstigen schwersten Menschenrechtsverletzungen wie Folter, willkürlicher Inhaftierung, außerordentlichen Auslieferungen (*extraordinary renditions*) und außergerichtlichen Tötungen.

(1) Dogmatische Begründungsansätze

Diese Einschränkungen werden nicht völkergewohnheitsrechtlich, d.h. durch den Nachweis von Staatenpraxis und *opinio juris*, sondern ausschließlich durch theoretische Überlegungen und Schlussfolgerungen begründet. Keine dieser dogmatischen Begründungsansätze vermag jedoch zu überzeugen.

(a) Die Begründungen der Lordrichter im *Pinochet*-Fall

Die *Pinochet*-„Entscheidungen“ des britischen House of Lords sind bis heute die *cause célèbre* der Einschränkung der funktionellen Immunität bei schwersten Menschenrechtsverletzungen. In gleich zwei Sachentscheidungen in den Jahren 1998 und 1999 haben die Lordrichter (*Law Lords*) die Immunität *ratione materiae* des ehemaligen chilenischen Staatspräsidenten Augusto Pinochet für Folterhandlungen verneint.⁹³ Von der oder den *Pinochet*-„Entscheidungen“ kann jedoch nicht gesprochen werden, da diese nicht auf einer einheitlichen Begründung beruhen. Die an den Entscheidungen beteiligten zwölf Richter konnten sich lediglich auf das Ergebnis, nicht aber auf eine einheitliche Begründung einigen. Die neun Richter, die sich gegen funktionelle Immunität von der nationalen Strafgerichtsbarkeit bei Folter aussprachen, stützten sich auf vier unterschiedliche Begründungen.⁹⁴

Vier Richter argumentierten, dass nach der restriktiven Immunitätstheorie die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten auf hoheitliche Amtshandlungen beschränkt sei und dass es sich bei internationalen Verbrechen wie Folter nicht um „Amtshandlungen“ und schon gar nicht um „hoheitliche“ Amtshandlungen handeln könne.⁹⁵ Es handle sich vielmehr um rein private Handlungen der Staatsbediensteten, für die es

⁹² Siehe z.B. UN Docs. A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 14, § 76 (China), das aber auch von „prosecution [...] after the end of the official's term of office“ spricht; A/C.6/68/SR.19 (13.11.2013), 7, § 30 (Kuba).

⁹³ Siehe UK, House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (*Pinochet No. 3*), 24 March 1999, [2000] 1 A.C. 147; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet No. 1)*, 25 November 1998 [2000] 1 A.C. 61.

⁹⁴ Drei Richter, die Lords Goff, Slynn und Lloyd, sprachen sich für die funktionelle Immunität (ehemaliger) Staatsbediensteter auch bei Folterhandlungen aus.

⁹⁵ Siehe *Pinochet No. 1* (Fn. 93) 109 (per Lord Nicholls), 116 (per Lord Steyn), 118 (per Lord Hoffmann); *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 262 (per Lord Hutton). So bereits schon *Georg Dahm, Völkerrecht*, Bd. 1, 1958, 304.

keine funktionelle Immunität gäbe. US-amerikanische Gerichte haben u.a. in Anlehnung an die *Pinochet*-Entscheidung eine ähnliche Begründung für den Ausschluss der funktionellen Immunität gewählt. Danach soll es sich bei internationalen Verbrechen wie Folter, standrechtlicher Hinrichtung sowie ausgedehnter und willkürlicher Inhaftierung um Verstöße gegen das *jus cogens* handeln. Verletzungen des *jus cogens* könnten aber keine hoheitlichen Amtshandlungen sein.⁹⁶ Die Rechtsprechung der US-Gerichte muss jedoch zunächst vor dem Hintergrund nationaler US-amerikanischer Gesetze wie dem *Torture Victim Protection Act of 1991* gesehen werden, bei dessen Verabschiedung der Kongress davon ausging, dass es sich bei Folter und außergerichtlichen Tötungen nur in den seltensten Fällen um Amtshandlungen (*official acts*) handeln könne.⁹⁷ Generell beruhen beide Begründungen auf dem überholten englischen Rechtsgrundsatz: „*The King can do no wrong, for, if he doeth wrong, he is not the King*“.⁹⁸ Ob eine hoheitliche Amtshandlung vorliegt oder nicht, hängt nicht von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung oder der Schwere der Rechtsverletzung ab.⁹⁹ Auch Verbrechen können Amtshandlungen sein, wenn diese von einem Amtsträger in Verfolgung staatlicher Zwecke begangen werden. So stellte das Strafgericht in Mailand fest, dass es sich bei den sog. „außerordentlichen Auslieferungen“ (*extraordinary renditions*), die mit schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte der Betroffenen einhergehen, um Amtshandlungen handelt, da diese auf Anweisung der politischen Führung der Vereinigten Staaten von Amerika und zur Wahrung von deren Interessen vorgenommen wurden.¹⁰⁰ Gewisse internationale Verbrechen setzen sogar bereits tatbestandsmäßig Handeln „in amtlicher Eigenschaft“ voraus.¹⁰¹ Es wäre logisch nicht nachvollziehbar, dass Folterhandlungen keine Amtshandlungen sein sollen, wenn die Folter kraft Definition eine Amtshandlung voraussetzt.¹⁰² Die Verwerflichkeit einer Handlung sagt nichts über ihren Charakter als Amtshandlung aus. Wenn internationale Verbrechen von den „Amtshandlungen“ ausgenommen würden, wären diese Handlungen auch dem Staat nicht mehr zuzurechnen, was diesen aus der Staatenverantwortung entlassen würde.¹⁰³ Auch die Zurechnung von *ultra vires*-Handlungen der Staatsbediensteten setzt nämlich voraus, dass diese „in amtlicher Eigenschaft“ und nicht als Privatpersonen gehandelt haben.¹⁰⁴ Der Staat ist nicht grundsätzlich für alle Handlungen seiner Bediensteten verantwortlich. Die Ausnahme internationaler Verbrechen von den hoheitlichen Amtshandlungen lässt sich nicht vereinbaren mit der Einordnung internationaler Verbrechen als *acta jure imperii* und der Zuerkennung von

96 Siehe z.B. *Yousuf v. Samantar* (Fn. 3), 776. Siehe auch *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 718 (9th Cir. 1992). Kritisch dazu Cassese (Fn. 60), 869.

97 Vgl. *Yousuf v. Samantar* (Fn. 3), 777.

98 Siehe The Works of Benjamin Franklin, compiled and edited by John Bigelow, Vol. II (1904), 14 unter Bezug auf *rex non facit injuriam, quia, si facit injuriam, non est rex*.

99 *Jurisdictional Immunities of the State* (Fn. 5), 125, § 60; 137, § 84. Vgl. auch UN Doc. A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 14, § 77 (China).

100 Tribunal of Milan, *Public Prosecutor v. Adler (Monica Courtney) and ors.*, Case No. 12428/09; 1 February 2010, ILDC 1492 (IT 2010), H5, H10 sowie A1, A2.

101 Siehe Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Anti-Folterkonvention) v. 10.12.1984, BGBl. 1990 II 247.

102 Siehe *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 286, § 19 (per Lord Bingham); 301-302, §§ 79-85 (per Lord Hoffmann); *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 273 (per Lord Millett).

103 Siehe *Bothe* (Fn. 43), 255, 262.

104 Vgl. Art. 7 der ILC-Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (ARSIWA), A/RES/56/83 (2001) v. 12.12.2001, Anlage. Siehe auch den Kommentar der ILC zu Art. 7, UN Doc. A/56/10 (2001), 102, § 8.

Immunität in Verfahren gegen die Staaten selbst.¹⁰⁵ Schwer zu erklären ist auch, warum die Gerichte in zivilrechtlichen Verfahren gegen Staatsbedienstete weiterhin auf funktionelle Immunität erkennen, wenn diese auf Schadensersatz wegen internationaler Verbrechen verklagt werden.¹⁰⁶ Die Frage, ob eine hoheitliche Amtshandlung vorliegt, kann nicht davon abhängen, ob ein Staatsbediensteter einem Zivil- oder einem Strafverfahren ausgesetzt ist.

Ein Richter begründete die Verneinung der funktionellen Immunität bei Folter damit, dass es sich bei systematischer und weitverbreiteter Folter um eine Verletzung des *jus cogens* handle und dass das *jus cogens* als höherrangiges Recht den funktionellen Immunitätsregeln vorgehe.¹⁰⁷ Das Hierarchieargument verfängt aus mehreren Gründen nicht. Zum einen kann es nicht erklären, warum *jus cogens*-Normen als höherrangiges Recht zwar der funktionellen Immunität, nicht aber der personalen Immunität vorgehen sollen. Der Schluss, dass es sich bei den Vorschriften über die personale Immunität ebenfalls um *jus cogens* handle, wird aber nicht gezogen. Sowohl die Staaten als auch die Gerichte gehen davon aus, dass die personale Immunität absolut ist und auch bei den völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen und anderen schwersten Menschenrechtsverletzungen eingreift.¹⁰⁸ Hierarchieargumente greifen zum anderen nur bei Regelungskonflikten, d.h. bei inhaltlich sich widersprechenden Regelungen. Das Folterverbot und die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten schließen sich jedoch nicht gegenseitig aus. Wie der IGH im *Arrest Warrant*-Fall festgestellt hat, sind Immunität von der Strafgerichtsbarkeit und individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit zwei ganz unterschiedliche Konzepte. Bei der funktionellen und personalen Immunität handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Frage, wohingegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit eine Frage des materiellen Rechts ist.¹⁰⁹ Das Hierarchieargument bei Immunitätsfragen wurde vom IGH mit der Unterscheidung zwischen verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften endgültig zu Grabe getragen.

Zwei Richter vertraten die Auffassung, dass Verträge, die wie die Anti-Folterkonvention die Gerichtsbarkeit der Parteien für eine Tat begründen, einen konkludenten Immunitätsverzicht der Vertragsparteien für die Tat beinhalten.¹¹⁰ Hiergegen lassen sich mehrere Argumente anführen. Soweit das Völkerrecht den Immunitätsverzicht kennt, muss dieser grundsätzlich ausdrücklich erfolgen.¹¹¹ Einzige Ausnahme ist hier der implizite Verzicht bei Klageerhebung durch den Staat hinsichtlich der Widerklage.¹¹² Der IGH hat zudem wiederholt betont, dass der implizite Verzicht auf ein Recht, wenn

105 Siehe z.B. *Jurisdictional Immunities of the State* (Fn. 5), 135-139.

106 Siehe *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 290, §§ 30, 31 (per Lord Bingham).

107 Siehe *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 248 (per Lord Hope).

108 Siehe unten Abschn. IV.1.

109 *Arrest Warrant* (Fn. 32), 25, § 60.

110 Siehe *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 205 (per Lord Browne-Wilkinson), 267 (per Lord Saville).

111 Siehe Art. 32 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (WÜDB) v. 18.4.1961, BGBl. 1964 II 959; Art. 45 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜKB) v. 24.4.1963, BGBl. 1969 II 1587; Art. 41 Abs. 2 des Übereinkommens über Spezialmissionen (ÜSM) vom 8.12.1969, 1400 UNTS 231; Art. 7 UNCISL. Siehe auch *Georg Schwarzenberger*, *International Law*, Vol. I, 1957, 610-611, der von einer „Vermutung gegen den impliziten Rechtsverzicht“ im Völkerrecht spricht.

112 Siehe Art. 32 Abs. 3 WÜDB; Art. 45 Abs. 3 WÜKB; Art. 41 Abs. 3 ÜSM; Art. 9 UNCISL.

überhaupt, nur klar und unzweideutig erfolgen könne.¹¹³ Weder die Anti-Folterkonvention noch die *travaux préparatoires* enthalten einen Anhaltspunkt für die Absicht der Staaten, in Fällen von Folterhandlungen ihrer Bediensteten auf die Immunität zu verzichten.¹¹⁴ Die Argumentation erkennt zudem, dass Gerichtsbarkeit und (das Fehlen von) Immunität zwei von einander unabhängige Verfahrensvoraussetzungen sind; von dem einen kann nicht ohne weiteres auf das andere geschlossen werden. So hat der IGH im *Arrest Warrant*-Fall festgestellt:

„It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States *obligations of prosecution or extradition*, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers of Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions.”¹¹⁵

Wie diese Ausführungen zeigen, ging es dem IGH nicht nur um die Frage der vertraglichen Begründung nationaler Strafgerichtsbarkeit, sondern um das Verhältnis der Verpflichtung zur Auslieferung oder Strafverfolgung (*aut dedere aut judicare*) einerseits und der Verpflichtung, Immunität zu gewähren andererseits. Dass eine vertragliche Verpflichtung zur Auslieferung oder Strafverfolgung die völkergewohnheitsrechtlichen Vorschriften über die Immunität der Staatsbediensteten unberührt lässt, haben auch mehrere Staaten in ihren Kommentaren zur Arbeit der ILC im Rechtsausschuss der Generalversammlung klar gemacht.¹¹⁶ Entgegen einer Meinung in der Literatur,¹¹⁷ beschränkte der IGH seine Aussage nicht auf die personale Immunität amtierender Außenminister, sondern sprach von „völkergewohnheitsrechtlichen Immunitäten“ allgemein. Übertragen auf die Anti-Folterkonvention bedeutet dies, dass sich ein konkludenter Immunitätsverzicht weder aus der vertraglichen Pflicht zur Begründung nationaler Strafgerichtsbarkeit für Folterhandlungen in Art. 5 der Konvention, noch aus der Pflicht zur Auslieferung oder Strafverfolgung in Art. 7 der Konvention ergeben kann. Ginge man von einem stillschweigenden vertraglichen Immunitätsverzicht aus, so stellte sich die Frage, warum sich dieser nur auf die funktionelle Immunität und nicht auch auf die personale Immunität erstrecken sollte. Anknüpfungspunkt für die Strafverfolgungspflicht ist nicht der Amtsstatus des Verdächtigen, sondern allein dessen Anwesen-

113 Siehe z.B. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, 168, 266, § 293; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, ICJ Reports 1989, 15, 42, § 50.

114 Siehe *Manfred Nowak/Elizabeth McArthur*, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, 2008, 325-326, § 179.

115 *Arrest Warrant* (Fn. 32), 24-25, § 59.

116 Siehe z.B. UN Docs. A/C.6/62/SR.22 (4.12.2007), 12, § 62 (China); A/C.6/64/SR.13 (24.11.2009), 4, § 16 (Russland); A/C.6/68/SR.19 (13.11.2013), 7, § 29 (Kuba). Siehe auch UN Docs. A/CN.4/571 (7.6.2006), 5, § 14; A/CN.4/603 (10.6.2008), 20, § 95; A/CN.4/601 (10.6.2010), 51, § 79; A/66/10 (2011), 274, § 306. Siehe auch die Erklärungen der 54 Staaten der Afrikanischen Union, wonach die Gerichtsbarkeit aufgrund des Weltrechtsprinzips die Immunität der Staatsbediensteten unberührt lässt; siehe z.B. African Union, *Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, Doc. Assembly/AU/11 (XIII), 3 July 2009, Ziff. 6; *Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, Doc. Assembly/AU/ Dec.271 (XIV), 2 February 2010, Ziff. 7; *Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, Doc. Assembly/AU/Dec.292 (XV), 27 July 2010, Ziff. 6.

117 Siehe *Akande/Shah* (Fn. 60), 841.

heit im Gebiet, über das der Staat Hoheitsgewalt ausübt. Für die personale Immunität wird ein solcher Immunitätsverzicht aber nicht angenommen.¹¹⁸ Wenig konsequent erscheint es auch von einem konkludenten Immunitätsverzicht im Strafverfahren, nicht aber im Zivilgerichtsverfahren auszugehen. Aus der Formulierung in Art. 14 Abs. 1 der Konvention, dass „jeder Vertragsstaat [...] in seiner Rechtsordnung sicher[stellt], dass das Opfer einer Folterhandlung [...] ein einklagbares Recht auf gerechte und angemessene Entschädigung“ hat, lässt sich nicht mehr und nicht weniger ein konkludenter Immunitätsverzicht ableiten, als aus der Pflicht zur Auslieferung oder Strafverfolgung. Bei Art. 14 soll die Entschädigungspflicht aber auf Folterhandlungen im Gerichtstaat beschränkt sein,¹¹⁹ für die es von vornherein keine funktionelle Immunität gibt.¹²⁰ Die Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren wird damit begründet, dass der Staat im Völkerrecht strafrechtlich nicht verantwortlich ist und deshalb durch ein Strafverfahren gegen einen Staatsbediensteten auch nicht „betroffen“ (*impleaded*) sein könne. Ein zivilrechtliches Schadensersatzverfahren könne dagegen indirekt auch den Staat betreffen, da die Amtshandlungen des Staatsbediensteten dem Staat zuzurechnen seien.¹²¹ Diese Begründung überzeugt jedoch nicht, da auch eine strafrechtliche Verurteilung eines Staatsbediensteten für eine Amtshandlung die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates auslösen kann. Die Verantwortlichkeit des Staates ist weder strafrechtlich noch zivilrechtlich, sondern ist als solche völkerrechtliche Verantwortlichkeit. Auch bei einem Strafverfahren gegen einen Staatsbediensteten wegen einer Amtshandlung sind die Interessen des Staates „betroffen“.

Zwei Richter schlossen die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten für Straftaten wie Folter, die kraft Definition „von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person“ begangen werden müssen,¹²² aus, da diese andernfalls immer straflos wären.¹²³ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass Immunität nicht automatisch Straflosigkeit bedeutet. So können Staatsbedienstete vor den nationalen Gerichten ihres eigenen Staates zur Verantwortung gezogen werden, der Staat kann auf die Immunität seiner Bediensteten von der Gerichtsbarkeit ausländischer Gerichte verzichten, und diese können bei strafrechtlichen Kernverbrechen vor internationalen Gerichten verfolgt werden.¹²⁴

(b) Immunitätsentzug als Gegenmaßnahme

Ein weiterer dogmatischer Ansatz besteht darin, die (vorübergehende) Nichtgewährung einer bestehenden funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter als „Gegenmaßnahme“ nach dem Recht der Staatenverantwortlichkeit zu rechtfertigen.¹²⁵

118 Siehe z.B. *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 300, § 71 (per Lord Hoffmann).

119 Siehe *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 289, § 25 (per Lord Bingham). Siehe auch *Nowak/McArthur* (Fn. 114), 502, §123.

120 Siehe oben Abschn. II.2. und Art. 12 UNCSI.

121 So *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 290, § 31 (per Lord Bingham).

122 Art. 1 Abs. 1 der Anti-Folterkonvention.

123 Siehe *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 277-278 (Lord Millett), 289 (Lord Phillips).

124 Siehe *Arrest Warrant* (Fn. 32), 25, § 61. Siehe auch UN Doc. A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 2, § 3 (Germany).

125 Vgl. *Craig Forcese*, De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity (2007) 52 McGill Law Journal 127, 165-168; *Kimberley N. Trapp/Alex Mills*, Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of *Germany v. Italy* (2012) 1 Cambridge Journal of International and Comparative Law 153, 163-166; *Paul B. Stephan*, Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant, in John Norton Moore (ed.), Foreign Affairs

Dieser Ansatz beruht darauf, dass es sich bei der funktionellen Immunität völkerrechtlich nicht um ein Recht der Staatsbediensteten, sondern um ein Recht ihres Staates handelt, und dass völkerrechtswidrige Amtshandlungen der Staatsbediensteten dem Staat als eigene zuzurechnen sind und zu dessen völkerrechtlicher Verantwortlichkeit führen. Nach Art. 49 Abs. 1 der ILC-Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (ARSIWA) darf ein „verletzter Staat“ gegen den für eine völkerrechtswidrige Handlung verantwortlichen Staat Gegenmaßnahmen ergreifen, um diesen zur Beendigung der völkerrechtswidrigen Handlung und zur Wiedergutmachung zu veranlassen. Bei Gegenmaßnahmen handelt es sich um die vorübergehende Verletzung der völkerrechtlichen Rechte des verantwortlichen Staates.¹²⁶ Es wird argumentiert, dass es sich beim Folterverbot um eine Verpflichtung *erga omnes*, d.h. um eine Verpflichtung gegenüber der gesamten internationalen Gemeinschaft, handle. Alternativ seien Folterhandlungen durch eine Partei der Anti-Folterkonvention eine Verletzung der Pflichten gegenüber allen anderen Vertragsparteien.¹²⁷ Ein Verstoß gegen das Folterverbot soll demnach alle Staaten oder zumindest die Parteien der Anti-Folterkonvention verletzen und diese damit zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen in Form der Missachtung der funktionellen Immunität der an den Folterhandlungen beteiligten Staatsbediensteten berechtigen.¹²⁸ Diese Ansicht verkennt, dass die ILC in ihren Artikeln bewusst zwischen „verletzten Staaten“ und „anderen Staaten als dem verletzten Staaten“ unterschieden und die Kategorie des verletzten Staates eng gefasst hat.¹²⁹ Besteht die verletzte Verpflichtung gegenüber einer „Gruppe von Staaten“, wie den Parteien eines multilateralen Vertrages, oder gegenüber der „gesamten internationalen Gemeinschaft“, dann sind die Mitglieder der Gruppe oder der Gemeinschaft nicht „verletzte Staaten“, sondern lediglich „andere Staaten als die verletzten Staaten“. Diese können lediglich die Verantwortlichkeit eines Staates geltend machen, aber nicht selbst Gegenmaßnahmen ergreifen.¹³⁰ Dieses Recht steht ausschließlich dem „verletzten Staat“ zu. Bei Folterhandlungen ist neben dem einzelnen Folteropfer der Staat der Staatsangehörigkeit des Opfers in seinen Rechten verletzt. Dies zeigt sich darin, dass nur dieser Staat zur Ausübung des diplomatischen Schutzes berechtigt ist,¹³¹ denn der diplomatische Schutz beruht auf der Fiktion, dass der Staat durch die Verletzung seines Staatsangehörigen selbst in seinen Rechten verletzt wird.¹³² Zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen wäre danach nur der Staat der Staatsangehörigkeit der Opfer schwerster Menschenrechtsverletzungen befugt. Dabei wird es sich jedoch oftmals um den für die Folterhandlungen verantwortlichen Staat selbst handeln, so

Litigation in United States Courts (2013), 67, 80-82. Der Gedanke der Strafverfolgung ausländischer Staatsbediensteter als „Repressalie“ findet sich bereits bei *Gerhard Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht. Zum gegenwärtigen Stand des völkerrechtlichen Strafrechts, 1962, 138; *Bothe* (Fn. 43), 252.

126 Siehe Art. 49 Abs. 2 ARSIWA.

127 Siehe z.B. *Forcese* (Fn. 125), 165-166.

128 Nicht jede Rechtsverletzung eines Staates erlaubt die Missachtung der funktionellen Immunität seiner Bediensteten. Im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsfordernis (Art. 51 ARSIWA) muss eine Verbindung zwischen dem Rechtsverstoß des Staates und den betroffenen Staatsbediensteten gefordert werden. Siehe bereits *Hoffmann* (Fn. 125), 138.

129 Siehe Art. 48 ARSIWA einerseits und Art. 49 ARSIWA andererseits.

130 Siehe Art. 48 ARSIWA.

131 Siehe Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 der ILC-Artikel über den diplomatischen Schutz v. 19.5.2006, A/RES/62/67 (2007) v. 6.12.2007, Anlage.

132 Siehe z.B. PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions* (1924) PCIJ Series A, No. 2, 2; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, 3, 46, § 87.

dass dieser Ansatz nur von begrenzter praktischer Bedeutung ist. Aber auch sonst ist dieser Ansatz problematisch. Gegenmaßnahmen werden von der Exekutive ergriffen, da es sich um eine außenpolitische Entscheidung handelt. Über die Nichtgewährung der Immunität müsste aber die Judikative entscheiden, die insoweit nicht „verfügungsbefugt“ ist.¹³³ Anweisungen der Regierung an die Gerichte, von Fall zu Fall die funktionelle Immunität als Gegenmaßnahme zu missachten, stünden sowohl das Prinzip der Gewaltenteilung als auch das Rechtsstaatsprinzip entgegen. Gegenmaßnahmen sollen den verantwortlichen Staat zur Erfüllung seiner Verpflichtungen veranlassen und erlauben deshalb nur eine vorübergehende Rechtsverletzung. Sie sind somit sofort zu beenden, sobald der verantwortliche Staat z.B. die Folterhandlung beendet und/oder Wiedergutmachung leistet.¹³⁴ Ein bereits laufendes Strafverfahren gegen einen ausländischen Staatsbediensteten wäre in diesem Fall aufgrund der wieder zu berücksichtigenden funktionellen Immunität sofort einzustellen. Insoweit erscheint es fraglich, ob es sich bei der Missachtung der funktionellen Immunität überhaupt um eine taugliche Gegenmaßnahme handelt, da diese „möglichst in einer Weise zu ergreifen [ist], die die Wiederaufnahme der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung zulässt“.¹³⁵ Es wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass eine auch nur vorübergehende Verletzung der Immunität „eine Glocke ist, deren Läuten nicht gänzlich ungeschehen gemacht werden kann“.¹³⁶ Gegenmaßnahmen dürfen auch nicht gegen grundlegende Menschenrechte verstoßen.¹³⁷ Zu fragen wäre, inwieweit der einzelne Staatsbedienstete hier zum „Objekt“ der Durchsetzung des Völkerrechts gemacht würde. Dieser Gedanke kommt auch im Ausschluss von Gegenmaßnahmen gegen diplomatische und konsularische Vertreter zum Ausdruck.¹³⁸ Gleiches sollte auch für andere Staatsbedienstete gelten. Letztlich dürfte aber die Nichtgewährung der Immunität als Gegenmaßnahme bereits daran scheitern, dass Gegenmaßnahmen vorab anzukündigen sind,¹³⁹ was dazu führen dürfte, dass ausländische Staatsbedienstete den Gerichtsstaat meiden. Die zumindest vorübergehende Anwesenheit des Beschuldigten ist aber in den meisten Staaten Voraussetzung für die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit.

(2) *Einschränkungen durch neues Völkergewohnheitsrecht*

Einschränkungen der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten sind nicht deduktiv aus Prinzipien oder Annahmen abzuleiten, sondern induktiv durch eine Untersuchung der Praxis und *opinio juris* der Staaten nachzuweisen. Mehrere Staaten haben in ihren Stellungnahmen im Rechtsausschuss der UN-Generalversammlung zur Frage der „Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die ILC ihre Vorschläge auf der Basis der Praxis und der Rechtsüberzeugung der Staaten erarbeiten solle. Auch Deutschland hat einem allein von Werten und Prinzipien geleiteten Ansatz eine Absage erteilt. So heißt es in der Stellungnahme des deutschen Vertreters:

133 Vgl. *Stephan* (Fn. 125), 80-82.

134 Siehe Art. 53 ARSIWA.

135 Art. 49 Abs. 3 ARSIWA.

136 *Trapp/Mills* (Fn. 125), 166. Siehe auch *Stephan* (Fn. 125), 82.

137 Siehe Art. 50 Abs. 1(b) ARSIWA.

138 Siehe Art. 50 Abs. 2(b) ARSIWA.

139 Siehe Art. 52 Abs. 1(b) ARSIWA.

„[his delegation] was convinced that the starting point should be a solid and thorough analysis of existing State practice and a specifically identified *opinio juris*. ...] In particular, an analysis of immunity in the system of values and principles of contemporary international law should be based on a specifically identified *opinio juris* and relevant State practice rather than on abstract considerations.“¹⁴⁰

(a) Entwicklungsstand des Völkergewohnheitsrechts

Ausgangspunkt für die Entwicklung der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten ist deren absolute Immunität für alle Amtshandlungen.¹⁴¹ Einschränkungen beruhen auf freiwilliger Selbstbeschränkung der Souveränität der Staaten und können nicht ohne weiteres angenommen werden. Der Annahme von Einschränkungen steht das Interesse der Staaten am Schutz ihrer Bediensteten entgegen.¹⁴² Völkergewohnheitsrechtliche Einschränkungen der funktionellen Immunität beruhen in der Regel zunächst einmal auf einem Völkerrechtsbruch und setzen sich erst allmählich durch eine sich wandelnde Rechtsüberzeugung und Praxis der Staaten durch. *Michael Bothe* schrieb im Jahr 1971 im Hinblick auf damalige Tendenzen, die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten bei bestimmten Verbrechen einzuschränken:

„[Es] ist [...] gefährlich, Abweichungen von etablierten Sätzen des Gewohnheitsrechts mit dem Hinweis auf allgemeine Entwicklungstendenzen zu begründen. [...] eine Änderung der bestehenden Rechtslage [wird man] wohl nur mit einer Änderung der Staatenpraxis oder allenfalls mit einer klaren Wandlung der allgemeinen Rechtsüberzeugung nachweisen können.“¹⁴³

Im Jahr 2013 gibt es für eine völkergewohnheitsrechtliche Einschränkung der funktionellen Immunität bei schwersten Menschenrechtsverletzungen weder eine ausreichend einheitliche und weit verbreitete Staaten- bzw. Gerichtspraxis noch eine eindeutige Rechtsüberzeugung der Staaten.¹⁴⁴ Die Stellungnahmen der Staaten im Rechtsausschuss der Generalversammlung lassen keine einheitliche Rechtsüberzeugung in dieser Frage erkennen. Die Rechtsprechung nationaler Gerichte lässt sich ebenfalls am besten mit „disparat“ umschreiben.¹⁴⁵ Während einige Gerichte die funktionelle Immunität bei schwersten Menschenrechtsverletzungen verneint haben, wird diese von anderen weiterhin bejaht. Nicht einmal innerhalb derselben Jurisdiktion ist die Rechtsprechung notwendigerweise einheitlich, wie US-amerikanische Entscheidungen zeigen.¹⁴⁶ Soweit Gerichte sich gegen die funktionelle Immunität ausgesprochen haben, haben sie dies mit vielfach unterschiedlichen Begründungen getan, wie der *Pinochet*-Fall demonstriert. Keiner dieser Begründungsansätze hat sich bislang durchgesetzt. So erklärte die Regierung des Vereinigten Königreichs im Hinblick auf den Ansatz, dass die Vertragsparteien der Anti-Folterkonvention implizit auf Immunität verzichtet hätten: „That reasoning could also apply to certain other crimes under international con-

140 UN Doc. A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 2, § 3 (Deutschland) (Hervorhebung durch Verf.).

141 Siehe oben Abschn. II.1.

142 Vgl. *Loening* (Fn. 13), 35.

143 *Bothe* (Fn. 43), 256.

144 Siehe die hilfreiche Untersuchung der Entscheidungen post-Pinochet von *Wuerth* (Fn. 65), 745-768.

145 Siehe die Nachweise der Rechtsprechung in Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat, UN Doc. A/CN.4/596 (31.3.2008) und Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/631 (10.6.2010).

146 Vgl. z.B. *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir 2009); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004) einerseits und *Yousuf v. Samantar* (Fn. 3), 776 andererseits.

ventions. However, there was little State practice as yet to support a proposal to that effect, which would therefore be *lex ferenda*.¹⁴⁷ Auch bei der Frage, ob die funktionelle Immunität von ausländischer Strafgerichtsbarkeit und Zivilgerichtsbarkeit gleich oder unterschiedlich zu behandeln ist, besteht keine einheitliche Rechtsprechung. Die Literatur konzentriert sich meist auf einzelne Entscheidungen und versucht aus diesen allgemeine Regeln abzuleiten. Davor ist jedoch eindringlich zu warnen. In der vielzitierten *Ferrini*-Entscheidung hat das italienische oberste Berufungsgericht im Jahr 2004 entschieden, dass es bei internationalen Verbrechen weder Staatenimmunität noch funktionelle Immunität der Staatsbediensteten geben könne und verurteilte Deutschland zur Zahlung von Schadensersatz.¹⁴⁸ Lord *Bingham*, der höchste Richter im Vereinigten Königreich, bemerkte dazu treffend: „The *Ferrini* decision cannot in my opinion be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law.“¹⁴⁹ Wie Recht er damit haben sollte, zeigt die Entscheidung im *Jurisdictional Immunities of the State*-Fall, in der der IGH feststellte, dass Italien durch diese und andere Entscheidungen seine Pflicht, die Immunität der Bundesrepublik Deutschland zu respektieren, verletzte.¹⁵⁰ Wenn man bedenkt, dass nach mehr als 150 Jahren noch nicht einmal alle Staaten die Einschränkung der Staatenimmunität bei privatwirtschaftlichen Rechtsgeschäften akzeptiert haben,¹⁵¹ können das Urteil im Fall *Pinochet* und andere nationale Gerichtsentscheidungen aus den letzten Jahren höchstens den Anfang eines neuen völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklungsprozesses markieren, nicht aber dessen Abschluss.

(b) Vorteile des völkergewohnheitsrechtlichen Ansatzes

Das Völkergewohnheitsrecht ist unordentlich und ungeordnet. Ein Ansatz, der auf die Praxis und Rechtsüberzeugungen der Staaten abstellt, fördert nicht in gleicher Weise und schon gar nicht mit gleicher Geschwindigkeit absolute Gewissheiten zutage, wie dies ein dogmatischer Ansatz tut. Dennoch hat der induktive Ansatz nicht unerhebliche Vorteile. Abgesehen davon, dass das Recht regelmäßig näher an der Realität sein wird, ist der empirische Ansatz flexibler und ermöglicht es, auch unterschiedliche und anscheinend widersprüchliche Regelungen zu erklären. Da es sich bei der Einschränkung der funktionellen Immunität um eine freiwillige Selbstbeschränkung der Souveränität der Staaten handelt, steht es diesen generell frei, ob und inwieweit sie die funktionelle Immunität ihrer Bediensteten einschränken wollen. Befreit vom Diktat dogmatischen Denkens können sich durch eine von Rechtsüberzeugung getragene Praxis der Staaten unterschiedliche Regelungen der funktionellen Immunität für verschiedene Staatsbedienstete, Handlungen und Gerichtsbarkeiten entwickeln. So wäre es denkbar, dass für ein und dieselbe Handlung funktionelle Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit, nicht aber von der Strafgerichtsbarkeit besteht. Eine Einschränkung der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten muss auch nicht notwendigerweise mit der Einschränkung der Immunität des Staates selbst einhergehen. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Staatsbediensteten muss also, wenn die Staaten

147 UN Doc. A/C.6/66/SR.28 (2.12.2011), 4, § 11 (Vereinigtes Königreich).

148 Italy, Court of Cassation (Plenary Session), *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004, 128 ILR 658.

149 *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 288, § 22 (per Lord Bingham).

150 Siehe *Jurisdictional Immunities of the State* (Fn. 5), 113-114, §§ 27-29; 154, § 139(1).

151 Siehe *FG Hemisphere (No. 2)* (Fn. 46), 694-695.

dies so wollen, nicht automatisch zur zivilrechtlichen Haftung des Staates führen. Beim völkergewohnheitsrechtlichen Ansatz müssen Einschränkungen der funktionellen Immunität für jede Art von Staatsbediensteten, Handlung und Gerichtsbarkeit getrennt ermittelt werden.

3. Reaktionen auf die Einschränkung der funktionellen Immunität

Die zunehmende Einschränkung der funktionellen Immunität verbunden mit der Ausweitung der extraterritorialen Gerichtsbarkeit hat dazu geführt, dass in den letzten Jahren, vor allem in westeuropäischen Staaten, vermehrt Anzeigen wegen Begehung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen und schwersten Menschenrechtsverletzungen gegen aktive und ehemalige ausländische Staatsbedienstete erstattet oder Strafverfahren im Wege der Privatanklage gegen diese Personen angestrengt wurden. Vor allem Verfahren gegen US-amerikanische, israelische und chinesische hohe Regierungsmitglieder haben bei den Gerichtsstaaten zu „diplomatischen Kopfschmerzen“ geführt. Um außenpolitische Verwicklungen zu vermeiden und um nicht in die Rolle eines Weltgerichtshofs gedrängt zu werden, haben diese Staaten die Ausübung der extraterritorialen Gerichtsbarkeit durch ihre Gerichte eingeschränkt oder Maßnahmen ergriffen, um solche Verfahren bereits im Vorfeld zu verhindern. Die früher bestehende funktionelle Immunität der Staatsbediensteten wurde so durch eine neue „de facto-Immunität“ ersetzt. Daneben haben die Staaten durch die Einräumung des Status einer „Spezialmission“ die personale Immunität auf aktive und ehemalige Staatsbedienstete ausgedehnt, die keine funktionelle Immunität mehr genießen.

a) *Einschränkende Auslegung des Weltrechtsprinzips durch die Gerichte*

Nach der weltweit für Aufsehen sorgenden Ausstellung eines internationalen Haftbefehls gegen den ehemaligen chilenischen Staatspräsidenten Augusto Pinochet wegen schwerster Menschenrechtsverletzungen in Chile während seiner Amtszeit durch den spanischen Untersuchungsrichter Baltasar Garzón im Jahr 1998¹⁵² kam es vor allem in Spanien zu mehreren Verfahren gegen ehemalige ausländische Staatsbedienstete auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips. Die spanischen Gerichte äußerten zunächst Bedenken gegen den Gedanken, „dass ein Staat einseitig, mit den Mitteln des Strafrechts, gegen jedermann und für die ganze Welt, Ordnung herstellen kann, ohne dass es eines Anknüpfungspunktes bedarf, der die extraterritoriale Ausdehnung seiner Gerichtsbarkeit legitimiert.“¹⁵³ Sie versuchten deshalb zunächst, das Weltrechtsprinzip für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen und schwerste Menschenrechtsverletzungen durch die Herausbildung weiterer Voraussetzungen für dessen Ausübung einzuschränken. So wurde die Anwendung des Weltrechtsprinzips zunächst unter den Vorbehalt des „Subsidiaritätsprinzips“ gestellt; d.h. die spanische Gerichtsbarkeit sollte nur dann gegeben sein, wenn die Gerichte des Tatortes zur Verfolgung der Tat unwillig oder unfähig waren und kein internationales Gericht seine Zuständigkeit ausübte.¹⁵⁴ Daneben wurde die Anwendung des Weltrechtsprinzips auch von Verhältnismäßigkeitserwägungen abhängig gemacht. Nach dem „Prinzip der Notwendigkeit der [Ausübung der] Gerichtsbarkeit“

152 Siehe *Pinochet No. 3* (Fn. 93), 147-148.

153 Spain, Supreme Court, Criminal Division, Decision No. 327/2003, *Guatemalan Genocide Case*, 25 February 2003 (2003) 42 ILM 686, 698 (Übersetzung des Verf.).

154 Vgl. ebd., 694-696.

sollte eine Intervention spanischer Gerichte auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips dann nicht notwendig sein, wenn die Gerichte des Tatorts das Verbrechen bereits wirksam verfolgten. Bei gleichzeitiger Gerichtsbarkeit sollte das Territorialitätsprinzip dem Weltrechtsprinzip vorgehen.¹⁵⁵ Des Weiteren wurde in jedem Fall ein Anknüpfungspunkt an spanische nationale Interessen für die Anwendung des Weltrechtsprinzips gefordert. Ein solcher wurde immer dann angenommen, wenn entweder der Täter oder das Opfer spanischer Staatsbürger war oder der Täter sich in Spanien aufhielt. Andernfalls wurde die Ausübung der Gerichtsbarkeit nach dem Weltrechtsprinzip als „missbräuchlich“ oder „exzessiv“ angesehen.¹⁵⁶

Auch in anderen Staaten schränkten die Gerichte die Ausübung der Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips ein, indem sie spezielle Anknüpfungspunkte an den Gerichtsstaat (wie die Staatsangehörigkeit von Täter oder Opfer) oder die Anwesenheit des Beschuldigten im Gerichtsstaat als Voraussetzung für die Untersuchung einer Straftat oder die Einleitung eines Strafverfahrens forderten.¹⁵⁷ Aufgrund dieser einschränkenden Auslegung des Weltrechtsprinzips stellte sich die Frage der Immunität der Staatsbediensteten in den meisten Fällen erst gar nicht oder musste von Gerichten nicht beantwortet werden.¹⁵⁸

b) Gesetzliche Begrenzung der Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen

Mehrere Staaten, die von einem uneingeschränkten oder „absoluten“ Weltrechtsprinzip für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen ausgehen, sahen sich in den letzten Jahren gezwungen, dessen Anwendung im außenpolitischen Interesse per Gesetz erheblich einzuschränken. Die Entwicklung in Spanien ist hierfür aufschlussreich. Nachdem das Verfassungsgericht im September 2005 die vom Obersten Gerichtshof entwickelte einschränkende Auslegung des Weltrechtsprinzips als verfassungswidrig verworfen und entschieden hatte, dass die Präsenz des Beschuldigten in Spanien für die Eröffnung des Verfahrens (anders als für die Eröffnung der Hauptverhandlung) nicht erforderlich sei,¹⁵⁹ wurden im Wege des Privatanklageverfahrens zahlreiche neue Verfahren gegen ehemalige und amtierende ausländische Staatsbedienstete eingeleitet. Im Jahr 2007 bestätigte der Oberste Gerichtshof die Verurteilung eines ehemaligen argentinischen

155 Vgl. ebd., 705. Siehe auch Spain, Supreme Court, Criminal Division, Decision No. 712/2003, Peruvian Genocide Case, 20 May 2003 (2003) 42 ILM 1200, 1205.

156 Vgl. Spain, National Court, *Fundación Casa del Tibet and ors v. Zemin and ors*, Appeal Judgment on Admissibility No. 196/05, 10 January 2006, ILDC 1002 (ES 2006), H7 and para. 10. Siehe auch Spain, Supreme Court, Criminal Division, Decision No. 327/2003, Guatemalan Genocide Case, 25 February 2003 (2003) 42 ILM 686, 697, 701. Auch der Bundesgerichtshof stellte vor Einführung des Völkerstrafgesetzbuches auf das Vorliegen eines legitimierenden Anknüpfungspunktes für die Anwendung des deutschen Strafrechts auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips ab; siehe z.B. BGH, Urteil v. 11.12.1998 – 2 ARs 499/98, NStZ 1999, 236; BGH, Urteil v. 30.04.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 65 (*Fall Jorgić*).

157 Siehe z.B. Netherlands, Supreme Court, *Re Bouterse*, Judgment on Appeal, Decision No. LJN AB1471, 18 September 2001, ILDC 80 (NL 2001), H9 and para. 8.5.

