

Buchbesprechungen

Leben, Charles (Hrsg.): Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Paris: Anthemis (2006). 396 S. € 72,-

Vor dem Hintergrund der seit den neunziger Jahren exponentiell ansteigenden Zahl internationaler Investitionsstreitigkeiten und der hiermit einhergehenden zunehmenden Bedeutung dieses Rechtsgebiets für Wissenschaft und Praxis hat im Mai 2004 das Institut des Hautes Etudes Internationales der Université Paris II Panthéon-Assas ein Kolloquium zur Streitbeilegung im internationalen Investitionsschutzrecht veranstaltet, dessen Beiträge nun in teilweise aktualisierter Schriftform vorliegen. Hierbei werden in einem theoretischen und in einem fallbezogenen Teil grundlegende und aktuelle Fragen des Investitionsrechts vorgestellt und erörtert.

Einen einleitenden Überblick über die Entwicklung des internationalen Investitionsrechts skizziert Charles Leben in drei Etappen: Am Beginn steht die Entwicklung der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit, verstanden als Form der direkten Streitbeilegung zwischen Staat und ausländischem Investor, die das bis dahin übliche fremdenrechtliche Instrument des diplomatischen Schutzes, – mit all seinen Nachteilen für den Investor –, ablöst. Bezeichnend hierfür ist die Gründung des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) im Jahre 1965. Gleichzeitig erfolgt die Herausbildung eines Netzes von mittlerweile über 2000 bilateralen Investitionsschutzabkommen, die im Grundsatz ähnliche materielle Schutzstandards für ausländische Investoren enthalten. Die eigentliche "Revolution der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit" (S. 16) sieht Charles Leben aber erst in der Fortentwicklung der Rechtsprechung seit dem Schiedsspruch *AAPL v. Sri Lanka*, durch die die ersten zwei Etappen der Entwicklung dahingehend kombiniert wurden, dass eine allgemein formulierte ICSID-Streitbeilegungsklausel eines bilateralen Investitionsschutzabkommens als staatliche Zustimmung zu allen potentiellen Investitionsstreitigkeiten angesehen wird. Diese Entwicklung führt für Leben dazu, dass die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend die Form einer "allgemeinen Gerichtsbarkeit" zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten annimmt (S. 21).

Der Beitrag von Yves Nouvel trägt dem Phänomen Rechnung, dass die meisten Investitionsstreitigkeiten nicht gegenüber der Regierung des Gaststaates selbst, sondern gegenüber untergegliederten Körperschaften oder spezialisierten Staatsunternehmen entstehen. In Anlehnung an die Terminologie der Arbeiten der UN-Völkerrechtskommission (ILC) zur Staatshaftung wird deshalb die Rolle sog. "parastaatlicher Einheiten" (*para-statal entities*) in der ICSID-Rechtsprechung untersucht. Für Nouvel ergeben sich hierbei drei Fragen: Die erste Frage ist, inwieweit eine parastaatliche Einheit, die kein Staatsorgan ist, gleichsam als dem Staat zugehörig im Sinne der ICSID-Konvention angesehen werden kann. Gemäß Art. 25 ICSID-Abkommen können die Vertragsstaaten gegenüber ICSID erklären, welche ihrer parastaatlichen Einheiten als Streitpartei in einem ICSID-Verfahren fungieren

ZaöRV 66 (2006), 769-787

können. Fehlt eine solche Erklärung, obliegt es den Schiedsrichtern, die Zugehörigkeit zum Staat festzustellen, wobei sowohl auf strukturelle wie auch auf funktionelle Merkmale zurückgegriffen wird. Die zweite und hiervon unterschiedene Frage ist, wann das spezifische Handeln der parastaatlichen Einheit dem Staat zugerechnet werden kann. Hierbei unterscheidet *Nouvel* zwischen den allgemeinen Zurechnungsregeln, wie sie sich insbesondere aus Artikel 5 der ILC-Staatshaftungsartikel ergeben und die darauf abstellen, ob die parastaatliche Einheit in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehandelt hat, und den spezifischen Zurechnungsregeln, die den unterschiedlichen Formulierungen der einschlägigen Investitionsschutzabkommen entnommen werden können. Schließlich wird noch der Frage nachgegangen, wann eine von einer parastaatlichen Einheit eingegangene vertragliche Verpflichtung dem Staat zugerechnet werden soll. Für *Nouvel* kommt es hierbei darauf an, ob die parastaatliche Einheit im konkreten Fall für sich selbst oder in Vertretung des Staates gehandelt hat (S. 42).

Im anschließenden Beitrag untersucht *Walid Ben Hamida* die Wirkung sog. Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen. Schirmklauseln sind Vertragsklauseln, durch die sich ein Vertragsstaat eines Investitionsschutzabkommens gegenüber dem anderen Vertragsstaat dazu verpflichtet, diejenigen Verpflichtungen einzuhalten, die er gegenüber den Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates eingeht. Der Grundgedanke hierbei ist, dass durch eine solche Klausel Verträge zwischen Investoren und Staaten "internationalisiert" werden. Allerdings hat die jüngste ICSID-Rechtsprechung zu diesem Thema mehr Unsicherheit als Klarheit geschaffen. *Ben Hamida* erörtert zunächst den Anwendungsbereich der Klausel, wobei er zwischen der Art der geschützten Verpflichtungen und den betroffenen Personen unterscheidet. Im Gegensatz zu vereinzelt Stimmen im Schrifttum macht es für *Ben Hamida* mit Blick auf den Wortlaut der meisten Klauseln grundsätzlich keinen Unterschied, ob die gegenüber dem Investor eingegangene Verpflichtung hoheitliches oder rein privatrechtliches Handeln darstellt (S. 59). Auch nicht-individualisierte Verpflichtungen, wie etwa solche, die sich aus der nationalen Gesetzgebung ergeben, können für *Ben Hamida* von der Schirmklausel erfasst sein, solange ein hinreichender Bezug zum Recht der Auslandsinvestitionen besteht (S. 61). Verträge, die nicht mit einem Staatsorgan, sondern mit einem Staatsunternehmen abgeschlossen wurden, sollen allerdings nur dann von der Klausel erfasst sein, wenn das Unternehmen hierbei hoheitlich gehandelt hat (S. 66). Bezüglich der Reichweite der Schirmklausel diskutiert *Ben Hamida* die zum Teil widersprüchlichen ICSID-Entscheidungen *SGS v. Pakistan* und *SGS v. Philippinen* und betont, dass eine Schirmklausel zwar eine völkerrechtliche Garantie des Vertrages darstellt, das auf den Vertrag anwendbare Recht aber immer noch das nationale *lex contractus* zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bleibt (S. 78 und 83). Es folgen Überlegungen zu Grenzen der Reichweite von Schirmklauseln, wobei hier wiederum auf die Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts abgestellt wird (S. 87-88), und zur Beziehung zwischen Schirmklauseln und solchen Streitbeilegungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, die sich auch auf vertragliche Streitigkeiten erstrecken (S. 88-95). Schließlich fragt sich *Ben Hamida*, ob

