

Veröffentlicht in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales
Recht 46 (2014), 7-46.

Andreas Paulus

Veröffentlichung des Manuskripts gem. § 38 Abs. 4 UrhG
Manuscript published pursuant to Sect. 38 para. 4 German Copyright Act

Internationales, nationales und privates Recht:

Hybridisierung der Rechtsordnungen

Zusammenspiel der Rechtsquellen

aus völkerrechtlicher Perspektive*

* 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.

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 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

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.).

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).

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

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. Benvenisti*, *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 Verfassungspluralismus *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

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. Koskenniemi (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).

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 entferntesten 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 – vielgestaltig 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.

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.

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)

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 am Verfassungsgericht in

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, womöglich 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),

Bosnien¹⁵ und liegen dem kosovarischen Verfassungsgericht zugrunde¹⁶. 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 Wir-

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).

¹⁵ S. Agreement on Human Rights, Annex 6 to the general framework agreement for peace in Bosnia and Hercegovina, 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.

kungen 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.

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 Dun-

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*.

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).

ant 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 waren im Zwischenstaatsrecht notwendig bilateral; die Verpflichtungen wichen erheblich voneinander ab. Die Existenz divergierender Rechtspflichten in unterschiedlichen Vertragssystemen ist daher auch dem Bilateralismus keineswegs fremd.

2. Institutionalisation 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 Rechtdurchsetzung 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

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

²² Zu dessen problematischer Gründungsgeschichte vgl. *M. Koskenniemi*, *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.

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 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 der Mauer hat zu der breiten Konstitutionalisierungsdiskussion insbesondere

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.

²⁶ S. dazu jetzt R. Kolb, L'Article 103 de la Charte des Nations Unies, Recueil des Cours de l'Academie 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).

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

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 (203) 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. Chin-kin*, *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.

werden von Staatenvertretern maßgeblich beeinflusst, deren Unabhängigkeit eine Frage des nationalen oder regionalen Rechts ist.³¹

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 Rechtdurchset-

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

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).

zungsmechanismen, 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 sowie 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 Ölonternehmen und ölexportierenden Staaten, die unter nationales, aber eben auch internationales Recht fielen.³⁸ Heute finden sich solche „hybriden“ Sys-

³⁵ D.-E. Khan (Fn. 21).

³⁶ Vgl. D. J. Ettinger, 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. Paparinskis, Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility, EJIL 24 (2) (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; 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.“

teme 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 ebensowenig wie die Kollisionsregel des Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen zu einer Vermeidung widersprechender Regelungen. Partielle Regeln zur Übernahme völkerrechtlicher Rechtsentstehungs- und Rechtsauslegungsgrundsätze wie Art. 21 Römisches Statut,⁴¹ Art. 3

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.

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-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 disponiblem und

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. Nolkaemper* (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.”

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.

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 statt dessen 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 *jus 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 *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

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

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 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.

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. Benvenisti/Y. Shany, *Book Symposium*, *Jerusalem Review of Legal Studies* 4 (2012) 5 ff.

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 Unvollkommenheit und gelegentlichen Unklarheit zum Trotz – weiterhin die einzig

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*

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.

(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 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. Koskenniemi* (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 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.

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 diese Fiktion auch für die weite Auslegung des Art. 31 Z. 3 lit. c WVRK in dem Sinne, 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 Unbe-

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).

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.).

stimmte 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 Völkerechts 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

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.

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, die – gerade wegen ihrer Hybridität – auf eindeutige Rechtsgrundlagen angewiesen sind, die in der Regel das Gewohnheitsrecht nicht liefern kann. Dennoch hat mit der *lex 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-Urteil*⁶⁵ – 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

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).

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

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.).

Rechtsgrundsatzes in diesem Sinne ist die Fairness⁶⁷ einer Regel, ihre innere Logik,⁶⁸ die den Interessen aller Seiten gerecht wird. In 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

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).

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).

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

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" gründen (S. 105). *Bianchi* hingegen kritisiert, dass die Verweisung auf das Naturrecht zeige, dass der Lösung über allgemeine Rechtsgrundsätze immer noch jene Ambiguität inne wohne, 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/secler/founders/2005/050113.cfm>>; *John Roberts*, now CJ, Second Day of Hearings on the Nomination of (then) Judge Roberts, <http://www.ny-times.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).

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

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.

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 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

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. *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.

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).

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 Buchstabe b) und c) 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

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. Lübke-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*, UNRIIA 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 Schiedsge-

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 Zusammenhang 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.

richt, 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).

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).

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 werden Einwirkungen anderer Rechtsordnungen für das jeweilige Rechtssystem in jeweils unterschiedlicher Weise ermöglicht,

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 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.

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 nichtinternationalen 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

⁹² Special Tribunal for Lebanon (STL), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01//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).

das *jus 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 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

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 Rechtshierar-

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.

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.

chie. 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

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.

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 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

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.

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 Terroristen 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/1472/206 (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.

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

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 Gutgläubenserfordernis (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.

staatliche, 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

Sanklecha, Introduction, in *L. Meyer* (Hg.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (Cambridge: Cambridge UP 2009) 1 (2 ff.) m.w.N.

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 *Ev-*

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 Selbstregulierung, 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

erling-FS (Baden-Baden: Nomos 1995) 1651 - teilt auch *Weiler* letztlich die No Demos-These, ausdrücklich *ders.*, *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*, *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoeatismus* (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. Bröude/Y. Shany*, *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.).

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,

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

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

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 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 legitimierten 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

des Abkommens legitimiert; anders aber wohl A. Fischer-Lescano, *Transnationales Verwaltungsrecht*, JZ 2008, 373 (374 f.), der hier eine weltgesellschaftliche Kopplung am Werk sieht.

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.

bestehen. Das setzt voraus, dass alle Akteure sich der eigenen Ableitung aus demokratisch zustande gekommenen 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.

a) „Solange“: Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes

Die Solange-Rechtsprechung ist zu einem die Bedingung gegenseitigen Vertrauens beschreibenden allgemeinen Topos des Verhältnisses verschiedener Rechts-

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) 49, zitiert nach *G. Martinico*, Is the European Convention going to be ‚Supreme‘? EJIL 23 (2012) 401 (419).

ordnungen 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, für die der Gerichtshof der Europäischen Union in seinen vielbeachteten Kadi-Urteilen¹²⁶ kein Vorbild abgegeben hat – 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

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, Beschwerdebild 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

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.

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 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

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

¹²⁹ S. das Zitat oben Fn. 103.

¹³⁰ Oben Fn. 100.

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*

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

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*

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, 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 Bundesverfas-

Courts in Creating and Enforcing International Law, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011) 57 (60, 73).

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*

sungsgericht 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 am Fehlen eigener Vorlagen des Bundesverfassungsgerichts,¹⁴² dass in aller Regel die Vorlage nicht durch das Bundesverfassungsgericht, sondern durch die Fachgerichte erfolgt, weil sie selten auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene entscheidungserheblich ist und die Erfüllung der europarechtlichen Vorlagepflicht Voraussetzung einer Normenkontrolle durch

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*.

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.

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

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 Vorlagen-Kontrolldichte 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*.

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 „durchzuentscheiden“.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-privatrechtlichen *ordre public* an,¹⁴⁹ wie er vor allem bei der

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.

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.

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 *jus 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. *Putler* 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.

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).

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

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 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 erlitte 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

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

vom Tribunal selbst zu beachtende Grenze. Solange das Interesse des Mitgliedsstaats 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

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. *TermoRio 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.

gleicher 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

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.; 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.

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.

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“.