158 Vgl. z.B. Netherlands, Court of Appeal of The Hague, *Al Shami v. Ayalon*, Appeal Judgment No. K08/0386, 26 October 2009, ILDC 673 (NL 2009).

159 Spain, Supreme Court, *Menchú Tumn (Rigoberta) and ors v Two Guatemalan Government Officials and Six members of the Guatemalan Military* [Guatemala Genocide Case], Constitutional Appeal No. 237/2005, 26 September 2005, ILDC 137 (ES 2005), H3-H6 and paras. 3-8. Siehe auch Constitutional Court, Second Chamber, Constitutional Appeal No. 3382/2005, Judgment of 22 October 2007 [*Falun Gong*] (2007) 19 Yearbook of International Humanitarian Law 422, 438.

Offiziers wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit zu 640 Jahren Haft.¹⁶⁰ Spanien entwickelte sich zu einem der attraktivsten und aktivsten Staaten bei der Verfolgung von Verbrechen auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips. Im November 2009 waren 13 solcher Fälle vor dem Spanischen Nationalen Gericht (*Audencia Nacional*) anhängig, darunter Verfahren wegen Völkermords in Guatemala, Folter in Guantanamo Bay, Kriegsverbrechen in Gaza 2002, Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Tibet und Kriegsverbrechen im Irak 2003.¹⁶¹ Diese Entwicklung war sicherlich mitverantwortlich dafür, dass das spanische Parlament am 3. November 2009 das Organisationsgesetz Nr. 1/2009 erließ, das die Gerichtsbarkeit aufgrund des Weltrechtsprinzips u.a. für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und weitere Verbrechen, zu deren Verfolgung sich Spanien vertraglich verpflichtet hatte, begrenzte. Spanische Gerichte sind danach nur noch in solchen Fällen zuständig, in denen sich der mutmaßliche Täter in Spanien aufhält, die Opfer die spanische Staatsangehörigkeit besitzen oder ein sonstiger relevanter Anknüpfungspunkt zu Spanien besteht und zudem kein Verfahren in einem anderen zuständigen Land oder vor einem internationalen Gerichtshof eingeleitet worden ist. Ein bereits begonnenes Strafverfahren muss vorläufig ausgesetzt werden, wenn andere staatliche oder internationale Gerichte die betreffenden Taten untersuchen oder verfolgen.¹⁶² Diese gesetzlichen Einschränkungen des Weltrechtsprinzips haben dazu geführt, dass in mehreren Fällen die Eröffnung von Verfahren gegen ausländische Staatsbedienstete wegen völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen entweder mangels Anknüpfungspunkt oder aufgrund der Untersuchung der Taten durch andere Gerichte von vornherein abgelehnt wurde.¹⁶³ Dabei wurden keine besonders hohen Anforderungen an die andernorts getätigten Untersuchungen gestellt, insbesondere wurde nicht gefordert, dass es sich dabei um unabhängige gerichtliche oder staatsanwaltschaftliche Untersuchungen handeln muss.¹⁶⁴ Die Frage der Immunität stellte sich damit überhaupt nur noch in den äußerst seltenen Fällen, in denen die gesetzlich aufgebauten Hürden für die Anwendung des Weltrechtsprinzips übersprungen wer-

160 Spain, Supreme Court, *Scilingo Manzorro v. Spain*, Appeal Judgment No. 798, 1 October 2007, ILDC 1430 (ES 2007); Spain, National Court, *Public Prosecutor's Office v. Scilingo Manzorro*, Final Appeal Judgment No. 16/2005, Aranzadi JUR 2005/132318, 19 April 2005, ILDC 136 (ES 2005). Manzorro war zunächst wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt worden. Der Oberste Gerichtshof stützte die Verurteilung dagegen auf mehrfachen Mord und rechtswidrige Inhaftierung, begründete dann aber die extritoriale Gerichtsbarkeit der spanischen Gerichte mit dem Weltrechtsprinzip für Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

161 *Lisa Skeen*, Spain Steps Down: Universal Jurisdiction and the Guatemalan Genocide Cases, 24 August 2009, <https://nacla.org/node/6078>.

162 Siehe den ersten Artikel des Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Boletín Oficial del Estado, núm. 266, 4.11.2009, Sec. I, pág. 92089; auch abgedruckt in (2009) 12 Yearbook of International Humanitarian Law 628-632.

163 Siehe z.B. Spain, Supreme Court, Criminal Chamber, First Section, Appeal No. 857/2011, Decision of 6 October 2011 [Repression in China before Olympic Games] (2011) 14 Yearbook of International Humanitarian Law – Correspondents' Reports – Spain 1, 3; España, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Auto núm. 550/2010 de 4 marzo 2010, JUR\2010\111615 und Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), Auto núm. 1/2009 de 9 julio 2009, JUR\2012\171063 [gezielte Tötung von Salah Shehadeh im Gazastreifen].

164 Spain, National Court, Central Investigating Court No. 6, Preliminary Proceedings No. 134/2009, Order of 13 April 2011 [Guantanamo Bay] (2011) 14 Yearbook of International Humanitarian Law – Correspondents' Reports – Spain 1, 4. Eine Unterscheidung zwischen behördlichen und gerichtlichen Untersuchungen trifft jedoch Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción, Auto de 4 octubre 2011, ARP\2011\1228.

den konnten. Diese Hürden waren jedoch noch nicht ausreichend, wie es scheint, um einen vollständigen Schutz ausländischer Staatsbediensteter zu gewährleisten. Als der spanische Nationale Gerichtshof in Madrid im November 2013 einen internationalen Haftbefehl wegen „Völkermordes in Tibet“ gegen den ehemaligen chinesischen Staatspräsidenten Jiang Zemin, den früheren chinesischen Ministerpräsidenten Li Peng und andere hohe Staatsbedienstete ausstellte,¹⁶⁵ hat der spanische Gesetzgeber innerhalb von nur vier Monaten ein neues Gesetz erlassen, wonach die spanische Justiz in Zukunft bei Auslandstaten nur noch tätig werden soll, wenn der des Verbrechens Verdächtige spanischer Staatsangehöriger ist oder im Falle von Ausländern seinen Wohnsitz in Spanien hat oder sich in Spanien aufhält und nicht ausgeliefert wird. Um keine Zweifel aufkommen zu lassen, bestimmt diese *Lex Jiang Zemin*, dass alle anhängigen Verfahren, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, mit Inkrafttreten des Gesetzes am 14. März 2014 einzustellen sind.¹⁶⁶

Spanien war jedoch nicht der erste Staat, der sich gezwungen sah, die Anwendung des Weltrechtsprinzips gesetzlich einzuschränken. Bereits im Jahr 2003 änderte Belgien sein richtungsweisendes „Gesetz über die Unterdrückung von schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht“,¹⁶⁷ das die Zuständigkeit belgischer Gerichte für Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit unabhängig von Tatort und Staatsangehörigkeit der Täter oder Opfer begründet hatte. Dabei waren Verfahren selbst in Abwesenheit der Beschuldigten möglich. Privatpersonen nutzten das Gesetz, um im Wege der Privatanklage Verfahren u.a. gegen den ehemaligen US-Präsidenten George Bush Sr., den seinerzeit amtierenden US-Verteidigungsminister Donald Rumsfeld, den ehemaligen Generalstabschef der israelischen Armee Amos Yaron und den ehemaligen Präsidenten von Tschad Hissène Habré anzustrengen.¹⁶⁸ Nachdem die US-Regierung angedeutet hatte, dass Brüssel als Sitz des NATO-Hauptquartiers in Frage stünde, wenn amerikanische Staatsbedienstete in Belgien weiterhin Strafverfahren fürchten müssten, und Israel seinen Botschafter aus Belgien abberufen hatte, übertrug das belgische Parlament die Entscheidung über die Einleitung von Verfahren auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips in einem ersten Schritt dem Generalbundesanwalt (*procureur fédéral*) und beseitigte so faktisch die Möglichkeit der Privatanklage. Der Generalbundesanwalt sollte dabei u.a. auch die Möglichkeit haben, ein Verfahren an einen anderen Staat oder ein internationales Gericht zu überweisen. In einem zweiten Schritt schränkte der Gesetzgeber zudem die Zuständigkeit der belgischen Gerichte ein. Eine Verfolgung von Verstößen gegen völkerstrafrechtliche Kernverbrechen sollte in Belgien nur noch dann möglich sein, wenn der Beschuldigte belgischer Staatsangehöriger oder in Belgien ansässig ist, das Opfer Belgier ist oder zum Tatzeitpunkt mindestens seit drei Jahren in Belgien gewohnt hat, oder Belgien völk-

165 Siehe Haftbefehl gegen Jiang Zemin, F.A.Z., 21.11.2013, 5; Fürchte dich nicht, Jiang Zemin, F.A.Z., 13.2.2014, 8.

166 Siehe Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, Boletín Oficial del Estado, núm. 63, 14.3.2014, Sec. I, pág. 23026.

167 Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, 16 juin 1993 (Moniteur belge, 5 août 1993), ergänzt durch Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, 10 février 1999 (Moniteur belge, 23 mars 1999).

168 Siehe *Malvina Halberstam*, *Belgium's Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?* (2003-2004) 25 *Cardozo Law Review* 247-266.

kerrechtlich zur Verfolgung verpflichtet ist.¹⁶⁹ Am 24. September 2003, nur wenige Tage nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung, beendete der belgische Oberste Gerichtshof die Verfahren gegen mehrere US-amerikanische und israelische Staatsbedienstete, weil keines der Opfer die belgische Staatsangehörigkeit hatte oder in Belgien ansässig war.¹⁷⁰ Auf die Frage der Immunität war mangels Gerichtsbarkeit nicht einzugehen.

In der Bundesrepublik Deutschland wurden im Zusammenhang mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches im Jahr 2002 Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zwar grundsätzlich dem uneingeschränkten Weltrechtsprinzip unterstellt, doch wurden die Verfolgung diese Verbrechen durch die Staatsanwaltschaft mit Einführung des § 153f StPO gleichzeitig erheblich begrenzt.¹⁷¹ In Abweichung vom Legalitätsgrundsatz *kann* die Staatsanwaltschaft bei Begehung dieser Verbrechen im Ausland von der Strafverfolgung *absehen*, wenn sich der Tatverdächtige nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist. Von der Verfolgung kann insbesondere dann abgesehen werden, wenn kein „legitimer Anknüpfungspunkt“ zu Deutschland besteht, d.h. weder Täter noch Opfer Deutsche sind, oder wenn die Tat vor einem internationalen oder anderen staatlichen Strafgericht (des Tatorts, des Täters oder des Opfers) bereits verfolgt wird.¹⁷² Die Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen wurde somit faktisch unter den Vorbehalt doppelter Subsidiarität gestellt.¹⁷³ Ist in einem solchen Fall die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann diese jederzeit zurückgenommen und das Verfahren eingestellt werden.¹⁷⁴ Die Entscheidung über die Strafverfolgung wird damit weitgehend in das Ermessen des Generalbundesanwalts gestellt.¹⁷⁵ Entscheidend für die Ausübung dieses Ermessens soll sein, ob durch die Aufnahme von Ermittlungen ein nennenswerter Aufklärungserfolg erzielt werden kann und bestehende Strafbarkeits- und Strafverfolgungslücken geschlossen werden können.¹⁷⁶ Es handelt sich bei § 153f StPO zwar um eine Spezialvorschrift für Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch, auf die die uneingeschränkte Ermessensvorschrift des § 153c StPO nicht unmittelbar anwendbar ist, doch dürften im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit des Generalbundesanwalts¹⁷⁷ auch (außen-) politische Gründe, wie die Gefahr schwerer Nachteile für die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland und sonstige überwiegende öffentliche Interessen, bei dessen Entscheidung zumindest faktisch eine gewisse Rolle spielen.¹⁷⁸ Bei Vorliegen der

169 *Roozbeh B. Baker*, Universal Jurisdiction and the Case of Belgium: A Critical Assessment (2009) 16 ILSA Journal of International and Comparative Law 141, 152-161; *Steven R. Ratner*, Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem (2003) 97 American Journal of International Law 888-897; *Damien Vandermeersch*, Prosecuting International Crimes in Belgium (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 400-421.

170 Siehe *Luc Walley*, Universal Jurisdiction: Lessons from the Belgian Experience (2002) 5 Yearbook of International Humanitarian Law 394, 404.

171 Siehe Art. 1 und 3 des Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches v. 26.6.2002, BGBl. I 2254.

172 § 153f Abs. 1 und 2 StPO.

173 Vgl. *Julia Geneuss*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013, 234.

174 § 153f Abs. 3 StPO.

175 § 142a Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG. Das Ermessen erfasst sowohl das Verfolgungs- als auch das Anklageermessen.

176 Vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8524 v. 13.3.2002, 37.

177 Nach § 147 Nr. 1 i.V.m. § 146 GVG ist der Generalbundesanwalt den Weisungen des Bundesministers der Justiz unterworfen.

178 Zum Verhältnis von § 153f zu § 153c StPO siehe *Geneuss* (Fn. 173), S. 224-234 sowie S. 310-312, die (außen-) politische Erwägungen bei der Ermessensausübung ablehnt, aber deren Berücksichtigung in der

Tatbestandsvoraussetzungen des § 153f Abs. 1 und 2 StPO ist die eigentliche Ermessensausübung durch den Generalbundesanwalt nicht justiziabel; überprüfbar ist nur, ob überhaupt Ermessen ausgeübt und die Grenze der Willkür überschritten wurde.¹⁷⁹ Weitere Einschränkungen der Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips ergeben sich in Deutschland zudem daraus, dass diese vom Klageerzwingungsverfahren ausgenommen sind und nicht mit der Privatklage verfolgt werden können.¹⁸⁰ Dies mag erklären, warum es seit Einführung des Völkerstrafgesetzbuches bei Fehlen besonderer Anknüpfungspunkte an die Bundesrepublik Deutschland nicht zur Einleitung von Strafverfahren gegen amtierende oder ehemalige Staatsbedienstete fremder Staaten aufgrund des Weltrechtsprinzips gekommen ist.¹⁸¹ Aufgrund des durch § 153f StPO eröffneten Verfolgungsermessens bedurfte es in den meisten Fällen einer „Prüfung, inwiefern Immunitätsregeln der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entgegenstehen“ überhaupt nicht.¹⁸²

Im Vereinigten Königreich kam es zu einer zweigleisigen Entwicklung bei der Begrenzung der Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen aufgrund des Weltrechtsprinzips. Nach britischer Auffassung knüpft das Strafrecht grundsätzlich an den Tatort und nicht an die Person des Täters oder die Tat an. Das Land begründete die Zuständigkeit seiner Gerichte für Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die außerhalb seines Staatsgebiets begangen wurden, erst im Jahr 2001 im Zusammenhang mit der Ratifikation des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs. Diese Verbrechen können nur dann verfolgt werden, wenn der Beschuldigte britischer Staatsangehöriger ist, im Vereinigten Königreich ansässig ist oder britischer Militärgerichtsbarkeit untersteht.¹⁸³ Die britischen Gerichte sind damit für die von ausländischen Staatsbediensteten im Ausland begangenen völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen nicht zuständig, so dass sich insoweit die Frage der Immunität überhaupt nicht stellt.

Eine Ausnahme von der territorialen Beschränkung des britischen Strafrechts bestand aber aufgrund völkervertraglicher Verfolgungspflichten seit 1957 für schwere Verletzungen der vier Genfer Abkommen¹⁸⁴ und seit 1988 für Folter.¹⁸⁵ Diese Verbrechen sollen unabhängig vom Tatort verfolgt werden können, wenn sich der Beschuldigte im Vereinigten Königreich aufhielt. Jede Privatperson oder Nichtregierungsorganisation hatte ursprünglich das Recht, im Wege des Privatanklageverfahrens beim Westminster Magistrates Court einen Haftbefehl wegen dieser Taten gegen ausländische Staatsbedienstete zu erwirken.¹⁸⁶ Lediglich die spätere gerichtliche Verfolgung der Taten bedurfte der Zustimmung des Kronanwalts (*Attorney-General*). Seit der *Pinochet*-Ent-

Praxis nicht völlig ausschließen will (ebd., 313-315). Für die Einbeziehung außenpolitischer Interessen: *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts zur Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch im Lichte des Grundgesetzes, *Bonner Rechtsjournal Sonderausgabe* 1/2010, 11, 16.

179 OLG Stuttgart, Beschluss v. 13. 9. 2005 – 5 Ws 109/05, NStZ 2006, 117 (118); OLG Stuttgart, Beschluss v. 21.4.2009 – 5 Ws 21/09.

180 Siehe §§ 172 Abs. 2 S. 3, 374 Abs. 1 StPO.

181 Siehe die Darstellung der deutschen Verfolgungspraxis nach dem Völkerstrafgesetzbuch bei *Geneuss* (Fn. 173), 240-256.

182 Siehe Generalbundesanwalt, Presseerklärung Nr. 6/2005 v. 10.2.2005.

183 International Criminal Court Act 2001 (c. 17), sec. 51(2)(b).

184 Geneva Conventions Act 1957 (c. 52), sec. 1.

185 Criminal Justice Act 1988 (c. 33), sec. 134.

186 Vgl. Magistrates' Court Act 1980 (c. 43), sec. 1.

scheidung des House of Lords im Jahr 1998 bot die funktionelle Immunität ehemaligen ausländischen Staatsbediensteten im Vereinigten Königreich bei diesen Taten keinen Schutz mehr.¹⁸⁷ In den 2000er Jahren gelang es deshalb Menschenrechtsorganisationen und Folteropfern mehrere Haftbefehle gegen ehemalige israelische Staatsbedienstete zu erwirken, die dadurch gezwungen wurden, Reisen nach London abzusagen oder auf dem Rollfeld des Flughafens Heathrow abzubrechen. So musste der ehemalige israelische Generalmajor Doron Almog am 11. September 2005 mit derselben Maschine nach Israel zurückfliegen, mit der er nach London gekommen war, da die britische Polizei hinter der Passkontrolle bereits mit einem Haftbefehl wegen schwerer Verstöße gegen die Genfer Abkommen auf ihn wartete.¹⁸⁸ Im Dezember 2009 musste die ehemalige israelische Außenministerin Tzipi Livni aus dem gleichen Grund einen geplanten Besuch in London absagen.¹⁸⁹ Die britische Regierung wurde durch diese „privaten Haftbefehle“ diplomatisch schwer in Verlegenheit gebracht. Auf Druck der israelischen Regierung schränkte die britische Regierung im Jahr 2011 Privatanklageverfahren für diese Taten ein. Die Ausstellung eines Haftbefehls wegen schwerer Verstöße gegen die Genfer Abkommen und Folter bedarf seitdem der Zustimmung des Leiters der nationalen Anklagebehörde (*Director of Public Prosecutions – DPP*).¹⁹⁰ Diese Zustimmung soll davon abhängig sein, ob ausreichendes Beweismaterial vorliegt, das eine Verurteilung als wahrscheinlich erscheinen lässt,¹⁹¹ und ob eine Verurteilung im öffentlichen Interesse ist.¹⁹² Seit Inkrafttreten der Rechtsänderung im September 2011 ist es nicht mehr zur Ausstellung eines Haftbefehls gegen einen ehemaligen ausländischen Staatsbediensteten im Wege der Privatanklage gekommen.¹⁹³

c) Ausdehnung des Begriffs der „Spezialmission“

Trotz des Zustimmungserfordernisses für die Ausstellung eines Haftbefehls im Wege der Privatanklage fühlten sich aktive und ehemalige ausländische Staatsbedienstete bei Reisen in das Vereinigte Königreich nicht hundertprozentig sicher. Die britische Regierung schloss diese „Schutzlücke“, indem sie ausländischen Staatsbediensteten, die völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen oder schwerster Menschenrechtsverletzungen beschuldigt werden, für die Dauer ihres Aufenthalts im Vereinigten Königreich den Status einer „Spezialmission“ zubilligte. Die Mitglieder einer Spezialmission genießen völkergewohnheitsrechtlich Unverletzlichkeit der Person und fast absolute per-

187 Siehe *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] 1 AC 147.

188 *Vikram Dodd/Conal Urquhart*, Israeli evades arrest at Heathrow over army war crime allegations, 12 September 2005; *Vikram Dodd*, Terror police feared gun battle with Israeli general, 19.2.2008, <http://www.theguardian.com>.

189 *Ian Black/Ian Cobain*, British court issued Gaza arrest warrant for former Israeli minister Tzipi Livni, 14.12.2009, <http://www.theguardian.com>.

190 Siehe Police Reform and Social Responsibility Act 2011 (c. 13), sec. 153 („Restriction on issue of arrest warrants in private prosecutions“).

191 *Joshua Rozenberg*, Coalition plans will safeguard universal jurisdiction over war crimes, 28.7.2010, <http://www.theguardian.com>.

192 *Trevor Asserson*, The unending problem of universal jurisdiction, 23.7.2012, <http://www.jpost.com/>.

193 Am 3.1.2013 wurde jedoch der nepalesische Oberst Kumar Lama in London auf Betreiben des DPP wegen Folter während des nepalesischen Bürgerkrieges im Jahr 2005 festgenommen und im Oktober desselben Jahres vor Gericht gestellt; siehe *Nepal's Colonel Kumar Lama charged in UK with torture*, 5.1.2013, <http://www.bbc.co.uk/>.

sonale Immunität von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates.¹⁹⁴ Dadurch sollten vor allem hohe israelische Politiker und Militärs beruhigt werden, die London seit einigen Jahren aus Angst vor Strafverfolgung mieden.¹⁹⁵

Die neue Taktik wurde von der britischen Regierung zum ersten Mal im Oktober 2011, nur wenige Tage nach Einschränkung des Privatanklageverfahrens, angewandt.¹⁹⁶ Am 5.-6. Oktober 2011 reiste die israelische Oppositionsführerin und ehemalige Außenministerin Tzipi Livni nach London, um zu testen, ob Reisen ins Vereinigte Königreich für israelische Staatsbedienstete, die völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen und schwerster Menschenrechtsverletzungen beschuldigt werden, wieder sicher sind.¹⁹⁷ Noch im Dezember 2009 hatte Frau Livni einen Vortragsbesuch in der britischen Hauptstadt kurzfristig absagen müssen, nachdem bekannt geworden war, dass das Westminster Magistrates Court einen Haftbefehl wegen angeblicher Kriegsverbrechen während des Gaza-Krieges („Operation Cast Lead“)¹⁹⁸ gegen sie ausgestellt hatte, für die sie als damaliges Mitglied des israelischen Kriegskabinetts mitverantwortlich gewesen sein sollte.¹⁹⁹ Am Tag vor ihrem Besuch legten Angehörige palästinensischer Opfer des Gaza-Krieges im Jahr 2008 dem DPP umfangreiches Beweismaterial für schwere Verletzungen der Genfer Abkommen von 1949 durch die israelische Armee vor und ersuchten um Zustimmung zur Erwirkung eines Haftbefehls im privaten Anklageverfahren. Da es sich bei der Entscheidung der Anklagebehörde um eine juristische und – anders als bei der Zustimmung des Kronanwalts zur Anklageerhebung – nicht um eine politische handelt, bestand die Gefahr, dass der DPP dem Ersuchen stattgab. Um kein Risiko einzugehen, sandte der Leiter der Protokollabteilung des britischen Außenministeriums am Morgen des 6. Oktober 2011 folgende amtliche Bescheinigung an die Anklagebehörde:

„Under the authority of Her Majesty’s Principal Secretary of State for Foreign- and Commonwealth Affairs conferred on me, I, Simon Martin, Director of Protocol, hereby certify that the Foreign and Commonwealth Office consented to the visit to the United Kingdom of Ms Tzipi Livni on 05-06 October 2011 as a special mission, and she has been received as such.“²⁰⁰

Die englischen Gerichte behandeln eine solche amtliche Bescheinigung aufgrund der „one voice doctrine“ in außenpolitischen Fragen als für sie bindend und überprüfen nicht, ob die völkerrechtlichen Voraussetzungen für eine Spezialmission tatsächlich vorliegen.²⁰¹ Da ein Haftbefehl während des Aufenthaltes von Frau Livni somit nicht

194 *Khurts Bat* (Fn. 19), 189, § 22; 191, § 31.

195 Vgl. *Alan Craig*, *International Legitimacy and the Policy of Security*, 2013, 125-127.

196 Im Fall *Re Gorbachev*, *City of Westminster Magistrates’ Court*, 30 March 2011 (unreported) hatte das Gericht von sich aus auf die Immunität von ex-Präsident Gorbachev als Mitglied einer Spezialmission abgestellt; siehe *Roger O’Keefe*, *Decisions of British Courts During 2011 Involving Questions of Public or Private International Law* (2011) 82 *British Yearbook of International Law* 564, 570-571.

197 Siehe *Ben Quinn*, *Former Israeli minister Tzipi Livni to visit UK after change in arrest law*, 4.10.2011, <http://www.theguardian.com>.

198 Bei der „Operation Cast Lead“ handelte es sich um eine dreiwöchige kriegerische Auseinandersetzung zwischen der israelischen Armee und palästinensischen Hamas-Kämpfern, die am 27.12.2008 begann und mit einem einseitig von Israel erklärten Waffenstillstand am 18.1.2009 endete. Eine von den Vereinten Nationen eingesetzte Untersuchungskommission stellte fest, dass beide Seiten schwere Kriegsverbrechen begangen haben; siehe UN Doc. A/HRC/12/48 (1 September 2009).

199 *Black/Cobain* (Fn. 189).

200 Kopie der Bescheinigung liegt dem Verf. vor.

201 Siehe *Khurts Bat* (Fn. 19), 190-193.

ausgestellt werden konnte, verweigerte der DPP seine Zustimmung zum Antrag auf Ausstellung eines solchen im Rahmen des Privatanklageverfahrens.²⁰² Bemerkenswert ist, dass Frau Livni zum Zeitpunkt ihrer „Spezialmission“ kein öffentliches Amt bekleidete, sondern lediglich Vorsitzende der oppositionellen Kadima-Partei war, und die Bescheinigung über ihre Spezialmission erst in dem Moment ausgestellt wurde, als der DPP zu verstehen gab, dass er den Antrag auf Zustimmung zur Ausstellung eines Haftbefehls nicht ohne weiteres ablehnen werde.²⁰³ Andererseits hatte ein Sprecher des Außenministeriums bereits vor dem Besuch bestätigt, dass Frau Livni als Oppositionsführerin während ihres Aufenthaltes eine Reihe von Gesprächen, unter anderem mit dem britischen Außenminister, über die britisch-israelischen Beziehungen und die jüngsten Ereignisse in der Region führen werde.²⁰⁴

Da die englischen Gerichte darauf abstellten, dass eine Spezialmission der „vorherigen Zustimmung“ des Empfangsstaats bedarf,²⁰⁵ und die Praxis im Fall Livni auf Kritik stieß,²⁰⁶ hat die britische Regierung am 4. März 2013 ein neues Verfahren eingeführt, das es ermöglicht, die Frage der Zustimmung zu einer Spezialmission bereits vor deren Ankunft im Vereinigten Königreich ausdrücklich zu klären.²⁰⁷ Nach dem neuen Verfahren wurden im Juni 2013 die London-Besuche des pensionierten israelischen Generalmajors Doron Almog und des amtierenden israelischen Generalstabschefs, Generalleutnant Binyamin (Benny) Gantz, die beide von palästinensischen Menschenrechtsorganisationen der Begehung von Kriegsverbrechen beschuldigt werden, als „Spezialmissionen“ eingestuft.²⁰⁸ Durch die Zustimmung der britischen Regierung zu diesen „Spezialmissionen“ sind die betreffenden Personen während ihres Aufenthaltes im Vereinigten Königreich in den Genuss personaler Immunität gekommen – eine Immunität, die ihnen aufgrund der Einschränkung der funktionellen Immunität für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen andernfalls nicht mehr zugekommen wäre.

Die Bestimmungen des Übereinkommens über Spezialmissionen von 1969, die heute weitgehend Völkergewohnheitsrecht widerspiegeln,²⁰⁹ sind so weit gefasst, dass der Entsende- und der Empfangsstaat durch die Vereinbarung einer Spezialmission praktisch für jede Person für die Zeitdauer ihres Besuchs Immunität im Empfangsstaat begründen können.²¹⁰ Insbesondere an das Erfordernis, dass Spezialmissionen den Entsendestaat „vertreten“ und eine „bestimmte Aufgabe“ in Bezug auf den Empfangs-

202 Siehe Crown Prosecution Service, CPS statement in relation to Ms Tzipi Livni's visit to the UK, 6 October 2011, <http://blog.cps.gov.uk/>.

203 Siehe *Ben White*, A very special mission: Why was Tzipi Livni's visit to the UK accorded privileged status?, *New Statesman*, 8 October 2011, <http://www.newstatesman.com/>.

204 Siehe *Benn Quinn*, Former Israeli minister Tzipi Livni to visit UK after change in arrest law, *The Guardian*, 4 October 2011.

205 *Khurts Bat* (Fn. 19), 191, § 29.

206 Siehe *Ben White* (Fn. 203).

207 Siehe die schriftliche Erklärung des britischen Außenministers William Hague zur „Special Mission Immunity“ im Unterhaus: House of Commons Debates, 4 March 2013, c55WS.

208 Siehe House of Commons Debates, 12 July 2013, c427W (Binyamin Gantz); c429W (Doron Almog).

209 So die Auffassung des Auswärtigen Amtes bereits 1983; siehe *Rüdiger Zuck*, *EuGRZ* 1983, 162, 163.

210 Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung des ÜSM siehe z.B. *Khurts Bat* (Fn. 19), 189, § 22; Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/339 v. 4.1.2006, 3; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 15.6.2006 – 8 S 39.06 –, juris, §13 und *Elizabeth H. Franey*, *Immunity, Individuals and International Law*, 2011, 136. Nach Ansicht von *Sir Michael Wood* ist der völkergewohnheitsrechtlich geschützte Personenkreis „offizieller Besucher“ weiter gefasst als der durch das Übereinkommen geschützte Personenkreis, doch ist der Schutzzumfang geringer; siehe *Michael Wood*, *The Immunity of Official Visitors* (2012) 16 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 35, 51, 72.

staat erfüllen, scheinen keine zu hohen Anforderungen gestellt zu werden. So muss die zu erfüllende Aufgabe nicht der einzige oder gar der Hauptzweck des Besuches sein; die Aufgabe kann vielmehr auch als „*mission en passant*“ verstanden werden.²¹¹ Auch die nachträglich eintretende Unmöglichkeit, die vorgesehene Aufgabe zu erfüllen, soll die Spezialmission nicht in Frage stellen.²¹² Bei den Personen auf Spezialmission muss es sich nicht unbedingt um Regierungsmitglieder oder sonstige Amtsträger handeln, so dass auch ehemalige Staatsbedienstete auf Spezialmission sein können.²¹³ Die Spezialmission kann sogar nachträglich, d.h. nach Einreise der entsandten Person, durch Absprache der Außenministerien begründet werden.²¹⁴ Die Absprache kann auch in informeller oder impliziter Weise erfolgen.²¹⁵ Eine Einbindung der diplomatischen Vertretung des Entsendestaates ist für die Autorisierung der Spezialmission nicht erforderlich.²¹⁶ In den meisten Fällen werden die Gerichte eine amtliche Bescheinigung des Außenministeriums über das Vorliegen einer Spezialmission als bindend ansehen und diese nicht hinterfragen.²¹⁷ Die Grenze des Rechtsmissbrauchs soll nur dann überschritten sein, wenn die Zustimmung zu einer Spezialmission „allein“ dem Ziel dient, die Person einem Strafverfahren zu entziehen.²¹⁸ Dies wird in der Praxis aber kaum nachzuweisen sein. Damit hat die Exekutive die Möglichkeit, ausländischen Staatsbediensteten (sowohl amtierenden als auch ehemaligen) durch die Zustimmung zu einer „Spezialmission“ für die Dauer ihres Aufenthalts personale Immunität vor den Gerichten des Empfangsstaates zu verschaffen.²¹⁹ In der Bundesrepublik Deutschland wird der Bundesregierung durch die Verweisung auf das Völkergewohnheitsrecht in Art. 25 GG sowie die gesetzlich begründete Immunität von Personen, die sich „auf amtliche Einladung“ im Bundesgebiet aufhalten,²²⁰ die Möglichkeit gegeben, durch die Zustimmung zu einer Spezialmission für deutsche Strafverfahren ein Verfahrenshindernis zu schaffen. Entscheidend dafür ist allein der entsprechende politische Wille.²²¹

211 BGH, Beschluss v. 27.2.1984, BGHSt 32, 275, 288 (*Fall Tabatabai*).

212 Ebd., 290.

213 *Wood* (Fn. 210), 66-68; Dutch Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials, Advisory Report No 20 (May 2011), 34. Siehe auch die Aussage des Staatsministers im Kanzleramt, *Philipp Jenninger*, wonach unter „Repräsentanten anderer Staaten“ i.S.v. § 20 Abs. 1 GVG „Gäste der Bundesrepublik“ zu verstehen ist; siehe „Es läßt sich eine Menge tun“, *Der Spiegel* 12/1984, 23, 25.

214 BGH, Beschluss v. 27.2.1984, BGHSt 32, 275, 289. Art 2 ÜSM, der von „vorheriger Zustimmung“ spricht, steht der nachträglichen Begründung einer Spezialmission nicht entgegen, da es sich insoweit lediglich um eine „Kann-Vorschrift“ handelt. Siehe auch *Wood* (Fn. 210), 70.

215 ILC Yearbook 1967, II, 42 (§§18, 19), 44 (§ 2); BGH, Beschluss v. 27.2.1984, BGHSt 32, 275, 288.

216 VG Stade, Beschluss v. 11.11.2010 – 3 B 1355/10 –, juris, § 8.

217 Siehe z.B. *Weixum v. Xilai*, 568 F.Supp.2d 35, 38 (D.D.C., 2008) (*Fall Bo Xilai*); Cour d’appel de Versailles, Chambre de l’instruction, Arrêt du 20 juin 2007 (*Fall N’Dengue* oder *Fall der „Verschwundenen am Strand“*). Der Cour de cassation, chambre criminelle, Arrêt No 07-86412 du 9 avril 2008, wies das Rechtsmittel der Kläger gegen die Entscheidung des Cour d’appel de Versailles zurück, ohne näher auf die Frage der Immunität einzugehen. Zur eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.3.1983, EuGRZ 1983, 160, 162 (*Fall Tabatabai*).

218 BGH, Beschluss v. 27.2.1984, BGHSt 32, 275, 289. Zur Frage des Rechtsmissbrauchs siehe *Christoph Engel*, JZ 1983, 628, 629.

219 Kritisch gegenüber dieser Praxis *O’Keefe* (Fn. 196), 572-573.

220 § 20 Abs. 1 GVG.

221 Im Oktober 2008 lehnte der Generalbundesanwalt (GBA) die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gegen den usbekischen Geheimdienstchef Rustam Inoyatov ab, da dieser sich „auf amtliche Einladung“ in der Bundesrepublik Deutschland aufhalte. Im März 2006 hatte der GBA ein Tätigwerden u.a. aufgrund von §153f Abs. 1 StPO abgelehnt, da sich Herr Inoyatov nicht im Inland aufhalte und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten sei; siehe BT-Drs. 16/11479 v. 19.12.2008.

IV. Personale Immunität

1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs der personalen Immunität

Der Anwendungsbereich der personalen Immunität von nationaler Gerichtsbarkeit hat über die Jahrhunderte eine Ausdehnung sowohl in personeller als auch in tatbestandlicher Hinsicht erfahren. Wie oben ausgeführt, handelt es sich bei der personalen Immunität ausländischer Staatsbediensteter um eine Einschränkung der territorialen Souveränität.²²² Sie wurde deshalb zunächst nur für diejenigen Staatsbediensteten relevant, die sich in amtlicher Eigenschaft im Territorium eines anderen Staates aufhielten und sich so der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit dieses anderen Staates aussetzten. Die personale Immunität knüpfte an die Person dieser in den anderen Staat entsandten Staatsbediensteten an. Die personale Immunität erlangte erst mit der Einrichtung permanenter Gesandtschaften im 15. und 16. Jh. praktische Bedeutung und war zunächst auf Diplomaten und deren Haushalt beschränkt. Dass sich Staatsoberhäupter in Friedenszeiten im Territorium eines anderen Staates aufhielten, war eher selten. Noch Anfang des 18. Jh. schrieb *Cornelius von Bynkershoek*: „Nur selten kommt es vor, dass ein Souverän in fremden Ländern sich aufhält. Und noch seltener ist es, dass Souveräne, die außerhalb ihrer Staaten sich befinden, eine strafbare Handlung begehen oder Schuldverbindlichkeiten eingehen“.²²³ Für den Fall, dass sich Staatsoberhäupter doch einmal im Territorium eines anderen Staates aufhalten, sollte ihnen und ihrem Gefolge die gleiche personale Immunität wie den Diplomaten und den Mitgliedern ihres Haushalts zukommen.²²⁴ Die personale Immunität der Staatsoberhäupter beruhte entweder auf einer Analogie zur personalen Immunität der Diplomaten oder auf dem Erst-Recht-Schluss, dass der Vertretene nicht weniger Immunität genießen könne als sein Vertreter. Die personale Immunität sollte die Unabhängigkeit und Handlungsfreiheit der Diplomaten im Empfangsstaat sicherstellen und diene dem Interesse der Staaten an der Funktionsfähigkeit des zwischenstaatlichen Verkehrs. Mit der Zunahme dieses Verkehrs vergrößerte sich auch die Gruppe der Staatsbediensteten, die sich entweder permanent oder vorübergehend im Territorium eines anderen Staates aufhalten. Zu denken ist hier neben den Diplomaten und Konsuln, an Staatsoberhäupter, Regierungschefs, Außenminister und andere Regierungsmitglieder, sowie an alle anderen Staatsbediensteten, die sich mit Zustimmung des Empfangsstaats in amtlicher Eigenschaft in dessen Territorium aufhalten. Zu letzteren zählen u.a. die Angehörigen von Stationierungstruppen, die Mannschaften von Kriegs- und anderen Staatsschiffen, ständige Vertreter ohne formellen Diplomatenstatus, die Bediensteten von Exilregierungen, die Mitglieder von Regierungsdelegationen sowie Sondergesandte. Soweit diese Personen für ihre Handlungen im Empfangsstaat Immunität genießen, kann es sich nur um personale Immunität handeln. Ob und inwieweit sie diese Immunität genießen, hängt von der Zustimmung des Empfangsstaates ab. Diese Zustimmung manifestiert sich entweder in entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen oder Verträgen oder kann (auch implizit) *ad hoc* erklärt werden. Eine vertragliche Einräumung personaler Immunität findet sich u.a. in den Wiener Übereinkommen über diplomati-

²²² Siehe Abschn. II.1.b.

²²³ *Cornelius van Bynkershoek*, *De foro legatorum tam in causa civilii quam criminali liber singularis* (1721), L 3, 6, D. de legibus I, 3; zitiert nach *Loening* (Fn. 13), 2.

²²⁴ Siehe *Loening* (Fn. 13), 142, 145 n. 1; *Ernst von Beling*, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*, 1896, 131-132.

sche und konsularische Beziehungen, im Übereinkommen über Spezialmissionen und in Truppenstationierungsverträgen.

Der Anwendungsbereich der personalen Immunität wurde nicht nur in personaler Hinsicht, sondern auch in tatbestandlicher Hinsicht ausgeweitet. Ursprünglich war die personale Immunität auf Handlungen der Staatsbediensteten *im Empfangsstaat* beschränkt.²²⁵ Sie sollten von der Gerichtsbarkeit befreit sein, soweit sie im Empfangsstaat eine strafbare Handlung begingen oder eine Schuldverbindlichkeit eingingen. Für eine Erstreckung der personalen Immunität auf Handlungen außerhalb des Empfangsstaats bestand zunächst mangels exterritorialer Jurisdiktion und wegen des Bestehens funktioneller Immunität keine Notwendigkeit. Da aber auch Verfahren wegen Handlungen außerhalb des Empfangsstaates die Unabhängigkeit und Handlungsfähigkeit der entsandten Staatsbediensteten und damit die Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen beeinträchtigen können, wurde die personale Immunität in Folge der Ausdehnung nationaler Gerichtsbarkeit und der Einschränkung der funktionellen Immunität auch auf Handlungen außerhalb des Empfangsstaats ausgeweitet. Zu denken wäre hier etwa an nichthoheitliche Amts- und Privathandlungen der Diplomaten außerhalb des Empfangsstaates, für die diese auf verschiedenen Jurisdiktionsgrundlagen wie dem passiven Personalitätsprinzip oder dem Gerichtsstand des Vermögens oder des Erfüllungsorts im Empfangsstaat straf- oder zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten. Aus diesem Grund genießen Diplomaten heute personale Immunität von der Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit des Empfangsstaates für alle ihre Handlungen unabhängig vom Begehungsort.²²⁶

2. Gründe für die tatbestandliche Ausweitung der personalen Immunität

Für die Ausweitung der personalen Immunität auf Handlungen und Sachverhalte außerhalb des Empfangsstaats lassen sich zwei Gründe ausmachen: zum einen die Einschränkung der funktionellen Immunität der entsandten Staatsbediensteten für ihre Handlungen außerhalb des Empfangsstaates, zum anderen die Ausdehnung der exterritorialen (Straf-)Gerichtsbarkeit der Empfangsstaaten.

a) Einschränkung der funktionellen Immunität

Für Amtshandlungen, die Staatsbedienstete außerhalb des Territoriums des Empfangsstaates vornahmen, genossen sie ursprünglich auch vor den Gerichten des Empfangsstaates absolute funktionelle Immunität, da die souveräne Gleichheit der Staaten bei Handlungen außerhalb des Empfangsstaates der territorialen Souveränität der Staaten vorgeht.²²⁷ Die Einschränkung der funktionellen Immunität, insbesondere der völkerrechtlich gewohnheitsrechtliche Ausschluss der Immunität bei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen,²²⁸ hat zum Wegfall der funktionellen Immunität vor den Gerichten des Empfangsstaates geführt.

225 Vgl. z.B. *Francis Deak*, *Organs of States in Their External Relations: Immunities and Privileges of State Organs and of the State*, in Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, 1968, 381, 387; *D.W. Greig*, *International Law*, 2nd edn., 1976, 218.