eine mit der Schirmklausel vergleichbare Wirkung durch eine investorfremdliche Auslegung anderer in Investitionsschutzabkommen enthaltener Schutzstandards, wie etwa der “*preservation-of-rights*”-Klausel, der Bestimmungen über die Enteignung oder des Grundsatzes der “gerechten und billigen Behandlung” erreicht werden kann (S. 95-103).

Claire Crépet Daigremont widmet sich den sog. relativen Schutzstandards, die in der Form des Gebots der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung in den meisten Investitionsschutzverträgen enthalten sind. Nach einer Durchsicht unterschiedlicher Formulierungen in bestehenden Investitionsschutzverträgen folgt eine Analyse der ICSID-Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel in den Jahren 2000 bis 2004, die sich hauptsächlich mit der Frage zu befassen hatte, inwieweit ein in einem Investitionsschutzvertrag vereinbartes Streitschlichtungssystem durch eine Meistbegünstigungsklausel in einen anderen Investitionsschutzvertrag übertragen werden kann. Zu Recht kritisiert die Verfasserin das in der Entscheidung *Maffezini v. Spanien* aufgestellte Postulat, wonach die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel vor den “*public-policy-considerations*” der Vertragsstaaten halt machen müsse, als Quelle weiterer Unsicherheiten über die Ausrichtung der zukünftigen Rechtsprechung (S. 131, 137). Es folgen einige nicht realitätsfremde Gedankenspiele zu weiteren Anwendungsmöglichkeiten der Meistbegünstigungsklausel, die die Verfasserin zu dem Vorschlag führen, nur Zulässigkeitsvoraussetzungen in den Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel einzubeziehen, während Zuständigkeitsvoraussetzungen von ihr grundsätzlich nicht erfasst sein sollten (S. 144). Im zweiten Teil ihres Beitrags untersucht Crépet Daigremont die Tatbestandsmerkmale der unzulässigen Ungleichbehandlung, wobei sie richtigerweise darauf hinweist, dass sich die Erkenntnisse aus dem Welthandelsrecht nicht ohne Weiteres auf das Recht der Auslandsinvestitionen übertragen lassen (S. 147). Sie schließt ihre Ausführungen mit einer Darstellung der extensiven Auslegung des Erfordernisses der “*like circumstances*” im Rahmen des Art. 1102 NAFTA, mit der die Schiedsgerichte einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dann ablehnen, wenn die Ungleichbehandlung durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist. Die Verfasserin stimmt dieser Rechtsprechung weitgehend zu, wenngleich sie die Ausnahme lieber, wie in Art. XX GATT, vertraglich verankert sehen würde (S. 161, 162).

Charles Leben wirft hieraufhin die Frage auf, wie viel normativer Handlungsspielraum den Staaten mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung zur indirekten Enteignung noch verbleibt. Nach einer kurzen Durchsicht der internationalen Rechtsprechung, Literatur und Vertragspraxis zur indirekten Enteignung beschwichtigt Leben bestehende Befürchtungen, der Staat würde durch das Recht der Auslandsinvestitionen in seiner normativen Handlungsfähigkeit unangemessen eingeengt. Eine Untersuchung der NAFTA-Schiedspraxis führt Leben zu der Feststellung, die meisten Schiedsgerichte würden den staatlichen normativen Handlungsspielraum durchaus respektieren. Der Verfasser führt dies auf eine natürliche Zurückhaltung der Schiedsrichter zurück, die daher rührt, dass in den na-

tionalen Rechtsordnungen, wie auch im Gemeinschaftsrecht, eine Haftung des Staates für normatives Unrecht nur in sehr eng umschriebenen Ausnahmesituationen angenommen wird (S. 182).

Die anschließende Diskussionsrunde befasst sich mit der Frage, ob das derzeitige System der Streitschlichtung zu sehr zu Gunsten der Investoren und zu Lasten der Empfangsstaaten ausgerichtet ist. Bernard Audit verneint eine grundsätzliche Unausgewogenheit und betrachtet den Erfolg verbindlicher Streitbeilegungsmechanismen als Siegeszug des internationalen Rechts. Für Geneviève Burdeau ist die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ebenso unausgewogen wie die meisten nationalen Verfahren der Rechtmäßigkeitskontrolle staatlichen Handelns. Das Besorgniserregende sei nicht das Verfahren an sich, sondern die Tatsache, dass zunehmend völkerrechtliche Haftungsfragen durch wirtschafts- und privatrechtlich geprägte Schiedsrichter entschieden werden, die zudem sehr unbestimmte Vertragsvorschriften auszulegen hätten. Patrick Juillard sieht die Unausgewogenheit nicht im System der Streitbeilegung, sondern in den Investitionsschutzabkommen selbst verankert, die definitionsgemäß nur Rechte der Investoren und Pflichten der Staaten vorsehen und meist einseitig von Industriestaaten den Empfangsstaaten der Auslandsinvestitionen aufoktroziert wurden. Philippe Kahn bekräftigt die von Geneviève Burdeau geäußerte Befürchtung, die Schiedsrichter zeigten zu oft die Tendenz, Investoren einseitig zu begünstigen. Für ihn befindet sich das System noch in einer Übergangsphase, die zu Veränderungen im Wortlaut bestehender Investitionsschutzabkommen führen müsste. Pierre Mayer sieht das eigentliche Problem in der Dichotomie innerstaatlicher und internationaler Streitbeilegungsmechanismen, die dazu führt, dass das System, je nach angestrebtem Verfahren, mal zu Gunsten des Investors und mal zu Gunsten des Gaststaates unausgewogen ist. Walid Ben Hamida greift diesen Gedanken auf und weist darauf hin, dass in der neueren US-amerikanischen Vertragspraxis zunehmend auch rein vertragliche Ansprüche vor internationalen Schiedsgerichten geltend gemacht werden können.