226 Vgl. Art. 31 WÜDB.

227 Siehe oben Abschn. II.1.c.

228 Siehe dazu oben Abschn. III.2.a.

b) Ausdehnung der extrritorialen Gerichtsbarkeit

Die Einschränkung der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten wäre für sich allein ohne Bedeutung geblieben, wenn es nicht ebenfalls zu einer Ausdehnung der extrritorialen Gerichtsbarkeit der Empfangsstaaten gekommen wäre. Die Frage der Immunität ist untrennbar mit der Frage der extrritorialen Gerichtsbarkeit verbunden, wie sich bereits aus der Formulierung „Immunität von der Gerichtsbarkeit“ (*immunity from jurisdiction*) ergibt. Solange die Staaten keine extrritoriale Gerichtsbarkeit beanspruchten, stellte sich die Frage der funktionellen Immunität für Handlungen außerhalb des Empfangsstaates überhaupt nicht. Das völkerstrafrechtliche Kernverbrechen des Völkermords ist spätestens seit 1948 von der funktionellen Immunität ausgenommen.²²⁹ Die Ausdehnung der extrritorialen Zuständigkeit nationaler Gerichte für Völkermord auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips erfolgte jedoch erst sehr viel später im Zusammenhang mit der Gründung des IStGH (und ist teilweise heute noch nicht allgemein anerkannt). Erst mit der Ausdehnung der nationalen Gerichtsbarkeit war eine Verfolgung von Völkermord im Ausland möglich.

Im Jahr 1958 sprach *Georg Dahm* noch lediglich von einer „Neigung zur Ausdehnung der Strafgerichtsbarkeit für Auslandstaten“, die „im Wachstum begriffen“ sei.²³⁰ Die mangelnde extrritoriale Gerichtsbarkeit mag erklären, warum die Frage der Immunität ausländischer Staatsbediensteter für Handlungen außerhalb des Gerichtsstaates in der völkerrechtlichen Literatur lange Zeit keine oder nur eine sehr geringe Rolle spielte. So behandelte *Hersch Lauterpacht* im Jahr 1955 in der 8. Auflage des Lehrbuchs von *Oppenheim* die Frage, inwieweit sich Vertreter oder Bedienstete eines Staates vor ausländischen Gerichten auf die Immunität des Staates, d.h. die funktionelle Immunität, berufen können, lediglich in zwei Sätzen in einer Fußnote.²³¹ Auch *Georg Dahm* behandelt die Immunität der Repräsentanten der Staaten nur beiläufig, unterscheidet dabei aber bereits zwischen „Freistellung *ratione materiae*“ und „persönlichem Vorrecht“.²³² Einige Lehrbücher und Sammlungen der US-Staatenpraxis sprechen explizit von „Freistellungen von der *territorialen* Gerichtsbarkeit“.²³³ In den meisten Lehrbüchern wird die Frage der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten, im Gegensatz zur Frage der personalen Immunität der Diplomaten und Staatsoberhäupter, erst in den späten 1990er und frühen 2000er Jahren thematisiert,²³⁴ also zu der Zeit als sich die extrritoriale Gerichtsbarkeit für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen und schwerste Menschenrechtsverletzungen durchzusetzen begann.

Der Zusammenhang zwischen extrritorialer Gerichtsbarkeit und funktioneller Immunität zeigt sich auch in der unterschiedlichen praktischen Bedeutung der Frage der funktionellen Immunität für die Straf- und die Zivilgerichtsbarkeit. Die Ausdehnung

229 Siehe oben Abschn. III.2.a.(2).

230 *Dahm* (Fn. 95), 257.

231 *Hersch Lauterpacht* (ed.), *Oppenheim's International Law*, 8th edn., 1955, 265 n.

232 *Dahm* (Fn. 95), 225-226.

233 Siehe z.B. *Donald W. Greig*, *International Law*, 2nd edn., 1976, 218; *Marjorie M. Whiteman*, *Digest of International Law*, Vol. 6, 1963, 278; *Green H. Hackworth*, *Digest of International Law*, Vol. 2, 1940, 393.

234 Z.B. im Lehrbuch von *Malcolm Shaw* wird die „immunity of government figures“ zum ersten Mal in der 5. Auflage behandelt; siehe *International Law*, 5th edn., 2003, 655-659. In der 2. Auflage des Lehrbuchs von *Dahm* wird die funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter mit Ausnahme des Staatsoberhäupters und der Diplomaten nicht diskutiert; siehe *Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., 1989, 252-256, 277-282.

der extrritorialen Zuständigkeit nationaler Strafgerichte auf der Grundlage völkergewohnheitsrechtlicher Jurisdiktionsprinzipien wie des passiven Personalitäts- und des Weltrechtsprinzips,²³⁵ sowie auf der Grundlage verschiedener multilateraler Verträge wie der Anti-Folterkonvention, hat in den letzten 15 Jahren zu zahlreichen Ermittlungs- und Strafverfahren gegen ausländische Staatsbedienstete geführt, in denen die Frage der Immunität aufgeworfen wurde. Für das Zivilverfahren spielte die funktionelle Immunität dagegen bislang keine größere Rolle. Soweit es um vertragliche Ansprüche geht, dürfte es sich regelmäßig um *acta jure gestionis* handeln, für die keine funktionelle Immunität besteht. Dass Staatsbedienstete für in amtlicher Eigenschaft geschlossene Verträge des Staates von den Vertragspartnern in Anspruch genommen werden, ist in der Praxis jedoch eher selten.²³⁶ In der Regel halten sich die Kläger direkt an ihren solventeren Vertragspartner – den Staat. Zivilrechtliche Schadensersatzklagen wegen völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen (oder schwerster Menschenrechtsverletzungen) scheitern am Fehlen eines international anerkannten Weltrechtsprinzips für unerlaubte Handlungen im Zivilverfahren (*universal tort jurisdiction*). Zwar gab es vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika erste Ansätze zur Inanspruchnahme einer *universal tort jurisdiction* bei Klagen unter dem *Alien Tort Claims Act* und dem *Torture Victim Protection Act*. Diese Entwicklung dürfte nach der Entscheidung des US-Supreme Court in Fall *Kiobel*, in der das Gericht der extrritorialen Anwendung des *Alien Tort Claims Act* eine Absage erteilt hat, zumindest auf absehbare Zeit zu einem Ende gekommen sein.²³⁷ Die Vereinigten Staaten standen in der Frage des Weltrechtsprinzips für nichtvertragliche Ansprüche bislang ohnehin weitgehend allein.²³⁸ So erklärte das britische House of Lords im Fall *Jones*, dass es für eine extrritoriale Zuständigkeit der Zivilgerichte für amtliche Folterhandlungen keine angemessene Grundlage in Verträgen, der Staatenpraxis oder der Literatur gebe.²³⁹ Dies mag erklären, warum sich der Arbeitsauftrag an die ILC auf die „Immunität staatlicher Amtsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit“ beschränkt.

Soweit es aber um die nationale Strafgerichtsbarkeit geht, hat die gegenläufige Entwicklung, die sich in der Einschränkung der funktionellen Immunität einerseits und der Ausdehnung der extrritorialen Gerichtsbarkeit andererseits zeigt, zu einem sog. „Verfolgungsdreieck“ geführt (siehe Schaubild), d.h. einem Bereich, in dem nationale Strafgerichte extrritoriale Gerichtsbarkeit über gewisse Amtshandlungen von Staatsbediensteten ausüben können, für die es keine funktionelle Immunität mehr gibt. Um die Handlungsfähigkeit der entsandten Staatsbediensteten auch weiterhin zu gewährleisten, war es deshalb notwendig, den Wegfall der funktionellen Immunität dadurch zu kompensieren, dass die personale Immunität auf alle Handlungen unabhängig vom Begehungsort ausgeweitet wurde.

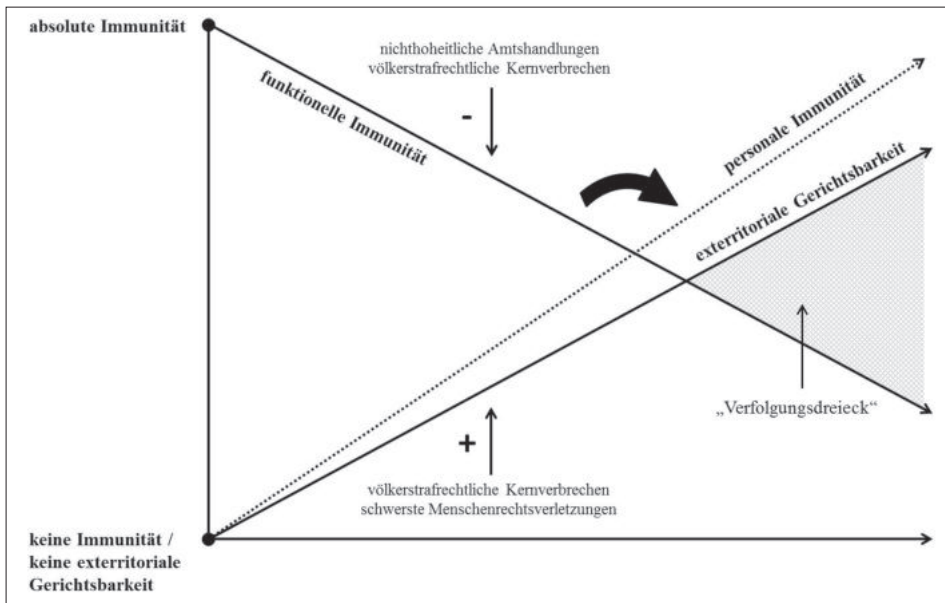
235 Siehe Spain, Supreme Court, Criminal Chamber, *Jiménez Sánchez and ors v. Gibson and ors*, Appeal Judgment, No 1240/2006, 11 December 2006; ILDC 993 (ES 2006), H2.

236 Für eine Klage aus Vertrag gegen den Staatsbediensteten siehe z.B. Ireland, Supreme Court, *Saorstat and Continental Steamship Company, Ltd. v. Rafael de las Morenas*, [1945] Irish Reports 291.

237 USA, Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

238 Vgl. *Arrest Warrant* (Fn. 32), 77, § 48 (joint sep. op. Higgins, Kooijmans and Buergethal).

239 Siehe *Jones v. Saudi Arabia* (Fn. 4), 291, § 34 (per Lord Bingham). Siehe auch ebd., 305, §§ 98, 99 (per Lord Hoffmann).



Gründe für die Ausweitung der personalen Immunität

3. Universelle personale Immunität

Die personale Immunität ist grundsätzlich auf den Empfangsstaat beschränkt. So genießen z.B. Diplomaten und Sondergesandte personale Immunität nur in ihrem Empfangsstaat und auf der Durchreise durch dritte Staaten auf ihrem Weg zum und vom Empfangsstaat.²⁴⁰ Für drei Personengruppen hat sich völkergewohnheitsrechtlich eine Ausnahme von dieser territorialen Begrenzung der personalen Immunität herausgebildet. Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister – die sog. „Troika“ – genießen während ihrer Amtszeit in allen Staaten personale Immunität. Die personale Immunität von Staatsoberhäuptern und Außenministern wurde bereits im Jahr 1812 vom US-Supreme Court im Fall *The Schooner Exchange v. McFaddon* als Regel des Völkergewohnheitsrechts anerkannt.²⁴¹ Dies lässt sich damit begründen, dass diese Personen aufgrund ihrer Stellung zur Erfüllung ihrer amtlichen Aufgaben jederzeit in alle Staaten reisen können müssen. Im Hinblick auf den Außenminister führte der IGH im *Arrest Warrant*-Fall aus:

„In the performance of these functions, he or she [Foreign Minister] is frequently required to travel internationally, and thus must be in a position freely to do so whenever the need should arise. [...] even the mere risk that, by travelling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from travelling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her official functions.“²⁴²

²⁴⁰ Siehe Art. 31, 40 WÜDB; Art. 31, 42 ÜSM.

²⁴¹ US Supreme Court, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 138-139 (1812)

²⁴² *Arrest Warrant* (Fn. 32), 22, §§ 53, 55.

Fraglich ist, inwieweit diese „universelle personale Immunität“ (*universal immunity ratione personae*) auch anderen Staatsbediensteten zukommt.²⁴³ Der IGH scheint davon auszugehen, dass es sich bei der „Troika“ nicht um eine geschlossene Gruppe handelt, sondern dass auch andere „Inhaber hochrangiger Staatsämter“ (*holders of high-ranking office in the State*) bereits völkergewohnheitsrechtlich universelle personale Immunität genießen.²⁴⁴ Bereits das Übereinkommen über Spezialmissionen ging davon aus, dass der „Regierungschef, der Minister für Auswärtige Angelegenheiten und andere Persönlichkeiten hohen Ranges“ völkergewohnheitsrechtlich Immunitäten genießen, die über die im Übereinkommen verbürgten Immunitäten hinausgehen.²⁴⁵ Stellt man auf die Aufgabe der Staatsbediensteten zur „Vertretung des Staates in internationalen Verhandlungen und bei intergouvernementalen Treffen“ ab,²⁴⁶ ließe sich die universelle personale Immunität mit guten Gründen auf weitere Regierungsmitglieder und hochrangige Staatsbedienstete ausdehnen.²⁴⁷ In der Praxis der Gerichte wurde die universelle personale Immunität bereits für Verteidigungs- und Handelsminister anerkannt.²⁴⁸ Außenpolitik und die Vertretung des Staates in den zwischenstaatlichen Beziehungen ist heute nicht mehr der „Troika“ vorbehalten. In Zeiten zunehmender internationaler Kooperation in allen Lebensbereichen müssen Minister und andere Kabinettsmitglieder in der Lage sein, jederzeit ins Ausland zu reisen, um den Staat zu vertreten. Gleiches gilt für vergleichbar hochrangige Staatsbedienstete wie Vizepräsidenten, die Präsidenten der Zentralbanken oder Parlamentspräsidenten. Als Abgrenzungskriterium sollte darauf abgestellt werden, ob sich ein Angehöriger der politischen Führungsebene ohne politische und andere Nachteile für den Staat durch andere Staatsbedienstete vertreten lassen kann. Ist dies zu verneinen, sollte die Person universelle personale Immunität genießen.²⁴⁹

Wie das Übereinkommen über Spezialmissionen zeigt, bietet die personale Immunität der Sondergesandten nicht die gleiche (umfassende) Immunität wie die universelle personale Immunität.²⁵⁰ Insbesondere die Immunität der Sondergesandten auf der Durchreise scheint keineswegs bereits völkergewohnheitsrechtlich verankert zu sein. Die Entscheidung der ILC, dass, abgesehen von der „Troika“, „hochrangige Staatsbedienstete“ (*high-ranking officials*) keine universelle personale Immunität genießen sollten,²⁵¹ scheint weder mit geltendem Völkergewohnheitsrecht noch mit dem Interesse der Staaten an reibungslosen zwischenstaatlichen Beziehungen vereinbar. Die

243 Zur Begrifflichkeit siehe UN Doc. A/C.6/63/SR.24 (21.11.2008), 3, § 7 (Tschechische Republik).

244 Ebd., 20-21, § 51. Siehe auch *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports 2008, 177, 236, § 170. Zu den Inhabern hochrangiger Staatsämter gehören z.B. nicht Generalstaatsanwälte oder die Leiter nationaler Sicherheitsbehörden; siehe ebd., 243-244, § 194.

245 Siehe Art. 21 Abs. 2 ÜSM.

246 *Arrest Warrant* (Fn. 32), 21, § 53. Siehe z.B. auch UN Docs. A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 14, § 78 (China); A/C.6/63/SR.24 (21.11.2008), 4, § 14 (Schweiz).

247 Ebenso *Franey* (Fn. 210), 155; *Philippa Webb*, *International Judicial Integration and Fragmentation*, 2013, 74.

248 Siehe z.B. England, Bow Street Magistrate's Court, *Re Mofaz*, 12 February 2004, 128 ILR 709; *Re Bo Xilai*, 8 November 2005, 128 ILR 713; Schweiz, Tribunal pénal fédéral, Cour des plaintes, *A. c. Ministère public de la Confédération*, BB 2011.140, Décision du 25 juillet 2012, TPF 2012, 97.

249 Ebenso *Kreicker* (Fn. 51), 727-729.

250 Vgl. Art. 21 ÜSM. Zum Umfang der personalen Immunität der Sondergesandten siehe auch unten Abschn. IV.4.

251 Siehe die Stellungnahme des ILC-Vorsitzenden Niehaus vor dem Rechtsausschuss der Generalversammlung, UN Doc. A/C.6/68/SR.17 (8.11.2013), 6, § 21.

Ausdehnung der extrritorialen Gerichtsbarkeit verbunden mit der Einschränkung der funktionellen Immunität ermöglicht Strafverfahren gegen ausländische Regierungsmitglieder (in manchen Staaten sogar in Abwesenheit) für Handlungen außerhalb des Gerichtsstaates. Das „Verfolgungsdreieck“ (siehe Schaubild), das durch diese Entwicklungen entstanden ist, kann zu einer erheblichen Belastung der zwischenstaatlichen Beziehungen werden. Es ist davon auszugehen, dass sich das „Verfolgungsdreieck“ in den kommenden Jahren durch die Begründung extrritorialer Gerichtsbarkeit für schwerste Menschenrechtsverletzungen wie Folterhandlungen und eine zunehmende Einschränkung der funktionellen Immunität für diese Handlungen weiter vergrößert. Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass Staaten versuchen, so viele hochrangige Staatsbedienstete wie möglich in die universelle personale Immunität „zu retten“ (was durch den schwarzen Pfeil im Schaubild symbolisiert werden soll).²⁵²

4. Unterschiedlicher Umfang der personalen Immunität

In der Literatur findet sich die Aussage, dass die personale Immunität der Staatsbediensteten „absolut“ sei.²⁵³ Dies vermittelt den Eindruck, dass es sich bei der personalen Immunität um einen monolithischen Block handelt. Es gibt jedoch nicht *die* personale Immunität. Der Umfang der personalen Immunität bestimmt sich vielmehr für jeden Staatsbediensteten nach den einschlägigen Verträgen bzw. dem Völkergewohnheitsrecht. Soweit sich die personale Immunität nach Völkergewohnheitsrecht richtet, ist deren Umfang oftmals nur schwierig zu bestimmen. Die umfassendste personale Immunität genießen die Staatsoberhäupter. Zum Teil wird hier sogar von „absoluter“ Immunität ausgegangen. So erklärte das OLG Köln, dass das irakische Staatsoberhaupt „vollständige persönliche Immunität *in allen rechtlichen Fragen* auf dem Gebiet der BR Deutschland“ genießt.²⁵⁴ Die personale Immunität greift selbst bei Begehung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen und bei Verstoß gegen das *jus cogens*.²⁵⁵ Sie erstreckt sich auf amtliche und private Handlungen des Staatsoberhauptes; selbst auf strafrechtlich relevante private Handlungen im Gerichtsstaat vor Beginn der Amts-

252 Siehe UN Docs. A/C.6/63/SR.24 (21.11.2008), 8, § 44 (Iran); A/C.6/63/SR.25 (19.11.2008), 2, § 2 (Russland); 3, § 7 (Portugal); A/C.6/66/SR.20 (23.11.2011), 9, § 44 (Frankreich); A/C.6/66/SR.27 (8.12.2011), 9-10, § 66 (Russland); 11-12, § 79 (Indien); A/C.6/66/SR.28 (2.12.2011), 3, § 10 (Vereinigtes Königreich); 5, § 22 (Israel); 6, § 29 (Singapur); 7, § 34 (Japan); 8-9, § 44 (Algerien); 10, § 52 (Kenia); 11-12, § 65 (Rumänien); A/C.6/67/SR.20 (7.12.2012), 20, § 122 (Chile); A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 8, § 36 (Schweiz); 9, § 44 (Irland); 14, § 78 (China); 15, § 82 (Portugal); A/C.6/67/SR.22 (4.12.2012), 3, § 13 (Indien); 5, § 29 (Vereinigtes Königreich); 11, § 69 (Algerien); 16, § 96 (Russland); A/C.6/67/SR.23 (4.12.2012), 4, § 17 (Israel); A/C.6/68/SR.19 (13.11.2013), 4, §§ 14-15 (Polen); 5, § 20 (Indien); 9, § 42 (Israel); 10-11, § 49 (Russland); 12, § 59 (China); 14-14, §§ 74-75 (Iran). Gegen eine Ausdehnung der universellen personalen Immunität sprachen sich dagegen aus: Malaysia (A/C.6/63/SR.23 (21.11.2008), 12, § 74); Indonesien (A/C.6/66/SR.24 (1.12.2011), 13, § 72); Belgien (A/C.6/66/SR.26 (7.12.2011), 13-14, § 66); Niederlande (A/C.6/66/SR.28 (2.12.2011), 10-11, § 58); Österreich (A/C.6/67/SR.20 (7.12.2012), 18, § 111); Slowenien (A/C.6/67/SR.22 (4.12.2012), 8, § 50).

253 Siehe z.B. Ursula Kriebaum, Privilegien und Immunitäten im Völkerrecht, in: August Reinisch (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, 2013, 411 Rn. 1579.

254 OLG Köln, Beschluss v. 16.5.2000 – 2 Zs 1330/99, NStZ 200, 667. Siehe auch Lafontant v. Aristide, 844 F.Supp. 128, 131-132 (E.D.N.Y. 1994).

255 Siehe z.B. *Devi v. Rajapaksa*, 2012 WL 3866495, 3 (S.D.N.Y. 2012), wo das Gericht das Argument, dass der amtierende Staatspräsident von Sri Lanka bei *jus cogens* Verletzungen keine Immunität genieße, zurückwies. Siehe auch Rechtbank's-Gravenhage, 6.10.2010, 377038 / KG ZA 10-1220 (personale Immunität des amtierenden indonesischen Staatspräsidenten auch bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit).

zeit.²⁵⁶ Während die absolute personale Immunität von der Strafgerichtsbarkeit allgemein anerkannt ist, ist die Praxis der Staaten bei der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht einheitlich. Zum Teil wird die Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit, wie bei Diplomaten, für dingliche Klagen in unbewegliches Vermögen, Klagen in Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs oder einer gewerblichen Tätigkeit und bei Nachlasssachen eingeschränkt.²⁵⁷ Die personale Immunität der Diplomaten ist in Art. 31 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen geregelt und entspricht der für die Zivilgerichtsbarkeit leicht eingeschränkten Immunität der Staatsoberhäupter.²⁵⁸ Der Umfang der personalen Immunität der Regierungschefs, Außenminister und anderen hochrangigen Staatsbediensteten ist nicht vertraglich geregelt, orientiert sich in der Praxis in der Regel an der personalen Immunität der Diplomaten.²⁵⁹ Dass diese Staatsbediensteten etwas mehr personale Immunität genießen als die Sondergesandten, wird in Art. 21 Abs. 2 des Übereinkommens über die Spezialmissionen deutlich, wonach diese Staatsbediensteten, wenn sie an einer Spezialmission teilnehmen, „im Empfangsstaat und in dritten Staaten *zusätzlich* zu den ihnen durch dieses Übereinkommen eingeräumten Begünstigungen die [...] Immunitäten, die ihnen vom Völkerrecht zugestanden werden“, genießen.²⁶⁰ Die Sondergesandten genießen zwar ebenfalls absolute personale Immunität von der Strafgerichtsbarkeit des Empfangsstaates, ihre Immunität vor den Zivilgerichten ist jedoch noch weiter eingeschränkt als die der Diplomaten. So genießen sie z.B. keine Immunität bei „Klagen auf Schadenersatz wegen eines Unfalles, den ein Fahrzeug verursacht hat, das von der betreffenden Person außerhalb der amtlichen Tätigkeit benutzt worden ist.“²⁶¹ Noch weniger personale Immunität als die Sondergesandten genießen die Konsularbeamten, die lediglich hinsichtlich ihrer Handlungen „in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben“ von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaats ausgenommen sind.²⁶² Dabei handelt es sich um alle konsularischen Amtshandlungen und Tätigkeiten, die mit diesen in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen.²⁶³ Die personale Immunität der Konsuln umfasst also nicht nur hoheitliche Amtshandlungen, sondern auch privatwirtschaftliche Rechtsgeschäfte im Auftrag des Entsendestaates.²⁶⁴ Ausgenommen davon sind jedoch Zivilklagen auf Schadenersatz bei Verkehrsunfällen.²⁶⁵ Alle anderen Staatsbediensteten, die mit Zustimmung des Empfangsstaats in amtlicher Ei-

256 Siehe z.B. España, Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto núm. 286/2006 de 24 julio 2006, JUR/2006/247356, 15, 16 (in Bezug auf Steuerbetrug im Gerichtsstaat).

257 Siehe z.B. UK, State Immunity Act 1978, 1978 c. 33, sec. 20. Siehe auch *Ivor Roberts* (ed.), *Satow's Diplomatic Practice*, 6th edn., 2009, MN 12.10.

258 Die personale Immunität der Diplomaten, die die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzen oder dort ansässig sind, ist auf die in Ausübung der dienstlichen Tätigkeiten vorgenommenen Amtshandlungen beschränkt; siehe Art. 38 Abs. 1 WÜDB.

259 Siehe *Deak* (Fn. 225), 393.

260 Art. 31 Abs. 2 ÜSM (Hervorhebung durch Verf.).

261 Siehe Art. 31 Abs. 2(d) ÜSM. Sondergesandte, die die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzen oder dort ansässig sind, genießen personale Immunität nur für ihre „in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit vorgenommenen Amtshandlungen“ (Art. 41 Abs. 1 ÜSM).

262 Siehe Art. 43 WÜKB. Eine weitere Einschränkung der personalen Immunität ergibt sich für Konsularbeamte, die die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzen oder dort ansässig sind; siehe Art. 71 Abs. 1 WÜKB.

263 Siehe *Niklas Wagner/Holger Raasch/Thomas Pröpstl*, *Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963: Kommentar für die Praxis*, 2007, 296.

264 Art. 43 Abs. 2(a) WÜKB.

265 Art. 43 Abs. 2(b) WÜKB.

genschaft in dessen Territorium tätig werden, genießen personale Immunität grundsätzlich nur für ihre hoheitlichen und nichthoheitlichen Amtshandlungen. Weitergehende personale Immunität kann jedoch vertraglich vereinbart werden, wie dies in Truppenstationierungsverträgen regelmäßig geschieht. Staatsbedienstete, die ohne Zustimmung des Empfangsstaates in dessen Territorium tätig werden, genießen dagegen keinerlei Immunität.

5. Unterscheidung zwischen fortwirkender personaler und funktioneller Immunität

Wie oben ausgeführt, kann es für Amtshandlungen ausländischer Staatsbediensteter im Territorium des Gerichtsstaates keine funktionelle Immunität geben, da für diese Handlungen die territoriale Souveränität der souveränen Gleichheit vorgeht.²⁶⁶ Für Handlungen im Gerichtsstaat kann es nur personale Immunität geben. Diese endet mit Ende der Amtszeit der Staatsbediensteten, deren Ausreise aus dem Empfangsstaat bzw. einer angemessenen Zeit danach.²⁶⁷ Nach Ende der Amtszeit können sich die Staatsbediensteten für ihre Amtshandlungen im Empfangsstaat deshalb nicht auf funktionelle Immunität, sondern nur auf eine „residuale“ oder „fortwirkende“ begrenzte personale Immunität berufen.²⁶⁸ Dass es hier um fortwirkende personale Immunität geht, wird in den Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen sowie im Übereinkommen über Spezialmissionen deutlich, die alle davon sprechen, dass in Bezug auf die von den Staatsbediensteten im Empfangsstaat in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit oder Aufgaben vorgenommenen Handlungen die Immunität „auch weiterhin“ bzw. „auf unbegrenzte Zeit bestehen [bleibt]“.²⁶⁹ Dass es sich bei der fortwirkenden Immunität nicht um funktionelle Immunität handelt, zeigt sich auch daran, dass diese weiter reicht als die funktionelle Immunität. So genießen Diplomaten, Konsularbeamte und Sondergesandte fortwirkende Immunität nicht nur für ihre hoheitlichen Amtshandlungen (*acta jure imperii*), sondern für alle ihre Amtshandlungen im Empfangsstaat, einschließlich ihrer privatwirtschaftlichen Rechtsgeschäfte für den Entsendestaat.²⁷⁰ Diese Privilegierung von Handlungen im Empfangsstaat lässt sich damit erklären, dass der Empfangsstaat der Vornahme dieser Amtshandlungen implizit zugestimmt hat. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass es für Amtshandlungen, die im Territorium des Empfangsstaates ohne oder gegen dessen Willen vorgenommen wurden, keine fortwirkende personale Immunität geben kann.

Handelte es sich bei der fortwirkenden personalen Immunität tatsächlich um funktionelle Immunität nach Ende der Amtszeit, dann wären die besonderen Bestimmungen über das „Bestehen-Bleiben“ der Immunität in den verschiedenen Übereinkommen überflüssig.

Die fortwirkende personale Immunität gilt nur gegenüber dem Empfangsstaat. Gegenüber anderen Staaten können sich die Staatsbediensteten für Amtshandlungen im

266 Siehe oben Abschn. II.1.c.

267 Vgl. Art. 39 Abs. 2 WÜDB; Art. 53 Abs. 3 WÜKB; Art. 43 Abs. 2 ÜSM. Zum Ende der personalen Immunität des Staatsoberhauptes siehe z.B. *Dahm* (Fn. 95), 303.

268 Zum Begriff der „residualen Immunität“ siehe Tribunal pénal fédéral, Cour des plaintes, *A. c. Ministère public de la Confédération*, BB 2011.140, Décision du 25 juillet 2012, TPF 2012, 97, § 5.3.2. Siehe auch UN Docs. A/CN.4/661 (4.4.2013), 25, § 76; A/C.6/67/SR.21 (4.12.2012), 9, § 40 (Schweiz).

269 Siehe Art. 39 Abs. 2 WÜDB; Art. 53 Abs. 4 WÜKB; Art. 43 Abs. 2 ÜSM.

270 Vgl. UN Doc. A/C.6/67/SR.22 (4.12.2012), 7, § 43 (Belgien).

Empfangsstaat auf die restriktive funktionelle Immunität berufen.²⁷¹ Dies zeigt wiederum die Relativität der Immunitätsbeziehungen. So kann sich ein Diplomat nach Ende seiner Amtszeit für eine hoheitliche Amtshandlung im Empfangsstaat dem Empfangsstaat gegenüber auf fortwirkende personale Immunität und Drittstaaten gegenüber auf funktionelle Immunität berufen. In Bezug auf eine in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit im Empfangsstaat vorgenommene nichthoheitliche Amtshandlung kann sich der Diplomat dem Empfangsstaat gegenüber auch nach Ende seiner Amtszeit auf die fortwirkende personale Immunität berufen, gegenüber Drittstaaten genießt er jedoch keine Immunität, da die funktionelle Immunität auf hoheitliche Amtshandlungen beschränkt ist.

V. Schadensersatzansprüche Privater gegen den die Immunität gewährenden Staat

Die Immunität ausländischer Staatsbediensteter von der staatlichen Gerichtsbarkeit hat in der Praxis immer wieder zur Folge, dass Privatpersonen eindeutig bestehende zivilrechtliche Gehalts- oder Schadensersatzansprüche nicht vor den Gerichten ihres eigenen Staates durchsetzen können und dadurch mitunter einen nicht unerheblichen Vermögensschaden erleiden. Die völkerrechtlichen Immunitätsvorschriften bestehen jedoch nicht im Interesse der Privatpersonen, sondern im Interesse ihrer Staaten. Die Immunität ausländischer Staatsbediensteter dient u.a. der Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen, der Verhinderung außenpolitischer Verwicklungen und dem Schutz eigener Staatsbediensteter im Ausland. Es wäre deshalb zu überlegen, ob Privatperson, denen zum Wohle übergeordneter staatlicher Interessen der Zivilrechtsweg gegen ausländische Staatsbedienstete verwehrt wird und die dadurch ein Sonderopfer für die Allgemeinheit erbringen, *de lege ferenda* ein Aufopferungsanspruch gegen den die Immunität gewährenden (und von ihr profitierenden) Staat zustehen sollte. Diese Idee ist nicht neu. Bereits bei *Christian von Wolff* findet sich der Gedanke, dass der Staat, wenn er durch die Hoheitsgewalt über die Dinge Einzelner verfügt, diesen, soweit möglich, Genugtuung leisten muss.²⁷² Im Zusammenhang mit der Ablehnung der Verhängung des Arrests über die Sachen eines fremden Fürsten zur Sicherung der Ansprüche seiner Gläubiger stellte *David Georg Struben* bereits im Jahr 1777 die Frage:

„Begehret aber der Unterthan, welchen die rechtliche Hülfe des gemeinen Bestens halber versaget wird, nicht billig, daß ihn der Staat schadlos halte? Wenn die Forderungen liquid, zu selbiger sonst nicht zu gelangen, und das gemeine Wesen im Stande ist, denjenigen zu vergnügen, der das seinige der gemeinen Wohlfart aufopfern muß, so ist allerdings der Billigkeit gemäß, dass es geschehe. [...] Sollte er [der Schaden] auch so groß seyn, daß es dem

271 Die Ansicht des BVerfG in seinem Beschluss v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, NJW 1998, 50, 53-54, wonach Diplomaten für Amtshandlungen ausschließlich Immunität von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates, nicht aber von der Gerichtsbarkeit aller anderen Staaten, genießen, ist verfehlt. Bei der (fortwirkenden) personalen Immunität handelt es sich nur gegenüber dem Empfangsstaat um *lex specialis* bzw. *lex unica*, nicht jedoch gegenüber anderen Staaten. Siehe die zutreffende Kritik des Beschlusses von *Bardo Fassbender*, *Diplomatische Immunität und Staatennachfolge*, NSStZ 1998, 144, 145-146.

272 *Christian von Wolff*, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum VIII*, 1748, § 119.

Staat unerträglich fallen würde, seine Bürger schadlos zu halten, so läuft es wider ihre Pflicht darauf zu dringen.“²⁷³

Auch in neuerer Zeit findet sich der Gedanke, dass der die Immunität gewährende Staat zum Schadensersatz verpflichtet ist. In einer Entscheidung vom 11. Februar 2011 hat der *Conseil d'État* den französischen Staat zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt, da ein gerichtlicher Titel auf Lohnzahlung infolge der vertraglich verbürgten diplomatischen Immunität nicht gegen einen ausländischen Diplomaten vollstreckt werden konnte.²⁷⁴ Die Entschädigung wurde auf der Grundlage des Instituts der Staatshaftung ohne Verschulden zugesprochen. Nach französischem Staatshaftungsrecht kann jeder Bürger aufgrund des Grundsatzes der Gleichheit der Bürger im Hinblick auf öffentliche Lasten einen Anspruch auf Ersatz des Schadens geltend machen, der ihm durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens durch Frankreich und dessen Inkorporation in die französische Rechtsordnung entstanden ist. Voraussetzung ist, dass weder das abgeschlossene Abkommen noch das französische Ratifikationsgesetz eine Entschädigung ausschließen, der entstandene Schaden schwer und außergewöhnlich ist und nicht als normale Belastung des Betroffenen angesehen werden kann. Die Voraussetzung des „außergewöhnlichen“ Schadens ist nicht deshalb zu verneinen, weil ein völkerrechtliches Abkommen und das Inkorporationsgesetz allgemeine Gültigkeit haben und deshalb auf eine unbestimmte Anzahl von Personen gleichermaßen anwendbar sind. Abzustellen ist vielmehr auf die tatsächliche oder geschätzte Anzahl von Betroffenen, die einen ähnlichen Schaden erleiden können. Wenn, wie im Falle der diplomatischen Immunität, nur eine geringe Anzahl an Personen einen ähnlichen Schaden erleiden kann, ist dieser nicht als normale Belastung zu charakterisieren.²⁷⁵ Dieselben Grundsätze wurden jüngst auch bei völkergewohnheitsrechtlich bestehender Vollstreckungsimmunität angewandt.²⁷⁶

Ein Schadensersatzanspruch kann nur bei Immunität im Vollstreckungsverfahren entstehen, da es ohne rechtskräftiges Urteil bereits an einer beeinträchtigungsfähigen Rechtsposition fehlt. Zu einem solchen kann es jedoch trotz bestehender Immunität durch Versäumnisurteil kommen. Auch ist hier an Urteile zu denken, die ergangen sind, bevor eine Person personale Immunität erlangt hat.

In der Bundesrepublik Deutschland fehlt es derzeit an einer rechtlichen Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bei Versagung der Rechtsdurchsetzung infolge vertraglicher oder völkergewohnheitsrechtlicher Immunität ausländischer Staatsbediensteter. Insbesondere kann ein solcher nicht unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitet werden.²⁷⁷ Wenn man die Immunitätsregelungen jedoch als ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen ansehen würde, die geschützte Eigentumspositionen in unverhältnismäßiger und gleichheitswidriger Weise einschränken, so wäre der Gesetzgeber verpflichtet, zum Ausgleich des gleichheitswidrigen Sonderopfers einen Ausgleich vorzusehen.²⁷⁸ Zu denken wäre hier an eine Ergänzung von § 20 Abs. 2 GVG um eine Ent-

273 *Struben* (Fn. 14), 51-52. Siehe auch *Loening* (Fn. 13), 16 n. 3.

274 Siehe Art. 31 Abs. 1 WÜDB.

275 Siehe *Conseil d'État*, 11 février 2011, No. 325253 (*Mlle Susilawati*), Recueil Lebon No. 1/2012, 36.

276 Siehe *Conseil d'État*, Section du Contentieux, 14 octobre 2011, No. 329788, 329789, 329790, 329791 (*Mme Saleh et autres*), Recueil Lebon No. 4/2012, 472.

277 *Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 222.

278 Vgl. ebd., 213, 225.

schädigungsklausel, wonach eine angemessene Entschädigung zu leisten ist, wenn die Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit enteignende Wirkung hat.

VI. Immunität von der Gerichtsbarkeit internationaler oder internationalisierter Strafgerichte

1. Nichtbestehen eines generellen Immunitätsausschlusses

Die Ansicht, dass Staatsbedienstete vor internationalen Strafgerichten keinerlei Immunität genießen, weil hier der sich aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit ergebende Satz *par in parem non habet jurisdictionem* nicht anwendbar sei,²⁷⁹ ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar.²⁸⁰ Dies ergibt sich bereits daraus, dass es sich bei der personalen Immunität bestimmter Staatsbediensteter nicht um eine logische Schlussfolgerung aus der souveränen Gleichheit der Staaten, sondern um eine völkergewohnheitsrechtlich begründete Regel im Interesse der Funktionsfähigkeit der internationalen Beziehungen handelt.²⁸¹ Die personale Immunität soll gewissen Staatsbediensteten die wirksame Wahrnehmung ihrer Aufgaben ohne Gefahr vor Strafverfolgung ermöglichen. Diese Begründung trifft aber gleichermaßen auf die Strafverfolgung durch nationale wie durch internationale Gerichte zu.²⁸²

Die Ansicht eines völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausschlusses vor internationalen Strafgerichten wird auch mit den Satzungen der internationalen Kriegsverbrechertribunale von Nürnberg und Tokio, den „Nürnberger Prinzipien“ der UN-Generalversammlung, der Völkermordkonvention und dem Entwurf eines Strafgesetzbuches über Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit von 1996 sowie den Statuten des ICTY, ICTR und IStGH begründet. Dabei wird auf die Bestimmungen abgestellt, wonach die amtliche Stellung eines Beschuldigten, ob als Staats- oder Regierungschef oder als verantwortlicher Amtsträger der Regierung, diesen nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit enthebt.²⁸³ Strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Amtsträgers bedeutet aber nicht automatisch Immunitätsausschluss. Bei ersterem handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage, bei letzterem um eine verfahrensrechtliche Frage. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Satzungen der beiden Kriegsverbrechertribunale von Nürnberg und Tokio als Besatzungsrecht, sowie die Statuten des ICTY und ICTR als bindende Resolutionen des UN-Sicherheitsrats für die Staaten der angeklagten Amtsträger bindend waren.²⁸⁴ Auch ging es in allen Fällen um die Verfol-

279 Für einen generellen Immunitätsausschluss vor internationalen Gerichten z.B. Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, §§ 51-52; ICC, Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 December 2011, §§ 36, 43.

280 Für eine ausführliche und zutreffende Kritik siehe *Zsuzsanna Deen-Racsmány, Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity* (2005) 18 *Leiden Journal of International Law* 299, 306-322; *Dapo Akande, ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (...At long Last...) But Gets the Law Wrong*, EJIL: Talk!, 15.12.2011, <http://www.ejiltalk.org/>.

281 Siehe oben Abschn. IV.1.

282 Siehe *Deen-Racsmány* (Fn. 280), 314.

283 Siehe *Prosecutor v. Taylor* (Fn. 279), §§ 45-49; *Prosecutor v. Bashir* (Fn. 279), §§ 24-32.

284 Vgl. *Akande* (Fn. 280).

gung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen, für die völkergewohnheitsrechtlich keine funktionelle Immunität mehr besteht.²⁸⁵

Bei einem völkergewohnheitsrechtlich bestehenden Immunitätsausschluss vor internationalen Gerichten wäre ein vertraglich vereinbarter Immunitätsverzicht, wie ihn die Parteien des IStGH-Statuts in Art. 27 Abs. 2 vereinbart haben, überflüssig, und Art. 98 Abs. 1 des Statuts, wonach die Immunität von Nichtvertragsparteien des Statuts zu gewährleisten ist, würde eine solche Immunität nicht nur anerkennen, sondern diese erst vertraglich begründen. Art. 98 Abs. 1 würde somit eine Ausnahme vom Völkergewohnheitsrecht darstellen. Dagegen spricht aber bereits der Wortlaut der Vorschrift, die verhindern soll, dass ein Staat „entgegen seinen [bestehenden] völkerrechtlichen Verpflichtungen“ handelt.

Die Aussage des IGH im *Arrest Warrant*-Fall, wonach „an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction“,²⁸⁶ ist insofern missverständlich, als daraus kein genereller Immunitätsausschluss vor internationalen Strafgerichten abgeleitet werden kann. Der IGH spricht nur von „*certain* international criminal courts“ und erwähnt in diesem Zusammenhang lediglich den ICTY, ICTR und IStGH; er spricht nicht von internationalen Strafgerichten allgemein. Auch geht der IGH nicht von einem völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausschluss aus, sondern stellt beim ICTY und ICTR ausdrücklich auf deren Errichtung auf der Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta ab. Beim Internationalen Strafgerichtshof verweist der IGH auf Art. 27 Abs. 2 des IStGH-Statuts, also auf einen vertraglich begründeten Ausschluss der Immunität. Dabei lässt der IGH offen, ob der Immunitätsausschluss für alle oder nur für Bedienstete der Vertragsparteien gelten soll. Gäbe es tatsächlich eine generelle Immunitätsausnahme vor internationalen Gerichten, wäre Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut ebenso wie Art. 98 Abs. 1 des Statuts überflüssig. Eine generelle Immunitätsausnahme findet auch keinen Rückhalt in der Staatenpraxis, wie die Reaktion der 54 Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union (AU) auf die Ausstellung eines Haftbefehls für den amtierenden Staatspräsidenten von Sudan, Umar al-Baschir, zeigt. Diese Staaten gehen davon aus, dass amtierende Staatspräsidenten und andere hochrangige Staatsbedienstete von Nichtvertragsparteien des IStGH-Statuts personale Immunität von der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs genießen.²⁸⁷ So heißt es in einer Presseerklärung der Kommission der Afrikanischen Union vom 30. Januar 2012:

„As a general matter, the immunities provided for by international law apply not only to proceedings in foreign domestic courts but also to international tribunals [...]. Indeed [...] the [Rome] Statute is not capable of removing an immunity which international law grants to the officials of States that are not parties to the Rome Statute.“²⁸⁸

285 Siehe oben Abschn. III.2.(a)(2).

286 *Arrest Warrant* (Fn. 32), 25, § 61.

287 Siehe z.B. African Union, Assembly, Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court (ICC), AU Doc. Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013) v. 13.10.2013, Ziff. 9; Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decision on the International Criminal Court (ICC), AU Doc. Assembly/AU/Dec.397(XVIII) v. 30.1.2012, Ziff. 6.

288 African Union, Press Release No. 002/2012 (9.1.2012), 2.

Eine völkergewohnheitsrechtlich bestehende Immunität verschwindet nicht einfach, nur weil es sich um ein internationales Gericht handelt.²⁸⁹ Staatsbedienstete genießen grundsätzlich Immunität auch von der Gerichtsbarkeit internationaler Strafgerichte.

2. Determinanten für das Bestehen von Immunität

Allgemeine Regeln über die Immunität amtierender und ehemaliger Staatsbediensteter von der Gerichtsbarkeit internationaler oder internationalisierter nationaler Strafgerichte bestehen nicht. Existenz und Umfang der Immunität sind vielmehr abhängig von der Rechtsgrundlage, auf der das Strafgericht errichtet wurde, von der materiellen Zuständigkeit des Gerichts, d.h. den Taten, die vor diesem zur Anklage kommen, und von dem Ort des Tatgeschehens.

a) Rechtsgrundlage für die Errichtung des Strafgerichts

Internationale und internationalisierte Strafgerichte können entweder durch einen Vertrag oder durch eine auf Kapitel VII der UN-Charta beruhende Resolution des UN-Sicherheitsrats errichtet werden. Durch eine Sicherheitsratsresolution geschaffen wurden das ICTY, das ICTR und das Sondertribunal für Libanon (STL). Bei letzterem handelt es sich mangels Ratifikation des Gründungsvertrages mit den Vereinten Nationen durch Libanon nicht um ein vertragsbasiertes „Tribunal mit internationalem Charakter“ (*tribunal of an international character*), sondern um ein genuin „internationales Gericht“, das seine Existenz einer Kapitel VII-Resolution des Sicherheitsrats verdankt.²⁹⁰ Durch einen bindenden Beschluss nach Kapitel VII kann der Sicherheitsrat bestehende personale und funktionelle Immunitäten außer Kraft setzen.²⁹¹ Eine durch den Sicherheitsrat begründete Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit einem internationalen Strafgericht, insbesondere die Pflicht zur Festnahme und Inhaftierung von Personen sowie die Übergabe oder Überstellung von Personen an das Gericht, geht nach Art. 103 UN-Charta anderen völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Verpflichtungen, einschließlich der Verpflichtung zur Gewährung von Immunität, vor.²⁹² Für die Frage der Immunität von Staatsbediensteten vor internationalen Strafgerichten kommt es demnach darauf an, ob der Sicherheitsrat deren Immunität aufheben will. In den Resolutionen und Statuten des ICTY und ICTR findet sich kein ausdrücklicher Immunitätsausschluss, sondern neben der ausnahmslosen Überstellungspflicht nur eine Bestimmung, wonach die amtliche Stellung eines Beschuldigten, ob als Staats- oder Regierungschef oder als verantwortlicher Amtsträger der Regierung, den Betroffenen nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ent-

289 Siehe *Prosecutor v. Blaskic* (Fn. 21), §§ 38-45; ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-A, Decision on Application for Subpoenas, 1 July 2003, § 11 (diss. op. Shahabuddeen).

290 Siehe Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, Decision on the Defence Appeals against the Trial Chamber's 'Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal', STL-11-01/PT/AC/AR90.1, 24 October 2012, § 31; und STL, President, Order Assigning Matter to Pre-Trial Judge, CH/PRES/2010/01, 15 April 2010, § 35. Siehe auch *Stefan Talmon*, Security Council Treaty Action (2009) 62 *Revue hellénique de droit international* 65, 105-106.

291 Siehe Art. 25 UN-Charta.

292 Vgl. *Andreas Paulus/Johann Ruben Leiß*, Article 103, in Bruno Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3rd edn., 2012), 2110, 2124 MN 38, 2133 MN 68.

hebt.²⁹³ Diese Bestimmung sollte, wie sich aus dem Bericht des UN-Generalsekretärs zum ICTY-Statut ergibt, auf den der Sicherheitsrat ausdrücklich Bezug nimmt, eine Berufung auf Immunität ausschließen.²⁹⁴ Anders als beim ICTY und ICTR hat der Sicherheitsrat im Fall des STL bestehende Immunitäten nicht aufgehoben. Weder die Sicherheitsratsresolution Nr. 1757 (2007) noch die vom Sicherheitsrat in Kraft gesetzten Bestimmungen des STL-Statuts oder des Vertrages zwischen Libanon und den Vereinten Nationen enthalten Bestimmungen über die amtliche Stellung der Beschuldigten oder eine Überstellungspflicht.²⁹⁵ Soweit die Immunität von Staatsbediensteten nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen ist,²⁹⁶ gilt diese auch vor dem Sondertribunal. So stellte der STL-Präsident *Antonio Cassese* zu Recht fest, dass amtierende Präsidenten wie Syriens Präsident Baschar al-Assad Immunität vor dem STL genießen.²⁹⁷ Da nur Libanon vom Sicherheitsrat zur Zusammenarbeit mit dem Sondertribunal verpflichtet wurde, sind andere Staaten bei Überstellungsersuchen des STL auch weiterhin verpflichtet, die funktionelle und personale Immunität von ausländischen (z.B. syrischen) Staatsbediensteten zu achten.²⁹⁸

Internationale oder internationalisierte Strafgerichtshöfe können auch durch Vertrag errichtet werden. Dabei kann es sich wie beim IStGH um einen multilateralen Vertrag oder wie im Fall des Sondergerichts für Sierra Leone (SCSL) um einen bilateralen Vertrag zwischen dem betroffenen Staat und den Vereinten Nationen handeln.²⁹⁹ Diese Verträge binden nur die Parteien. Bei vertraglicher Grundlage ist deshalb bei der Immunität von Staatsbediensteten zwischen den Bediensteten der Vertragsparteien und solchen von Nichtvertragsparteien zu unterscheiden. Bei der Immunität der Staatsbediensteten handelt es sich, wie oben gesehen,³⁰⁰ um ein Recht der Staaten. Durch Vertrag können völkergewohnheitsrechtliche Rechte von Nichtvertragsparteien nicht außer Kraft gesetzt werden.³⁰¹ Andernfalls wäre zu fragen, wie viele Staaten an einer solchen vertraglichen Beschränkung völkergewohnheitsrechtlicher Immunitätsrechte beteiligt sein müssen. Ein Vertrag zwischen einem Staat und den Vereinten Nationen scheint hierzu nicht ausreichend zu sein. Das Sondergericht für Sierra Leone hat zwar argumentiert, dass der Sicherheitsrat im Auftrag der Mitglieder der Vereinten Natio-

293 Siehe S/RES/827 (1993) v. 25.5.1993, Ziff. 2 und 4, und Art. 7 Abs. 2, Art. 29 des ICTY-Statut, UN Doc. S/25704 (3 May 1993), Annex sowie S/RES/955 (1994) v. 8.11.1994, Ziff. 1 und 2, und Art. 6 Abs. 2, Art. 28 des ICTR-Statuts, ebd., Annex.

294 Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704 (3 May 1993), 14, § 55.

295 Siehe S/RES/1757 (2007) v. 30.5.2007 einschließlich Annex und Anlage. Siehe auch *William A. Schabas*, *The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'?* (2008) 21 *Leiden Journal of International Law* 513, 524-525.

296 Siehe dazu unten Abschn. VII.2.c.

297 Siehe *Hariri Tribunal Judge Antonio Cassese Talks to Asharq Al-Awsat*, 28.4.2009, <http://www.stl-tsl.org/>. Siehe auch *Cécile Aptel*, *Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon* (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 1107, 1110-1111.

298 Siehe Statement from the STL President Judge Antonio Cassese, 1.4.2009, <http://www.stl-tsl.org/> ('According to the Statute only Lebanon and those States that have previously agreed are legally bound to cooperate with the Tribunal'). Siehe auch Regel 21 der Rules of Procedure and Evidence, <http://www.stl-tsl.org/>.

299 Siehe *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (SCSL-Agreement)*, 16 January 2002, UN Doc. S/2002/246 (8 March 2002), Appendix II.

300 Siehe oben Abschn. II.1.

301 Siehe Art. 34, 35 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WÜRV) v. 22.5.1969 (1155 UNTS 331).

nen handle und ein Abkommen zwischen den Vereinten Nationen und Sierra Leone deshalb ein Abkommen zwischen allen UN-Mitgliedsstaaten sei.³⁰² Diese Ansicht ist jedoch nicht mit der von den Mitgliedstaaten getrennten Rechtspersönlichkeit der Vereinten Nationen vereinbar und würde weitergehende Fragen hinsichtlich der Haftung der Mitgliedstaaten für Verträge der Organisation aufwerfen. Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut, wonach Immunitäten, die nach dem Völkerrecht mit der amtlichen Eigenschaft einer Person verbunden sind, den Strafgerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über eine solche Person hindern, beinhaltet somit einen Immunitätsverzicht lediglich für die Staatsbediensteten der Vertragsparteien des Statuts.³⁰³ Als Vertragsrecht kann Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut Nichtvertragsparteien nicht binden; eine völkergewohnheitsrechtliche Geltung der Vorschrift scheidet (derzeit noch) mangels ausreichender Staatenpraxis und *opinio juris* aus.³⁰⁴ Zwischen den Vertragsparteien des IStGH-Statuts geht die vertragliche Verpflichtung zur Festnahme und Überstellung einer Person als *lex specialis* der völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht zur Immunitätsgewährung vor. Eine Nichtvertragspartei des Statuts ist zwar nicht zur Festnahme und Überstellung einer Person verpflichtet, kann aber trotzdem vom Gerichtshof dazu ersucht werden.³⁰⁵ Auch in diesem Fall steht bei Staatsbediensteten einer Vertragspartei des Statuts die Immunität einer Festnahme und Überstellung nicht entgegen, da die Nichtvertragspartei in einem solchen Fall infolge des vertraglichen Immunitätsverzichts der Vertragsparteien nicht entgegen ihren „völkerrechtlichen Verpflichtungen“ zur Immunitätsgewährung handeln muss.³⁰⁶ Insofern stellt Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut einen Vertrag zugunsten Dritter dar.³⁰⁷ Anders ist dagegen die Rechtslage bei einem Ersuchen um Festnahme und Überstellung eines Staatsbediensteten einer Nichtvertragspartei. In diesem Fall sind sowohl Vertragsparteien als auch Nichtvertragsparteien an ihre völkerrechtlichen Immunitätsverpflichtungen gegenüber der Nichtvertragspartei gebunden. Dies wird in Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut deutlich, der davon spricht, dass der Gerichtshof kein Ersuchen stellen darf, das vom ersuchten Staat verlangen würde, in Bezug auf die Immunitäten eines „Drittstaats“, d.h. einer Nichtvertragspartei des IStGH-Statuts,³⁰⁸ entgegen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu handeln. Während die Staatsbediensteten der Vertragsparteien des IStGH-Statuts somit keine Immunität haben, genießen Staatsbedienstete von Nichtvertragsparteien auch weiterhin Immunität sowohl von der Gerichtsbarkeit des IStGH als auch bei Festnahme- und Überstellungsersuchen des Gerichtshofs. Gleiches gilt auch im Falle des SCSL für die Staatsbediensteten aller Staaten mit Ausnahme der Staatsbediensteten von Sierra Leone, deren Immunität durch den Vertrag zwischen Sierra Leone und den Vereinten Na-

302 *Prosecutor v. Taylor* (Fn. 278), § 38.

303 Vgl. z.B. *Claus Kreß/Kimberley Prost*, Article 98, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2nd edn., 2008), 1601, 1607 MN 13-14.

304 Siehe z.B. die ablehnende Haltung der Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union oben bei Fn. 286. Das Verfahren gegen Charles Taylor vor dem SCSL war das erste und bislang einzige gegen einen amtierenden Staatsoberhaupt, das nicht auf Kapitel VII UN-Charta beruhte.

305 Vgl. Art. 89 Abs. 1 IStGH-Statut („jedem Staat“).

306 Vgl. Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut.

307 Im Ergebnis ebenso *Prosecutor v. Bashir* (Fn. 278), § 18.

308 Siehe Art. 2 Abs. 1 (h) WÜRV.

tionen unberührt bleibt.³⁰⁹ Die Verneinung der personalen Immunität des amtierenden Staatspräsidenten von Liberia durch den SCSL³¹⁰ ist somit rechtsfehlerhaft.³¹¹

Etwas anderes gilt für Staatsbedienstete einer Nichtvertragspartei nur dann, wenn der UN-Sicherheitsrat die Situation in der Nichtvertragspartei an den IStGH überweist.³¹² Durch diese Überweisung nach Kapitel VII der UN-Charta bringt der Sicherheitsrat die Bestimmungen des IStGH-Statuts auch für diese Nichtvertragspartei zur Anwendung. Dies kommt auch in Art. 13 IStGH-Statut zum Ausdruck, wonach der Gerichtshof bei einer solchen Überweisung seine Gerichtsbarkeit „in Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieses Statuts“ ausüben kann. Zu den „Bestimmungen dieses Statuts“ gehört aber gerade auch Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut, wonach Immunitäten, die nach Völkerrecht mit der amtlichen Eigenschaft einer Person verbunden sind, den Gerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über eine solche Person hindern. Für die überwiesene Situation genießen die Staatsbediensteten der Nichtvertragspartei damit keine Immunität vor dem IStGH. Die Kritik der Afrikanischen Union, wonach die Aufhebung der Immunität ausdrücklich geschehen muss und nicht in die Überweisung an den Gerichtshof hineingelesen werden darf,³¹³ geht fehl, da sich der Verlust der Immunität der an der überwiesenen Situation beteiligten Staatsbediensteten unmittelbar aus den nun kraft Sicherheitsratsbeschluss anwendbaren Bestimmungen des Statuts ergibt. Durch die Überweisung der Situation an den Gerichtshof wird eine Nichtvertragspartei nicht formell zur Vertragspartei. Trotz Anwendung der Bestimmungen des Statuts für die spezielle Situation, bleibt die Nichtvertragspartei „Drittstaat“ im Sinne des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut. Auch Art. 98 Abs. 1 bleibt als eine der „Bestimmungen dieses Statuts“ weiterhin anwendbar, wie die Afrikanische Union zu Recht hervorhebt.³¹⁴ Die Bestimmung steht aber einem Ersuchen des Gerichtshofs um Festnahme oder Überstellung des Staatsbediensteten einer der betroffenen Nichtvertragsparteien nicht entgegen, da der ersuchte Staat aufgrund des Immunitätsverlustes der an der überwiesenen Situation beteiligten Staatsbediensteten der Nichtvertragspartei gemäß Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut nicht entgegen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen handeln müsste.

b) Materielle Zuständigkeit des Strafgerichts

Die Immunität der Staatsbediensteten vor internationalen und internationalisierten Gerichten hängt auch von der materiellen Zuständigkeit dieser Gerichte ab, d.h. für welche Taten sie Personen strafrechtlich zur Verantwortung ziehen dürfen. Wie oben gezeigt,³¹⁵ besteht heute keine funktionelle Immunität mehr für sog. völkerstrafrechtli-

309 Vgl. Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915 (4 October 2000), § 10.

310 *Prosecutor v. Taylor* (Fn. 278), § 53.

311 Ebenso *Deen-Racsmany* (Fn. 279), 319.

312 Ausführlich hierzu siehe *Dapo Akande*, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities (2009) 7 *Journal of International Criminal Justice* 333-352; *Claus Kreß*, The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute, in Morten Bergsmo and Ling Yan (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, 223-265.

313 African Union, Press Release No. 002/2012 (9.1.2012), 2.

314 Siehe z.B. African Union, Assembly, Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decision on the International Criminal Court (ICC), AU Doc. Assembly/AU/Dec.397(XVIII) v. 30.1.2012, Ziff. 6.

315 Siehe Abschn. III.2.a.(2).

che Kernverbrechen wie das Verbrechen des Völkermords, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Gerichtsbarkeit des IStGH, ICTY und ICTR ist auf diese Verbrechen beschränkt, so dass amtierenden und ehemaligen Staatsbediensteten bereits aus diesem Grund keine funktionelle Immunität vor diesen Gerichten zukommt.³¹⁶

Soweit internationale oder internationalisierte Gerichte auch oder ausschließlich für die Verfolgung von Straftaten nach dem nationalem Recht eines Staates zuständig sind, bleibt die funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter dagegen unberührt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der UN-Sicherheitsrat, unter Kapitel VII handelnd, die Immunität auch für solche Taten ausgeschlossen hat. So ist das Sondergericht für Sierra Leone nicht nur für die Verfolgung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zuständig, sondern z.B. auch für die Verfolgung des Missbrauchs von Mädchen unter 13 Jahren oder das In-Brand-Setzen öffentlicher Gebäude.³¹⁷ Das Sondertribunal für Libanon ist ausschließlich für Taten nach dem libanesischen Strafgesetzbuch und anderen libanesischen Gesetzen zuständig.³¹⁸ Für diese Taten nach nationalem Recht üben beide Gerichte internationalisierte nationale Gerichtsbarkeit aus, für die eine an die Art der Tat anknüpfende Einschränkung der funktionellen Immunität nicht besteht.

c) Ort des Tatgeschehens

Die Immunität der Staatsbediensteten ist weiterhin vom Begehungsort der verfolgten Taten abhängig. Das Sondergericht für Sierra Leone ist z.B. für schwerwiegende Verletzungen des humanitären Völkerrechts und des Rechts von Sierra Leone zuständig, die „im Gebiet von Sierra Leone“ begangen wurden.³¹⁹ Die Zuständigkeit des Sondertribunals für Libanon ist ebenfalls örtlich auf Verbrechen „in Libanon“, nämlich den Anschlag auf den ehemaligen libanesischen Premierminister Rafic Hariri und 22 andere Personen, begrenzt.³²⁰ Beide Gerichte üben insoweit internationalisierte nationale Gerichtsbarkeit aus.³²¹ Wie oben gesehen,³²² besteht aber für Handlungen im Gerichtsstaat keine funktionelle Immunität, da in diesem Fall die territoriale Souveränität des Gerichtsstaats der souveränen Gleichheit der anderen Staaten vorgeht. Vor diesen beiden Gerichten ist deshalb von vornherein nur personale Immunität zu prüfen.

Soweit die Gerichtsbarkeit des IStGH darauf beruht, dass ein Verbrechen im „Hoheitsgebiet“ einer Vertragspartei des IStGH-Statuts oder eines Staates, der die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs anerkannt hat, stattgefunden hat,³²³ ist die funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter von Nichtvertragsparteien ebenfalls bereits deshalb ausgeschlossen, weil der StGH in diesen Fällen vertraglich übertragene

316 Siehe Art. 5 IStGH-Statut, Art. 1-5 ICTY-Statut, Art. 1-4 ICTR-Statut.

317 Siehe Art. 5 SCSL-Statut, UN Doc. S/2002/246 (8 March 2002), Attachment.

318 Siehe Art. 1-2 STL-Statut, S/RES/1757 (2007) v. 30.5.2007, Anhang.

319 Art. 1 Abs. 1 SCSL-Agreement und Art. 1 Abs. 1 SCSL-Statut.

320 Art. 1 Abs. 1 Abkommen zwischen den Vereinten Nationen und der Libanesischen Republik über die Errichtung eines Sondergerichtshofs für Libanon, S/RES/1757 (2007) v. 30.5.2007, Anlage, und Art. Abs. 1 STL-Statut.

321 Vgl. Heather Noel Doherty, Tipping the Scale: Is the Special Tribunal for Lebanon International Enough to Override State Official Immunity (2011-12) 43 Case Western Reserve Journal of International Law 831, 861-862 („domestic jurisdiction“).

322 Siehe Abschn. I.3.

323 Siehe Art. 12 Abs. 2 (a) und Abs. 3 IStGH-Statut.

nationale territoriale Gerichtsbarkeit ausübt.³²⁴ Praktisch ist dies jedoch ohne Bedeutung, da es für die Taten, die vor dem IStGH verfolgt werden, bereits völkergewohnheitsrechtlich keine funktionelle Immunität mehr gibt.

3. Reaktionen auf das Nichtbestehen funktioneller Immunität vor dem Internationalen Strafgerichtshof

Die Gerichtsbarkeit des IStGH erstreckt sich auf die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren: das Verbrechen des Völkermords, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und in Zukunft auch auf das Verbrechen der Aggression.³²⁵ Zumindest für die ersten drei dieser völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen besteht, wie oben dargelegt, keine funktionelle Immunität.³²⁶ Dies wird auch durch Art. 27 Abs. 2 des IStGH-Statuts bestätigt, wonach Immunitäten, die „nach dem Völkerrecht mit der *amtlichen Eigenschaft einer Person [official capacity of a person]* verbunden sind“, den Strafgerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über eine solche Person hindern.³²⁷ Der Strafgerichtshof kann seine Gerichtsbarkeit u.a. dann ausüben, wenn der Staat, in dessen Hoheitsgebiet das Verbrechen stattgefunden hat, Vertragspartei des IStGH-Statuts ist.³²⁸ Der Strafgerichtshof kann somit auch Gerichtsbarkeit über die in amtlicher Eigenschaft handelnden Staatsbediensteten von Nichtvertragsparteien ausüben, soweit diese völkerstrafrechtliche Kernverbrechen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei des Statuts begehen. Diese angebliche „vertragliche Bindung von Nichtvertragsparteien“ und die Gefahr der Strafverfolgung ihrer Staatsbediensteten durch den neuen Strafgerichtshof stießen vor allem auf den Widerstand der Vereinigten Staaten von Amerika.³²⁹ Diese haben deshalb auf verschiedenen Wegen versucht, für ihre Staatsbediensteten eine „de facto-Immunität“ von der Gerichtsbarkeit des IStGH zu begründen.

a) Aussetzung der Ermittlungen und Strafverfolgung durch den UN-Sicherheitsrat

Fast zeitgleich mit dem Auslaufen des UN-Doppelmandats für die von der NATO geführte internationale Friedenstruppe (Stabilization Force – SFOR) und die UN-Mission in Bosnien und Herzegowina (UNMIBH) am 21. Juni 2002³³⁰ trat am 1. Juli 2002 das IStGH-Statut unter anderem für Bosnien und Herzegowina in Kraft.³³¹ Die Vereinigten Staaten von Amerika, die sich mit zivilen und militärischen Kräften in dem Land engagierten, kündigten im Hinblick auf eine nun mögliche Strafverfolgung ihrer Amtsträger und Bediensteten für Handlungen in Bosnien und Herzegowina vor dem IStGH an, einer Verlängerung des UN-Mandats im Sicherheitsrat nur gegen Gewährung einer allgemeinen Immunität für Staatsangehörige aus Nichtvertragsparteien des

324 Vgl. *Dapo Akande*, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits (2003) 1 Journal of International Criminal Justice 618, 621-634.

325 Art. 5 IStGH-Statut. Der IStGH kann frühestens ab dem Jahr 2017 (eingeschränkte) Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression ausüben; siehe Art. 15 *bis* Abs. 3 IStGH-Statut, RC/Res.6 (2010) v. 11.6.2010, Anlage I.

326 Siehe oben Abschnitt III.2.a(2).

327 Hervorhebung durch Verf.

328 Art. 12 Abs. 2 (a) IStGH-Statut.

329 Siehe z.B. UN Doc. S/PV.4563 (30.6.2002), 2-3 (USA).

330 Siehe S/RES/1357 (2001) v. 21.6.2011, Ziff. 10 und 19.

331 Bosnien und Herzegowina hatte das IStGH-Statut am 17.7.2000 unterzeichnet und am 11.4.2002 ratifiziert. Das Statut trat nach dessen Art. 126 Abs. 1 am 1.7.2002 in Kraft; siehe BGBl. 2003 II 293.

IStGH-Statuts bei UN-Missionen zustimmen zu wollen.³³² Im Hinblick auf das Veto-recht der Vereinigten Staaten im UN-Sicherheitsrat war dies eine ernstzunehmende Drohung. Nach längeren Verhandlungen, während derer die USA einer Mandatsverlängerung immer nur um wenige Tage zustimmten, um entsprechenden Druck aufzubauen,³³³ einigte man sich am 12. Juli 2002 in der UN-Sicherheitsratsresolution 1422 (2002) auf eine zunächst auf 12 Monate begrenzte allgemeine „de facto-Immunität“ von Staatsbediensteten aus Nichtvertragsparteien des IStGH-Statuts für deren Verhalten im Rahmen aller UN-Missionen (nicht nur derjenigen in Bosnien und Herzegowina).³³⁴ Als Grundlage hierfür wurde Art. 16 IStGH-Statut bemüht, wonach der Sicherheitsrat den Strafgerichtshof in einer nach Kapitel VII der UN-Charta angenommenen Resolution ersuchen kann, für einen „Zeitraum von 12 Monaten keine Ermittlungen und keine Strafverfolgung aufgrund dieses Statuts“ einzuleiten oder fortzuführen. Das Ersuchen galt sogar rückwirkend ab 1. Juli 2002, um eine Immunitätslücke auszuschließen. Gleichzeitig bekundete der Sicherheitsrat seine Absicht, das „Ersuchen unter denselben Bedingungen an jedem 1. Juli um einen weiteren Zeitraum von 12 Monaten zu erneuern, solange dies notwendig ist“.³³⁵ Unmittelbar im Anschluss an die Verabschiedung von Resolution 1422 (2002) stimmten die USA der Verlängerung des UN-Mandats in Bosnien und Herzegowina zu.³³⁶ Das Vorgehen des Sicherheitsrats stieß international auf starke Kritik. Eine solche Regelung war zwar (noch) mit dem Wortlaut des Art. 16 IStGH-Statut vereinbar,³³⁷ verstieß aber gegen den Geist des Statuts, wonach „der Straflosigkeit der Täter ein Ende“ gesetzt und zur „Verhütung solcher Verbrechen“ beigetragen werden sollte.³³⁸ Auch war ursprünglich davon ausgegangen worden, dass sich das Ersuchen des Sicherheitsrats auf eine „bestimmte Situation“ beziehen würde, um Friedensverhandlungen nicht zu gefährden. Eine wenn auch nur vorübergehende generelle Einschränkung *ratione personae* des Anwendungsbereichs des IStGH-Statuts durch den Sicherheitsrat und die damit einhergehende „Pauschalimmunität“ sollte die Vorschrift nicht ermöglichen. Wie der Vertreter Kanadas im Sicherheitsrat ausführte: „Der Resolutionsentwurf vermeidet das Wort ‚Immunität‘, hat faktisch aber genau die gleiche Wirkung“. Die Resolution wurde deshalb auch als Angriff auf die Integrität des Statuts gewertet.³³⁹

Dennoch wurde das Ersuchen um Aussetzung der Ermittlungen und der Strafverfolgung im Fall von Staatsbediensteten von Nichtvertragsparteien des IStGH-Statuts bei UN-Missionen im Juni 2003 in Resolution 1487 (2003) um weitere 12 Monate verlängert und die Absicht weiterer Verlängerung bekräftigt.³⁴⁰ Eine weitere Verlängerung im Jahr 2004 scheiterte jedoch angesichts der Foltterwürfe gegen US-Soldaten im Irak,

332 Siehe UN Doc. S/PV.4563 (30.6.2002), 2-3 (USA).

333 Siehe S/RES/1418 (2002) v. 21.6.2002, S/RES/1420 (2002) v. 30.6.2002 und S/RES/1421 (2002) v. 3.7.2002.

334 S/RES/1422 (2002) v. 15.7.2002, Ziff. 1. Die Resolution wurde einstimmig angenommen.

335 Ebd., Ziff. 2.

336 Siehe S/RES/1423 (2002) v. 15.7.2002, Ziff. 10 und 19.

337 Vgl. UN Doc. S/PV.4568 (10.7.2002), 10 (USA).

338 Siehe IStGH-Statut, Präambel, Abs. 4.

339 Siehe UN Doc. S/PV.4568 (10.7.2002), 4 (Kanada). Siehe auch ebd., 5-6 (Neuseeland); 14 (Costa Rica für die Rio-Gruppe); 25 (Mauritius); 26 (Mexiko) und UN Doc. S/PV.4568 (Resumption 1) (10.7.2002), 6-7 (Samoa), 9 (Deutschland).

340 S/RES/1487 (2004) v. 12.6.2003, Ziff. 1 und 2. Deutschland, Frankreich und Syrien enthielten sich bei der Abstimmung im Sicherheitsrat der Stimme.

so dass die „de facto-Immunität“ für Staatsbedienstete von Nichtvertragsparteien des Statuts für eventuelle Verbrechen bei UN-Missionen zum 30. Juni 2004 zu Ende kam.³⁴¹

b) *Begründung ausschließlicher Gerichtsbarkeit durch den UN-Sicherheitsrat*

Das Ersuchen um Aussetzung der Ermittlungen und der Strafverfolgung war jedoch nicht der einzige Weg, auf dem die Vereinigten Staaten versuchten, „de facto-Immunität“ für ihre Staatsbediensteten zu erlangen. Als im August 2003 die Errichtung einer Multinationalen Truppe in Liberia anstand, zu der auch die USA Streitkräfte beitragen wollten,³⁴² zeichnete sich bereits ab, dass Liberia in absehbarer Zeit Vertragspartei des IstGH-Statuts werden und damit die Voraussetzung für die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den Strafgerichtshof für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen im Gebiet Liberias geschaffen würde.³⁴³ In der von den Vereinigten Staaten eingebrachten Resolution 1497 (2003) beschloss der UN-Sicherheitsrat deshalb präventiv, dass Amtsträger oder Personal aus einem beitragenden Staat, der nicht Vertragspartei des IstGH-Statuts ist, „in Bezug auf alle behaupteten Handlungen oder Unterlassungen auf Grund oder im Zusammenhang mit der Multinationalen Truppe [...] in Liberia der *ausschließlichen Gerichtsbarkeit* des beitragenden Staates unterliegen“.³⁴⁴ Indem der Sicherheitsrat in einer nach Kapitel VII der UN-Charta angenommenen Resolution, einem Staat die „ausschließliche Gerichtsbarkeit“ über seine Staatsbediensteten zuweist, entzieht er diese der Gerichtsbarkeit des Strafgerichtshofs. Anders als im Falle der Resolutionen 1422 (2002) und 1487 (2003) wurde die Gerichtsbarkeit *ratione personae* des IstGH nicht nur vorübergehend ausgesetzt, sondern dauerhaft eingeschränkt. Da die Gerichtsbarkeit der beitragenden Staaten eine „ausschließliche“ ist, wurden die Staatsbediensteten darüber hinaus auch der nationalen Gerichtsbarkeit Liberias entzogen.

Die gleiche Taktik haben die Vereinigten Staaten bei der Überweisung von Situationen an den Strafgerichtshof durch den UN-Sicherheitsrat nach Art. 13 (b) IstGH-Statut angewandt. In Resolution 1593 (2005), in der der Sicherheitsrat die Situation in Darfur dem Ankläger des Strafgerichtshofs unterbreitete, beschloss er auf Druck der Vereinigten Staaten zugleich,³⁴⁵ dass

„Staatsangehörige, derzeitige oder ehemalige Amtsträger sowie derzeitiges oder ehemaliges Personal eines beitragenden Staates außerhalb Sudans, der nicht Vertragspartei des Römischen Statuts ist, in Bezug auf alle behaupteten Handlungen oder Unterlassungen auf Grund von oder im Zusammenhang mit Einsätzen in Sudan, die vom Sicherheitsrat oder von der Afrikanischen Union eingerichtet oder genehmigt wurden, der *ausschließlichen Gerichtsbar-*

341 Siehe *Arlett Rassel*, Strafgerichtsbarkeit über Angehörige der Friedenstruppen bei UN-geführten Missionen (2010), 243-245.

342 Siehe *Sean D. Murphy*, *United States Practice in International Law*, Volume 2: 2002-2004 (2006), 107-109.

343 Liberia wurde am 22.9.2004 die 96. Vertragspartei des IstGH-Statuts, das für Liberia am 1.12.2004 in Kraft trat (BGBl. 2005 II 5). Siehe auch Art. 11 Abs. 2 und Art. 126 Abs. 2 IstGH-Statut.

344 S/RES/1497 (2003) v. 1.8.2003, Ziff. 7 (Hervorhebung durch Verf.). Die Resolution wurde bei drei Enthaltungen (Deutschland, Frankreich, Mexiko) angenommen. Siehe auch S/RES/1509 (2003) v. 19.9.2003, Ziff. 1. Die „de facto-Immunität“ bezog sich zunächst auf Angehörige der Multinationalen Truppe in Liberia und ab 1.10.2003 auf die Mission der Vereinten Nationen in Liberia (UNMIL). Siehe dazu auch S/RES/1561 (2004) v. 17.9.2004, Ziff. 1; S/RES/1712 (2006) v. 29.9.2006, Ziff. 1; S/RES/1750 (2007) v. 30.3.2007, Ziff. 1; S/RES/1777 (2007) v. 20.9.2007, Ziff. 1; S/RES/1836 (2008) v. 29.9.2008, Ziff. 1.

345 Siehe UN Doc. S/PV. 5158 (31.3.2005), 3-4 (USA).

keit dieses beitragenden Staates unterliegen, es sei denn, dass dieser Staat auf die ausschließliche Gerichtsbarkeit ausdrücklich verzichtet“.³⁴⁶

Eine fast inhaltsgleiche Bestimmung findet sich in der Resolution 1970 (2011), in der der Sicherheitsrat die Situation in Libyen seit dem 15. Februar 2011 dem Ankläger des IStGH unterbreitet.³⁴⁷ In beiden Fällen war die „Immunität vis-à-vis dem Internationalen Strafgerichtshof [und nationalen Gerichten] für bestimmte Staatsangehörige und Bedienstete von Staaten, die nicht Vertragspartei des Rom-Statuts“ sind, der Preis, den die anderen Sicherheitsratsmitglieder für die Zustimmung der USA zu den Resolutionen zu zahlen hatten.³⁴⁸

c) Abschluss von „Artikel 98-Abkommen“

Neben ihren Bemühungen im UN-Sicherheitsrat, für ihre Staatsbediensteten „de facto-Immunität“ von der Gerichtsbarkeit des IStGH zu erlangen, begannen die Vereinigten Staaten ab August 2002 mit anderen Staaten „Abkommen über die Überstellung von Personen an den Internationalen Strafgerichtshof“ abzuschließen. In den Abkommen verpflichteten sich diese Staaten, Personen der Vereinigten Staaten, die sich in ihrem Staatsgebiet aufhalten, nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der US-Regierung in irgendeiner Art und Weise an den Internationalen Strafgerichtshof auszuhändigen oder zu überstellen, oder zum Zwecke der Aushändigung oder Überstellung an den Strafgerichtshof an dritte Staaten auszuliefern oder in diese auszuweisen. Bei Auslieferung, Überstellung oder sonstiger Aushändigung einer Person der Vereinigten Staaten an einen Drittstaat, sollten die Staaten zudem sicherstellen, dass diese Personen nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der US-Regierung an den Strafgerichtshof (weiter-) überstellt werden würden.³⁴⁹ Bei „Personen der Vereinigten Staaten“ sollte es sich um alle derzeitigen oder ehemaligen Regierungsbeamten, Angestellten (einschließlich Dienstleister), militärisches Personal und Staatsangehörige der Vereinigten Staaten handeln.³⁵⁰ In den Jahren 2002 bis 2005 übten die Vereinigten Staaten massiven Druck auf andere Staaten aus, solche bilateralen Immunitätsabkommen abzuschließen. Unter anderem wurde damit gedroht, die militärische Hilfe an alle Staaten auszusetzen, die keine Abkommen mit den USA abschließen, es sei denn, es handelt sich um Nato-Mitglieder oder besonders enge Verbündete.³⁵¹ Am 1. Januar 2013 waren mit 94 Staaten solche Abkommen in Kraft.³⁵² Daneben haben die Vereinigten Staaten in mehreren Auslieferungsverträgen Klauseln aufgenommen, wonach eine ausgelieferte Person nicht ohne Zustimmung der US-Regierung an einen Drittstaat oder an einen „internationalen Gerichtshof“ überstellt werden darf.³⁵³ Die Abkommen über die Überstellung

346 S/RES/1593 (2005) v. 31.3.2005, Ziff. 6.

347 S/RES/1970 (2011) v. 26.2.2011, Ziff. 6.

348 UN Doc. S/PV. 5158 (31.3.2005), 8 (Frankreich). Siehe auch ebd., 10 (Benin); 11 (Brasilien).

349 Siehe z.B. Art. 2 des Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Albania Regarding the Surrender of Persons to the International Criminal Court, 2 May 2003, TIAS 03-707.2.

350 Ebd., Art. 1.

351 Siehe American Servicemembers' Protection Act v. 2.8.2002, Public Law 107-206, title II, § 2007 (c). Die Bestimmung wurde aufgehoben am 28.1.2008 durch Pub. L. 110-181, div. A, title XII, § 1212 (a).

352 Siehe United States Department of State, Treaties in Force, A list of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2013, <http://www.state.gov/>.

353 Siehe z.B. Art. 18 Abs. 1 des Auslieferungsvertrages zwischen den USA und der Republik Südafrika v. 16.9.1999, TIAS 13060.

von Personen an den Internationalen Strafgerichtshof nehmen ausdrücklich Bezug auf Art. 98 IStGH. Nach Abs. 2 der Vorschrift darf der Gerichtshof

„kein Überstellungsersuchen stellen, das vom ersuchten Staat verlangen würde, entgegen seinen Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften zu handeln, denen zufolge die Überstellung eines Angehörigen des *Entsendestaats* an den Gerichtshof der Zustimmung dieses Staates bedarf, sofern der Gerichtshof nicht zuvor die Zusammenarbeit des Entsendestaats im Hinblick auf die Zustimmung zur Überstellung erreichen kann.“³⁵⁴

Die Zulässigkeit des Abschlusses sogenannter „Artikel 98-Abkommen“ ist hochumstritten.³⁵⁵ Solche Abkommen und die damit einhergehende „de facto-Immunität“ sind grundsätzlich zulässig und können auch mit Vertragsparteien des IStGH-Statuts nach dessen Inkrafttreten geschlossen werden. Zu denken ist hier etwa an Truppenstationierungsverträge (*SOFAs*) und Verträge über den Status von Militärmissionen (*Status of Mission Agreements – SOMAs*). Die von den Vereinigten Staaten geschlossenen Abkommen gehen jedoch insoweit über das zulässige Maß hinaus, als sie sich nicht nur auf „entsandte“ Personen beziehen und zu Strafflosigkeit führen können. Die Entscheidung über die Gültigkeit solcher Abkommen obliegt letztendlich dem Internationalen Strafgerichtshof.³⁵⁶

Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut bildet neuerdings auch den Ansatzpunkt für die Bemühungen der Afrikanischen Union, die Immunität hochrangiger Staatsbediensteter (*Senior State officials*) gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof sicherzustellen, nachdem dieser selbst die personale Immunität amtierender Staatsoberhäupter von Nichtvertragsparteien des IStGH-Statuts verneint hat.³⁵⁷ In ihrer Entscheidung über die Umsetzung von Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofs hat die AU-Versammlung im Juli 2012 alle afrikanischen Vertragsparteien und Nichtvertragsparteien des IStGH-Statuts ermuntert „zur wirksamen Berufung auf Artikel 98 des Rom-Statuts [...] zu erwägen, bilaterale Abkommen über die Immunität ihrer hochrangigen Staatsbediensteten abzuschließen“.³⁵⁸ Soweit sich diese Abkommen auf „entsandte“ Staatsbedienstete beschränken, wären diese mit dem IStGH-Statut vereinbar. Zu denken wäre hier etwa an den Abschluss von Abkommen über die Nichtüberstellung von Sondergesandten an den Internationalen Strafgerichtshof. Hohe Staatsbedienstete, die sich auf einer Spezialmission und nicht nur auf Privatbesuch in dem um Überstellung ersuchten afrikanischen Staat befänden, würden dadurch über Art. 98 Abs. 2 in den Genuss der „de facto-Immunität“ von der IStGH-Gerichtsbarkeit kommen.

Zu weitgehend erscheint es dagegen, die Gründungsakte der Afrikanischen Union selbst als „völkerrechtliches Übereinkommen“ im Sinne des Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut anzusehen, das einer Überstellung von entsandten Personen an den Strafgerichtshof entgegensteht.³⁵⁹ Im Juli 2009 hatte die AU-Versammlung beschlossen, „dass die AU Mitgliedstaaten gemäß den Immunitätsvorschriften des Art. 98 des Rom-Statuts

354 Hervorhebung durch Verf.

355 Siehe z.B. *Markus Benzling*, U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties (2005) 8 Max Planck Yearbook of United Nations Law 181-236.