Der zweite fallbezogene Abschnitt beginnt mit einer Kritik Ibrahim Fadlallah's an der in Literatur und Rechtsprechung zunehmend akzeptierten Unterscheidung zwischen sog. "*contract-claims*" und "*treaty-claims*". Als "*contract-claims*" werden diejenigen Streitigkeiten bezeichnet, die sich aus der Verletzung eines Investitionsvertrags zwischen Investor und Gaststaat ergeben. Der Begriff "*treaty-claims*" bezieht sich hingegen auf solche Klagen, die sich auf die Verletzung der materiellen Schutzstandards eines zwischenstaatlichen Investitionsschutzvertrages stützen. Nach überwiegender Ansicht sind bei gleichzeitigem Vorliegen eines bilateralen Investitionsschutzvertrages und einer Gerichtsstandsvereinbarung im Investitionsvertrag zu Gunsten nationaler Gerichte, die im völkerrechtlichen Investitionsschutzvertrag vorgesehenen internationalen Schiedsgerichte für die "*treaty-claims*" zuständig, während die nationalen Gerichte für die "*contract-claims*" zuständig bleiben. Nach einer kurzen Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung kritisiert Fadlallah die Künstlichkeit dieser Unterscheidung, die dazu führe, dass die Zuständigkeit für dieselbe Streitigkeit zwischen denselben Streitparteien auf zwei unterschiedliche Gerichtsbarkeiten aufgeteilt wird (S. 211).

Gemäß Fadlallah sei ICSID gerade auch zur Beilegung von vertraglichen Investitionsstreitigkeiten konzipiert worden. Auch umfassten die Streitbeilegungsklauseln der meisten bilateralen Investitionsschutzabkommen ebenso vertragliche Streitigkeiten. Demnach sollte der Investor bei Vorliegen mehrerer konkurrierender Streitbeilegungsmechanismen die Möglichkeit haben, die gesamte Streitigkeit vor das Gericht seiner Wahl zu bringen, das sich dann mit dem gesamten Inhalt des Streitfalles auseinandersetzen müsse.

Im Anschluss folgt eine eher pragmatische Darstellung einiger derzeit anhängiger Verfahren gegen Argentinien durch Alejandro A. Escobar. Nach einer Zusammenfassung des allgemeinen wirtschaftlichen und politischen Kontextes werden anhand der Fälle *CMS*, *Enron* und *Azurix* die Einreden Argentiniens zur Zuständigkeit der ICSID-Schiedsgerichte aufgezeigt und mehrere Fragen zum weiteren Verlauf der Klagewelle gegen Argentinien aufgeworfen.

Noah Rubins knüpft an mit einer Darstellung des Falles *Loewen v. USA* als einem der seltenen Beispiele, in denen sich die Vereinigten Staaten als beklagter Staat im Rahmen des NAFTA zu verteidigen hatten. Auf eine ausführliche und verständlicherweise kritische Besprechung des ICSID-Schiedsspruches folgen Überlegungen darüber, ob die Schiedsrichter sich bei ihrer Meinungsfindung von der Überlegung haben leiten lassen, eine Verurteilung der USA in diesem in der amerikanischen Öffentlichkeit aufmerksam verfolgten Fall könne zu weitgehenden negativen Konsequenzen für das nordamerikanische Handelsregime führen.

Der Begriff der Auslandsinvestition wird hieraufhin von Farouk Yala anhand von drei ICSID-Schiedssprüchen diskutiert: Im Schiedsspruch *Salini v. Marokko* wurde betont, dass der Wille der Parteien alleine nicht ausreicht, um eine wirtschaftliche Transaktion zur Auslandsinvestition zu machen. Auch wenn eine Investition im Sinne des anwendbaren bilateralen Investitionsschutzabkommens vorliegt, müsse jedes ICSID-Schiedsgericht überprüfen, ob dies auch eine Auslandsinvestition im Sinne der ICSID-Konvention sei. Da die Konvention selbst keine Definition des Investitionsbegriffs enthält, wird hierbei auf im Schrifttum entwickelte Kriterien wie der Einsatz von Mitteln, eine gewisse Dauer, eine Beteiligung an den Risiken des Unternehmens und der Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates abgestellt, wobei das Schiedsgericht im Fall *Salini* diese Kriterien sehr großzügig auslegt. Eine großzügige Auslegung des Investitionsbegriffes nehmen auch die hieraufhin besprochenen Entscheidungen *SGS v. Pakistan* und *SGS v. Philippines* vor, wohingegen im Fall *Mihaly v. Sri Lanka* vorvertragliche sog. "development costs" nicht als Investition gewertet wurden. Yala befürchtet, dass die größtenteils sehr weitgehenden Definitionen des Investitionsbegriffs dazu führen könnten, dass ICSID seine Besonderheit als internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten verliert und sich zu einem einfachen privaten Schiedszentrum neben anderen entwickeln könnte (S. 306).

Im anschließenden Beitrag stellen Thomas Wälde und Kaj Hobér den ersten im Rahmen des Energie-Chartavertrags ergangenen Schiedsspruch vor, in dem das Schiedsgericht über Fragen der Nichtdiskriminierung und der Enteignung entschieden hat, andere einschlägige Anspruchsgrundlagen hingegen elegant umgan-

gen wurden. Wälde und Hobér führen diesen Umstand auf die Bemühungen der Schiedsrichter zurück, im allerersten *Energie-Charta*-Fall keine falschen Weichenstellungen vorzunehmen (S. 326).