356 Siehe Art. 119 Abs. 1 IStGH-Statut.

357 Siehe *Prosecutor v. Bashir* (Fn. 278), §36.

358 Siehe African Union, Assembly, Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court (ICC), AU Doc. Assembly/AU/Dec.419 (XIX) v. 16.7.2012, Ziff. 7.

359 Vgl. African Union, Press Release No. 002/2012 (9.1.2012), 2.

des IStGH bei der Verhaftung und Überstellung von Präsident Umar al-Baschir aus dem Sudan, nicht [mit dem Strafgerichtshof] zusammenarbeiten sollen“.³⁶⁰ Beschlüsse der AU-Versammlung sind für die Mitgliedstaaten verbindlich.³⁶¹ Die Verpflichtung zur Nichtüberstellung ergibt sich hier nicht direkt aus der völkerrechtlichen Übereinkunft, sondern aus dem Beschluss der AU-Versammlung. Durch solche (politisch motivierten) Beschlüsse könnten Überstellungsersuchen jederzeit torpediert werden. Eine solch weite Auslegung des Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut verstößt sowohl gegen den Wortlaut als auch den Geist des Statuts.

VII. Schlussbemerkung

Die Immunität der Staatsbediensteten steht in einem Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Souveränität und der Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen einerseits und dem Rechtsschutzinteresse des Einzelnen und der Strafrechtspflege andererseits. Über die letzten Jahrzehnte haben sich die Gewichte in Richtung Rechtsschutzinteresse und Strafrechtspflege verlagert. Durch die Ausdehnung extritorialer Zuständigkeit nationaler Gerichte, die Schaffung internationaler und internationalisierter Strafgerichtshöfe und die Einschränkung der funktionellen und personalen Immunität ist die Welt für Staatsbedienstete, und insbesondere für ehemalige Staatsbedienstete, ein „unsicherer“ Ort geworden. Soweit es um legitime Strafverfolgungsinteressen geht, ist diese Entwicklung zu begrüßen. Diese Entwicklung, die in den kommenden Jahren wohl weitergehen wird und am besten unter dem Schlagwort „Sag nein zur Straflosigkeit, sag nein zur Immunität“ (*say no to impunity, say no to immunity*) zusammengefasst werden kann, birgt aber auch erhebliches Konfliktpotential und stößt bereits heute, zumindest was die stellvertretende Strafrechtspflege durch nationale Gerichte angeht, an die Grenzen der Realpolitik. Die Verfolgung hochrangiger ehemaliger Staatsbediensteter durch nationale Gerichte für Auslandstaten kann zu schwerwiegenden Belastungen der zwischenstaatlichen Beziehungen führen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die in der stellvertretenden Strafrechtspflege bislang aktiven Staaten wie Belgien oder Spanien bereits wieder den Rückwärtsgang eingelegt haben und die extritoriale Zuständigkeit ihrer Gerichte nach dem Weltrechtsprinzip gesetzlich wieder begrenzen. Die Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen und die politischen Realitäten werden auch in Zukunft die Immunität der Staatsbediensteten (wenn vielleicht auch in geringerem Maße) erforderlich machen. Auch wenn dies von den Staaten so nicht propagiert werden dürfte, liegt die Vermutung nahe, dass jede weitere Einschränkung der personalen oder funktionellen Immunität mit großer Wahrscheinlichkeit durch eine Schaffung von „de facto-Immunität“ und anderen „Umgehungsmaßnahmen“ kompensiert werden wird. Dabei erscheint insbesondere die Ausdehnung des Opportunitätsprinzips auf völkerstrafrechtliche Kernverbrechen und andere schwerste Menschenrechtsverletzungen durch ausländi-

360 African Union, Assembly, Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), AU Doc. Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1 v. 3.7.2009, Ziff. 10 (Übersetzung durch Verf.). Siehe auch Decision on the Implementation of the Assembly Decision on the International Criminal Court, AU Doc. Assembly/AU/Dec.366(XVII) v. 1.7.2011, Ziff. 5.

361 Siehe Art. 23 Abs. 2 der Gründungsakte der Afrikanischen Union v. 11.7.2000 (in Kraft getreten am 26.5.2001), 2158 UNTS 3.

sche Staatbedienstete bedenklich, da dies letztlich zu selektiver Strafverfolgung führen kann, die sich nur noch auf (ehemalige) Staatsbedienstete politisch und wirtschaftlich schwacher Staaten konzentriert, während die Bediensteten von befreundeten oder verbündeten Staaten aus außenpolitischer Rücksichtnahme von der Strafverfolgung ausgenommen werden.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Stefan Talmon, M.A. (Oxford), LL.M. (Cambridge), Bonn

1. Die Immunität der Staatsbediensteten wird noch immer weitgehend durch das Völkergewohnheitsrecht geregelt. Aussagen zur völkergewohnheitsrechtlichen Rechtslage sind jedoch nur schwer zu treffen, da Immunitätsfragen vor allem von nationalen Gerichten auf der Grundlage von nationalem und internationalem Recht entschieden werden.
2. Die Immunität der Staatsbediensteten von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten steht im Spannungsfeld zweier Strukturprinzipien des Völkerrechts: der souveränen Gleichheit der Staaten und deren territorialer Souveränität.
3. Die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten folgt aus der Immunität der Staaten und damit aus dem Strukturprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten. Sie war ursprünglich absolut. Alle Einschränkungen müssen auf Völkergewohnheitsrecht oder Vertrag beruhen. Die Beweislast obliegt dem Staat, der (weitere) Einschränkungen der funktionellen Immunität geltend macht.
4. Die personale Immunität der Staatsbediensteten ist eine Folge der territorialen Souveränität der Staaten. Innerhalb seines Territoriums hatte der Staat ursprünglich absolute Gerichtsbarkeit über alle Personen. Die Immunität von der Gerichtsbarkeit für Staatsbedienstete, die sich im Territorium eines anderen Staates aufhalten oder dort handeln, muss durch Völkergewohnheitsrecht oder Vertrag begründet werden. Die Beweislast obliegt dem Staat, der eine (weitere) Ausdehnung der personalen Immunität geltend macht.
5. Sowohl die funktionelle als auch die personale Immunität sind Rechte des Staates, nicht der Staatsbediensteten. Diese Rechte erlöschen mit dem Untergang des Staates, nicht aber durch dessen vorübergehende Handlungsunfähigkeit.
6. Das Völkerrecht ist geprägt durch die Relativität der Rechtsbeziehungen. Dies gilt auch für die Immunität der Staatsbediensteten.
7. Für Handlungen von Staatsbediensteten im Gerichtsstaat wird die funktionelle Immunität durch die personale Immunität als *lex specialis* verdrängt. Insbesondere handelt es sich bei der fortwirkenden personalen Immunität nicht um funktionelle Immunität.
8. Der Umfang der personalen Immunität ist nicht absolut und richtet sich nach dem jeweils privilegierten Staatsbediensteten. Er wurde sowohl *ratione materiae* als auch *ratione personae* ausgeweitet als Antwort auf die Ausdehnung der extraterritorialen Gerichtsbarkeit und die Einschränkung der funktionellen Immunität.
9. In einem Entwicklungsprozess, der Ende des 19. Jh. begann, haben sich allgemein gültige völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen von der funktionellen Immunität für nichthoheitliche Amtshandlungen sowie für Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord herausgebildet.
10. Weitere Einschränkungen der funktionellen Immunität vor staatlichen Strafgerichten sind nicht durch rein theoretische Überlegungen zu begründen, sondern durch eine entsprechende, von der notwendigen Rechtsüberzeugung getragene, weitgehend

einheitliche Staatenpraxis nachzuweisen. Insbesondere die vier verschiedenen von den Richtern des House of Lords im Fall *Pinochet* gelieferten Begründungsansätze sind bereits dogmatisch kein gangbarer Weg zur Einschränkung der funktionellen Immunität. Gleiches gilt für den Immunitätsentzug als Gegenmaßnahme.

11. Das Urteil im Fall *Pinochet* und andere nationale Gerichtsentscheidungen können den Anfang eines neuen völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklungsprozesses markieren, bilden aber nicht dessen Abschluss.

12. Da Einschränkungen der funktionellen Immunität auf Völkergewohnheitsrecht oder Vertrag beruhen, können sich diese für verschiedene Staatsbedienstete, Handlungen und Gerichtsbarkeiten unterschiedlich entwickeln. Eine Einschränkung der funktionellen Immunität der Staatsbediensteten muss nicht notwendigerweise mit der Einschränkung der Immunität des Staates einhergehen.

13. *De lege ferenda* ist zu überlegen, ob einer Privatperson, der zum Wohle übergeordneter staatlicher Interessen der Rechtsweg zu den Zivilgerichten aufgrund funktionaler oder personaler Immunität verwehrt wird, in eng begrenzten Ausnahmefällen nach nationalem Recht ein Schadensersatzanspruch gegen den die Immunität gewährenden Staat zustehen sollte.

14. Es gibt keinen generellen Immunitätsausschluss vor internationalen Strafgerichten oder sog. internationalisierten (nationalen) Strafgerichten. Die Frage der Immunität richtet sich in jedem Einzelfall nach der Rechtsgrundlage der ausgeübten Gerichtsbarkeit, dem in Frage stehenden Verbrechen und dem Begehungsort der Tat.

15. Die Staaten verschließen sich nicht den politischen Realitäten. Die Einschränkung der funktionellen Immunität vor staatlichen Gerichten führt zur Herausbildung einer oftmals politisch kontrollierten „de facto-Immunität“ durch Beschränkungen der Gerichtsbarkeit nach dem Weltrechtsprinzip und zu einer an Rechtsmissbrauch grenzenden Überdehnung des Begriffs der „Spezialmission“.

16. Der Wegfall der funktionellen Immunität vor dem Internationalen Strafgerichtshof wird durch die fragwürdige, von den Eigeninteressen einzelner Sicherheitsratsmitglieder geleitete Schaffung von „de facto-Immunität“ für die Bediensteten von Nichtvertragsparteien durch den UN-Sicherheitsrat konterkariert und durch den rechtlich bedenklichen Abschluss von sog. „Artikel 98-Übereinkünften“ durch die Staaten umgangen.

17. Weitere Einschränkungen der funktionellen und personalen Immunität werden zur Vermeidung politischer Verwicklungen und im Interesse der Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen mit großer Wahrscheinlichkeit durch eine Ausweitung von „de facto-Immunität“ und andere „Umgehungsmaßnahmen“ kompensiert werden.

Summary

Immunity of State Officials

by Prof. Dr. Stefan Talmon, M.A. (Oxford), LL.M. (Cambridge), Bonn

1. The immunity of State officials is still largely governed by customary international law. It is, however, difficult to make statements as to the status of customary international law as questions of immunity are usually decided by national courts applying national and international law.
2. The immunity of State officials from the jurisdiction of other States exists at a crossroads between two of the structural principles of international law: the sovereign equality of States and their territorial sovereignty.
3. The functional immunity of State officials is a corollary of State immunity, which in turn follows from the structural principle of the sovereign equality of States. This immunity was originally absolute. All restrictions must be established by customary international law or treaty law. States that argue for (further) restrictions to functional immunity have the burden of proof.
4. The personal immunity of State officials is a corollary to the territorial sovereignty of States. Originally, a State had absolute jurisdiction over all persons within its territory. The immunity from jurisdiction for State officials who are present or active in the territory of another State must be established by customary international law or treaty law. States that argue for (further) extensions of personal immunity have the burden of proof.
5. Both functional and personal immunity are rights of the State, not the State officials. These rights cease to exist with the collapse of the State, but not through a State's temporary inability to act.
6. International law is characterised by the relativity of legal relationships. This is also true for the immunity of State officials.
7. For the acts of State officials in the forum State, functional immunity is replaced by personal immunity as *lex specialis*. In particular, residual personal immunity is not a case of functional immunity.
8. The scope of personal immunity is not absolute and is determined based on the individual status conferred to the State official concerned. It has been extended both *ratione materiae* and *ratione personae* in response to the extension of extra-territorial jurisdiction and the restrictions placed on functional immunity.
9. In a process of development that began during the end of the 19th century, generally valid exceptions to functional immunity under customary international law were created for acts not performed in the exercise of sovereign authority. The exceptions also extend to war crimes, crimes against humanity and genocide.
10. Further restrictions to functional immunity from the jurisdiction of national criminal courts are not to be founded on purely theoretical considerations, but rather through evidence of consistent State practice based on a corresponding *opinio juris*. The four different approaches adopted by the Law Lords in their speeches in the Pino-

chet case before the House of Lords, in particular, are doctrinally unsound as a means of restricting functional immunity. The same is true for a restriction to immunity as a counter-measure.

11. The judgment in the Pinochet case and other national court decisions could mark the beginning of the development of new customary international law, but not mark its conclusion.

12. As restrictions to functional immunity are based on customary international law or treaty law, they could develop differently for different State officials, acts or jurisdictions. A restriction of the functional immunity of State officials must not necessarily be accompanied by restrictions to State immunity.

13. In terms of *lex ferenda*, it may be worth considering whether when overriding State interests restrict a private person's access to the courts due to the functional or personal immunity of a foreign State official, a right, in narrowly defined exceptional cases, should exist under national law to seek compensation from the State granting immunity.

14. There is no general exclusion of immunity before international criminal courts or so-called internationalised (national) criminal courts. In every individual case, the question of immunity is governed by the legal basis for the exercise of jurisdiction, the crime in question and the place where the offence was committed.

15. States are not insensitive to political realities. The restriction of functional immunity before national courts leads to the development of an often politically controlled "*de facto* immunity" through limitations to universal jurisdiction and an extension of the term 'special mission' that borders on abuse of right.

16. The loss of functional immunity before the International Criminal Court is being thwarted by the questionable and self-interested actions of individual UN Security Council members through the creation of "*de facto* immunity" for State officials of non-parties of the Rome Statute, as well as the legally dubious conclusion of so-called "Article 98 agreements" by States.

17. It is likely that further restrictions to functional and personal immunity will be countered by broadening the scope of "*de facto* immunity" and other "means of circumvention", in order to avoid political complications and to ensure the proper functioning of international relations.

Zugriff auf Potentatengelder – zwischen Vollstreckungsimmunität und Opferschutz¹

von Prof. Dr. Haimo Schack, LL.M.(Berkeley), Kiel

- I. Einführung
 - 1. Ausmaß des Problems
 - 2. Differenzierungen
 - II. Völkerrechtliche Zugriffsverbote
 - 1. Normative Ausgangslage
 - 2. Persönliche Immunität von „Potentaten“ während ihrer Herrschaft
 - a) Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister
 - b) Familienangehörige und Gefolge
 - c) Andere Amtsträger und politisch exponierte Personen
 - 3. Situation nach Amtsverlust und Regimewechsel
 - a) Immunität für Amtshandlungen
 - b) Immunitätsverzicht
 - c) Auswirkungen von Amnestien und Asyl
 - 4. Vollstreckungsimmunität für Staatsvermögen?
 - 5. Andere Schutzmechanismen
 - a) „Act of state“-Doktrin
 - b) Keine Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts?
 - III. Völkerrechtliche Zugriffspflichten?
 - IV. Rechtsgrundlagen für einen staatlichen Zugriff
 - 1. Schweiz
 - 2. Deutschland und die Europäische Union
 - V. Staatlicher Zugriff versus Individualschutz
 - 1. Strafrechtliche Einziehung
 - 2. Rückerstattung nach dem RuVG
 - 3. Rechtliche Bewertung
 - VI. Praktische Durchführung
 - VII. Ausblick
- Thesen
Summary

¹ Abgekürzt werden zitiert: *Bianchi/Heimgartner*, Die Rückerstattung von Potentatengeldern, AJP 2012, 353-369; *Borghì*, L'immunità des dirigeants politiques en droit international, Basel 2003 (*Borghì I*); *ders.*, Le blocage et la restitution internationale de biens illicitement acquis, Basel 2006 (*Borghì II*); *Cassani*, Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du „potentat“, SZIER 2010, 465-482; *dies.*, La confiscation de l'argent des „potentats“: à qui incombe la preuve?, Semaine Judiciaire (Genf) 2009 II, 229-256 (Preuve); *Collins*, Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers, in *Dominicé/Patry/Reymond* (Hrsg.), FS Lalive, Basel 1993, 221-230; *Giroud/Borghì* (Hrsg.), Etat de droit et confiscation internationale, Genf 2010 (mit Materialien 221 ff.); *Richter*, „Potentatengelder“ in der Schweiz: Rechtshilfe im Spannungsfeld der Menschenrechte von Tätern und Opfern, ZaöRV 58 (1998) 541-609; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., München 2014 (*Schack*, IZVR); *Verhoeven*, Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat, in *Dominicé/Patry/Reymond* (Hrsg.), FS Lalive, Basel 1993, 359-373; *Watts*, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RC 247 (1994-III) 9-130.

I. Einführung

1. Ausmaß des Problems

Die Gewährung von Immunitäten stört den internationalen Zivilrechtsverkehr. Wenn sich eine Seite im Erkenntnis- oder im Vollstreckungsverfahren hinter ihrer Immunität verschanzen kann, wird die Waffengleichheit im Zivilprozess illusorisch. Der Gerichtsfreie (Staat oder Amtsträger) kann klagen, darf jedoch ohne seine Zustimmung nicht selbstständig verklagt werden.² Die völkerrechtlichen Immunitätsregeln, die den ungestörten Verkehr der Staaten untereinander sichern sollen, kollidieren frontal mit dem Justizgewährungsanspruch und dem in Art. 6 I EMRK (und Art. 47 II 1 GRCh) gewährleisteten Menschenrecht auf ein faires Verfahren. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Klageerhebung unmittelbar im privilegierten Staat, wie so häufig, praktisch aussichtslos ist. Dennoch ist der Vorrang der völkerrechtlichen Immunität vor Art. 6 I EMRK anerkannt, auch vom EGMR.³

Diese Rücksichtnahme fällt besonders schwer, wenn sich ausländische Machthaber in großem Stil (völker-)rechtswidrig bereichert haben oder wenn Opfer von Menschenrechtsverletzungen zivilrechtliche Ansprüche geltend machen. Hier muss das Völkerrecht, will es nicht seinen moralischen Kredit verspielen, darauf achten, dass es nicht die Kleptokraten vor ihren Opfern schützt.

Das Problem ist mit dem Arabischen Frühling 2011 besonders akut geworden. Doch haben schon in den 1980er Jahren berühmte Fälle die Gerichte beschäftigt – mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen. Den 1979 in die USA geflüchteten Schah von Persien hatte der New Yorker Court of Appeals noch mit dem Kunstgriff des *forum non conveniens* in Schutz genommen.⁴ Erfolgreich dagegen war die Klage der Philippinischen Republik gegen Ferdinand und Imelda Marcos, die 1986 in Hawaii Zuflucht genommen hatten.⁵ Besser erging es Jean-Claude „Baby Doc“ Duvalier und seiner Familie, die Anfang 1986 aus Haiti nach Frankreich geflüchtet waren. Die Herausgabeklage der Republik Haiti scheiterte vor der Cour de cassation, weil sie auf ausländisches öffentliches Recht gestützt sei.⁶ Ein Bundesdistriktgericht in Florida hingegen hatte der Schadensersatzklage zweier Haitianer über 1,75 Mio. Dollar stattgegeben und Duvalier darüber hinaus zur Zahlung von 504 Mio. Dollar verurteilt „to be distributed

2 Zulässig sind nur konnexe Widerklagen, Art. 32 III WÜD, Art. 45 III WÜK, Art. 1 II lit. a, III des Europäischen Übereinkommens vom 16.5.1972 über Staatenimmunität (EuStImm, BGBl. 1990 II 34), Art. 9 des UN-Übereinkommens vom 2.12.2004 über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens (UNStImm, ILM 44 [2005] 803). Vgl. *Schack*, IZVR, Rn. 191. Das EuStImm gilt u.a. auch in der Schweiz und Österreich; das UNStImm ist dagegen noch nicht in Kraft getreten und von Deutschland bislang nicht gezeichnet worden.

3 EGMR 21.11.2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, EuGRZ 2002, 403 (Staatenimmunität als Rechtfertigungsgrund), die Entscheidung des englischen Court of Appeal vom 12.3.1996 *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, ILR 107 (1997) 536, bestätigend (Folterungen in Kuwait); hierzu *Voyiakis*, *Access to Court v. State Immunity*, ICLO 52 (2003) 297-332.

4 *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi*, 62 N.Y.2d 474, 467 N.E.2d 245 (1984), ohne dass ein besser geeignetes Forum zur Verfügung gestanden hätte! (Klage auf 35 Mrd. US-Dollar plus punitive damages), hierzu *Alexander*, Note: *Forum Non Conveniens in the Absence of an Alternative Forum*, *Columbia L. Rev.* 86 (1986) 1000-1020.

5 *Republic of the Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344 (2d Cir. 1986); 862 F.2d 1355 (9th Cir. 1988), vgl. *Collins* 224-227 (kistenweise Schmuck, Bargeld und Wertpapiere).

6 *Cass.civ.* 29.5.1990 – *Consorts Duvalier c. Etat Haitien*, *Clunet* 1991, 137 = *Rev. crit.* 1991, 386 mit Anm. *Bischoff*, vgl. *Collins* 223 f. (Klage auf 120 Mio. \$); deutliche Kritik bei *Verhoeven* 371. S. unten II. 5. b).

to the Haitian people under an ‚Economic Development Plan for Haiti‘ developed by the court“⁷.

Seitdem ist das Unrechtsbewusstsein im Umgang mit Potentatengeldern in den Depo-niestaaten spürbar gewachsen.⁸ Nicht nur die Schweiz fürchtet um ihre Reputation als Finanzplatz. Nach Schätzungen der Weltbank werden jährlich 20-40 Mrd. Dollar beiseite geschafft.⁹ Die Schweiz rühmt sich, im Zeitraum von 1988-2008 über 1,6 Mrd. Dollar an die Herkunftsstaaten zurückerstattet zu haben.¹⁰ Im Januar und Februar 2011 hat die Schweiz sehr schnell reagiert und Guthaben der entmachteten Staatschefs von Tunesien (Ben Ali), der Elfenbeinküste (Laurent Gbagbo), Ägypten (Mubarak) und Libyen (Gaddafi) blockiert.¹¹ Mitte Oktober 2012 sollen noch fast 1 Mrd. CHF gesperrt gewesen sein.¹²

Damit stellt sich die Frage, auf wessen Vermögen, wann und zu wessen Gunsten zugegriffen werden darf und inwieweit dem möglicherweise die Vollstreckungsimmunität entgegen steht. Wenn der Belegenheitsstaat aus eigenem Antrieb tätig wird, benötigt er hierfür auch eine Rechtsgrundlage (s. unten IV.). Differenzierungen sind in vierfacher Hinsicht geboten.

2. Differenzierungen

(1) Zunächst kommt es in *persönlicher* Hinsicht darauf an, um wessen Vermögen es sich handelt und in wessen Namen es gehalten wird. „Potentatengelder“¹³ und andere Vermögensgegenstände können im Eigentum von Personen stehen, die den Staat repräsentieren, wie das Staatsoberhaupt, der Regierungschef und der Außenminister, oder im Eigentum von Familienangehörigen im näheren oder weiteren Sinne (Clan), von Staatsbediensteten¹⁴ oder häufig von Treuhandgesellschaften und Strohmännern. Es ist offensichtlich, dass längst nicht alle genannten Personen eine Immunität *ratione personae* oder *ratione materiae* beanspruchen können (s. unten II. 2.). Im Umgang mit solchen politisch exponierten Personen (PEP) gelten aber – unabhängig von ihrer Immunität – besondere Regeln.¹⁵ Art. 3 Nr. 8 der Geldwäsche-RL 2005/60/EG definiert „politisch exponierte Personen“ recht allgemein¹⁶ als „diejenigen natürlichen Personen, die wichtige öffentliche Ämter ausüben oder ausgeübt haben, und deren unmittelbare Familienmitglieder oder ihnen bekanntermaßen nahe stehende Personen“.

7 Jean-Juste v. Duvalier (S.D. Fla. vom 8.1.1988), berichtet in Am.J.Int.L. 82 (1988) 594, 595.

8 Zur Entwicklung in der Schweiz vgl. *Richter* 555 ff., 571; *Borghesi* I, 402 ff.

9 *Brun* u.a. (Weltbank), Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners, Washington DC, Vorwort; vgl. *Verena Mayer*, Auf der Jagd nach den schmutzigen Milliarden, ZEIT Online vom 23.4.2012, www.zeit.de.

10 Vgl. *Cassani* 465; *Bianchi/Heimgartner* 354.

11 Nachweise bei *Cassani* 466 f. in Fußn. 6-9.

12 Vgl. www.swissinfo.ch vom 16.10.2012. Vor allem solche des Mubarak-Clans, aber auch solche des syrischen Staatspräsidenten Assad.

13 Der untechnische Ausdruck ist weit zu verstehen und erfasst nicht nur Geldforderungen.

14 Zur Immunität von Staatsbediensteten vgl. das Referat von *Stefan Talmon* in diesem Band.

15 Vgl. Erwgr. 25 der Richtlinie 2005/60/EG vom 26.10.2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, EU-ABl. 2005 L 309/15; § 6 Geldwäschegesetz (GwG) vom 13.8.2008 (BGBl. I 1690); für die *Schweiz* das Bundesgesetz vom 1.10.2010 über die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG), SR 196.1, und Art. 1 lit. a der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18.12.2002 (GwV EBK), SR 955.022.

16 Genauer aufgezählt in Art. 2 der Durchführungs-RL 2006/70/EG vom 1.8.2006, EU-ABl. L 214/29.

Detaillierter ist die Definition in Art. 2 lit. b des am 1. Februar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Rückerstattungsgesetzes (RuVG):

„Die Vermögenswerte unterliegen der Verfügungsmacht von:

1. Personen, die prominente öffentliche Funktionen im Ausland ausüben oder ausgeübt haben (politisch exponierte Personen), insbesondere Staats- oder Regierungschefinnen und -chefs, hohen Politikerinnen und Politikern, hohen Funktionärinnen und Funktionären in Verwaltung, Justiz, Militär und Parteien auf nationaler Ebene, Mitgliedern der obersten Organe staatlicher Unternehmen von nationaler Bedeutung, oder
2. natürlichen oder juristischen Personen, die politisch exponierten Personen aus familiären, persönlichen oder geschäftlichen Gründen nahe stehen (Umfeld).“¹⁷

(2) In *zeitlicher* Hinsicht muss man drei Phasen unterscheiden: den Normalzustand einer anerkannten Regierung; die Umbruchkrise, wenn der Staatschef als korrupte persona non grata und die Regierung als kriminelle Organisation wahrgenommen werden; und die Zeit nach dessen Absetzung bzw. Rücktritt, wenn ein neues Regime endgültig die Macht übernommen hat. Oft geht mit einem solchen Machtwechsel die politische Verfolgung der alten PEP einher, so dass Täter und Opfer nicht immer leicht zu unterscheiden sind.

(3) *Räumlich* tritt das Problem in allen ausländischen Staaten auf, in denen Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren gegen die „Potentaten“ durchgeführt werden sollen. Entsprechend wichtig sind rechtzeitige behördliche oder gerichtliche Maßnahmen zur Beschlagnahme des Vermögens und zur Sperrung von Konten.

(4) Schließlich können mit dem Zugriff auf „Potentatengelder“ unterschiedliche *Ziele* verfolgt werden: Begünstigt werden könnten individuelle Gläubiger und Opfer des alten Regimes oder aber der allgemeine Staatshaushalt des neuen Regimes. Denkbar wäre auch, das Vermögen der „Potentaten“ einer gemeinnützigen Verwendung im Heimatstaat zuzuführen.

Die Probleme sind also sehr vielschichtig. Zunächst sollen völkerrechtliche Zugriffsverbote erörtert werden, insbesondere die Vollstreckungsimmunität (unten II.). Denkbar sind auch völkerrechtliche Zugriffspflichten als Schutzpflichten des Belegenheitsstaates (unten III.). Anschließend werden besondere Rechtsgrundlagen der Geldwäsche- und Korruptionsbekämpfung erörtert (unten IV.). Danach ist auf das Verhältnis von staatlichem Zugriff und Individualschutz (unten V.) einzugehen sowie auf die mit der praktischen Durchführung verbundenen Probleme des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts (unten VI.).

II. Völkerrechtliche Zugriffsverbote

1. Normative Ausgangslage

Der Zugriff auf „Potentatengelder“ berührt in jedem Fall die Vollstreckungsimmunität und, wenn die Zwangsvollstreckung aufgrund eines Zivilurteils erfolgen soll, auch die Immunität im Erkenntnisverfahren. Zu unterscheiden sind ferner die persönliche Immunität von der Staatenimmunität und deren Reflexwirkungen auf Amtsträger. Im

¹⁷ Ganz ähnlich Art. 1 lit. a GwV EBK, in Nr. 2 noch mit dem Zusatz „erkennbar nahe stehen“ (Herv. durch Verf.) versehen.

Folgendes geht es immer nur um die Immunität vor den Gerichten eines anderen Staates. Selbst wenn dort Immunität bestehen sollte, steht dies einer strafrechtlichen Verfolgung vor internationalen Gerichten, etwa wegen Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht entgegen.¹⁸ Im Rahmen dieser hier nicht zu behandelnden internationalen Strafverfahren können auch die Einziehung und Rückerstattung unrechtmäßig erworbenen Vermögens angeordnet werden.¹⁹

Rechtsquellen zur Immunität von „Potentaten“ sind spärlich. Das Europäische Übereinkommen vom 16. Mai 1972 regelt allein die Staatenimmunität. Das noch nicht in Kraft getretene UN-Übereinkommen vom 2. Dezember 2004 über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens²⁰ lässt in Art. 3 II die persönliche Immunität des Staatsoberhauptes ausdrücklich unberührt. Für Staats- und Regierungschefs einschlägig ist die Resolution des Institut de Droit international (IDI) von Vancouver vom 26. August 2001.²¹ Für Amtsträger auf Dienstreisen im Ausland kann auch das UN-Übereinkommen vom 8. Dezember 1969 über Spezialmissionen²² Bedeutung erlangen.²³

Als Analogiebasis kommt außerdem das Wiener UN-Übereinkommen vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen (WÜD) in Betracht.²⁴ Im Übrigen muss man auf Völkergewohnheitsrecht²⁵ und auf nationale Rechtsvorschriften wie § 20 GVG zurückgreifen. Möglich ist auch die Gewährung von Immunität aufgrund schlichter *courtoisie internationale*.²⁶

2. Persönliche Immunität von „Potentaten“ während ihrer Herrschaft

a) Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister

(1) Anspruch auf absolute Immunität könnten am ehesten regierende *Staatsoberhäupter* haben. Als oberstes Staatsorgan repräsentiert das Staatsoberhaupt²⁷ den Staat, auch wenn es ihn heute nicht mehr personifiziert wie einst Ludwig XIV. („l'Etat c'est moi“). Zunächst partizipiert der Staatsoberhaupt als Staatsorgan an der Immunität seines Staates im Erkenntnisverfahren für *acta iure imperii*. Das muss so sein, weil sonst die Staatenimmunität durch die persönliche Inanspruchnahme von Amtsträgern ausgehöhlt werden könnte.²⁸

18 Art. 27 II des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs; *Epping*, in *Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 26 Rn. 39; *Borghi* I, 252 ff.

19 Vgl. *Borghi* I, 520 ff.

20 Zum UNStImm *Lengelsen*, Aktuelle Probleme der Staatenimmunität im Verfahren vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten, Frankfurt a.M. 2011 (mit engl. Text 211-224); *Pingel*, Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et des leur biens, Clunet 2005, 1045-1066 (mit franz. Text).

21 Franz. Text in IPRax 2002, 148 f.; vgl. *Fox*, The Resolution of the Institute of International law on the Immunities of Heads of State and Government, ICLQ 51 (2002) 119-125.

22 Engl. Text in ArchVR 16 (1974/75) 60. Dieses Übereinkommen ist für Deutschland noch nicht in Kraft getreten, gilt seit dem 21.6.1985 aber in Österreich und der Schweiz.

23 Vgl. Art. 21 I; *Borghi* I, 63 f.

24 In geringerem Maße auch das WÜK vom 24.4.1963, das wie das WÜD in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein gilt.

25 BGH 14.12.1984, BGHSt 33, 97, 98 – Honecker; *Borghi* I, 71.

26 Vgl. *Borghi* I, 72.

27 Staatsoberhaupt, head of State, chef d'Etat; zum Begriff *Borghi* I, 18-36.

28 Vgl. *Bröhmer*, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator, Leiden J. Int. L. 12 (1999) 361, 364 und unten c).

Vorsicht geboten ist mit dem geläufigen Erst-recht-Schluss²⁹ von der persönlichen Immunität eines Diplomaten (Art. 31 I, III WÜD) auf eine ebensolche des Staatsoberhauptes. Denn während Diplomaten akkreditiert sind und sich für längere Zeit im Empfangsstaat aufhalten, befindet sich ein Staatsoberhaupt meist nur kurz – auf Einladung oder privat – im Ausland. Ob es trotzdem die gleiche oder womöglich eine noch umfassendere Immunität beanspruchen kann, hängt von dem mit ihr verfolgten Zweck ab. Das Staatsoberhaupt genießt Immunität nicht um seiner selbst willen, sondern nur, damit es seine staatlichen Aufgaben frei und ungehindert erfüllen kann. Ein solches funktionales Verständnis der Immunität³⁰ liegt auch der Resolution des Institut de Droit international von 2001 zugrunde. Der Staatsschef genießt absolute Immunität nur in Strafsachen (Art. 2). In Zivil- und Verwaltungssachen besteht Immunität nur für Amtshandlungen (Art. 3 Satz 1) und sonst nur, solange er sich im ausländischen Staat offiziell aufhält (Art. 3 Satz 2). Aus dem UN-Übereinkommen von 1969 über Spezialmissionen kann man schließen, dass ein Staatsschef, der eine solche Mission leitet, mindestens (vgl. Art. 21 I) die ihren Mitgliedern gewährte Immunität genießen muss, die in Zivil- und Handelssachen jedoch (ähnlich wie in Art. 31 I WÜD) gewissen Einschränkungen unterliegt (Art. 31 II).³¹

Unstreitig ist die absolute Immunität danach nur für Straftaten, und zwar unabhängig von deren Schwere³² und davon, ob sie vor oder nach der Amtsübernahme begangen worden sind. Die Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit ist dagegen nur für Amtshandlungen gesichert. Inwieweit das Staatsoberhaupt darüber hinaus persönliche Immunität genießt, wird uneinheitlich beantwortet.³³ In manchen Staaten wird ihm auch insoweit absolute Immunität gewährt, etwa in Österreich dem regierenden Fürsten von Liechtenstein in der Vaterschaftsklage einer Österreicherin.³⁴ Eine solch umfassende Immunität ist jedoch von deren Funktion, dem Staatsoberhaupt eine ungehinderte Amtsausübung zu ermöglichen, nicht geboten³⁵ und deshalb im Hinblick auf Art. 6 I EMRK auch nicht verhältnismäßig.³⁶ Ob ein Zivilprozess die Aufgabenerfüllung des Staatsoberhauptes beeinträchtigen kann, hängt vom Einzelfall ab, wobei die Gerichtsgewalt stets so schonend wie möglich ausgeübt werden muss.³⁷ Eine strikte Parallele zur persönlichen Immunität von Diplomaten nach Art. 31 WÜD, wie sie die Immunitäts-

29 *Borghi* II, 89; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/1, 2. Aufl., Berlin 1989, § 29 III 2, 253.

30 Dafür dezidiert *Borghi* I, 50 ff., 540 f.; und auch die Präambel der IDI-Resolution von 2001.

31 Vgl. *Borghi* I, 86 f. Bei privaten Auslandsreisen greifen weder das UN-Übereinkommen von 1969 noch Art. 3 Satz 2 der IDI-Resolution von 2001; vgl. *Borghi* I, 88 f.

32 IGH 14.2.2002, ILM 41 (2002) 536 - Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (belg. Haftbefehl gegen den Außenminister der Demokratischen Republik Kongo = Zaire), hierzu *Borghi* I, 302 ff. Der IGH betont in Tz. 53 und 55 die Funktion der Immunität für die Handlungsfreiheit des Staates.

33 Vgl. *Fox*, *The Law of State Immunity*, 2. Aufl., Oxford 2008, 690 f.; *Borghi* I, 111-114, beide mwN; *Hokema*, *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Bern 2002.

34 OGH 14.2.2001, IPRax 2002, 418, 419 f. mit abl. Anm. *Tomuschat* 437; dem OGH zustimmend *Matscher*, in *Schütze* (Hrsg.), FS Geimer, München 2002, 669, 685. Ebenso für die Kfz-Halterhaftung nach einem Verkehrsunfall in Österreich OGH 25.6.1964, JBl. 1964, 567 = ILR 65 (1984) 13.

35 Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (oben Fn. 29) 253; *Borghi* I, 108, 127 f., 539; *Scheffler*, *Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte*, Berlin 1997, 100.

36 Vgl. zur gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zuletzt EGMR 17.7.2012, ÖJZ 2013, 86 – Wallishäuser/Österreich (Fotografin bei der US-Botschaft in Wien).

37 *Scheffler* ebd. (oben Fn. 35).

gesetze des Vereinigten Königreichs und Australiens vorsehen,³⁸ empfiehlt sich nicht.³⁹ Die 40 Jahre jüngere Resolution des Institut de Droit international von 2001 (Art. 3 Satz 1) spricht vielmehr dafür, Staatsoberhäuptern tendenziell keine persönliche Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit zu gewähren.⁴⁰

Vollstreckungsimmunität für das Privatvermögen von Staatsoberhäuptern gewährt Art. 4 I 2 der Resolution von 2001 nur solange, wie sich der Staatsoberhaupt in offizieller Funktion im Vollstreckungsstaat aufhält.⁴¹ Im Übrigen steht der Zwangsvollstreckung aufgrund eines rechtskräftigen Titels nichts entgegen.⁴² Von einer absoluten Vollstreckungsimmunität des Staatsoberhauptes kann also keine Rede sein.⁴³

(2) Auf offiziellen Auslandsreisen repräsentieren in vergleichbarer Weise auch die *Regierungschefs* und *Außenminister* ihren Staat.⁴⁴ Während dieser Auslandsreisen genießen sie absolute Immunität auch vor den Zivilgerichten. Im Übrigen verdienen sie jedenfalls keinen stärkeren Schutz als das Staatsoberhaupt, so dass auch Regierungschefs und Außenminister vor den Zivilgerichten Immunität nur hinsichtlich ihrer Amtshandlungen beanspruchen können.

b) Familienangehörige und Gefolge

Die Familienmitglieder und das Gefolge, die ein Staatsoberhaupt, einen Regierungschef oder Außenminister auf offiziellen Auslandsreisen begleiten, genießen während dieser Zeit wie diese eine umfassende persönliche Immunität,⁴⁵ damit der zwischenstaatliche Verkehr ungestört ablaufen kann. Halten sich die Familienmitglieder allein im Ausland auf, dann können sie in offizieller Mission nach dem UN-Übereinkommen über Spezialmissionen geschützt sein. Bei privaten Auslandsreisen und wenn die Familienmitglieder sich in ihrem Heimatstaat aufhalten, ist die Staatenpraxis dünn und uneinheitlich.⁴⁶ Der restriktiven Tendenz folgend lehnt Art. 5 der Resolution des Institut de Droit international von 2001 jegliche Immunität von Mitgliedern der Familie oder des Gefolges eines Staatsoberhauptes „sauf à titre de courtoisie“ kategorisch ab.⁴⁷ Das muss erst recht für Familienmitglieder von Regierungschefs, Außenministern und anderen Amtsträgern gelten. Eine absolute Immunität für im gemeinsamen Haushalt mit dem Staatsoberhaupt lebende Familienmitglieder⁴⁸ geht in jedem Fall zu weit.⁴⁹

38 UK State Immunity Act 1978, sec. 20(1) = ILM 17 (1978) 1123; Australian Foreign States Immunities Act 1985, sec. 36(1) = ILM 25 (1986) 715; zu beiden vgl. *Fox* (oben Fn. 33) 687, 692.

39 Mit Recht differenzierend *Watts* 40, 103; *Borghini* I, 60 f., 116.

40 Vgl. auch *Borghini* I, 116, den absoluten Schutz durch Art. 3 Satz 2 kritisierend.

41 *Watts* 70.

42 Art. 4 I 1 der IDI-Resolution von 2001. Das Ausmaß dieser Ausnahme verkennt *Borghini* II, 91 f.

43 *Watts* 69 f.; *Borghini* I, 123. Anders anscheinend noch *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (oben Fn. 29) 254 oben.

44 Zu deren Immunität *Epping* (oben Fn. 18), § 26 Rn. 36; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (oben Fn. 29) § 30 II, 257 f.; *Borghini* I, 199 ff., 202.

45 Vgl. *Watts* 110; und Art. 37 I WÜD.

46 Vgl. *Watts* 76 ff.; *Borghini* I, 82-84.

47 Ebenso *Watts* 111.

48 Wie im Vereinigten Königreich in sec. 20(1)(b) SIA kraft der Verweisung auf den Schutz von Diplomaten.

49 Klar verneinend *Cassani* 471. Gegen OGH IPRax 2002, 418, 419 (obiter, in casu für erwachsene, nicht in Liechtenstein lebende Geschwister des Fürsten verneint).

c) *Andere Amtsträger und politisch exponierte Personen*

(1) Andere Amtsträger können, wenn sie nicht vom WÜD, WÜK oder vom UN-Übereinkommen von 1969 über Spezialmissionen erfasst werden, nur von der Staatenimmunität für *acta iure imperii* profitieren.⁵⁰ Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die Amtshandlung rechtmäßig oder (nach dem Recht des Heimatstaates oder des Forumstaates) rechtswidrig gewesen ist.⁵¹ Dieser reflexartige Schutz reicht aber nicht weiter als die Staatenimmunität, so dass die Amtsträger für ihre *acta iure gestionis*⁵² im Regen stehen. Wer für den Staat einkaufen geht und dabei in eigenem Namen oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, der haftet für den Kaufpreis persönlich⁵³ und genießt hierbei ebenso wenig Immunität⁵⁴ wie der Staat für solche *acta iure gestionis*. Die Klage gegen den Amtsträger ist deshalb zulässig, aber unbegründet, soweit dieser im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt hat. Die für die Immunität entscheidende Frage lautet damit, inwieweit auch offensichtlich rechtswidrige *acta iure imperii* dem Staat als Amtshandlungen zugerechnet werden können (dazu unten 3. a)).