Es folgen Bemerkungen aus der Sicht des internationalen Schiedsgerichtshofs der internationalen Handelskammer, vorgetragen von dessen stellvertretendem Generalsekretär Eduardo Silva Romero. Für Romero bleibt ICSID das maßgebliche Streitbeilegungszentrum für solche Investitionsstreitigkeiten, die sich direkt auf bilaterale Investitionsschutzverträge stützen. Für Streitigkeiten, die sich aus einem Investitionsvertrag zwischen Staat und Investor ergeben, bleibt die Beziehung zwischen ICSID und ICC unklar: Romero meint, dass allein die Möglichkeit eines zusätzlichen ICSID-Verfahrens als Druckmittel zur zügigeren Beilegung der Streitigkeit in anderen Foren genutzt werden könnte (S. 342).

Die zweite Diskussionsrunde befasst sich mit der allgemeinen Rolle von ICSID im internationalen Investitionsschutzrecht. Für Philippe Leboulanger hat die Zunahme der ICSID-Schiedsverfahren unter anderem zu einer Wiederbelebung des Völkerrechts im Recht der internationalen Wirtschaftsbeziehungen geführt. Brigitte Stern sieht durch die extensive Auslegung der Zuständigkeitsvoraussetzungen einen Paradigmenwechsel hin zu einem zunehmend öffentlich-rechtlich geprägten System der verpflichtenden Streitbeilegung für alle wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Investoren und Gaststaaten. Diese Entwicklung, so Brigitte Stern, müsse auch zu Veränderungen hin zu einer stärkeren Berücksichtigung staatlicher Belange im Investitionsschutzrecht führen. Giorgio Sacerdoti vergleicht ICSID mit anderen wirtschaftlichen Streitbeilegungsmechanismen, zunächst mit dem der WTO, dann mit der Schiedsgerichtsbarkeit nach UNCITRAL-Regeln, wobei er vor allem auf die leichtere Vollstreckbarkeit von ICSID-Schiedssprüchen hinweist. Patrick Juillard betont erneut die Unausgewogenheit der bilateralen Investitionsschutzabkommen, bevor auch Antonio Crivellaro die Diskussionsrunde mit der Bemerkung schließt, die Verantwortlichkeit für etwaige Mängel des Systems sei nicht so sehr bei den Schiedsrichtern, sondern vorerst bei den Staaten als Herren der Verträge zu suchen.

In seinen Schlussbemerkungen zeigt sich auch Joe Verhoeven kritisch gegenüber der großzügigen Auslegung der Zuständigkeitsvoraussetzungen durch einzelne ICSID-Schiedsgerichte. Verhoeven beklagt aber ebenfalls die juristischen Ungenauigkeiten internationaler Investitionsschutzverträge sowie von Investitionsverträgen zwischen Investoren und Staaten. Schließlich wirft er die Frage auf, inwieweit internationale Investitionsschiedssprüche Einfluss auf die Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts, etwa im Rahmen der Zurechnungsregeln, haben werden (S. 370).

Insgesamt betrachtet verschafft die Lektüre des Tagungsbands einen guten Überblick über aktuelle Fragestellungen des internationalen Investitionsschutzrechts, der sich bei einigen Beiträgen zur detaillierten juristischen Analyse verengt. Vereinzelt mag der Leser Ausführungen zu weiteren relevanten Themen, wie etwa dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung oder dem anwendbaren Recht auf Investitionsstreitigkeiten vermissen oder auch darüber enttäuscht sein,

dass nicht alle Beiträge immer den allerneusten Stand der Rechtsprechung berücksichtigen, doch wäre eine solche Leistung bei der Weite und Lebendigkeit der behandelten Materie wohl kaum realisierbar. Positiv hervorzuheben bleibt, dass sich die meisten Beiträge nicht auf eine, – im Recht der Auslandsinvestitionen durchaus nicht unübliche –, bloße Vorstellung oder Aneinanderreihung von Schiedssprüchen beschränken, sondern sich an eine wirkliche, zum Teil auch tiefgehende, dogmatische Analyse wagen. Dies war das angekündigte Ziel des Kolloquiums; es wurde insofern erreicht. Gleichzeitig zeigen die Beiträge, dass viele Rechtsfragen im Bereich der Auslandsinvestitionen nach wie vor ungelöst sind und die Bewertungen der neueren Entwicklungen durchaus kontrovers ausfallen.

André von Walter, Bonn

McGoldrick, Dominic/Rowe, Peter/Donnelly, Eric (eds.): The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues. Oxford: Hart Publishing (2004). 514 p. £ 36,-

The adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court in 1998, and its entering into force only four years later, mark one of the most important developments in international law of the last decades. Accordingly, even before the Court has taken its first tentative steps, the amount of literature on the ICC Statute is already enormous. Besides voluminous treatises on virtually all aspects of the Rome Statute, such as the commentaries by Triffterer and Cassese, as well as some pioneer textbooks, more and more publications deal with more specific subject-matters of the law of the ICC in detail.

The book under review, a collection of contributions by experts on international law and international criminal law, takes an in-between approach, covering a selection of the most important questions of the establishment and functioning of the Court.

As the title claims, the concept of the book is to illuminate the ICC Statute both from a legal and a policy perspective. While policy elements are discussed in almost all contributions, they become most apparent in the first part, which deals with the origins and the development of the ICC, and the last part (Part VII), which gives an assessment of the significance of the ICC for the international legal and political system as a whole. Within this framework, Parts II to V guide the reader through the most important legal issues currently under discussion, i.e. jurisdiction and admissibility (Part II), the crimes with respect to which the Court has jurisdiction (genocide, crimes against humanity, war crimes, as well as the yet outstanding crime of aggression) (Part III), individual criminal liability and defences (Part IV), and, finally, evidence and victims (Part V).

In the introductory chapter, Dominic McGoldrick sketches issues of legality and legitimacy of international criminal trials from a historical perspective. He states that the political opportunity for the establishment of the ICC arose due to the growth of the human rights movement and the decline of an absolute understanding of state sovereignty. While stressing that without the ad hoc criminal tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda, the ICC would almost certainly

not have come into existence, he does not conceal their operational difficulties and management problems. Gerry Simpson in Chapter 2 sheds light on some underlying tensions of the project of a permanent and universal international criminal court: law and politics, sovereignty and international governance, and the options a society has to deal with a traumatising past. In discussing what may be the most important polarity, that between law (or: legality) and (international) politics, Simpson somewhat unfortunately limits his insightful thoughts to the treaty-making process in Rome and does not mention the danger of (outside) political influence on the actual operation of the court, especially with respect to the judicial aftermath of major international crises like the Iraq war in 2003. In his chapter on jurisdiction and admissibility, Iain Cameron sets out to explain the theoretical underpinnings of universal jurisdiction, including its different perceptions in various legal systems, and links them to different approaches to the jurisdictional regime of the ICC taken by common law and civil law countries. He correctly points out that wide jurisdictional claims by states may lead to political tensions when states prosecute other state officials. The incorporation of the universality principle may also lead to the creation of false expectations of justice for victims, if state authorities decide not to investigate and/or prosecute for political reasons, even though the jurisdictional regime would allow them to do so, or when evidence cannot be secured due to a lack of co-operation by foreign states. Cameron then explains the complementarity regime of the Court, pointing out that what will be decisive is its handling by the Prosecutor. Prosecutorial discretion is thus going to be a pivotal topic in the operation of the Court that deserves further in-depth study. He rightly summarises that it “is naïve to believe that the ICC is above politics”. Chapter 3, written by Dan Sarooshi, addresses the relationship between the ICC and the UN Security Council, an issue that raises fundamental and crucial questions of international institutional law, in particular the relationship of two independent international organisations with partly overlapping or potentially conflicting mandates. The relationship between the two organisations is primarily governed by the ICC and UN Statutes, as well as the UN-ICC Relationship Agreement. Sarooshi concentrates on four main points, i.e. the referral of cases to the ICC by the Security Council, the enforcement of ICC decisions, the potential conflict between the objectives of peace and justice, and the SC’s role in the crime of aggression. In a thought-provoking discussion, he asserts that the Security Council, even when it acts under Chapter VII of the UN Charter, cannot bind the ICC, or its individual organs, as an independent international organisation. Thus, even in cases of a referral by the SC under article 13 (b) ICC Statute, it would still be for the Court to decide whether or not to investigate and/or prosecute a particular case. Likewise, the SC could not, under article 16 of the ICC Statute, indefinitely hinder the Court from prosecuting a case. Even though article 103 UN Charter gives primacy to obligations under the UN Charter, this only relates to UN Member States, not independent international organisations. With respect to the enforcement of co-operation with the Court, Sarooshi suggests that the SC could use its Chapter VII powers to ensure compliance with ICC orders (e.g. by way of

sanctions), or to create a legal obligation to co-operate even for non-State Parties. This has now happened in SC/RES/1593 (2005) with respect to the situation in Darfur.

Part III deals with the core crimes over which the ICC has jurisdiction in accordance with article 5 of its Statute. After describing its Nuremberg origins, William Schabas in Chapter 5 traces the complicated and highly politicised negotiations on the crime of aggression at the Rome Conference, in the Preparatory Commission and beyond. The impasse relates not only to the substantive definition of the criminal conduct, but also, and maybe primarily, to the role, if any, of the Security Council in triggering the jurisdiction of the Court in relation to this “supreme international crime”. Against the background of the Iraq war of 2003, Schabas seems to doubt whether the current efforts to find an acceptable compromise before the Review Conference in 2009 will be successful. While stressing the importance of the punishment of acts of aggression, he points to the very real danger that the issue of the crime of aggression “sits within the Rome Statute like a time bomb, capable of transforming the Court and even jeopardising its future” (at p. 140). Chapters 6, 7 and 8 deal with the other core crimes contained in article 5 ICC Statute. In her contribution on genocide, Christine Byron analyses each element in detail, starting with the historical origins, describing the case-law of the ad hoc tribunals and finally assessing the Rome Statute and Elements of Crime. In Chapter 7, Timothy McCormack states that the negotiations at Rome concerning crimes against humanity were commenced with the perception that this was the first opportunity for an inter-governmental treaty definition of this category of crimes, and that a novel formulation was possible and called for. The Rome compromise may well be considered as stating existing customary law, as well as reflective of an emerging consensus of the contents of crimes against humanity in other, newer areas. As some of the most important clarifications and progressive developments, he notes the elimination of the requirements of a nexus with an armed conflict and of a discriminatory motive, the extensive list of sexual offences in article 7 (1) (g) of the ICC Statute, and the inclusion of the crime of apartheid in article 7 (1) (j). Peter Rowe, in Chapter 8, deals with war crimes. As one of the greatest achievements of the negotiations on article 8, he identifies the virtual synchronism between article 8 (2) (b) and (e), i.e. serious violations of the laws and customs applicable in international or internal armed conflict. Robert Cryer comments on what is, from a theoretical point of view, one of the most important achievements of the Rome Statute, i.e. the inclusion of an entire section on general principles of criminal law (Part 3 of the ICC Statute), specifically of principles of individual criminal responsibility. This may be where the Rome Statute most clearly takes a “criminal law perspective” and establishes what reminds the reader of a criminal code as known under domestic law, significantly improving upon the scarce attention these questions have received in the statutes of the ad hoc tribunals. It is also an area of law (together with criminal procedure) where the understandings of civil and common lawyers may differ most. Cryer draws attention to the interesting development that, in incorporating the substantive law of the ICC Statute in their domestic legal