(2) Politisch exponierte Personen als solche⁵⁵ genießen keinerlei Immunität. Hierunter fallen auch die realen Machthaber, welche faktisch die Macht, aber kein öffentliches Amt ausüben,⁵⁶ wie etwa der panamesische General Noriega, der in den USA wegen Drogenhandels zu einer langjährigen Gefängnisstrafe verurteilt worden ist.⁵⁷

d) *Strohmänner*

Eine Vollstreckungsimmunität für das Privatvermögen von „Potentaten“ kommt nach alledem kaum jemals in Betracht. Überdies lassen sie ihr Auslandsvermögen oft formal von Strohmännern und Treuhandgesellschaften halten. In solchen Fällen scheidet eine Vollstreckungsimmunität schon am Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Hier muss sich der materiell Berechtigte an dem von ihm gesetzten Rechtsschein festhalten lassen, dass Rechtsträger des Vermögens ein rechtlich selbstständiger Dritter ist,⁵⁸ der keine Immunität genießt.

50 S. oben II 2 a (1); *Scheffler* (oben Fn. 35) 101; *Herdegen*, Völkerrecht, 11. Aufl., München 2012, § 37 Rn. 3. Beispiel: BGH 26.9.1978, NJW 1979, 1101 – Leiter von Scotland Yard.

51 Eine Ausnahme macht man für Spione. Eine Immunität des Amtsträgers schließt dessen Bestrafung wegen Völkerrechtsverbrechen wiederum nicht aus, s. oben II 1.

52 Insoweit kommt es – entgegen *Bröhmer* (oben Fn. 28) 368 – doch auf die mitunter schwierige Abgrenzung zu den *acta iure imperii* an. Zu ihr vgl. *Schack*, IZVR, Rn. 175 ff.

53 Vgl. §§ 164 II, 179 I BGB.

54 Vgl. C.A. Paris 3.6.1872, Sirey 1872 II 293 – Mellerio c. Isabelle de Bourbon (frühere Königin von Spanien, Kauf von Juwelen); C.A. Paris 11.4.1957, Clunet 84 (1957) 716 – Ex-Roi d’Egypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior; *Watts* 60 f., 88. Anders *Bröhmer* (oben Fn. 28).

55 S. oben I 2 (1).

56 Vgl. *Borghi* I, 32 f.; *Watts* 98.

57 *United States v. Noriega*, 746 F.Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990), 117 F.3d 1206, 1212 (11th Cir. 1997).

58 *Borghi* II, 96 f.; *Cassani*, Preuve 235, beide mit Nachweisen aus der schweizerischen Rechtsprechung.

3. Situation nach Amtsverlust und Regimewechsel

a) Immunität für Amtshandlungen

Mit dem Amtsverlust erlischt jede persönliche Immunität.⁵⁹ Was bleibt, ist die Immunität *ratione materiae* für die vom Amtsträger in Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlungen.⁶⁰ Dieses allgemein anerkannte Prinzip findet sich z.B. in Art. 39 II 2 WÜD, Art. 53 IV WÜK und auch in Art. 13 Satz 2 der Resolution des Institut de Droit international von 2001. Eine Vollstreckungsimmunität für das Privatvermögen früherer Staatsoberhäupter scheidet danach von vornherein aus (Art. 13 Satz 4). Im Erkenntnisverfahren jedoch profitieren frühere Amtsträger auch weiterhin von der Staatenimmunität für ihre Amtshandlungen.⁶¹ Da die Staatenimmunität für *acta iure gestionis* nicht gilt, muss es sich bei diesen Amtshandlungen um *acta iure imperii* handeln.

Fraglich ist, ob dazu auch rechtswidrige Handlungen gehören, die innerstaatliches Recht oder Völkerrecht verletzen. Die Rechtswidrigkeit kann auf schlichtem Amtsmissbrauch, Korruption und Untreue, auf „gewöhnlichen“ Straftaten oder auf besonders schweren Straftaten gegen das Völkerrecht beruhen. Nach einer Ansicht können Straftaten generell keine einer Immunität zugänglichen Amtshandlungen sein.⁶² Einige Gerichtsentscheidungen gehen in diese Richtung.⁶³ Nach der Gegenansicht ändert die kriminelle Natur nichts am Vorliegen einer Amtshandlung, so dass nur über Ausnahmen für besonders schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts nachgedacht werden kann.⁶⁴ Richtigerweise wird man – ähnlich wie bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen in § 831 I 1 BGB – danach differenzieren müssen, ob der Amtsträger in Ausführung seiner staatlichen Verrichtungen, d.h. im (vermeintlich) staatlichen Interesse, oder aber die Gelegenheit ausnutzend eigennützig gehandelt hat.⁶⁵ Bei Vermögensdelikten, zumal wenn die persönliche Bereicherung auf Kosten des Staates erfolgt, liegt deshalb keine Amtshandlung und damit auch keine Immunität im Erkenntnisverfahren vor.

Weil die Immunität für Amtshandlungen nur den Staat schützen soll, für den gehandelt worden ist, geht diese Immunität zusammen mit dem Staat unter.⁶⁶

59 BG 1.7.1987, BGE 113 Ib 257, 274 f. – Marcos. Die Aussicht auf den drohenden Immunitätsverlust trägt dazu bei, dass sich Machthaber oft an ihre Herrschaft klammern.

60 BG 2.11.1989, BGE 115 Ib 496, 501 f. – Marcos; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (oben Fn. 29), § 30 IV 1, 254; *Dörr*, Staatenimmunität als Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis, in *Leible/Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, Jena 2006, 175, 178 f.; *Borghi* II, 96.

61 S. oben II 2 c (1).

62 *Borghi* I, 164, 169, 171 f., 542.

63 Vgl. *Jimenez v. Aristeguieta*, 311 F.2d 547, 557 f. (5th Cir. 1962) (Auslieferung wegen Untreue des früheren venezolanischen Staatsoberhäupters); *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation*, 25 F.3d 1467, 1470 f. (9th Cir. 1994), vgl. *Borghi* I, 134 f.; und zunächst auch das House of Lords in einer 3:2 ergangenen (später aufgehobenen) Entscheidung vom 25.11.1998, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No 1) [1998] 4 All ER 897. Ausführlich zur Prozessgeschichte des Falles Pinochet *Borghi* I, 136 ff.

64 So, eine Ausnahme für Auftragsmorde und Folterungen bejahend, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No 3) [1999] 2 All ER 97, 113, 152, 165, 169 (H.L. vom 24.3.1999), mit Anm. *Rensmann*, IPRax 1999, 268-273. So wohl auch Art. 13 Satz 3 der IDI-Resolution von 2001. Eine Ausnahme von der Staatenimmunität verneint kategorisch IGH 3.2.2012, Tz. 81 ff. (Text unter www.icj-cij.org) mit Anm. *Payandeh*, JZ 2012, 949-958, und *Kloth/Brunner*, ArchVR 2012, 218-244 – Deutschland/Italien.

65 Vgl. auch *Watts* 56 f.

66 BVerfG 24.10.1996, BVerfGE 95, 96, 129 – Mauerschützen; *Scheffler* (oben Fn. 35) 101.

b) Immunitätsverzicht

Da jede Form von Immunität immer nur im Interesse des Staates und nicht im persönlichen Interesse des Amtsträgers gewährt wird, kann allein der Staat auf die Immunität verzichten.⁶⁷ Das geschieht nach einem Regimewechsel durchaus häufig, wenn der Heimatstaat, wie die Philippinen nach dem Sturz von Ferdinand Marcos, veruntreute Staatsgelder wiedererlangen will.⁶⁸ Solange das neue Regime seine Macht noch nicht gefestigt hat, wird es aber keine wirksame Verzichtserklärung abgeben können. In dieser Übergangsphase sollten jedoch vorläufige Sicherungsmaßnahmen nicht ausgeschlossen sein.⁶⁹

c) Auswirkungen von Amnestien und Asyl

Um einen Machtwechsel zu erleichtern, wird den alten Machthabern oft eine Amnestie gewährt.⁷⁰ Solch ein nationaler Strafausschließungsgrund kann jedoch auf internationaler Ebene keine Immunität bewirken, wo sie das Völkerrecht nicht vorsieht.⁷¹ Auch wenn ein anderer Staat dem alten Machthaber Asyl gewährt und ihm gegebenenfalls gewisse Haftungsprivilegien zugesteht, wirken diese nicht auf internationaler Ebene.⁷²

4. Vollstreckungsimmunität für Staatsvermögen?

Bis hierher haben wir die Vollstreckungsimmunität aus der Immunität des Vermögensträgers herzuleiten versucht. Abgesehen von den seltenen Fällen einer absoluten Immunität während offizieller Auslandsreisen folgte die Vollstreckungsimmunität mittelbar aus der (Staaten-)Immunität im Erkenntnisverfahren für in Ausübung des Amtes begangene hoheitliche Handlungen. Ein anderer denkbarer Ansatzpunkt für eine Vollstreckungsimmunität könnte das Vermögen selbst sein. Wenn es sich bei den „Potentatengeldern“ um Staatsvermögen handelt, könnte es als solches, wenn und weil es hoheitlichen Zwecken dient, Vollstreckungsimmunität genießen.⁷³

In absoluten Monarchien waren das Staatsvermögen und das Privatvermögen des Herrschers ein und dasselbe. Seitdem jedoch trennt man auch für die Immunität strikt zwischen dem Staat und dem obersten Staatsorgan.⁷⁴ Wenn ein Kleptokrat Staatsgelder unterschlägt und sie in sein Privatvermögen überführt, kann die staatliche Herkunft der (vielfach gewaschenen) Gelder keine Vollstreckungsimmunität begründen. Daran ändert sich nichts, wenn der geplünderte Staat das im Ausland belegene Vermögen zurückverlangt. Denn hierin liegt keine Enteignung,⁷⁵ die ohnehin nur im Hoheitsgebiet des Enteignungsstaates belegene Vermögensgegenstände erfassen könnte.⁷⁶ Vielmehr

67 Vgl. Art. 32 I WÜD, Art. 7 I der IDI-Resolution von 2001. Allenfalls kann auch das Staatsoberhaupt selbst auf seine Immunität verzichten; vgl. *Borghi* I, 117-120.

68 Vgl. *Watts* 90.

69 Vgl. auch *Richter* 573; und Art. 4 II der IDI-Resolution von 2001.

70 Vgl. *Borghi* I, 176 ff.

71 *Borghi* I, 179.

72 Vgl. *Borghi* I, 182-185.

73 Diese hoheitliche Zweckbestimmung muss der Staat zumindest glaubhaft machen; vgl. BGH 1.10.2009, NJW 2010, 769, 770.

74 Vgl. *Watts* 36.

75 *Watts* 91.

76 Vgl. in diesem Zusammenhang *Collins* 227 und *Borghi* I, 475 mit denselben zwei Beispielen (Spanien und Irak).

macht der Staat einen schlichten schuldrechtlichen Herausgabeanspruch geltend. Solange es nicht um konkrete Sachen geht, die hoheitlichen Zwecken des geplünderten Staates dienen, kommt eine gegenständliche Vollstreckungsimmunität deshalb nicht in Betracht. Und in jedem Fall kann der Staat auf seine Vollstreckungsimmunität verzichten (s. oben 3. b)), wenn er vor ausländischen Zivilgerichten selbst auf Herausgabe klagt.

5. Andere Schutzmechanismen

Jenseits der Immunität kennen manche Rechtsordnungen noch andere Schutzmechanismen zugunsten von (ehemaligen) Amtsträgern. Typisch hierfür sind die „Act of state“-Doktrin in den USA (unten a)) und die Weigerung französischer Gerichte, ausländisches öffentliches Recht anzuwenden (unten b)).

a) „Act of state“-Doktrin

Mit der (im Einzelnen sehr umstrittenen) „Act of state“-Doktrin⁷⁷ nehmen US-amerikanische Gerichte bei der Ausübung ihrer sachlichen Zuständigkeit Rücksicht auf die außenpolitische Prärogative des Präsidenten.⁷⁸ Die „Act of state“-Doktrin entspringt keiner völkerrechtlichen Verpflichtung,⁷⁹ sondern nationalen Vorstellungen von einer optimalen Gewaltenteilung (separation of powers). Wenn die Gerichte die Rechtmäßigkeit des Handelns eines ausländischen Staates beurteilen müssen, kann dies zu außenpolitischen Verwicklungen führen. Da lassen die Gerichte mancher Staaten die heiße Kartoffel lieber fallen. Davon profitierte in den USA zunächst auch Ferdinand Marcos,⁸⁰ doch wurde diese Entscheidung später aufgehoben, weil „The [act of state] doctrine is meant to facilitate the foreign relations of the United States, not to furnish the equivalent of sovereign immunity to a deposed ruler“⁸¹. Gegen den Staat gerichtete Vermögensdelikte sind daher keine „acts of state“,⁸² ebenso wenig wie *acta iure imperii* (s. oben 3. a)). Eine Anwendung der „Act of state“-Doktrin auf Fälle, in denen der ausländische Staat selbst klagt, wäre auch widersinnig,⁸³ weil dies die politische Zusammenarbeit mit dem neuen Regime nur stören könnte.

b) Keine Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts?

Wo die Immunität nicht greift, weil der Staat selbst als Kläger auftritt, stützte die französische Cour de cassation die Abweisung der Klage der Republik Haiti gegen Duvalier auf die angebliche Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts.⁸⁴ Indes ist

77 Vgl. *Borghi II*, 98-109; *Hill*, Sovereign Immunity and the Act of State Doctrine, Theory and Policy in U.S. Law, *RabelsZ* 46 (1982) 118-164; *Berentelg*, Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?, Tübingen 2010.

78 Vgl. *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 2011, Rn. 58; *Hill* (oben Fn. 77) 137 ff.

79 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US 398, 421 (1964); *Schack* (oben Fn. 78); *Verhoeven* 369. Vgl. auch BVerfG 15.5.1995, BVerfGE 92, 277, 321 f. – DDR-Spione.

80 *Republic of the Philippines v. Marcos*, 818 F.2d 1473, 1486 (9th Cir. 1987), hierzu *Borghi II*, 104 ff.

81 862 f.2d 1355, 1361 (9th Cir. 1988, en banc).

82 *Verhoeven* 368; *Borghi II*, 108.

83 *Borghi II*, 108 f.

84 Cass.civ. 29.5.1990 (oben Fn. 6), hierzu *Borghi II*, 113 ff.; *Verhoeven* 369 ff.

dessen Anwendung keineswegs völkerrechtlich verboten.⁸⁵ Denn sie kann die Souveränität des ausländischen Staates niemals verletzen, sondern nur befördern.⁸⁶ Der Forumstaat kann selbstverständlich ausländisches privates wie öffentliches Recht anwenden, er will es nur nicht immer.⁸⁷ Ein Grund hierfür kann sein, dass er sich nicht in die inneren Angelegenheiten des ausländischen Staates einmischen will. Ein anderer Grund ist, dass sich die Gerichte nicht zum Handlanger für Steuer-, Gebühren- oder öffentlich-rechtliche Erstattungsforderungen anderer Staaten machen wollen.⁸⁸ Für solche Streitigkeiten fehlt – vorbehaltlich von Staatsverträgen und EU-Recht – die sachliche internationale Zuständigkeit; man spricht hier von wesenseigener Unzuständigkeit.⁸⁹ Diese erstreckt sich jedoch beileibe nicht auf das gesamte ausländische öffentliche Recht.

Die französische Cour de cassation geht deshalb viel zu weit mit der Behauptung: „les litiges relatifs aux rapports entre un Etat et ses dirigeants, quelle que soit la nature des fautes commises par ceux-ci, sont nécessairement liés à l'exercice de la puissance publique et ne peuvent trouver leur solution que dans les principes de droit public“.⁹⁰ Bei der klageweisen Rückforderung von „Potentatengeldern“ geht es im Kern um einfache zivilrechtliche Herausgabe-, Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche. Dass diese Bereicherung unter Ausnutzung eines öffentlichen Amtes erfolgt ist, macht hieraus noch keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Die Entscheidung der Cour de cassation wird deshalb zu Recht als verfehlt kritisiert. Sie widerspricht auch dem gemeinsamen Interesse aller Staaten, Geldwäsche und die persönliche Bereicherung von Amtsträgern auf Kosten ihres Staates und der Bevölkerung zu verhindern.

III. Völkerrechtliche Zugriffspflichten?

Im Ergebnis hindert das Völkerrecht nur selten einen Zugriff auf ins Ausland verbrachte „Potentatengelder“ (vgl. oben II. 4.). Umgekehrt fragt sich, ob das Völkerrecht einen solchen Zugriff vielleicht sogar gebietet. Eine völkergewohnheitsrechtliche Verpflichtung hierzu wird man trotz der zahlreichen Beschlagnahmungen der letzten Jahre (noch) nicht annehmen können. Diesbezügliche Kooperationspflichten bilden sich erst langsam heraus. So heißt es in Art. 4 Abs. 3 der Resolution des Institut de Droit international von 2001:

„Conformément à leur devoir de coopération, les Etats devraient prendre toute mesure utile pour lutter contre les pratiques illicites, notamment en identifiant l'origine des dépôts et des mouvements de fonds et en fournissant toute information à leur propos.“

Das ist von einer Zugriffspflicht noch weit entfernt. Auch Art. 4 Abs. 2 der Resolution besagt nur, dass eine Immunität des Staatsschefs eine vorläufige Beschlagnahme *nicht hindert*, wenn an der Rechtmäßigkeit seines Vermögens ernsthafte Zweifel bestehen.

85 Verhoeven 370; Borghi II, 113.

86 Vgl. Schack, IZVR, Rn. 577; Frank, *RabelsZ* 34 (1970) 56, 63.

87 Vgl. Borghi II, 112.

88 Vgl. Schack, IZVR, Rn. 578 mwN, auch zur Revenue rule des Common Law.

89 Schack, IZVR, Rn. 570, 577 f.

90 Cass.civ. 29.5.1990 (oben Fn. 6) 387.

Da Vermögensdelikte bislang grundsätzlich⁹¹ nicht zu den Straftaten gegen das Völkerrecht gehören,⁹² können auch auf diesem Wege keine Zugriffspflichten begründet werden. Die Rückführungspflicht bezüglich rechtswidrig exportierter Kulturgüter nach dem UNESCO-Übereinkommen von 1970⁹³ ist ein auf bestimmte Gegenstände von kultureller Bedeutung bezogener Sonderfall, der sich auf allgemeine Vermögensdelikte nicht übertragen lässt.⁹⁴

Völkerrechtliche Verpflichtungen, auf „Potentatengelder“ zuzugreifen, können sich indes aus speziellen Resolutionen des UN-Sicherheitsrats ergeben, wie etwa der vom 26. Februar 2011 zur auf drei Jahre befristeten Beschlagnahme des Vermögens von Gaddafi und fünf seiner Kinder,⁹⁵ oder aus entsprechenden unmittelbar geltenden EU-Verordnungen.⁹⁶ Das Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr⁹⁷ verpflichtet in Art. 3 III die Vertragsstaaten zur Beschlagnahme und Einziehung von Bestechungsgeldern; Immunitätsfragen spricht es nicht an.

IV. Rechtsgrundlagen für einen staatlichen Zugriff

Auch wenn keine Zugriffspflichten bestehen, steht es den Staaten doch im Rahmen des Völkerrechts frei, nationale Rechtsgrundlagen für einen staatlichen Zugriff auf „Potentatengelder“ zu schaffen.

1. Schweiz

In der Schweiz kann der Bundesrat gestützt auf Art. 184 III BV, „wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert“, befristete Verordnungen erlassen, mit denen inländische Vermögenswerte politisch exponierter Personen vorübergehend gesperrt werden können. Auf diese Generalklausel stützten sich auch die eingangs erwähnten Beschlagnahmen von Anfang 2011.⁹⁸ Eine Beschlagnahmeverfügung kann auch auf das Bundesgesetz vom 20.3.1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen⁹⁹

91 Eine Ausnahme gilt für Eigentumsdelikte im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen, vgl. § 9 I Völker-StGB.

92 Zu Vorstößen, „Kleptokratie“ als Völkerrechtsstraftat zu erfassen, vgl. *Borghi* II, 92 f.; *Borghi* I, 389 ff., 396 f.

93 Übereinkommen vom 14.11.1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut, BGBl. 2007 II 626. In der Schweiz in Kraft seit dem 1.6.2005, in Deutschland seit dem 29.2.2008 (BGBl. II 235), noch nicht jedoch in Österreich. Vgl. *Odendahl*, Kulturgüterschutz, Tübingen 2005, 171 ff.; *Schack*, Kunst und Recht, 2. Aufl., Tübingen 2009, Rn. 537 mwN.

94 Vgl. *Richter* 593 ff.

95 Nr. 17 ff. der Resolution 1970/2011; vgl. *Cassani* 467 f.

96 Art. 5 der VO (EU) Nr. 204/2011 des Rates vom 2.3.2011, EU-ABl. L 58/1, gestützt auf den Beschluss 2011/137/GASP des Rates vom 28.2.2011, EU-ABl. L 58/53 – Gaddafi u.a. Ferner im Jugoslawien-Konflikt die Beschlagnahme des Vermögens von Präsident Slobodan Milošević; VO (EG) Nr. 1294/1999 des Rates vom 15.6.1999, EG-ABl. L 153/63; vgl. *Borghi* I, 533.

97 BGBl. 1998 II 2329, in Kraft für Deutschland (seit dem 15.2.1999, BGBl. II 87), auch für Österreich und die Schweiz, aber nicht für Liechtenstein.

98 S. oben I 1 bei Fn. 11; *Cassani* 466 f. Die Rückwirkung in der Übergangsvorschrift Art. 14 RuVG hält *Cassani* 478 f. für unvereinbar mit dem Gesetzesvorbehalt in Art. 7 EMRK.

99 SR 351.1.

(IRSG) gestützt werden. Eine solche strafprozessuale Beschlagnahme setzt jedoch ein ausländisches Rechtshilfeersuchen voraus, das nach Lage der Dinge, wenn überhaupt, erst nach einem Machtwechsel gestellt werden wird.

Über dieses Problem hilft auch das Bundesgesetz vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen¹⁰⁰ (RuVG) nur zum Teil hinweg. Seine speziellen Rechtsgrundlagen für die Sperrung (Art. 2-4), Einziehung (Art. 5-7) und Rückerstattung (Art. 8-10) von Vermögenswerten greifen nur, „wenn aufgrund des Versagens staatlicher Strukturen im ersuchenden [...] Herkunftsstaat ein internationales Rechtshilfeersuchen in Strafsachen zu keinem Ergebnis führt“ (Art. 1 RuVG). Die Subsidiarität gegenüber dem IRSG¹⁰¹ ist eine deutliche Schwäche des RuVG. Auch wenn man nicht darauf besteht, dass das Rechtshilfeersuchen alle formalen Anforderungen erfüllt, kann das RuVG doch erst zum Zuge kommen, wenn der Herkunftsstaat im Rechtshilfeweg um die Herausgabe der „Potentatengelder“ zumindest ersucht hat.¹⁰² Diese Rücksichtnahme auf die Souveränität des Herkunftsstaates macht das RuVG praktisch zu einer symbolischen Gesetzgebung.¹⁰³ Maßnahmen vor Eingang eines Rechtshilfeersuchens müssen deshalb nach wie vor auf Art. 184 III BV gestützt werden.¹⁰⁴

Daneben ermöglicht Art. 10 des Geldwäschereigesetzes¹⁰⁵ eine sehr kurzfristige Vermögenssperre. Das Gesetz nimmt bestimmte Finanzintermediäre (Art. 2) in die Pflicht, Verdachtsfälle dem Bundesamt für Polizei zu melden (Art. 9) und mit dieser Meldung die ihm anvertrauten Vermögenswerte unverzüglich für längstens fünf Werktage zu sperren (Art. 10), bis eine Verfügung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde eintrifft.¹⁰⁶ Da die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen nicht verboten ist,¹⁰⁷ kommt es entscheidend auf das Ausmaß der Sorgfaltspflichten an, die einem Finanzintermediär auferlegt werden (Art. 3 ff. GwG). Hier weist die schweizerische Geldwäschereigesetzgebung eklatante Lücken auf, indem sie – anders als die EU – ausgerechnet die Finanzintermediäre im Immobilien-, Kunst- und Juwelenhandel nicht erfasst.

2. Deutschland und die Europäische Union

Die europäische und ihr folgend die deutsche Geldwäschegesetzgebung sehen ebenfalls verstärkte Sorgfaltspflichten vor, wenn es sich bei den Kunden um politisch exponierte Personen handelt.¹⁰⁸ Allerdings geht mit der Pflicht, Verdachtsfälle dem Bundeskriminalamt und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden, anders als in der Schweiz keine Verpflichtung zur Vermögenssperre einher. Doch darf eine angetragene

100 S. oben I 2 (1) Fn. 15. Ausgelöst wurde das Gesetz durch den Fall Duvalier; *Bianchi/Heimgartner* 356.

101 Vgl. *Cassani* 476 f.; *Bianchi/Heimgartner* 354, 363.

102 Vgl. *Bianchi/Heimgartner* 363 f.

103 Vgl. *Cassani* 477.

104 *Bianchi/Heimgartner* 357.

105 Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG), AS 1998, 892, in der seit dem 1.2.2009 geltenden Fassung.

106 Flankierend sieht Art. 11 GwG einen Haftungsausschluss zugunsten des Finanzintermediärs vor.

107 *Cassani* 472.

108 Art. 13 Geldwäsche-RL 2005/60/EG und § 6 GwG, s. oben Fn. 14.

Transaktion grundsätzlich frühestens nach Ablauf von zwei Werktagen nach Abgang der Meldung durchgeführt werden (§ 11 Ia 2 GwG).¹⁰⁹

Mangels anderer spezieller Vorschriften muss man auf das strafrechtliche Verbot der Geldwäsche in § 261 StGB zurückgreifen. In diesem Rahmen ist auch eine Einziehung von Vermögensgegenständen zulässig¹¹⁰ und im Vorfeld einer Verurteilung¹¹¹ eine Sicherstellung durch Beschlagnahme gemäß §§ 111b ff. StPO.¹¹² Damit sind die Chancen in Deutschland, von staatlicher Seite rechtzeitig auf „Potentatengelder“ zuzugreifen, relativ gering. Für verfallen erklärte oder eingezogene Vermögensgegenstände (§§ 73, 74 StGB) fließen überdies in die Staatskasse und nicht zurück in den Herkunftsstaat. Ein Rückerstattungsgesetz wie in der Schweiz gibt es in Deutschland nicht.

V. Staatlicher Zugriff versus Individualschutz

Damit stellt sich das Problem, ob beschlagnahmte „Potentatengelder“ primär an den Herkunftsstaat oder an die individuellen Opfer des alten Regimes ausgekehrt werden sollen, in Deutschland nicht in gleicher Schärfe wie in der Schweiz. Hier gibt es ein breites Spektrum möglicher kollektiver und individueller Lösungen. Der Belegenheitsstaat kann sich die Vermögenswerte selbst aneignen oder an den Herkunftsstaat zurückgeben, ggf. mit der Auflage, sie zu bestimmten gemeinnützigen Zwecken zu verwenden. Oder sie können in einen Fonds überführt werden, aus dem individuelle Opfer des alten Regimes entschädigt werden. Oder der Belegenheitsstaat reserviert die Vermögenswerte für eine Einzelzwangsvollstreckung durch individuelle Gläubiger des „Potentaten“ oder von diesem individuell oder kollektiv geschädigte Personen.

1. Strafrechtliche Einziehung

Die Rechte an kraft Strafrechts eingezogenen Gegenständen gehen grundsätzlich auf den die Einziehung aussprechenden Belegenheitsstaat über.¹¹³ Lediglich bei der Abschöpfung von Tatvorteilen tritt deren Verfall gegenüber individuellen zivilrechtlichen Ansprüchen des durch die Straftat Verletzten zurück.¹¹⁴ Ähnliches gilt in der Schweiz.¹¹⁵ Interessant in unserem Zusammenhang ist die Spezialvorschrift in Art. 72 Satz 1 schweiz. StGB: „Das Gericht verfügt die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen.“¹¹⁶ Der Haken ist nur, dass ein Familienclan oder ein verbrecherisches Regime zwar als kriminelle Organisa-

109 § 11 Ia GwG, vgl. auch Art. 24 Geldwäsche-RL.

110 §§ 261 VII, 74, 74a StGB.

111 Unter bestimmten Umständen kann die Einziehung auch selbstständig angeordnet werden, vgl. § 76a StGB; und für die Schweiz *Cassani*, Preuve 232.

112 Bzw. gemäß §§ 39 I, 67 I IRG (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen idF vom 27.6.1994, BGBl. I 1537), und zwar auch schon vor Eingang eines Rechtshilfeersuchens!

113 Für das deutsche Recht § 73e (Verfall) und § 74e StGB (Einziehung).

114 § 73 I 2 StGB; beachte die Dreijahresfrist in § 111i II 1, III StPO. Subsidiär kann der Verletzte gemäß § 56a IRG aus dem vom Staat eingezogenen Vermögen entschädigt werden.

115 Art. 70 I StGB. Darüber hinaus können nicht durch eine Versicherung abgesicherte Geschädigte gemäß Art. 73 I lit. b vom Gericht die eingezogenen Vermögenswerte zugesprochen bekommen.

116 Mit einer Beweislastumkehr in Satz 2. Zu deren Vereinbarkeit mit Art. 6 I EMRK *Cassani*, Preuve 249 ff. Ebenso für die widerlegliche Vermutung in Art. 6 RuVG *Cassani* 478; einschränkend im Hinblick auf die Unschuldsvermutung in Art. 6 II EMRK *Bianchi/Heimgartner* 366 f.

tion angesehen werden kann, aber nur bis zu einem Regimewechsel, danach nicht mehr.¹¹⁷ Auch im Marcos-Fall zogen die Opfer des Regimes vor dem Schweizer Bundesgericht den Kürzeren.¹¹⁸

Bei den internationalen Strafgerichten sieht es kaum besser aus. Die Statuten der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda befassen sich nicht mit der Entschädigung individueller Opfer.¹¹⁹ Eine innovative und potentiell weitreichende Regelung enthält dagegen Art. 75 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs.¹²⁰ Hiernach kann der Strafgerichtshof auf Antrag des Opfers – unter außergewöhnlichen Umständen sogar von Amts wegen – den Verurteilten auch zur Wiedergutmachung (Rückerstattung, Entschädigung) verpflichten, d.h. einen zivilrechtlichen Vollstreckungstitel erlassen.¹²¹ Der Strafgerichtshof kann aber ggf. auch anordnen, dass die Wiedergutmachung über den bei diesem Gericht eingerichteten Treuhandfonds (Trust Fund for Victims) erfolgt.¹²²

2. Rückerstattung nach dem RuVG

Das Rückerstattungsgesetz der Schweiz sieht keine Klagemöglichkeiten für individuell Geschädigte oder Opferverbände vor. Von einer Einziehung ausgenommen werden lediglich „Vermögenswerte, an denen eine schweizerische Behörde Rechte geltend macht; oder an denen eine Person außerhalb des Umfelds der politisch exponierten Person gutgläubig dingliche Rechte in der Schweiz erworben hat, oder im Ausland erworben hat, sofern sie Gegenstand eines in der Schweiz anerkennungsfähigen Urteils sind.“¹²³ Danach kann von einem Schutz individueller Gläubiger und Opfer keine Rede sein.¹²⁴ Die Schweiz setzt vielmehr ganz auf kollektive Lösungen, wenn sie in Art. 8 RuVG zum Ziel der Rückerstattung erklärt, „die Lebensbedingungen der Bevölkerung im Herkunftsstaat zu verbessern oder die Rechtsstaatlichkeit im Herkunftsland zu stärken und die Strafflosigkeit von Verbrechen zu vermeiden.“ Mit den eingezogenen Vermögenswerten sollen „Programme von öffentlichem Interesse“ finanziert werden (Art. 9), ggf. nach Maßgabe eines mit dem Herkunftsstaat geschlossenen Abkommens. Und zur Abgeltung ihrer eigenen Kosten behält die Schweiz einen Pauschalbetrag von maximal 2,5 % der eingezogenen Vermögenswerte ein (Art. 10 RuVG).

3. Rechtliche Bewertung

An der Verfassungsmäßigkeit solcher ausschließlich kollektiver Lösungen habe ich starke Zweifel, auch im Hinblick auf Art. 6 I EMRK. Mit rechtsstaatlichen Anforderungen ist es unvereinbar, die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche von individuellen Gläubigern und erst recht von individuellen Opfern eines Regimes dadurch zu vereiteln, dass der Belegenheitsstaat das gesamte Inlandsvermögen des Schuldners kraft

117 So BG 12.1.2010, BGE 136 IV 4, 12 – Duvalier.

118 BG 10.12.1997, BGE 123 II 595, 615 ff., 619 – Marcos II zu Art. 74a IRSG, hierzu *Richter* 574 ff.

119 Vgl. *Borghì* I, 523-525.

120 Vom 17.7.1998, BGBl. 2000 II 1394; in Kraft seit dem 1.7.2002, BGBl. 2003 II 293. Zu Art. 75 vgl. *Borghì* I, 527 f.; *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 14 Rn. 35, 271.

121 Zu dessen Vollstreckung vgl. Art. 75 V, 109 des Statuts.

122 Artt. 75 II 2, 79 des Statuts. Praktische Anwendungsfälle sind bislang nicht ersichtlich.

123 Art. 7 RuVG. Ähnlich eng Art. 74a IV lit. c IRSG; vgl. BGE 123 II 595, 611 ff.

124 Kritisch auch *Bianchi/Heimgartner* 368.

öffentlichen Rechts abräumt, um es einer wie auch immer definierten gemeinnützigen Verwendung zuzuführen.

So verpflichtet auch das UN-Übereinkommen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende Kriminalität¹²⁵ in Art. 25 II die Vertragsstaaten dazu, ihr Verfahren so auszugestalten, dass der Zugang zu Entschädigungen und Rückerstattungen gewährleistet ist.

Eine Mediatisierung individueller Ansprüche im Rahmen des so genannten diplomatischen Schutzes¹²⁶ scheidet hier schon daran, dass die Opfer nicht von einem anderen Staat, sondern von ihrem Heimatstaat selbst völkerrechtswidrig geschädigt worden sind. Die persönlichen Gläubiger und Opfer können ihre zivilrechtlichen Ansprüche gegen „Potentaten“, die nach einem Regimewechsel ins Ausland geflohen sind, typischerweise nicht in ihrem Heimatstaat, sondern allenfalls im Ausland gerichtlich durchsetzen. Diese Chance darf der Belegenheitsstaat, in welchem die „Potentaten“ ihre Vermögenswerte deponiert haben, nicht dadurch vereiteln, dass er sie zu seinen eigenen Gunsten einzieht oder an den Herkunftsstaat mit welcher Zweckbindung auch immer zurückgibt.

VI. Praktische Durchführung

(1) Private Gläubiger, die auf „Potentatengelder“ zugreifen wollen, haben mit erheblichen praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Zunächst müssen sie die Vermögenswerte finden und dem konkreten Schuldner zuordnen können. Dies ist bei den vielfach geschachtelten und verschleierten Beteiligungsverhältnissen extrem schwierig und primär eine Aufgabe für Detektive. Aufgefundenes Vermögen ist so schnell wie möglich durch dinglichen Arrest (§§ 917 I, 930 ZPO) oder eine Freezing Order¹²⁷ zu sichern, damit die künftige Vollstreckungsgrundlage erhalten bleibt und nicht in Sekundenschnelle in andere Staaten transferiert wird.

(2) Immunitätsprobleme treten nicht auf, wenn der Herkunftsstaat selbst klagt und dabei auch auf eine eventuell fortbestehende Immunität des Amtsträgers für *acta iure imperii* verzichtet.¹²⁸ Klagen von Privatpersonen können jedoch an der Amtsexemption und bei amtierenden Staatschefs, Diplomaten und anderen gleichgestellten Personen auch an deren persönlicher Immunität scheitern. Diese hindert dann schon die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks, solange man die Zustellung, wie traditionell in Kontinentaleuropa, als hoheitliche Handlung begrift.¹²⁹

(3) Für die internationale Zuständigkeit kann der Kläger wählen zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 EuGVO/LugÜ), ggf. beson-

125 BGBl. 2005 II 954, für Deutschland in Kraft seit dem 14.7.2006 (BGBl. 2007 II 1311), auch für Österreich, die Schweiz und Liechtenstein.

126 Vgl. zum internationalen Umweltschutz *Schack*, Das Internationale Prozeßrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten, in *Kunig/Lang/Lagoni/Dolzer/Kreuzer/Schack*, Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht, BerDGesVöR 32 (1992) 315, 317 f., 319 f. zur Kollision mit zivilrechtlichen Ansprüchen.

127 Vgl. *Schack*, IZVR, Rn. 480, 488 mit dem Beispiel *Republic of Haiti v. Duvalier* [1989] 1 All ER 456 (C.A.).

128 S. oben II 3 b; vgl. *Schack*, IZVR, Rn. 191, 190.

129 Vgl. *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl., München 2011, Rn. 76; *Schack*, IZVR, Rn. 188 und 663 ff.

deren Gerichtsständen¹³⁰ und, wenn der Beklagte außerhalb der EU und des Geltungsbereichs des LugÜ wohnt, auch dem Vermögensgerichtsstand, wie ihn die meisten Staaten in der einen oder anderen Form kennen (Deutschland in § 23 Satz 1, 1. Alt. ZPO). Attraktiv sind Klagen in den USA auf der Grundlage des Alien Tort Claims Act.¹³¹ Auch diese Klagen unterliegen jedoch den Immunitätsregeln des Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) von 1976.¹³²

(4) Das in der Sache anwendbare Recht bestimmt sich nach dem Vertrags-, Delikts- oder Bereicherungsstatut. Für die Eigentumsverhältnisse an Sachen gilt die *lex rei sitae* des Belegenheitsstaates. Soweit die Heimatrechtsordnung des „Potentaten“ zur Anwendung kommt, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob deren Anwendung nicht gegen den *Ordre public* des Forumstaates (Art. 6 EGBGB) verstößt. Das kann etwa der Fall sein, wenn aktuelle Machthaber von ihrer Heimatrechtsordnung unangemessen privilegiert werden, aber auch wenn aus ihrem Heimatland geflüchtete Potentaten vom neuen Regime rückwirkend strengere Vorschriften unterworfen werden. Wenn ihnen im Heimatland Rechtsverweigerung droht, bedürfen nicht nur die individuellen Gläubiger, sondern auch die früheren Potentaten eines besonderen Schutzes.¹³³ Dieser Schutz äußert sich verfahrensmäßig darin, dass individuellen Klägern ggf. eine internationale Notzuständigkeit eröffnet werden muss, wenn ein inländisches Rechtsschutzbedürfnis besteht,¹³⁴ und dass auch Potentaten Anspruch auf ein faires Verfahren haben, in dem sie ihr Eigentum, soweit es rechtmäßig erworben wurde, auch erfolgreich verteidigen können.

VII. Ausblick

Die Gefahr, dass die Gerichte in die politischen Auseinandersetzungen zwischen Anhängern des alten und des neuen Regimes hineingezogen werden, ist offensichtlich, aber nicht zu vermeiden. Ein Rechtsstaat kann und muss mit dieser Herausforderung fertig werden, ohne sich mit einer „Act of state“-Doktrin oder ähnlichen Tricks (s. oben II. 5.) aus der Verantwortung zu stehlen. Auch die stetige Zurückdrängung der völkerrechtlichen Immunität trägt dazu bei, dass die Zivilgerichte ihre Rechtsprechungsaufgabe unabhängig vom Einfluss ausländischer Staaten erfüllen können. Diese Entwicklung kann man aus der Sicht eines Zivilverfahrensrechtlers – ungeachtet aller Schwierigkeiten im Einzelfall – nur begrüßen.

130 Etwa am Tatort einer unerlaubten Handlung, Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ.

131 28 USC § 1350; 1991 unter dem Eindruck der Marcos-Verfahren ergänzt um den Torture Victim Protection Act, der die zivilrechtliche Haftung individueller (echter oder vorgeblicher) Amtsträger für Folterungen und willkürliche Tötungen begründet; hierzu *Scheffler* (oben Fn. 35), 273 ff.

132 Vgl. *Schack* (oben Fn. 78), Rn. 56, 38 mwN.

133 Vgl. auch *Richter* 597.

134 Zur Notzuständigkeit vgl. *Schack*, IZVR, Rn. 457; und in der Schweiz Art. 3 IPRG.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Haimo Schack, LL.M.(Berkeley), Kiel

1. Die völkerrechtlichen Immunitätsregeln, die den ungestörten Verkehr der Staaten untereinander sichern sollen, kollidieren frontal mit dem Justizgewährungsanspruch und dem in Art. 6 I EMRK (und Art. 47 II 1 GRCh) gewährleisteten Menschenrecht auf ein faires Verfahren.
2. Durch den Zugriff auf „Potentatengelder“ können individuelle Gläubiger und Opfer des alten Regimes oder aber der allgemeine Staatshaushalt des neuen Regimes begünstigt werden. Denkbar wäre auch, das Vermögen der „Potentaten“ einer gemeinnützigen Verwendung im Heimatstaat zuzuführen.
3. Der Zugriff auf „Potentatengelder“ berührt in jedem Fall die Vollstreckungsimmunität und, wenn die Zwangsvollstreckung aufgrund eines Zivilurteils erfolgen soll, auch die Immunität im Erkenntnisverfahren.
4. Das agierende Staatsoberhaupt genießt Immunität nicht um seiner selbst willen, sondern nur, damit es seine staatlichen Aufgaben frei und ungehindert erfüllen kann. Absolute Immunität gilt nur für Straftaten unabhängig von deren Schwere und davon, ob sie vor oder nach der Amtsübernahme begangen worden sind. Die Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit ist dagegen nur für Amtshandlungen gesichert. Vollstreckungsimmunität für das Privatvermögen von Staatsschefs gewährt Art. 4 I 2 der Resolution des Institut de Droit international von 2001 nur solange, wie sich der Staatsschef in offizieller Funktion im Vollstreckungsstaat aufhält. Im Übrigen steht der Zwangsvollstreckung aufgrund eines rechtskräftigen Titels nichts entgegen.
5. Während offizieller Auslandsreisen genießen Regierungschefs und Außenminister absolute Immunität auch vor den Zivilgerichten. Im Übrigen verdienen sie keinen stärkeren Schutz als das Staatsoberhaupt.
6. Die Familienmitglieder und das Gefolge, die ein Staatsoberhaupt, einen Regierungschef oder Außenminister auf offiziellen Auslandsreisen begleiten, genießen während dieser Zeit wie diese eine umfassende persönliche Immunität. Wenn sich die Familienmitglieder allein im Ausland aufhalten, können sie in offizieller Mission nach dem UN-Übereinkommen über Spezialmissionen geschützt sein. Bei privaten Auslandsreisen und wenn die Familienmitglieder sich in ihrem Heimatstaat aufhalten, ist die Staatenpraxis dünn und uneinheitlich. - Politisch exponierte Personen als solche genießen keinerlei Immunität.
7. Eine Vollstreckungsimmunität für das Privatvermögen von „Potentaten“ kommt nach alledem kaum jemals in Betracht.
8. Mit dem Amtsverlust erlischt jede persönliche Immunität. Es bleibt die Immunität *ratione materiae* für die vom Amtsträger in Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlungen. Weil die Immunität für Amtshandlungen nur den Staat schützen soll, für den gehandelt worden ist, geht diese Immunität zusammen mit dem Staat unter.
9. Eine Amnestie als nationaler Strafausschließungsgrund kann auf internationaler Ebene keine Immunität bewirken, wo sie das Völkerrecht nicht vorsieht.