orders, States Parties differ in that some incorporate only the core crimes, while others also take over the general provisions on individual criminal responsibility, a development which may lead to divergent application of substantive norms. In a lucid discussion, he assesses different readings of the provisions contained in article 25 (3) ICC Statute, arguing that the ICC may interpret specific provisions of articles 6 to 8 as incorporating liability for omission, even though the Statute does not generally provide for this type of responsibility (apart from article 28). He specifically criticises that the alternative of “ordering” has been drafted as a case of derivative liability requiring that the underlying offence occurs or is attempted, as overly restrictive and out of line with general international criminal law developments. In Chapter 10, Ilias Bantekas deals with the law of defences in international criminal law, and the ICC Statute in particular (article 31), i.e. superior orders, duress/necessity, self-defence, intoxication, mistake of fact or law, and mental incapacity. Bantekas argues that, if appropriate, the Court may turn to national legal systems with a view to introducing additional defences recognised therein pursuant to article 21 (1) (c) ICC Statute. Chapter 11, by Kevin R. Gray, explores the complex issue of evidence before the ICC. This again is a subject where common and civil law differ starkly, requiring a combination of evidentiary rules of both systems that is tailor-made to the needs of an international criminal tribunal. This already tricky exercise is further complicated by the fact that, due to the large-scale character of the crimes and the remoteness of the scene of the crime to the Court, the ICC, even more than the ad hoc tribunals, will face strong practical problems in gathering evidence. In addition, the enforcement powers of the ICC are even weaker than those of the tribunals. Gray notes that the main sources of inspiration for the ICC Rules of Procedure and Evidence were the rules developed by the ICTY and ICTR. This may be the reason why he opines that “[t]he ICC trial, at the outset, will closely resemble the adversarial procedure used in common law countries” (at p. 299), a conclusion that may well prove correct even though neither the Statute nor the Rules explicitly opt for the adversarial or the instructorial (civil law) system of criminal procedure. In her contribution on victim participation, Emily Haslam begins with a description of how the enhanced procedural status of victims in the ICC Statute was greeted as a paradigm shift in international criminal procedure towards recognising the victim of an international crime as a person in its own right, rather than merely as a potential witness. She correctly points out, however, that empirical information on how witnesses experience their giving testimony at the ad hoc tribunals is scarce. At the same time, she stresses that to a certain extent, victim objectification is inherent in the international criminal process. There is an uneasy tension between granting victims participatory rights and to safeguard the rights of the accused. One major aspect seems to be the length of the proceedings, which could increase considerably due to the participation of victims. David Turns deals with the implementation of articles 6 to 8 of the Rome Statute into national law. He rightly points out that the Statute does not contain an obligation to implement these provisions, as opposed to the obligation to ensure that national procedures are available for co-operation requests from the

Court (article 88 ICC Statute). With respect to the UK implementing legislation, he states that while the incorporation of crimes against humanity and war crimes (especially those committed in internal armed conflict) bring the law in line with international developments, the jurisdictional limitation to acts committed in the UK or by British nationals or residents abroad (section 51 (2) of the International Criminal Court Act 2001) severely limits its effectiveness and is “unnecessarily and regrettably restrictive” (p. 349). This approach is contrasted with the implementing legislation in New Zealand, where courts were given universal jurisdiction over the core crimes that does not require any particular link to the country. Other jurisdictions covered are Canada, Belgium, France and Germany. In the final two chapters, Dominic McGoldrick undertakes to describe political and legal responses to the ICC, as well as to assess the legal and political significance of the new international institution. Political support for the ICC has been given from numerous regional organisations, including the EU. McGoldrick considers the success in establishing the ICC to be one of the most laudable results of the EU’s Common Foreign and Security Policy. His account of US opposition to the Court is most informative. Setting out with the initial strong US support for the idea of an ICC, McGoldrick portrays the important role the US delegation played in Rome, their concerns and, finally, their negative vote, which is described as a “major foreign policy failure for the US” (p. 401). A prominent objection to the Rome Statute was the lack of control of the Security Council on the Court, or, differently put, the independence of the Prosecutor, raising fears that US military personnel abroad would be subject to frivolous prosecutions. After the Court was certain to become operational, the US has pursued several strategies to ensure that its service members or government officials are not be surrendered to the ICC. Besides the step of “unsigned” the Statute, its insistence on S/RES/1422 (2002) and the passing of the American Servicemembers’ Protection Act of 2002, one of the diplomatically most extensive and legally problematic undertakings is the conclusion of bilateral treaties with as many states as possible that purportedly fall under article 98 (2) of the Rome Statute. These efforts are analysed against the background of US “exceptionalism”, its understanding of democratic legitimacy and traditional isolationist tendencies in US foreign policy. As for the significance of the ICC, McGoldrick rightly points out that a permanent court established before international crimes occur will appear to be more legitimate than an ad hoc tribunal created after the fact. At the same time, this promise of legitimacy depends crucially on a sound prosecutorial and Court policy that administers equal justice in equal cases.

All in all, the book is a formidable collection of essays covering a wide range of topics of fundamental importance for the future operation of the ICC. Areas not specifically addressed in the book, yet raising important legal and policy issues, are investigation and prosecution, in particular prosecutorial discretion and oversight by the Pre-Trial Chamber, the overall set-up of the trial procedure, and sentencing. However, these topics may have gone beyond the scope of the present work. It may be critically remarked that the footnotes in most of the contributions reveal a

more or less clear Anglo-American and common-law bias. Not only the authors themselves, but also most scholars cited are from this background, with the notable exception of Cryer's and Turn's pieces on individual criminal responsibility and implementation, respectively. This approach leads to descriptions of criminal procedure in "civil law systems" (which may differ amongst each other) that at times seem rather speculative. Rare are citations in languages other than English. While the *lingua franca* of international criminal law, and probably international law generally, may well be English, one may have expected a more even-handed treatment of the scholarship on the topic, and a more thorough comparative effort.

Yet, considering its manageable length, its clear structure and variety of authors, all experts in the field, the book is an ideal starting point for exploring the ICC and understanding its fundamental characteristics, and is thus particularly valuable for students of the field. Especially the many references to the negotiations at Rome help the reader understand some of the more complex provisions of the Statute, making clear that they are sometimes more the result of diplomatic compromise than of a cogent legal drafting exercise. Critical reflections on the rationale of international criminal justice and the role the Court will play in the international system usefully complement the legally convincing analysis. Thus, the volume offers valuable insights and a handy reference guide for practitioners and academics interested in understanding one of the most important and complex international institutions.

Markus Benzing

Miller, Russell A./Zumbansen, Peer C. (eds.): Annual of German & European Law. Volume I (2003). New York/Oxford: Berghahn (2004). 689 pp. Bibliog. Index. \$ 85,-/£ 57,-

With the Annual of German & European Law, Russell A. Miller and Peer C. Zumbansen complement their highly successful online German Law Journal (<<http://www.germanlawjournal.com>>). Written in English, both publications bring developments in German and European jurisprudence, as well as commentary and scholarship by German legal academics on a broad range of topics, closer to an international audience. As United States Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg has recognized, both projects serve as important and valuable sources in the growing and globalizing comparative law landscape (Ginsburg, Looking Beyond our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication, *Idaho Law Review* 40 (2003), 1). The Annual of German & European Law is the weightier of the two projects. It is intended to provide deeper scholarly analysis and a convenient, yearly survey of the themes and developments that are covered in the monthly, online German Law Journal. Precisely because of its depth and seriousness, the Annual must do more to overcome the traditional linguistic, cultural and scholarly barriers that still demarcate national legal traditions. In his foreword to the Annual's first volume, J. H. H. Weiler provocatively and playfully invokes many stereotypes of German law and legal scholarship, describing it as "formal, arid and boring" as well as "unreadable". Weiler is correct in concluding that the Annual succeeds with the challenge of bridging legal

paradigms. The editors are clearly familiar with both the European continental and American legal cultures and, with their contributors, they use the Annual to enter into an intercultural, transnational legal dialogue.

The first volume of the Annual was published in 2004 and the second volume is due from Berghahn Books this fall. It should be noted that Berghahn Books has a growing catalogue in the field of comparative legal studies, particularly German legal literature in the English language. In addition to Miller & Zumbansen's Annual of German & European Law, Berghahn Books has also published, *inter alia*: Rogowski and Gawron (eds.), *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court* (2002); an English-language translation of Michael Stolleis, *Public Law in German 1800-1914* (2001); and Arthur Gunlicks (ed.), *German Public Policy and Federalism* (2003).

Each volume of the Annual is divided into six sections. The first section contains innovative articles written by renowned and junior legal scholars with regard to both public law and private law in Germany as well as European law. In the field of German public law, the opening article deals with German university reform, explaining the difficulties Germany faces in modernizing its traditional qualifications scheme for professors. Attesting to the editors' intuition and the Annual's timeliness, the article presaged one of the most important federalism decisions to be issued by the German Federal Constitutional Court in recent years (*Junior Professor case*, BVerfGE 111, 226). Other public law articles deal with the German welfare regime and the jurisprudential theory of banning political parties under Article 21 (2) of the German Basic Law. Articles in the fields of German private law and European law overlap and elaborate on problems of harmonization of private law in the European Union (EU). Other articles concern the enlargement of the EU, its reaction to the threat of terrorism and the legal language of the Constitutional Treaty.

The second "forum" section is reserved for a focused scholarly interchange on an issue of contemporary significance in German or European law. In the Annual's first volume the forum explores the much disputed legislative efforts to transform the EU's antidiscrimination directives into German law, efforts which still have not come to an end. The third section ventures an outlook on Germany and the world, in the first volume concentrating on Germany's adoption of the *Völkerstrafgesetzbuch* (International Criminal Code) in 2002.

The fourth section includes impressive annual surveys of the jurisprudence of German high-courts, taking account not only of the Federal Constitutional Court and the Federal Court of Justice, but also of the State Constitutional Courts, the Federal Administrative Court and the Federal Labor Court, as well as the German-related case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Thus, the Annual is the first yearbook to include English-language jurisdictional reports of such a broad range of German high-courts. In doing so, the Annual goes considerably beyond other yearbooks, such as the German Yearbook of International Law, whose jurisdictional reports focus on international courts,

tribunals and similar organs. The Annual's yearly jurisdictional reports constitute a definitive and convenient resource for comparative legal scholars and transnational practitioners interested in developments in German law.

The fifth section provides for an extensive collection of reviews of recently published books from the fields of German and European law.

Finally, the sixth section reproduces selected and otherwise unavailable primary sources, i.e. German statutes or court decisions, in English translation. As a supplement to the first volume's "outlook" article on Germany's enactment of the International Criminal Code, the first volume of the Annual includes an English-language translation of the *Völkerstrafgesetzbuch*.

The Annual seems poised to become an essential tool for all practitioners and scholars interested in German and European law. If pressed to find fault with the project, one could refer to the minor delay between the period of the Annual's coverage and its publication. There are also some minor cosmetic flaws. Proper German spellings, grammar and style slip through on a few occasions. But this must be attributed to the immense difficulty in editing complex material in two languages. As the Annual becomes an accepted and widely cited institution, a destiny for which it is clearly headed, there is every reason to believe that these minor start-up issues will resolve themselves. Indeed, as this review goes to press, the timely publication of the Annual's second volume is due shortly. It reflects no drop-off in the ambitious scope and scholarly integrity achieved by the first volume, with articles from such prominent jurists as Renate Jaeger and Boštjan M. Zupančič, both judges of the European Court of Human Rights.

Karen Kaiser

Ohler, Christoph: Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck (2005). Jus Publicum, Band 131. XX, 405 S. € 89,-

Globalisierung und europäische Integration haben dazu geführt, dass in Deutschland zunehmend Behörden anderer Staaten ihr Verwaltungsrecht vollziehen und deutsche Behörden im Ausland deutsches Verwaltungsrecht anwenden. Das betrifft allgemeine Polizeieinsätze und vor allem die Banken- und Versicherungsaufsicht, aber auch schon den klassischen Bereich der Stationierung von Truppen und militärische Einsätze in fremdem Territorium. Die Beispiele zeigen, dass es im Hoheitsgebiet eines Staates zur Anwendung unterschiedlichen öffentlichen Rechts kommen kann. Das birgt mit Blick auf die verschiedenen, möglicherweise gegensätzlichen Regelungsansprüche, welche die beteiligten Staaten kraft ihrer Hoheitsgewalt behaupten, ein erhebliches Konfliktpotenzial. Die Konflikte, die sich aus der ausgreifenden Verwaltungstätigkeit ergeben können, zu lösen oder sogar zu vermeiden, ist Aufgabe eines öffentlichen Kollisionsrechts, das seit den Überlegungen von Lorenz von Stein zum von ihm in Anlehnung an das Internationale Privatrecht so genannten Internationalen Verwaltungsrecht die Rechtswissenschaft beschäftigt.