10. Solange es nicht um konkrete Sachen geht, die hoheitlichen Zwecken des geplünderten Staates dienen, kommt eine gegenständliche Vollstreckungsimmunität nicht in Betracht.

11. Eine völkergewohnheitsrechtliche Verpflichtung, auf „Potentatengelder“ zuzugreifen, wird man trotz der zahlreichen Beschlagnahmungen der letzten Jahre (noch) nicht annehmen können. Solche Verpflichtungen können sich indes aus speziellen Resolutionen des UN-Sicherheitsrats ergeben.

12. In der Schweiz kann der Bundesrat gestützt auf Art. 184 III BV, „wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert“, befristete Verordnungen erlassen, mit denen inländische Vermögenswerte politisch exponierter Personen vorübergehend gesperrt werden können. Die schweizerische Geldwäschereigesetzgebung weist eklatante Lücken auf, indem sie – anders als die EU – ausgerechnet die Finanzintermediäre im Immobilien-, Kunst- und Juwelenhandel nicht erfasst.

13. Die europäische und ihr folgend die deutsche Geldwäschegesetzgebung sehen ebenfalls verstärkte Sorgfaltspflichten vor, wenn es sich bei den Kunden um politisch exponierte Personen handelt. Doch sind die Chancen in Deutschland von staatlicher Seite rechtzeitig auf „Potentatengelder“ zuzugreifen relativ gering.

14. Der Belegenheitsstaat kann sich die Vermögenswerte selbst aneignen oder an den Herkunftsstaat zurückgeben, ggf. mit der Auflage, sie zu bestimmten gemeinnützigen Zwecken zu verwenden. Oder sie können in einen Fonds überführt werden, aus dem individuelle Opfer des alten Regimes entschädigt werden. - Eine innovative und potentiell weitreichende Regelung enthält Art. 75 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs. Hiernach kann der Strafgerichtshof auf Antrag des Opfers oder sogar von Amts wegen den Verurteilten auch zur Wiedergutmachung (Rückerstattung, Entschädigung) verpflichten, d.h. einen zivilrechtlichen Vollstreckungstitel erlassen. Der Strafgerichtshof kann ggf. auch anordnen, dass die Wiedergutmachung über den bei diesem Gericht eingerichteten Treuhandfonds (Trust Fund for Victims) erfolgt.

15. Das Rückerstattungsgesetz der Schweiz sieht keine Klagemöglichkeiten für individuell Geschädigte oder Opferverbände vor. Die Verfassungsmäßigkeit ausschließlich kollektiver Lösungen ist sehr zweifelhaft. Mit rechtsstaatlichen Anforderungen (Art. 6 I EMRK) ist es unvereinbar, die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche von individuellen Gläubigern und erst recht von individuellen Opfern eines Regimes dadurch zu vereiteln, dass der Belegenheitsstaat das gesamte Inlandsvermögen des Schuldners kraft öffentlichen Rechts abräumt, um es einer wie auch immer definierten gemeinnützigen Verwendung zuzuführen.

Summary

*Access to assets of potentates – between enforcement immunity and victim protection
Practical Implications*

by Prof. Haimo Schack, Kiel

Private creditors trying to recover assets unlawfully acquired by potentates have to struggle with several legal and practical difficulties. First, they have to find the assets and relate them to the specific debtor. This tracing can be very difficult because property relationships are usually disguised by way of intermediate corporations. The necessary research is often done by professional investigators. To avoid hide-and-seek and split second transborder transfers the located assets have to be secured by a freezing order or an in rem arrest order, as in Germany §§ 917(1), 930 Code of Civil Procedure.

There are no immunity problems when the foreign state itself is the plaintiff and waives a possibly persisting immunity of the former ruler for *acta iure imperii*. Lawsuits filed by private citizens, however, may founder for that reason. Lawsuits will be dismissed because of personal immunity if the defendant is an acting head of state, diplomat or a person with an equivalent status. In such cases the immunity rules already prevent the service of process.

Concerning territorial jurisdiction the plaintiff can choose between the defendant's domicile (Art. 2 Brussels-I Regulation, Lugano Convention) and, if applicable, other special legal venues. If the defendant is domiciled outside of the EU or the Lugano Convention jurisdiction can also be based on the location of the debtor's assets in the forum state (in Germany § 23 Code of Civil Procedure and similar rules in many countries). For the plaintiff it may be quite attractive to file the lawsuit in the USA if he is able to surmount the immunity barrier of the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976.

The applicable law is determined by the conflict rules of contracts, torts, or unjust enrichment. The ownership of the assets acquired by potentates is governed by the law of the state of situs (*lex rei sitae*). If the applicable law is that of the potentate's domicile a possible violation of the *ordre public* of the forum state must be thoroughly examined, especially if the law of the domicile includes an unreasonable privilege for the (former) ruler or if, in the reverse case, the potentate as former head of state is now retroactively subject to stricter norms by the new government. If the individual creditors or the former potentates face a denial of justice in their home state, they both need special protection. In procedural terms individual plaintiffs may be helped by granting jurisdiction by necessity. In any case, the forum state must ensure a fair trial so that the potentate can defend his assets in court if they have been acquired lawfully.

The risk of courts getting involved in disputes between the followers of the old and the new regime is obvious but cannot be avoided. A state governed by the rule of law has to accept this challenge and should not take refuge with the "Act of State doctrine" or other tricks. The continuing push back of immunity helps the courts to fulfill their task of adjudicating civil cases independent from any influence from foreign states. This evolution of international law is a very encouraging development for practitioners of civil procedure, however difficult the resolution of the individual cases may be.

Diskussion

zu den Referaten Talmon und Schack

Frau Coester-Waltjen (als Diskussionsleiterin): Liebe Kolleginnen und Kollegen. Wir wollen jetzt gleich mit der Diskussion beginnen.

Herr Hanschel: Meine Bemerkung ist vor allem an Frau Krieger gerichtet. Ich frage mich, ob man nicht aus menschenrechtlicher Warte vielleicht doch ein wenig zu vorsichtig ist, wenn man die möglichen Einschränkungen der Immunität hauptsächlich auf prozedurale Aspekte beschränkt. Gegebenenfalls wären völkerrechtliche Standards, etwa mit *ius cogens*-Charakter, zu identifizieren, mit denen sich eben doch stärkere Begrenzungen der Immunität rechtfertigen ließen, ohne deshalb die Rechtssicherheit zu opfern.

Herr Dörr: Ich tarne meine beiden Anmerkungen nicht als Frage, sondern möchte sie als Zweitantwortung zu Herrn Talmons These 10 abgeben. Eigentlich wollte ich heute Vormittag Heike Krieger damit belästigen, ich glaube aber nun, es passt hier besser. Eigentlich gehört sie zu beiden Referaten. Herr Talmon, These 10 Ihres sehr inspirierenden Referats sagt im Wesentlichen, dogmatisch lässt sich eine funktionelle Immunitätsausnahme nicht begründen. Ich denke, das ist so nicht richtig, und dafür haben wir wohl auch gute Ansätze. Ich meine, dass jedenfalls das Moment der Pflichtenkollision einen dogmatischen Ansatz bieten könnte, um eine Immunitätsausnahme immer dann zu konstruieren, wenn Staaten echten völkerrechtlichen Bestrafungspflichten unterliegen. Denn dann kollidieren zwei Pflichten für ein- und dasselbe Rechtssubjekt: auf der einen Seite die vertragliche Pflicht, einen Folterverdächtigen, einen Völkermordverdächtigen, einen Terrorismusverdächtigen etc. einem Strafverfahren zuzuführen, auf der anderen Seite die gewohnheitsrechtliche Immunitätsgewährungspflicht. In Fällen in denen diese Bestrafungspflicht wirklich Anwendung findet und soweit sie Anwendung findet, sollte einem Staat aus dogmatischen Gründen erlaubt sein, die Immunitätsgewährungspflicht zurückzustellen. Ich habe auch das letzte House of Lords-Urteil im Fall Pinochet genau in diesem Sinne verstanden. Ich würde darin auch eine Parallele sehen wollen zu dem von Frau Krieger sehr schön aufgedröselten Moment der Normenkollision bei der Immunität internationaler Organisationen. Auch hier gehen wir über Art. 6 EMRK von einer Pflichtenkollision aus und lösen, wie Frau Krieger beschrieben hat, jedenfalls die praktischen Fälle mit dem Suchen nach einer Rechtsschutzalternative. Das scheint mir ein Ansatzpunkt dafür, dass es diesen Gedanken in der völkerrechtlichen Praxis schon gibt.

Die zweite Anmerkung zu These 10 am Ende: Der Immunitätsentzug taugt nicht als Gegenmaßnahme. Sie referierten, wenn ich mich recht erinnere, nur der verletzte Staat könne die Gegenmaßnahme ergreifen, und sagten dann, bei Menschenrechtsverletzungen wäre das ja nur der Heimatstaat des Verletzten. Da bin ich nicht so sicher. Ich bin da vielleicht noch nicht am Ende mit meinen Überlegungen, aber ich meine mich zu erinnern, dass die Draft Articles der ILC hier sehr viel weiter gehen und den „injured State“ als einen von mehreren möglichen, zu Gegenmaßnahmen berechtigten Staaten

adressieren. Jedenfalls das, was wir üblicherweise erga-omnes-Pflichten nennen, könnte dies hergeben, auch wenn das in den Draft Articles so natürlich nicht drinsteht. Ich kann mir auch vorstellen, dass es Pflichten gibt, deren Verletzung durchaus eine Reihe von Staaten betrifft, im Rechtssinne meine ich, auch wenn ihre eigenen Staatsangehörigen nicht betroffen sind, sodass ich das Moment der Gegenmaßnahme, also den Immunitätsentzug als Gegenmaßnahme, so schnell nicht preisgeben würde.

Herr Bothe: Vielen Dank. Ich bin froh, dass ich heute Morgen nicht drangekommen bin. Ich mache zwar meine Bemerkungen an einer These von Frau Krieger fest, aber sie treffen genauso auf die Referate von Herrn Ziegler und Herrn Talmon zu. Frau Krieger hat gesagt, eine wesentliche Rechtfertigung der Immunität sei, dass sie dem Rechtsfrieden diene. Da muss man wohl zwischen verschiedenen Immunitäten differenzieren. Diese These ist sicherlich völlig richtig hinsichtlich der diplomatischen Immunität und sie ist auch völlig richtig hinsichtlich der Immunität für special missions, die in der Tat eine sehr wesentliche Funktion hat. Bei den special missions ist man im Grunde dort, wo die Rechtsprechung zur Immunität einmal angefangen hat, bei der Entscheidung des amerikanischen Supreme Court im Falle *The Schooner Exchange v. McFaddon*, zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Nach dieser Entscheidung beruht die Immunität letzten Endes auf der Zulassung des Zutritts und damit auf einer Variante des Verbots widersprüchlichen Verhaltens. So hat das mal angefangen. Dieser Ansatz passt nicht, wenn es um Staatenimmunität im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen geht. Dient es dem Rechtsfrieden, wenn Opfer von schweren Rechtsverletzungen ohne Entschädigung bleiben? Meine Vorstellung von Rechtsfrieden sieht ein wenig anders aus. Es geht hier rechtstechnisch gesehen weniger um Normenhierarchien. Es geht um Wertungswidersprüche, die aufgelöst werden müssen. Einen wesentlichen Wertungswiderspruch gibt es bei der Behandlung des Straftäters, der Staatsorgan ist – das hat Herr Talmon völlig richtig ausgeführt. Dieser wird bestraft. Aber der Staat, in dessen Namen dieser Täter gehandelt hat, ist finanziell fein heraus, weil man gegen ihn nichts machen kann. Das ist für mich ein Wertungswiderspruch. Ein anderer, damit verbundener Wertungswiderspruch war wichtig für die Aufarbeitung nationalsozialistischen Unrechts durch die Gerichte der Vereinigten Staaten. Es gibt eine Fülle von Rechtsprechung, in der Unternehmen, die an dem staatlichen Unrecht teilgenommen haben, zum Schadensersatz verurteilt werden. Diese Unternehmen waren in das staatliche System integriert, besitzen aber eben nicht die staatliche Immunität. Diese Rechtsprechung hat dann zu dem heilsamen Ergebnis der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ geführt. Soll man den Unterschied an einer organisatorischen Petitesse festmachen? Wir haben auf der einen Seite Täter im staatlichen Auftrag, die aber privatrechtlich organisiert sind, und auf der anderen Seite den Staat selbst. Die werden unterschiedlich behandelt. Auch das ist ein Wertungswiderspruch, den es aufzulösen gilt.

Das nächste ist ein Wertungswiderspruch in den Perspektiven: wir haben einerseits die Sicht der staatlichen Exekutiven, die sich ja wunderbar einig waren gerade im Fall vor dem IGH. Wenn Sie die Außenministerien gefragt haben, das deutsche, italienische und griechische, sie waren sich in der Sache im Grunde völlig einig. Sie wollten Immunität. Warum? Weil das die Herrscher der Exekutiven über die Regelung dieser Schadensersatzfragen bekräftigt hat. Dass das aus der Sicht der Opfer völlig anders aussieht, das braucht wohl nicht näher begründet zu werden. Und wenn die Bundesregierung immer betont hat, es sei überhaupt kein Prozess gegen die Opfer, dann ist das formell völlig

richtig, aber eben nur formal. Einem breiteren Publikum ist das in der Sache nicht zu vermitteln. Ein anderer Punkt dabei, der mit den Widersprüchen zusammenhängt, ist die Gefahr des Missbrauchs. Welchen Missbrauchs eigentlich? In dem Fall vor dem IGH ging es nicht um das Verhältnis zwischen irgendeinem finsternen Staat und der Bundesrepublik, sondern zwischen zwei demokratischen Rechtsstaaten. Ausgangspunkt war ein Unterschied in der Bewertung von zivilrechtlichen Ansprüchen, welche die italienischen Gerichte anders gesehen haben als die deutsche Rechtsprechung.

Lieber Herr Talmon, ich bedanke mich bei Ihnen, dass Sie mich zitiert haben. Wenn Sie damit aber gemeint haben sollten, dass ich aufgrund von gewissen Tendenzen etablierte Regeln verneinen würde, dann muss ich das zurückweisen. Es geht bei dem, was ich hier kurz vertreten habe, nicht um Abweichung von etablierten Rechtsprinzipien aufgrund von Trends, sondern es geht um eine Auslegung von Gewohnheitsrecht. Die beruht auf Wertungen, die im positiven Recht der Gegenwart zu finden sind. Und das wäre etwas anderes.

Herr Schlosser: Was für mich als Prozessualisten an dem ganzen Tag etwas unbefriedigend war, ist der Umstand, dass immer so getan wird, als gehe es um eine Tat und die Zurechnung zu einer bestimmten Person, und dass beides als solches feststeht. Und ihretwegen werden Sanktionen gewählt, welche dem Immunitätsgrundsatz eventuell entgegenstehen; seien es strafrechtliche oder zivilrechtliche Sanktionen. Aber in der Wirklichkeit ist eben häufig von Anfang an unklar, was geschehen ist und wer wofür verantwortlich ist. Das muss mit Ermittlungstätigkeiten herausgefunden werden. Im Strafrecht haben wir diese drei Stufen, nämlich Anfangsverdacht, hinreichender Tatverdacht und dringender Tatverdacht. Die Frage in jeder dieser Stufen ist, ob das strengere Maßnahmen ergriffen werden dürfen? Im Zivilrecht haben wir auch vorgerichtliche Ermittlungstätigkeit. Am schärfsten ist das bei der sogenannten pre-trial discovery in den Vereinigten Staaten. Aber es gibt auch auf dem europäischen Kontinent Rechtsordnungen, die vorgerichtliche Ermittlungstätigkeit vorsehen, dann allerdings natürlich auch durch Gerichte, aber eben nur Ermittlungstätigkeiten. Zum Beispiel kann man im niederländischen Recht eine Zeugenaussage provozieren, nur um zu ermitteln, was denn geschehen ist und ob einem Ansprüche zustehen. In Amerika ist es, wie gesagt, ganz geläufig, dass zu dem Zweck, um zu ermitteln, ob einem Ansprüche zustehen, eine flächendeckende discovery betrieben werden kann.

Meine Frage an Herrn Talmon ist nun die: Gibt es im Völkerrecht Regeln, die sagen, ab wann kraft der Immunität Schluss ist und bis wie lang das geschehen kann? Kann etwa die Polizei Ermittlungen weiterführen, obwohl plötzlich der Verdacht auftritt, dass ein Inhaber einer Spezialmission in eine Korruption oder einen schlimmeren Skandal verwickelt ist? Muss sie dann ihre Ermittlungen aufgeben? Oder in Amerika: Muss die discovery abgebrochen werden, wenn feststeht, dass eine immunitätsberechtigte Person im Blickpunkt steht? Das ist also meine Frage: Was ist im vorgerichtlichen Raum von der Immunität her zu erwarten oder nicht zu erwarten?

Herr Hobe: Meine Frage geht – stellvertretend für Frau Krieger und Herrn Ziegler – an Herrn Talmon und bezieht sich auf dessen so treffend formulierte These 1, der ich weitestgehend zustimmen kann: Bildung des Rechts der Immunität als Gewohnheitsrecht. Dabei interessiert mich besonders die hier wenig thematisierte Frage der

Stellung und der Funktion der Gerichte. Diese Frage ist ja insbesondere in dem großen Rechtsprechungsüberblick, den wir von Andreas Ziegler über Schweizer Spruchkörper vernommen haben, deutlich geworden, aber auch im Beitrag von Frau Krieger aufgetaucht. Daran knüpft nun die Frage an, welche Rolle spielen eigentlich Gerichte, wenn es denn so ist, dass das Völkervertragsrecht gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht eine eher untergeordnete Rolle spielt, da die entsprechenden Konventionen wenig unterzeichnet und ratifiziert sind, sondern sich vieles auf nationaler Ebene durch nationale Gerichte abspielt und dies ja auch offensichtlich ein Teil der Unübersichtlichkeit der Materie ausmacht? Wie ist es dann zu beurteilen, dass etwa im Urteil in Sachen Pinochet Gerichte teilweise über die reine Rechtserkenntnis hinausgehen und Rechtsfortbildung betreiben? Die Frage ist also, ob im Bereich der Rechtsimmunitäten aus der Hilfsrechtsquelle der Gerichtsurteile, so etwas wie eine Hauptrechtsquelle geworden ist, insbesondere dann, wenn es sich um Rechtsfortbildung handelt.

Frau Krieger: Ich möchte eine Frage an Herrn Talmon zu einem Thema stellen, das mich auch beschäftigt hat. Sie sagten ja, es zeige sich eine Rechtsentwicklung hin zu Immunitätsausnahmen bei schweren Menschenrechtsverletzungen. Welche Gerichtsentscheidungen sind aber überhaupt tauglich, als Nachweis einer solchen Entwicklung zu dienen? Sie haben auf den Guatemala-Fall in Spanien hingewiesen, da ging es aber im Grunde um universelle Jurisdiktion. Es gibt ähnliche Fälle zwischen Tunesien, Mauretanien und Frankreich, da wird im Grunde aber auch um universelle Jurisdiktion gestritten. Sind diese Fälle also überhaupt tauglich, irgendetwas über Immunität zu sagen? Was ist, wenn der Staat auf die Immunität verzichtet, hilft das für eine gewohnheitsrechtliche Norm? Und wie ist es, wenn wir Besonderheiten haben, wie zum Beispiel im Fall Samantar? Da kam zu all den Besonderheiten, die Sie auch geschildert haben, noch hinzu, dass Samantar seit geraumer Zeit US-Staatsbürger war. Sind solche Fälle denn überhaupt noch geeignet, uns bei der Normfindung zu helfen? Danke.

Herr Flessner: Ich habe nur eine Frage an Herrn Schack. Zunächst: Vielen Dank für dieses Referat, das ja bei der Vorbereitung ein Ackern durch höchst disparate Rechtsquellen erfordert haben muss. In Ihrer Zusammenfassung Nr. 4 haben Sie über das anwendbare Recht gesprochen und geschrieben: Das in der Sache anwendbare Recht bestimmt sich nach dem Vertrags-, Delikts- oder Bereicherungsstatut. Für die Eigentumsverhältnisse an den Potentatengeldern gelte aber die *lex rei sitae*, also das Recht des Lagestaates. Mir ist nicht klar, welche Vermögenswerte und welche Lagestaaten das sein sollen. Die Potentatengelder liegen in der Regel auf Bankkonten oder in Wertpapierdepots. Für beide diese Aufbewahrungen gilt nicht unbedingt die *lex rei sitae*, man hat es hier eher nicht mit Sachenrecht zu tun. Sondern die Bankkonten sind Schuldverhältnisse und die Wertpapierdepots sind zwar eventuell sachenrechtlich gefasst, aber eventuell auch durch das Vertragsrecht der Giroverwahrungsstellen, und für diese gelten unter Umständen ganz andere Regeln. Jedenfalls scheint mir hier die *lex rei sitae* nicht ganz zu passen.

Frau Puttler: Ich habe eine Frage zur Ihrer These 9, Herr Talmon. Sie haben ausgeführt, es gebe völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen von der Immunität und in diesem Zusammenhang die vier Tatbestände der Nürnberger Prozesse genannt. Ich habe Zweifel, ob es sich hierbei tatsächlich um Völkergewohnheitsrecht handelt, denn, wie

Sie uns dargelegt haben, führt ein Einzelfall noch nicht zur Entstehung einer Norm des Völkergewohnheitsrechts. Außerdem wäre zu überlegen, für wen unter den Angeklagten der Nürnberger Prozesse überhaupt Immunität hätte geltend gemacht werden können. In Betracht gekommen wären allenfalls Karl Dönitz als letztes Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs und Joachim von Ribbentrop als Außenminister. Zugunsten der anderen Angeklagten, die zum Teil noch einmal Regierungsmitglieder waren, dürften keine Immunitätsrechte bestanden haben. Auch für die Zeit nach den Nürnberger Prozessen ist die gerichtliche Entscheidungslage zur Immunität für staatliche Funktionsträger und deren mögliche Ausnahmen spärlich. In der Diskussion sind vor allem die nationalen Entscheidungen zum Fall Pinochet und das Urteil des IGH zum Haftbefehlsfall. Eine einheitliche Linie, die als Beleg für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht dienen könnte, lassen diese Entscheidungen gerade nicht erkennen. Gegen die Existenz völkergewohnheitsrechtlicher Immunitätsausnahmen spricht auch die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs. Die Vertragsstaaten hielten eine völkervertragsrechtliche Definition der Verbrechenstatbestände für erforderlich, wegen denen auch und gerade staatliche Funktionsträger keine Immunitätsrechte geltend machen können (Art. 27 Rom-Statut). Dabei ist das Verbrechen gegen den Frieden im Rom-Statut erstmals seit den Nürnberger Prozessen wieder in die Liste der Straftatbestände eines internationalen Strafgerichts aufgenommen worden. Bekanntlich haben die Vertragsstaaten über ein Jahrzehnt gebraucht, bis sie sich auf eine Definition des Verbrechens der Aggression und damit verbundene Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit einigen konnten. Da diese Regelungen frühestens ab 2017 in Kraft treten werden, wird man noch lange warten müssen, bis man weiß, ob und wie diese Regelungen in der Rechtsprechung gehandhabt werden können. Ich glaube, dass es angesichts dieser Rechtslage recht kühn ist, von Immunitätsausnahmen zu sprechen, die bereits in Völkergewohnheitsrecht erstarkt seien.

Frau Peters: Vielen Dank für die beiden Referate, die ich wirklich ausgezeichnet und innovativ fand. Besonders beeindruckt hat mich Kollege Schack, der weit in das Völkerrecht, ins Strafrecht und in das Rechtshilferecht eingedrungen ist und auch klar Position bezogen hat. Es haben sich aber in beiden Referaten terminologische Unterschiede aufgetan, und das scheint mir symptomatisch für das ganze Rechtsgebiet. Vielleicht sind sie unbedeutend, vielleicht aber auch nicht. Zum Beispiel lautete die These von Herrn Talmon, dass es nach Ende der Amtszeit doch eine fortwirkende personale Immunität gäbe. Demgegenüber hat Herr Schack gesagt, die personale Immunität ende mit dem Ende des Amtes und nur noch die funktionale bestehe weiter. Das entspricht meinem Wissensstand. Ich glaube, Herr Talmon war hier sehr innovativ. Können Sie noch mal erklären, ob diese Terminologie überhaupt eine Rolle spielt?

Ferner habe ich eine Frage zu Herrn Talmons These, dass vor internationalen Gerichten prinzipiell auch Immunität gelte. Sehen Sie in den Nürnberger Prozessen usw. keinen Präzedenzfall dafür, dass es keine Immunität vor internationalen Gerichten gibt? Einerseits könnte man zu Recht fragen: Wenn dies so ist, warum haben wir dann die Normen im ICC-Statut? Andererseits greift die Ratio, die Sie angeführt haben, souveräne Gleichheit, vor internationalen Gerichten nicht.

Schließlich noch eine methodische Frage im Anschluss an Stephan Hobe zur Rolle der Gerichte, aber auch zur Rolle der Rechtswissenschaftler, welche die Verfahren beobachten. Sie haben gesagt, das Pinochet-Urteil gibt schlechte Argumente, falsche Argumente, die dogmatisch nicht haltbar sind. Aber dennoch müssen wir zur Kenntnis

nehmen, dass solche Rechtsprechung der Anfang eines Völkergewohnheitsrechtsbildungsprozesses sein kann. Wie stehen wir als Wissenschaftler dazu?

Meine letzte Frage an Herrn Schack. Das Rückerstattungsgesetz der Schweiz haben Sie als symbolische Gesetzgebung bezeichnet. Der Direktor unserer Völkerrechtsdirektion ist ein bisschen zusammengezuckt, als er das gehört hat. Vielleicht gibt es auch noch andere Meinungen dazu.

Herr Graf Vitzthum: Ein Wort des Dankes an den Vorstand vorab. Ich finde die beiden Tage schließen sich wunderbar zusammen. Die Theorie von gestern ist ein Handschuh, der sich um die große Praxisrelevanz heute schließt, und beide zusammen geben ein interessantes, relativ vollständiges Bild. Ich habe eine Frage an Herrn Schack und eine an Herrn Talmon. Herr Schack, Sie haben so nebenbei in einem vom Alien Tort Claims Act gesprochen. Das ist natürlich Dynamit, mit dem Sie da hantiert haben. Ich würde gerne Sie als Prozessualisten fragen, ob Ihnen klar ist, dass man aus völkerrechtlicher Sicht zum Beispiel das Interventionsverbot dagegen halten kann, gegen manche Auswüchse?

An Herrn Talmon zunächst Dank für die innovative Art des Vortrags. Ich bin gespannt, wie weit das Schule machen wird. Das kann natürlich nicht jeder. Das war nach einem langen Tagungstag eine erfrischende Form der Präsentation. Sie haben geschildert, jetzt komme ich zu meiner Frage, dass zwischen den zunehmenden Einschränkungen der funktionellen Immunität und der Ausweitung, mit welchen Gründen auch immer, der personellen Immunität sozusagen ein genetischer Zusammenhang besteht. Sie verhalten sich in etwa wie kommunizierende Röhren. Meine Frage: Kann die Kompensation der Verluste, sozusagen, aus staatlicher Sicht auf der Seite der funktionellen Immunität beliebig kompensiert werden durch innovative Konzepte und Umgehungsmaßnahmen im personellen Immunitätsbereich? Gibt es nicht irgendwann eine Grenze auch der Staatlichkeit oder der Funktionsfähigkeit des Staates und damit natürlich auch des Völkerrechts, also einer nach wie vor, ja primär zwischenstaatlichen Rechtsordnung? Danke.

Herr Tomuschat: Gestatten Sie mir zunächst eine zusammenfassende Bemerkung zu den Themen von heute und gestern. Mir gingen manchmal die Schlüsse von der einen Form der Immunität zur anderen zu schnell. Ich glaube, man muss sehr sorgfältig unterscheiden zwischen, auf der einen Seite, der Immunität des Staates, die ja eine zivilrechtliche Immunität ist, und den Immunitäten des Individuums, die strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Art sein können. Da sind manchmal Parallelen gezogen worden, die sich keineswegs ohne weiteres anbieten. Zum Beispiel ist es so, dass bei der Immunität des Staates durchweg alternative Arrangements der Wiedergutmachung zur Verfügung stehen, während das bei der strafrechtlichen Verantwortung keineswegs in der gleichen Weise der Fall ist. Man darf also nicht der Versuchung erliegen, allzu schnell von einer Form der Immunität zur anderen zu hüpfen und Parallelen zu ziehen. Das scheint mir nicht angemessen zu sein, zumal ja vieles auf vielleicht historischen Zufälligkeiten beruht. Es handelt sich ja nicht um ein kartesisches System, das nach einem einheitlichen Bauplan konstruiert worden ist.

Ich komme zu einem zweiten Punkt und möchte die These von Herrn Talmon aufgreifen, dass es heute für völkerrechtliche Verbrechen keine Immunität mehr gebe. Das ist eine seiner zentralen Thesen gewesen. Ich halte sie schlicht für falsch, und ich sage das

ganz unverblümt. Nach wie vor scheint es mir richtig zu sein, dass es keine Immunität vor internationalen Gerichten gibt, aber doch eine solche vor nationalen Gerichten. Man braucht nur an die Haltung der Großmächte China, Russland und der USA gegenüber dem Römischen Statut zu denken, die den Gedanken, dass es irgendeine Art von internationaler Verantwortlichkeit geben muss für solche großen Formen der Verbrechen, einfach zurückweisen und nicht akzeptieren. Allein das zeigt, dass der Gedanke von Herrn Talmon irgendwie der Zeit voraus läuft und auch nicht sehr fruchtbar ist. Soll wirklich jedes Gericht im Tschad oder in Malawi dazu in der Lage sein? Und da komme ich auf das zurück, was Herr Schlosser vorhin gesagt hat. Es gibt ja die Vorwirkungen eines Prozesses, was gerade im Strafverfahren heißt, dass Haftbefehle erlassen werden können. Kissinger hat einmal in einem berühmten Aufsatz in Foreign Affairs gerade diese Gefahr beschworen, die an seiner Person nicht vorbeigegangen ist. Er ist tatsächlich Opfer solcher Haftbefehle gewesen und musste sich hüten, ins Ausland zu reisen.

Ich nehme einen nächsten, meinen letzten Punkt auf: funktionale Immunität. In Herr Talmons Leitsatz 3 heißt es sodann: Die funktionelle Immunität der Staatsbediensteten folgt aus der Immunität der Staaten. Das klingt so, als ob jeder Staatsbedienstete, vom Staatspräsidenten bis zum letzten Hilfsdiener irgendwo in einem Ministerium, funktionelle Immunität genießen würde. Das wird aus der Immunität des Staates abgeleitet. Meines Erachtens entspricht diese These einfach nicht dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht. Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht hat bestimmte Kategorien von Personen mit Immunität ausgestattet. Wenn man über diese klassischen Kategorien hinausgeht, insbesondere den Diplomaten, den Konsul, das Staatsoberhaupt, muss sehr sorgfältig nachgewiesen werden, dass es in der Tat eine solche Immunität gibt. Es gibt kein umfassendes Überschwappen der staatlichen Immunität auf die Bediensteten eines Staates, jedenfalls nicht im strafrechtlichen Bereich. Kaum lässt sich behaupten, damit würde die Immunität des Staates untergraben.

Ich möchte jetzt vor allem nicht auf das Verfahren Deutschland gegen Italien eingehen, das ich sehr wohl kenne, aber ich enthalte mich dazu jeder Bemerkung.

Herr Paulus: Ich wollte da weitermachen, wo Herr Tomuschat angefangen hat und mich der Warnung anschließen, dass wir uns rationalisierte Geschichten zusammenbasteln, die zwar in sich stimmig sind, aber die unter Umständen dem jeweiligen Einzelthema nicht hundertprozentig gerecht werden. Das sage ich trotz und auch obwohl ich die Geschichten, die wir heute gehört haben, alle sehr genossen habe und alle in sich stimmig und auch in sich logisch fand. Aber wie Herr Tomuschat finde ich, dass manchmal die Wirklichkeit nicht ganz so logisch ist, wie das Bild, das wir uns von ihr machen.

Als zweiten Punkt würde ich noch mal gerne auf das Pinochet-Urteil eingehen. Herr Talmon, Sie haben gesagt, das ist im Fall letztlich alles nicht stimmig, die Argumente seien immer nur von Wenigen unterstützt worden. Aber Sie haben meines Erachtens ein Element ausgeschlossen, das ein allgemeines Problem widerspiegelt. Das House of Lords hat sich ja in der letzten Fassung der Entscheidung auf eine vertragliche Sonderregelung, auf eine Vertragskonstruktion berufen und hat diese sehr innovativ, das ist sicherlich richtig, teleologisch ausgelegt. Das sind ursprünglich Verträge zur strafrechtlichen Zusammenarbeit, die später auch das Völkerstrafverbrechen der Folter einbezogen haben. Und diese Konvention beruht zum Teil auch auf dem No Safe

Haven-Prinzip, das heißt der Folterer oder der andere Kriminelle soll sich nirgendwo vor Verfolgung sicher fühlen können. Wenn man das No Safe Haven-Prinzip einbezieht, wird die teleologische Auslegung des House of Lords, die Immunität für die Vertragsparteien auszuschließen, meines Erachtens wesentlich stimmiger und deswegen vertretbar. Wie gesagt, sie ist mutig, aber ich würde mich Ihnen nicht anschließen und sagen, sie ist völlig aus der Luft gegriffen. Und daran schließe ich eine Frage an. Wir haben ja nun ein neues Vertragsregime, das Römische Statut. Ich würde, anders als Herr Tomuschat, schon vertreten, dass die Definitionen der dortigen Völkerstrafrechtsverbrechen im Großen und Ganzen allgemein akzeptiert werden. Die USA zum Beispiel unterstützen, mit Ausnahme der Verbringung aus besetzten Gebieten, diese Definitionen, ohne sich dem Regime insgesamt anzuschließen. Also würde ich schon sagen, dass wir da fast schon etwas wie ein Gewohnheitsrecht haben. Aber wie ist das bei der Frage der Immunität und der Komplementarität unter dem Römischen Statut? Ist das dann auch so ein Vertragsregime, das ein No Safe Haven-Prinzip enthält, das unter Umständen dann auch für die komplementären nationalen Verfahren die Berufung von Vertragsparteien auf die Immunität ihrer jeweiligen Funktionäre ausschließen würde? Vielen Dank.

Frau Kriebaum: Herr Talmon, ich möchte auf den Pinochet-Fall zurückkommen. Wenn man Ihre These 3, hinsichtlich der Immunität für alle Staatsbediensteten bei offiziellen Handlungen gemeinsam mit der These 10 liest, die ich so verstanden habe, dass Sie meinen, die UN-Konvention gegen die Folter würde nicht zu einer Einschränkung der funktionellen Immunität von Staatsbediensteten führen, dann bleibt für das *aut dedere aut judicare*-Prinzip in Art. 7 der UN-Konvention gegen Folter kaum ein Anwendungsbereich übrig.

Gemäß Artikel 1 der UN-Konvention gegen die Folter kann diese nur auf Anordnung oder mit der Zustimmung oder Duldung eines staatlichen Organs oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft tätig werdenden Person begangen werden.

Art. 4 der Konvention sieht die Pflicht vor, Folter unter Strafe zu stellen. Art. 5 der Konvention verpflichtet die Vertragsparteien, Jurisdiktion für Folter zu etablieren. Art. 7 normiert die Verpflichtung, diese entweder selbst auszuüben oder die Person an einen anderen Staat, der Jurisdiktion ausüben will, auszuliefern.

Durch diese dreistufige Verpflichtung: 1) Pflicht, Folter unter Strafe zu stellen, 2) Pflicht, Jurisdiktion vorzusehen und 3) Pflicht, diese auch auszuüben, will die UN-Konvention gegen die Folter sicherstellen, dass Personen, die derartige Taten begangen haben, einer Bestrafung nicht entgehen.

Gemäß Artikel 1 der Konvention muss die Natur des Aktes eine offizielle Handlung sein, damit die Folterdefinition erfüllt ist. Diese offizielle Eigenschaft der Handlung ist aber, wenn ich Ihren Thesen folge, zugleich die Basis für eine Immunität *ratione materiae*. Das heißt, die amtliche Eigenschaft der Handlung ist dann zugleich Verbrechensmerkmal und immunitätsauslösender Faktor.

Wenn man Ihren Gedanken zu Ende führt, wäre die *aut dedere aut judicare*-Regelung für ausländische Organe, die in offizieller Funktion handeln, völlig ausgehöhlt. Das Prinzip wäre dann nur noch auf eigene Staatsangehörige anwendbar. Diese müsste der Staat, falls es seine Verfassung zulässt, ausliefern, wenn er sie selbst entgegen seiner Verpflichtung aus der Konvention nicht verfolgen würde. Das heißt die *aut dedere aut*

judicare-Regel ist eigentlich dann ihres Sinnes beraubt. Entweder hätte der ausländische Angeklagte als Privatperson gehandelt, was mit sich bringt, dass er nicht im Sinne der Konvention gefoltert hat, oder er hat hoheitlich gehandelt, was zu einer Immunität von der Strafverfolgung führen würde. Ich habe dem House of Lords-Urteil da schon einiges abgewinnen können. Es hat gesagt, die Konvention will eben sicherstellen, dass es keine Strafflosigkeit gibt und dazu hat sie eine Reihe von Punkten vorgegeben und sie kann nur Sinn ergeben, wenn man doch eine Einschränkung der Immunität *ratione materiae* für ausländische Staatsorgane vornimmt. Danke.

Herr Nolte: Ich habe drei Nachfragen an Herrn Talmon. Herr Talmon hat gesagt, die extraterritoriale Anwendung der Gerichtsbarkeit sei ein modernes Phänomen. Ich möchte da noch einmal nachfragen. Ist es wirklich so, dass Staaten ihre Gesetzgebung erst in jüngster Zeit auf Sachverhalte, die außerhalb ihrer Grenzen liegen, ausgeweitet haben? Wenn wir an den Alien Tort Claims Act denken, begründet er formell zwar nur eine gerichtliche Zuständigkeit, er setzt aber materiell doch voraus, dass das Recht auch auf Sachverhalte außerhalb des Staates anwendbar ist. Ich kann mir auch schwer vorstellen, dass es früher keine Sachverhalte gegeben hat, bei denen ein Staatsangehöriger im Ausland einem Verbrechen zum Opfer gefallen ist und dann die Gelegenheit besteht, den Täter zu bestrafen. Dass man in solchen Fällen gesagt hätte, „aber das ist im Ausland passiert und wir haben unsere Gesetze nicht erstreckt“, kommt mir nicht plausibel vor. Wenn es aber so ist, dass auch früher schon extraterritorial anwendbare Gesetze in bestimmten, vielleicht begrenzteren Bereichen existiert haben, dann kann man, glaube ich, die scharfe Unterscheidung zwischen funktioneller und personeller Immunität, wie sie Herr Talmon postuliert hat, wohl doch nicht so scharf ziehen. Ich bin sehr der Meinung von Herrn Tomuschat, dass man bei der Immunität und ihren Erscheinungsformen differenzieren muss. Ich bin allerdings auch der Meinung, dass es da eine gemeinsame Grundlage gibt und dass man bei dieser Grundlage nicht danach unterscheiden kann, dass ein Teil von der territorialen Souveränität kommt und der andere Teil, vielleicht historisch viel später oder viel früher, aus der souveränen Gleichheit.

Mein dritter Punkt ist die meines Erachtens ganz wichtige, zentrale Frage, ob es eine core crimes exception für Handeln von Staatsbediensteten gibt. Diese Frage, fand ich, hat Stefan Talmon recht kurz behandelt. Er hat sich auf „Nürnberg“ berufen und den berühmten Satz zitiert: „they have done together, what any one of them might have done singly“. Da möchte ich auch noch einmal nachfragen. Frau Puttler hat gesagt, dass das möglicherweise eine Schwalbe war, die den Sommer noch nicht gemacht habe, auch wenn das Nürnberger Urteil natürlich eine erheblich größere Schwalbe war als die Entscheidung eines nationalen Gerichts und deshalb sehr ernst zu nehmen ist. Aber hat das Tribunal und haben die Staaten damit wirklich eine ganz weitgehende Aussage machen wollen oder haben sie vielleicht nur sagen wollen, dass jeder der alliierten Staaten die Deutschen allein vor seine Gerichte hätte stellen können, sie dies also auch zusammen könnten. Haben sie wirklich damit sagen wollen, dass jeder Staat in jeder Situation die Kompetenz für eine core crimes Gerichtsbarkeit ausüben könnte? Ich habe da erhebliche Zweifel. Kollegin Ingrid Wuerth hat vor kurzem im American Journal of International Law einen langen Aufsatz veröffentlicht, in dem sie die Rechtsprechung, die zu dem Punkt vorhanden ist, analysiert. Es gibt in der Tat ein paar wenige Entscheidungen, die eine core crimes exception postulieren. Es gibt aber offenbar deutlich mehr Entscheidungen, die das nicht akzeptieren. Sind diese

Entscheidungen nicht die moderne Praxis, die wir einander gegenüberstellen und dann unsere Schlussfolgerungen daraus ziehen müssen? Die Situation bei der Frage einer möglichen core crimes exception bei Immunität *ratione materiae* ist zwar sicher nicht so eindeutig wie in der Situation des IGH-Verfahrens Deutschland gegen Italien, wo wir ein einziges Urteil in einem Staat hatten, oder gewissermaßen anderthalb und eine ganze Reihe von Urteilen, die dagegen standen. Aber ich denke, das ist das Material, mit dem man eine core crimes exception begründen oder ablehnen muss. Die Berufung auf Nürnberg, so sehr sie auch in Deutschland Resonanz hat, scheint mir vor diesem Hintergrund nicht auszureichen.

Frau Vöneky: Ich bedanke mich ganz herzlich für die Referate am heutigen Tag, die wirklich sehr anregend und ideenreich waren. Bei der Beurteilung der Nürnberger Urteile würde ich mich Herrn Nolte in jedem Fall anschließen. Bei diesen Urteilen ist zu beachten, dass das kriegsvölkerrechtliche Besatzungsrecht für die normative Bewertung entscheidend war. Dieses Besatzungsrecht führte zu einer rechtlichen Sondersituation. Dies bedeutet wiederum, dass wir die Nürnberger Urteile für die Beantwortung der allgemeinen Immunitätsfragen nicht zu stark machen können. Daher meine Frage an Herrn Talmon, ob er hier an seiner Einschätzung festhält? Das war meine erste Anmerkung und Frage.

Mein zentrales Anliegen sind aber die Gerechtigkeitsaspekte, die Herr Bothe angesprochen hat und die auch Frau Krieger und Herr Talmon angesprochen haben. Warum argumentieren wir für Immunitätseinschränkungen in bestimmten Fällen? Weil wir das Gefühl bzw. die Intuition haben, dass die Gerechtigkeit es erfordert, dass bestimmten Individuen bei massiven Menschenrechtsverletzungen Entschädigungsansprüche zugesprochen werden. Ich halte dennoch das Urteil Deutschland gegen Italien für richtig, ohne dies hier – aus Zeitgründen – weiter vertiefen zu können. Es gibt auch in diesen Fällen gute Gründe zu argumentieren, dass die Souveränität der Staaten vor der Gerichtsbarkeit anderer Staaten geschützt werden muss. Aber was kann dann die Lösung sein? Sind dann Gerechtigkeitswidersprüche nicht auflösbar? Hier hat das erste Referat heute gute Hinweise geliefert. Die Frage, ob wir für Immunitätseinschränkungen argumentieren müssen, um diese Gerechtigkeitslücke schließen zu können, ist eine Frage, die sich auch für uns Völkerrechtler im Mehrebenensystem stellt. Ich vertrete die Ansicht, dass wir uns noch mehr auf die nationale Rechtsordnung beziehen müssen und dort auf die Ansprüche ausländischer Privatpersonen, die vor den Gerichten des jeweiligen (Täter-)Staates durchgesetzt werden können müssen. Es geht daher gerade nicht mehr nur um die Bestrafung von Straftätern durch die nationalen Gerichte der „Täter“-Staaten, sondern vordringlich auch um die Frage der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen in diesen Staaten. Es gibt im deutschen Staatshaftungsrecht hierfür gut handhabbare Anspruchsgrundlagen, da es die Möglichkeit gibt, Amtshaftungsansprüche geltend zu machen: Der Bundesgerichtshof hat den Weg dafür auch bei Verletzungen des Kriegsvölkerrechts freigemacht, selbst wenn sie exterritorial von deutschen Soldaten begangen werden sollten. Jetzt liegt es am Bundesverfassungsgericht mit der anhängigen Verfassungsbeschwerde der Opfer einer Brückenbombardierung im Kosovokonflikt, zu entscheiden, ob wir diesen Weg weiter beschreiten können oder nicht. Ich glaube, auch wir als Völkerrechtler sollten – mit Blick auf das Mehrebenensystem und die nationalen Rechtsordnungen – um Gerechtigkeitslücken zu schließen, nicht für die Einschränkung der Immunität des Verletzerstaates, aber für

die Stärkung der nationalen Anspruchsgrundlagen dieses Staates auch beim extraterritorialem Handeln von Staatsorganen argumentieren. Das ist ein gangbarer Weg, der auch deswegen souveränitätsschonend wäre, weil es dann – beispielsweise – deutsche Gerichte wären, die über die Entschädigungsansprüche urteilen würden (d.h. deutsche Gerichte, die urteilen würden, ob durch deutsche Soldaten im Ausland geschädigte Opfer – in Afghanistan oder an anderen Orten –, entsprechende Entschädigungsansprüche zugesprochen werden). Wenn der Amtshaftungsgrundsatz des deutschen Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuches grundrechtsbasiert ist, und wenn die Grundrechte nicht an unseren territorialen Grenzen enden, dann gibt es gewichtige Gründe, dafür zu argumentieren, durch nationale Durchsetzungsmöglichkeiten staatshaftungsrechtlicher Ansprüche eine Gerechtigkeitslücke zu schließen.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Frau Vöneky. Herr Ziegler oder Frau Krieger? Wer von beiden möchte zuerst sprechen?

Herr Ziegler: Vielen Dank. Ich werde mich ganz kurz halten, ich hatte ja heute Morgen Gelegenheit, diese Zeit genügend in Anspruch zu nehmen. Ich fand Ihre Fragen am Morgen und auch am Nachmittag äußerst anregend. Ich nehme selbst vor allem auch mit, dass da Handlungsbedarf ist. Insbesondere haben wir über den Stand, wie wir die aktuelle Rechtssituation sehen, viel geredet und sind auch zu teilweise sehr unterschiedlichen Ansichten gekommen. Persönlich jedenfalls fände ich es interessant, jetzt weiterzuschauen. Und zwar, da pflichte ich Herrn Tomuschat auch bei, für die einzelnen Gebiete unterscheidend, hoffentlich auf gleichen Grundwerten beruhend, aber vielleicht doch mit unterschiedlichen Lösungen. Zu schauen, wie man vielleicht in diesen Gebieten, insbesondere auch bei der Immunität von Staatsvertretern, das System stärken kann, indem man gewisse Foren oder durch gewisse Verträge positivrechtlich Lösungen findet, für die man gewohnheitsrechtlich keine Grundlage findet oder nicht so leicht konstruieren kann.

Frau Krieger: Zu den an mich gerichteten Fragen vielleicht kurz: Ich glaube schon, dass es eine Konstruktion gibt, nach der sich Immunitätsausnahmen begründen lassen, und zwar im Fall der Konventionen, die Amtsdelikte festlegen, wie die Anti-Folterkonvention und die Konvention gegen das Verschwindenlassen. Das ist ja auch Teil der Pinochet-Argumentation gewesen. Oliver Dörr und auch die Kollegin aus Wien haben darauf hingewiesen. In diesen Konstellationen bin ich der Meinung, dass wir eine prozessuale Verpflichtung jedenfalls aus diesen Verträgen haben, die für die Vertragsstaaten Immunität in den konkreten Konstellationen ausschließt.

Ich bin auch der Meinung, dass man bei den Übertragungen der Argumentationen zur Begründung oder Ablehnung von Immunitätsausnahmen zwischen den verschiedenen Immunitätsgewährungen genau unterscheiden muss und möchte noch darauf hinweisen, dass der IGH selber im Jurisdictional Immunities Case gesagt hat, dass seine Feststellungen nicht für das Recht der Immunität von Staatsorganen gelten. Der IGH hat also selbst versucht, die Auswirkungen des Urteils mit dieser Passage zu begrenzen. Ich glaube aber, anders als Herr Tomuschat, dass wir auch im Strafrecht alternative Rechtswege haben. Hierzu gehören beispielsweise die nationale Strafgerichtsbarkeit des Heimatstaates oder eben Menschenrechtsgerichtshöfe, vor denen man strafrecht-

lich relevante Sachverhalte auch geltend machen kann, sodass ich insofern doch eine gewisse Vergleichbarkeit des Rechts der Staatenimmunität und der Immunität von Staatsorganen im Hinblick auf das Argument sehe, alternative Rechtswege stünden zur Verfügung.

Herr Schack: Zuerst zu Ihnen, Herr Flessner, damit ich das Missverständnis ausräumen kann. Natürlich ist mir klar, dass die *lex rei sitae* nicht für Wertpapiere und Bankguthaben gilt. Ich hatte nur eine Fußnote vielleicht nicht deutlich mitgelesen. Potentatengelder habe ich als Oberbegriff für sämtliche Vermögenswerte verstanden. Unter Potentatengelder müssen Sie sich ebenso Grundstücke, im Fall von Imelda Marcos Kisten mit Schmuck und Schuhen, aber vor allem Grundstücke, vorstellen. Da gibt es sehr viele Gegenstände, für die die *lex rei sitae* gilt. Das war auch nicht mein Thema. Ich wollte nur die praktische Umsetzung damit schlagwortartig beleuchten.

Zu Frau Peters: Das Rückerstattungsgesetz als symbolische Gesetzgebung – das habe ich vielleicht ein bisschen hart ausgedrückt. Ich finde es erst einmal grundsätzlich positiv, dass die Schweiz so ein Rückerstattungsgesetz erlassen hat und damit versucht hat, etwas, das rechtlich und politisch wirklich sehr schwierig ist, auf eine rechtliche Grundlage zu stellen. Dass das in den Voraussetzungen und in den Rechtsfolgen nicht ganz gelungen ist, ist ja auch bei anderen Gesetzen so, da wollte ich nur darauf hinweisen. Zu den Voraussetzungen: Das Erfordernis etwa eines staatlichen Rechtshilfeersuchens gegenüber einem Staat im Umbruch kann eigentlich so nicht funktionieren. Das zeigt sich auch daran, dass die praktizierten Beschlagnahmen nach wie vor über Art. 184 der BV gelaufen sind. Also die Voraussetzung scheint dort zu scharf zu sein, sodass das Gesetz da leer läuft. Als Zivilrechtler stört mich dann die Rechtsfolgenseite, dass man das Heil ganz eindeutig in kollektiven Lösungen sucht und dass dadurch die individuell Geschädigten und individuellen Opfer mit ihren Forderungen im Regen stehen bleiben. Das geht, finde ich, gar nicht und widerspricht auch der Intention einer ganzen Reihe von Staatsverträgen. Die individuelle Rechtsschutzgewährung muss ermöglicht werden. Das kann man nicht unter dem Mantel kollektiver Lösungen verstecken, nach dem Motto: jetzt ist das Geld weg und wir sind die heiße Kartoffel los. Die öffentlichen Zwecke, die mit diesem Geld mehr oder weniger erreicht werden, sind ja nicht die, von denen die individuellen Opfer profitieren. Hier bin ich als Zivilrechtler ganz auf der Seite des individuellen Rechtsschutzes. Das weitere Problem – und das ist jetzt eines der Geldwäschereigesetzgebung der Schweiz, und da sollte sie wirklich etwas tun – ist, dass ausgerechnet Grundstücke und Kunstgegenstände nicht unter die Geldwäschervorschriften fallen. Das verdirbt auch die Preise auf dem Kunst- wie auf dem Grundstücksmarkt, beides Hauptanwendungsfälle von Geldwäsche. Ausgerechnet die vom Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen, macht das Ganze in meinen Augen ungläubwürdig.

Herr Vitzthum: Zum Alien Tort Claims Act. Den habe ich nur am Rande gestreift. Das ist Dynamit, das ist mir völlig klar. Aber nicht unbedingt aus völkerrechtlicher, sondern aus zuständigkeitsrechtlicher Sicht. Das Gesetz ist fast 200 Jahre alt und sollte ursprünglich die Piraterie bekämpfen; es ging um Delikte auf Hoher See. Dort sollte das Völkerrecht durchgesetzt werden. Das, was mit dem Alien Tort Claims Act praktiziert wird, jetzt verstärkt durch den Torture Victims Protection Act, ist im Grunde Weltrechtspflege zur Durchsetzung des Völkerrechts. Da kann eigentlich das Völkerrecht nichts dagegen haben. Den Internationalverfahrensrechtler stört die ungeniert

weite Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit. Aber auch da würde ich sagen, wenn wir Rechtsdurchsetzungsdefizite im individuellen Rechtsschutz haben, ist es doch nichts völkerrechtlich Verbotenes, inländischen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen. Das nehmen die USA im Alien Tort Claims Act für sich in Anspruch, darin sehe ich keine Völkerrechtsverletzung. Die ursprüngliche Intention, Völkerrecht durchzusetzen, ist durchaus legitim. Ein Teil der politischen Problembewältigung geschieht damit vor US-amerikanischen Gerichten. Auf einem anderen Blatt steht, dass bei der Zwangsvollstreckung in aller Regel nichts herunkommt. Solche Klagen haben also mehr eine politische Funktion, begangenes Unrecht aufzuarbeiten – die sollte man aber auch nicht als zu gering erachten. Solange wir keinen – das haben das Referat und die Diskussion gezeigt – funktionierenden Individualrechtsschutz haben, sind solche Klagemöglichkeiten unter dem Alien Tort Claims Act bestimmt nicht völkerrechtswidrig. Und ich meine auch, der hat einen guten Kern. Dass da inzwischen auch Unternehmen und viele andere mehr mit gefangen werden, darüber kann man streiten.

Dann als letztes zu Ihnen, Herr Talmon: Ihre These 17 ist mir ins Auge gestochen, dass die Immunität der Amtsträger im Interesse der Funktionsfähigkeit vergrößert werden sollte. Meine ganze Intention ist es, in der Tendenz der letzten Jahre die Staatenimmunität abzubauen, um eben den Individualrechtsschutz zu erleichtern und ihn nicht zu erschweren. Wenn Sie den Amtsträgern stärkere Immunität geben und dann vielleicht der Immunitätgewährende Staat das im Wege eines Aufopferungsanspruchs ausgleichen muss, dann zahlt genau der Falsche, also der Staat, der die Immunität gewährt, und nicht derjenige, der das Unrecht durch seine Amtsträger verbockt hat. Das wäre eine völlig falsche Wirkung, und deswegen meine ich, dass der Amtsträger mit Recht im Regen stehen muss, wenn er nicht von der Staatenimmunität für *acta iure imperii* profitiert und wenn es sinnvoll und praktisch lukrativ ist, ihn zivilrechtlich zu belangen. Dann muss der Amtsträger, wenn er denn zahlen muss, sehen, dass er seinen Heimatstaat in Regress nimmt. Das ist immer noch das kleinere Übel verglichen mit dem größeren, das individuelle Opfer völlig rechtsschutzlos zu lassen. Deswegen finde ich die Tendenz, die ich in den letzten Wochen und Monaten gelesen und gespürt habe, die Immunität weiter zurückzudrängen, richtig. Und deswegen bin ich gespannt, ob Sie das auch noch anders begründen könnten.

Herr Talmon: Ich beginne mit Herrn Dörr: Es geht in der Tat um echte Bestrafungspflichten. Das House of Lords hat als eine der Begründungsmöglichkeiten einen impliziten Immunitätsverzicht bei Verträgen angeboten, in denen sich die Staaten verpflichten, gewisse Verbrechen zu verfolgen oder, wenn sie dies nicht tun, die Täter oder die Verdächtigen auszuliefern. Dieser Ansatz war auch für mich immer der plausibelste der vier Alternativen, und so habe ich das auch über viele Jahre hinweg unterrichtet. Wenn man sich die Begründungen aber einmal genauer anschaut, sieht man, dass es nur zwei der insgesamt 15 Richter waren, die sich für diesen Begründungsansatz entschieden haben. Der Ansatz, dass es sich bei Folter um ein internationales Verbrechen handelt, war sehr viel populärer unter den Richtern und hat vier Anhänger gefunden. Wenn man die Richter aller drei Verfahren addiert, kommt man auf sechs von insgesamt 15 Richtern, die immer noch für Immunität plädiert haben. Ich denke, letztendlich kommt es für die Frage des impliziten Immunitätsverzichts auf den Vertrag an. Es kommt darauf an, ob wir in Art. 7 der Antifolterkonvention wirklich eine Verfolgungspflicht sehen. Wenn ich den Text von Art. 7 der Antifolterkonvention zum Beispiel

mit Art. 146 Abs. 2 der Vierten Genfer Konvention vergleiche, wo ohne Zweifel eine Verfolgungspflicht statuiert ist, dann denke ich, dass man zumindest vom Wortlaut her einen gewissen Unterschied feststellen kann. Aber ich stehe einer anderen Ansicht durchaus offen gegenüber. Wenn man hier tatsächlich von einer uneingeschränkten Verfolgungspflicht der Staaten ausgehen kann, dann kann man durchaus auch über die implizite Immunitätsausnahme nachdenken. Wie gesagt, ich hatte dies auch immer als die plausibelste der vier Begründungen angesehen. Ich bin dann aber durch den IGH etwas ins Zweifeln geraten. Ich hatte die Stelle ja vorgelesen, die ich selbst jahrelang überlesen hatte. Ich lese sie nochmals vor: „Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution and extradition“ – also die Pflicht zu *aut dedere aut iudicare*, wie in der Antifolterkonvention – „such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law“. Nun muss man sehen, dass das Urteil des IGH im Arrest Warrant Fall im Jahr 2002, d.h. vier Jahre nach Pinochet, erging, und in den Schriftsätzen von allen Seiten immer wieder Bezug auf die Pinochet-Entscheidung genommen wurde. Man könnte diese Textstelle also durchaus als Antwort des Gerichtshofs auf den Begründungsansatz des impliziten Immunitätsverzichts durch Vertrag werten. Aber, wie gesagt, generell stehe ich einem solchen Ansatz offen gegenüber. Ich denke aber, wir müssen uns den Text der Antifolterkonvention ganz genau ansehen.

Zu den Gegenmaßnahmen: Ich denke, hier geht es letztlich darum, ob man Gegenmaßnahmen durch dritte Staaten anerkennt. Wenn man sich die ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit genauer anschaut, sieht man, dass es unter Kapitel 2 des dritten Titels bei „Gegenmaßnahmen“ nur um den „injured State“, den verletzten Staat, geht. Art. 49, das hatte ich ja auch gezeigt, geht davon aus, dass nur der verletzte Staat Gegenmaßnahmen ergreifen kann. Alle dritten Staaten können nach Art. 54 der ILC-Artikel nur „lawful measures“ ergreifen. Hier ist eine gewisse Entwicklungsoffenheit des Völkerrechts angelegt. Es kann durchaus sein, dass sich über die Jahre völkergewohnheitsrechtlich das Institut der Gegenmaßnahmen durch dritte Staaten herausbildet. Die Idee, dass gewisse Menschenrechtsverletzungen oder gewisse Menschenrechte sogenannte Verpflichtungen *erga omnes* darstellen und dass deshalb jeder Staat Gegenmaßnahmen ergreifen kann, wird durch den Art. 48 der ILC-Artikel widerlegt. Danach sollen dritte Staaten bei Verletzung von Verpflichtungen *erga omnes* nur das Recht „to invoke the responsibility“ haben. „To invoke the responsibility“ heißt: Bitte beende den Völkerrechtsverstoß und bitte leiste Wiedergutmachung, aber nicht das Recht, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Bereits im Barcelona Traction-Fall, in dem diese Unterscheidung zwischen den Verpflichtungen *erga omnes* und denen *inter partes* vom IGH zum ersten Mal getroffen wurde, hat der IGH ganz klar eine Trennungslinie gezogen. Wenn Sie sich § 33 und § 34 des Urteils anschauen, dann geht es dort um Verpflichtungen *erga omnes*. Wenn Sie weiterblättern zum § 91, dann werden Sie sehen, dass der IGH dort sagt, dass nicht jeder Staat Verpflichtungen *erga omnes* durchsetzen kann. Soweit meine Antwort auf Herrn Dörr.

Herr Bothe, ich wollte Sie nicht falsch zitieren. Ich habe Sie eigentlich so zitiert, wie Sie sich, denke ich, gerade selbst erklärt haben. Ich wollte keinesfalls sagen, dass Sie irgendwelchen etablierten Regeln ans Leder wollten. Sie waren doch im Gegensatz in Ihrem Aufsatz 1971 sehr vorsichtig und haben gesagt, aus Entwicklungstendenzen allein könne man noch keine Beschränkung des Völkergewohnheitsrechts ableiten. Ge-

nau diese Einschätzung vertrete ich auch: Entwicklungstendenzen als solche sind nicht ausreichend, um etablierte Regeln des Völkergewohnheitsrechts in Frage zu stellen.

Zur Frage zum Verhältnis von Immunität und Rechtsfrieden: Letztendlich kommt es doch darauf an, was ein Staat im Hinblick auf Sachverhalte in anderen Staaten tut. Stellen Sie sich doch einmal vor, dass Staaten nach 1994 begonnen hätten, ehemalige Staatsbedienstete Südafrikas für Verbrechen während des Apartheid-Regimes strafrechtlich zu verfolgen. Hätte es dem Rechtsfrieden in Südafrika gedient, wenn sich andere Staaten in die internen Angelegenheiten dieses Staates eingemischt hätten, obwohl sich Südafrika selbst dafür entschied, nach vorne zu blicken und dafür einen Reconciliation Process etabliert hat? Ich denke, hier trägt die Immunität auch manchmal zum Rechtsfrieden bei. Es ist meines Erachtens auch kein Wertungswiderspruch, dass es keine Immunität für Staatsbedienstete vor strafrechtlicher Verfolgung geben soll, die Staaten selbst aber weiterhin Immunität genießen. Das war ja gerade eines meiner Argumente. Es geht nicht darum, Einschränkungen der Immunität durch theoretische Überlegungen oder logisch stringente Konstrukte zu kreieren, sondern darum, auf das Völkergewohnheitsrecht abzustellen. Die Staaten sind noch immer die Herren des Völkerrechts und des Völkergewohnheitsrechts. Wenn sich die Staaten in einem Zwischenstadium dafür entscheiden würden, dass ehemalige Staatsbedienstete für gewisse schwere Verbrechen strafrechtlich verfolgt werden können, und sie dieser Regelung durch Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung ihre Zustimmung geben, gleichzeitig für sich aber weiterhin Immunität beanspruchen, dann mag dies nicht logisch sein, aber völkergewohnheitsrechtlich denkbar. Es kommt auf die Staatenpraxis und die *opinio iuris* an, die hier auseinanderfallen können.

Herr Schlosser, zu ihrer Frage, ob es im Hinblick auf die Immunität eine Schwelle für Ermittlungen gibt. Da kenne ich mich leider im deutschen Strafprozessrecht zu wenig aus. Ich kann Ihnen nur eine Episode im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Libyen berichten. Ich war sehr erstaunt, dass die Bundesanwaltschaft im März 2011 Ermittlungen gegen Herrn Gaddafi und seinen Sohn aufgenommen hat, also zu einer Zeit, als der Bürgerkrieg noch gar nicht entschieden und Herr Gaddafi noch immer amtierender Staatschef war. Die Immunität des Staatschefs hat die Bundesanwaltschaft also nicht davon abgehalten, ermittelnd tätig zu werden. Sie hat sogar weiter ermittelt, als der Internationale Strafgerichtshof Haftbefehl gegen Herrn Gaddafi ausstellte, mit der Absicht, eventuelle Ermittlungsergebnisse auch nach Den Haag zu übermitteln. Näheres kann ich Ihnen dazu aber leider nicht sagen.

Zur Frage von Herrn Hobe, welche Rolle die Gerichte bei der Rechtsfortbildung des Immunitätsrechts spielen. Das ist schwierig zu sagen. Ich hatte versucht gleichsam als Vorbemerkung darauf hinzuweisen, dass bei Gerichtsentscheidungen zur Immunität oftmals nationales und internationales Recht zusammenkommen. Wir können eine Gerichtsentscheidung wie Pinochet oder auch Samantar nicht nehmen und sagen, diese spiegeln Völkergewohnheitsrecht wider, weil zu viele Elemente in solch eine Entscheidung mit einfließen. Nehmen wir zum Beispiel die Entscheidung des Bundesstrafgerichts aus der Schweiz vom Juli letzten Jahres, in der das Gericht die Immunität des ehemaligen algerischen Verteidigungsministers verneint hat. Im gleichen Fall gab das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten eine Stellungnahme ab, in der es sich für die Immunität aussprach. Hier hat man auf der einen Seite die Exekutive, die eine Meinung vertritt, und auf der anderen Seite die Judikative, die die andere Meinung vertritt. In den Vereinigten Staaten von Amerika kommt es in der Praxis ganz

darauf an, ob es um einen ehemaligen israelischen General geht – dann werden die certificates of interest oder die statements of interest ganz anders aussehen –, als wenn es sich um den ehemaligen Verteidigungs- und Premierminister Somalias handelt. Ich denke, jeder dieser Fälle muss einzeln vor dem Hintergrund des Sachverhalts analysiert werden. Ich hatte ja vorausgeschickt, dass Pinochet aufgrund von Section 21 des State Immunity Act entschieden wurde, nicht auf der Grundlage von Völkergewohnheitsrecht. Dies wird im Ausland oftmals verkannt. Man nimmt ein Urteil wie Pinochet und sagt, hier haben wir jetzt endlich ein Urteil, in dem die Immunität verneint wird, und das Urteil ist dann der erste Baustein in der Argumentationskette, in der dargelegt wird, dass es keine Immunität mehr gibt. Ich denke, wie gesagt, dass jedes Urteil in seinem Zusammenhang analysiert und interpretiert werden muss, um herauszufinden, welche Elemente des Urteils oder der Begründung in die Völkergewohnheitsrechtsentwicklung einfließen können.

Das bringt mich zu Frau Krieger. Sie hatten eine ähnliche Frage: Welche Gerichtsurteile sind überhaupt für die Normfindung relevant. Was wir sagen können ist, dass Gerichtsurteile durchaus auch Staatenpraxis sind. Sie können mit einfließen in die Völkergewohnheitsrechtsbildung, aber wie gesagt, wir müssen sehr vorsichtig sein, welche Urteile wir letztendlich für was verwenden.

Mit den völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der Immunität, den vier Tatbeständen der Nürnberger Prozesse, scheine ich mich in ein Wespen- oder Hornissennest gesetzt zu haben. Es wurde mir von verschiedener Seite vorgeworfen, es gäbe eine zu spärliche Praxis für solche Ausnahmen, und gerade deshalb hätte Pinochet diese große Bedeutung erlangt. Auch der IStGH sei eine Antwort auf das Fehlen solcher Ausnahmen. Die Ausnahmen, die ich für die vier Verbrechenarten gemacht habe, sind Ausnahmen von der funktionellen Immunität, nicht von der personalen Immunität. Ich habe auch gesagt, dass es sich um Ausnahmen von der funktionellen Immunität sowohl vor internationalen Gerichten als auch vor nationalen Gerichten handelt. In der Schriftfassung, das kann ich Ihnen versprechen, werden Sie dazu mehrere Seiten lesen können mit den verschiedenen Nachweisen. Ich könnte sie Ihnen jetzt hier vorlesen, dann würde ich es ohne Probleme schaffen, bis 17:50 Uhr, bis zur Rede des Stadtpräsidenten, zu sprechen. Ich werde meiner Begründungspflicht nachkommen, das kann ich Ihnen versprechen, beginnend mit den Entscheidungen der Gerichte in den vier Besatzungszonen, bei denen es sich ja um Gerichte der Besatzungsmächte und nicht um internationale Gerichte gehandelt hat. Wir können hier auch an die Fälle Eichmann, Barbie und sonstige Fälle denken. Auch die verschiedenen Konventionen, wie die Völkermordkonvention oder die Genfer Abkommen, das erste Zusatzprotokoll etc., können herangezogen werden, um Völkergewohnheitsrecht nachzuweisen. Also ich bitte Sie hier noch ein wenig Geduld zu haben. Ich werde in der Schriftfassung nachlegen.

Frau Peters, mit Ihrem Hinweis auf die terminologischen Unterschiede treffen Sie den Nagel auf den Kopf. Sie können vier Lehrbücher zur Hand nehmen, Sie werden fünf unterschiedliche Terminologien finden, je nachdem, in welcher Jurisdiktion Sie sind, ob es angloamerikanische, französische oder deutsche Lehrbücher sind, ob Sie alte oder neue deutsche Lehrbücher zur Hand nehmen – es gibt ein Begriffswirrwarr. Deshalb hätte ich vielleicht am Anfang genauer definieren müssen, was genau *ich* unter den Begriffen verstehe, aber ich dachte, ich hätte das insofern getan, als ich bei der funktionellen Immunität von der Immunität für Amtshandlungen sprach, und zwar ursprünglich für solche hoheitlicher und nicht hoheitlicher Art, die dann später infolge der

restriktiven Theorie auf die Immunität für hoheitliche Amtshandlungen beschränkt wurde. Aber das macht das Ganze nicht einfacher, vor allem, wenn wir die einzelnen Gerichtsentscheidungen zur Hand nehmen. Es gibt keine einheitliche Terminologie. Deshalb ist es auch schwierig, die einzelnen Gerichtsentscheidungen einzuordnen, weil wir nicht immer Gleiches mit Gleichem vergleichen. Auch hier kommt es darauf an, dass wir jede Entscheidung „on its own terms“ interpretieren und einordnen. Ich hatte auch gesagt, dass es meiner Ansicht nach auch vor den internationalen Gerichten keine funktionelle Immunität mehr für diese vier Verbrechen gibt. Es kann durchaus funktionelle Immunität auch vor internationalen Gerichten geben, wenn Sie zum Beispiel das Sondergericht für Sierra Leone als ein internationales Gericht ansehen, wie dies teilweise in der Literatur getan wird. Dort findet sich unter anderem auch der Tatbestand des Inbrandsetzens öffentlicher Gebäude. Auch dafür hat das Sondergericht Gerichtsbarkeit. Für diesen Tatbestand, denke ich, gibt es jedoch noch keine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von der funktionellen Immunität. Also auch hier kommt es entscheidend auf den Tatbestand und auf das Gericht an.

Wie stehe ich zu Pinochet? Das ist eine gute Frage. Zhou Enlai wurde, wenn ich mich richtig erinnere, einmal gefragt, wie er die Französische Revolution einschätze. Seine Antwort war: „It's too early to tell.“ Ich würde mich hierauf berufen und sagen, 16 Jahre nach Pinochet – wer bin ich, um die Auswirkungen jetzt schon einzuordnen. Wie Sie vielleicht schon gemerkt haben, habe ich eine Tendenz, das Pinochet-Urteil vielleicht nicht so positiv zu bewerten, wie das in großen Teilen der Literatur getan wird.

Graf Vitzthum, Sie haben gefragt, ob die Einschränkung der funktionellen Immunität durch Ausweitung der personalen Immunität kompensiert werden kann, und wie weit diese Kompensation gehen kann. Hier möchte ich an die Frage anknüpfen, die heute Morgen der Herr vom Schweizerischen Außenministerium in den Raum gestellt hat. Wie sieht es mit dem Präsidenten der Schweizerischen Zentralbank aus? Ich würde diesen noch in die ausgedehnte personale Immunität mit einbeziehen, und zwar auf der Grundlage des heutigen Zwecks der personalen Immunität. Diese dient dazu, die Funktionsfähigkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen zu gewährleisten. Ich würde die personale Immunität auf alle hohen Regierungsmitglieder, die in internationalen Verhandlungen nicht ohne weiteres ersetzt werden können, ausdehnen. Also zum Beispiel Minister, die sich nicht vertreten lassen können. Stellen Sie sich vor, es gibt eine Ministerrunde in einer internationalen Organisation oder internationale Verhandlungen, und der Minister würde beispielsweise durch den Staatssekretär oder einen anderen Beamten vertreten. Hier denke ich, dass dieses Land durchaus politische Nachteile erleiden könnte, weil es nicht durch den Minister selbst vertreten wird. Gleiches trifft auf Präsidenten einer Zentralbank zu, die heute in internationalen Währungsverhandlungen durchaus persönlich präsent sein müssen, um ihr Land angemessen zu repräsentieren. In solchen Situationen kann man keinen untergeordneten Beamten schicken. Ich würde also Personen auf der höchsten Führungsebene des Staates, sowohl im Kabinettsrang als auch Personen wie den Präsidenten einer Zentralbank, diese erweiterte personale Immunität zugestehen. Wie wir gesehen haben, sprechen ja sowohl die Konventionen über Spezialmissionen als auch der IGH im Arrest Warrant-Fall von 2002 nur ganz allgemein von „höchsten Regierungsmitgliedern“. Das ist ein interpretationsbedürftiger Begriff, unter den viele Leute, auch der Präsident der Schweizerischen Zentralbank, fallen können.

Herr Tomuschat, ich stimme mit Ihnen überein, dass man sehr genau unterscheiden muss zwischen der Immunität der Staaten und der strafrechtlichen Immunität des Individuums. Das wollte ich auch in keiner Weise in Abrede stellen. Hinsichtlich der internationalen Verbrechen muss ich leider auch Sie auf die Schriftfassung verweisen. Ich werde, wie gesagt, versuchen, meiner Begründungspflicht nachzukommen. Dass Sie den Immunitätsausschluss bei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen schlicht für falsch halten – „We agree to disagree“, würde ich sagen. Warten Sie ab, was ich in der Schriftfassung bieten kann, dann können wir ja vielleicht noch einmal darüber reden, ob ich meiner Begründungspflicht nachgekommen bin.

Die funktionelle Immunität für alle Staatsbediensteten, sagen Sie, sei nicht Völkergewohnheitsrecht. Da bin ich mir jetzt nicht so sicher. Zumindest wenn ich die Literatur anschau, scheint man gerade im angelsächsischen Bereich davon auszugehen, dass es für die funktionelle Immunität nicht darauf ankommt, ob man Premierminister oder Vollzugsbeamter in einer Strafanstalt ist. Für ihre hoheitlichen Amtshandlungen genießen beide Immunität. Das hat man ja auch im Fall der Sekretärin gesehen, die gewisse konsularische Dienste verrichtet hat. Also ich denke, dass die Staatenimmunität hier weiter reicht als nur für gewisse höchste Staatsbedienstete.

Ich denke, die Frage von Herrn Paulus zum vertraglichen Immunitätsverzicht in der Pinochet-Entscheidung habe ich bereits beantwortet. Zur Frage, ob es sich beim IStGH-Statut eventuell auch um ein Vertragsregime handelt, das ein No Safe Haven-Regime errichtet, würde ich sagen, dass man hier zwischen Parteien und Nichtparteien des Statuts unterscheiden muss. Der Internationale Strafgerichtshof beruht auf einem multilateralen Vertrag. Hier sehe ich nicht, wie, wenn wir in den Grundkonzeptionen des Völkerrechts bleiben, ein allgemeinverbindliches Regime begründet werden sollte. Ich gehe davon aus, dass ein Regime, das auf Vertrag beruht, zunächst nur die Vertragsparteien bindet. Für die Vertragsparteien ist aber allgemein anerkannt, dass Art. 27 Absatz 2 einen Immunitätsverzicht begründet. Die Immunitätsfrage stellt sich heute in der Praxis aber eher in Bezug auf die Nichtvertragsparteien. Zu denken ist hier an die Überweisung der Situation in Sudan an den Gerichtshof durch den Sicherheitsrat und die Frage der Immunität des sudanesischen Staatspräsidenten Al-Bashir.

Frau Kriebaum, Sie haben natürlich Recht, dass in Art. 7 der Antifolterkonvention davon gesprochen wird, dass „der Vertragsstaat, der die Hoheitsgewalt über das Gebiet ausübt, in dem der einer [Folterhandlung] Verdächtige aufgefunden wird, den Fall, wenn er den Betreffenden nicht ausliefert, [...] seinen zuständigen Behörden zum Zweck der Strafverfolgung [unterbreitet]“. Sie haben darauf abgestellt, dass wir bei der Folter zum einen ein Amtsdelikt haben, das tatbestandlich voraussetzt, dass es sich beim Folterer um einen Amtsträger handelt, und gleichzeitig die Amtsträgerschaft, das hoheitliche Handeln, Voraussetzung für die Immunität ist. Daraus könnte man schließen, dass Amtsträger für Folterhandlungen nie strafrechtlich verfolgt werden könnten. Darauf hatte ich schon geantwortet, dass Immunität ja nicht unbedingt Strafflosigkeit bedeuten muss. Es gibt noch andere Foren, in denen die Strafverfolgung erfolgen kann. Das mag auch der Grund dafür sein, dass nur zwei Richter diesen Begründungsansatz wählten.

Georg Nolte hat nachgefragt, ob die extritoriale Anwendung der Gerichtsbarkeit tatsächlich ein neues Phänomen sei: Ich denke schon. Im Jahr 1909 schrieb der amerikanische Außenminister in einer Depesche an den US-Botschafter in Berlin „under

Anglo-Saxon legal theory, crime is territorial, not personal, and therefore the criminal jurisdiction of the United States does not, as a general rule, extend to crimes committed outside of its jurisdiction, whether by American citizens or aliens“. Das Territorialprinzip im Strafrecht ging so weit, dass 1941, als die niederländische, norwegische und andere Exilregierungen ihren Sitz in London hatten und von dort aus den Krieg gegen Deutschland weiterführten, für die Engländer folgendes Problem auftrat: Die Niederländer und Norweger hatten weiterhin Kriegs- und Handelsschiffe, die sie gegen Deutschland einsetzten. Auf einem dieser Schiffe, es war ein norwegisches, wenn ich mich richtig erinnere, wurde ein englischer Offizier umgebracht. Das Problem für die Engländer war, dass sie den norwegischen Täter nicht verfolgen konnten, selbst als das norwegische Kriegsschiff wieder in britische Häfen einlief, um Verpflegung aufzunehmen, weil das britische Strafrecht nicht exterritorial angewendet wurde. Dieser Vorfall hat u.a. dazu geführt, dass in London Allied Powers Maritime Courts errichtet wurden, d.h., dass die Norweger, die Niederländer und andere in London ihre eigenen Militärgerichte einrichten mussten, um niederländische und norwegische Gerichtsbarkeit auf den Schiffen auszuüben, weil die Engländer nicht bereit waren, exterritoriale Strafgerichtsbarkeit auszuüben. Wenn wir ins Jahr 1927 zurückgehen, zum Lotus-Fall des P.C.I.J., können wir uns daran erinnern, dass die Ausdehnung der türkischen Gerichtsbarkeit auf das französische Schiff „Lotus“ und den französischen ersten Offizier nur aufgrund der Stimme des Präsidenten für rechtmäßig angesehen wurde. Und auch das nur auf der Grundlage des passiven Personalitätsprinzips und der Tatsache, dass einige Richter darauf abstellten, dass das beschädigte türkische Schiff – so damals noch die Vorstellung – ein Teil des Territoriums, schwimmendes Territorium der Türkei sei. Ich räume ein, dass wir den Alien Tort Claims Act schon seit langer Zeit haben, doch erinnere ich nur an das Sondervotum von Higgins/Kooijmans/Buergenthal, die die Ausübung von universal tort jurisdiction auf der Grundlage des Gesetzes in Frage gestellt haben. Interessant ist, dass auch der amerikanische Richter dieses Sondervotum mitgetragen hat. Herr Schack hat ja ebenfalls kritisch gefragt, ob der Alien Tort Claims Act überhaupt völkerrechtsgemäß ist. Vor diesem Hintergrund würde ich sagen, dass die Ausübung von exterritorialer Gerichtsbarkeit ein neueres Phänomen ist.

Zur Frage, ob die Differenzierung zwischen den Grundlagen der beiden Immunitätsformen, der souveränen Gleichheit und der territorialen Souveränität, nicht zu scharf ist, kann ich nur sagen: Ich wollte hier bewusst eine neue Sicht der Dinge, eine neue Theorie vortragen, die allem widerspricht, was man in den Völkerrechtslehrbüchern lesen kann. Damit mache ich mich natürlich angreifbar. Dass nicht jeder meine Sichtweise teilen wird, davon bin ich natürlich von vornherein ausgegangen, aber: *I'll take the criticism on the chin.*

Zur Frage der core crimes exception, das heißt des Ausschlusses der funktionellen Immunität bei den so genannten völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen: Hier verweise ich auf die Schriftform. Auch zur Frage der Bedeutung der Nürnberger Urteile, Frau Vöneky, denke ich, dass sie in der Schriftform mehr erfahren werden.

(Applaus)

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank, Herr Schack. Vielen Dank, Herr Talmon. Der Dank geht an alle Diskussionsteilnehmer.

Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V.

Vorstand

Professor Dr. Georg Nolte
Humboldt-Universität zu Berlin
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Tel.: +49/(0)30 2093 3512; Fax: +49/(0)30 2093 3384
e-Mail: intlaw@rewi.hu-berlin.de

Professorin Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan)
e-Mail: coewa@freenet.de

Professor MMag. Dr. August Reinisch, LL.M. (NYU)
e-Mail: august.reinisch@univie.ac.at

Rat

Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard)

Professor Dr. Wolfgang Benedek

Professor Dr. Armin von Bogdandy

Professorin Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Professorin Dr. Astrid Epiney

Professor Dr. Ulrich Fastenrath

Professor Dr. Burkhard Hess

Professor Dr. Meinhard Hilf

Professor Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)

Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann

Professor Dr. Gerhard Hohloch

Professorin Dr. Eva-Maria Kieninger

Professor Dr. Heinz-Peter Mansel

Professor Dr. phil. Thilo Marauhn

Professor Dr. Stefan Oeter

Professorin Dr. Anne Peters

Professorin Dr. Kirsten Schmalenbach

Professorin Dr. Ingeborg Schwenzer

Professor Dr. Kurt Siehr

Professor Dr. Dr. h.c. Bruno Simma

Professor Dr. Dr. h.c. Daniel Thürer, LL.M. (Cambridge)

Professor Dr. Christian Walter

Professor Dr. Friedl Weiss, LL.M. (Cambridge)

Professor Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

– Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht im Internet: <http://dgfir.de> –