Einen beachtlichen Beitrag zu den dogmatischen Grundlagen des öffentlichen Kollisionsrechts, dessen Existenz und Notwendigkeit bisweilen heute noch bestrit-

ten werden, hat nunmehr Christoph Ohler mit seiner bei Rudolf Streinz in München entstandenen Habilitationsschrift geleistet. Die Arbeit gliedert sich, Einführung und Schlusswort nicht mitgerechnet, in sechs Teile, in denen es um die Bedeutung des öffentlichen Kollisionsrechts im gegenwärtigen und zukünftigen Normensystem, die verfassungsrechtliche Rechtfertigung öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen, die Zurechnung behördlichen Handelns an die deutsche Hoheitsgewalt, den Vorbehalt des Gesetzes im öffentlichen Kollisionsrecht, die Grenzen staatlicher Gesetzgebung in Bezug auf internationale Sachverhalte nach völkerrechtlichen Grundsätzen und die internationale Zuständigkeit für den Verwaltungsvollzug geht.

Ohler beleuchtet zunächst, welche Funktionen Kollisionsnormen in der innerstaatlichen Rechtsordnung zukommen. Kollisionsnormen haben im Falle von Konflikten zwischen dem nationalen materiellen Recht und den Rechtsordnungen anderer Staaten nicht nur die Aufgabe, eine Verweisung auf ein bestimmtes Sachrecht auszusprechen, sondern auch, dem Recht, auf das verwiesen wird, bestimmte Rechtswirkungen in der aufnehmenden Rechtsordnung zuzuweisen. Das öffentliche Kollisionsrecht ist dabei, worauf Ohler zu Recht hinweist, kein Metarecht über dem Sachrecht, sondern eingebettet in die nationale Verfassungsordnung. Es muss in Deutschland schon von Verfassungs wegen aufgrund der völkerrechtsfreundlichen Haltung des Grundgesetzes, auf die das Bundesverfassungsrecht unlängst in seiner *Görgülü*-Entscheidung (BVerfGE 111, 370) näher eingegangen ist, und vor allem des verfassungsrechtlichen Anwendungsbefehls für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in Art. 25 GG mit dem völkergewohnheitsrechtlichen Nichteinmischungsverbot und den aus dem Territorialitätsprinzip abzuleitenden Beschränkungen staatlicher Hoheitsausübung im Einklang stehen.

Die Abhängigkeit von spezifischen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben hat zur Konsequenz, dass man sich dem öffentlichen Kollisionsrecht, wie Ohler anschaulich darlegt, methodisch anders als dem Internationalen Privatrecht nähern muss. Am Anfang steht die Erkenntnis, dass das öffentliche Kollisionsrecht konfliktorientiert ist, d. h. es nimmt nur reale oder zumindest nahe liegende Regelungskonflikte in den Blick. Das ergibt sich aus zwei Gründen: Zum einen verwirklicht das öffentliche Kollisionsrecht nicht die für das Internationale Privatrecht charakteristische Prämisse, dass die Sachrechtsordnungen der Staaten weltweit gleichwertig sind, was sich schon aus den unterschiedlichen Grundrechtsstandards ergibt. Zum anderen wird das Kollisionsrecht durch die völkerrechtliche Zuständigkeitsordnung beeinflusst. Das Völkerrecht erlaubt den Staaten die konkurrierende Regelung inter- bzw. transnationaler Sachverhalte, ohne dass sie dazu verpflichtet sind, Kollisionsnormen zur Lösung auftretender Konflikte bereit zu halten. Deshalb geht das nationale öffentliche Recht nur aufgrund von Umständen des Einzelfalles auf die rechtlichen Vorschriften anderer Staaten ein, indem es seinen eigenen Anwendungsbereich zurücknimmt bzw. das fremde Recht zur Anwendung im Inland beruft oder in sonstiger Weise berücksichtigt.

Ohler weist zutreffend auf den Unterschied zwischen der Geltung und der Anwendung von Normen hin: Im Staatsgebiet gilt grundsätzlich allein inländisches

Recht, während ausländisches Recht zur Anwendung berufen werden kann. Die Geltung knüpft an das Innehaben von Gebietshoheit in einem Staat an und verwirklicht damit den staatlichen Ausschließlichkeitsanspruch der eigenen Rechtsordnung im eigenen Hoheitsgebiet; auf diese Weise werden völkerrechtlich die Herrschaftsbereiche der Staaten eindeutig voneinander abgegrenzt. Verfassungsrechtlich entsprechen diese Bereiche dem Raum, in dem der jeweilige Verfassungsbzw. Normgeber die von ihm geschaffene Rechtsordnung garantiert. Fremdes Recht kann deshalb nur gelten, wenn zugunsten seines Urhebers eine Hoheitsrechtsübertragung stattgefunden hat. Im Falle der Europäischen Union schafft Art. 23 Abs. 1 GG eine entsprechende Ermächtigung. Gegenüber anderen Staaten kommt indes eine Hoheitsrechtsübertragung nach der geltenden Verfassungslage nicht in Betracht. Das hat zur Konsequenz, dass fremdes Recht, das im Inland aufgrund einer kollisionsrechtlichen Verweisung angewandt werden darf, keinen normhierarchischen Vorrang gegenüber inländischem Recht besitzt. Es kann aufgrund des innerstaatlichen Anwendungsbefehls lediglich im Sinne einer *lex specialis* kollisionsrechtlichen Anwendungsvorrang genießen.

Zur Abschichtung der weiteren völker- und verfassungsrechtlichen Fragestellungen teilt Ohler die kollisionsrechtlich relevanten Sachverhalte in vier Hauptgruppen ein, und zwar: Vollzug deutschen Rechts durch eine inländische Behörde aufgrund eines Auslandssachverhalts, Vollzug ausländischen Rechts durch eine deutsche Behörde im Inland, Vollzug deutschen Rechts durch eine deutsche Behörde im Ausland und Vollzug ausländischen Rechts durch eine ausländische Behörde im Inland. Bei all diesen Fallkonstellationen verwirklicht sich in sehr übergeordneter Weise der Grundsatz der Offenheit des Grundgesetzes, aus dem sich jedoch operable kollisionsrechtliche Aussagen nicht deduzieren lassen. Konkreter sind zwei verfassungskonforme Prinzipien, die der Völkerrechtsordnung zugrunde liegen, die internationale Arbeitsteilung und die Vermeidung internationaler Doppelbelastungen. Ihre Beachtung verlangt regelmäßig nicht nach einseitigen gesetzgeberischen Maßnahmen, sondern nach einer konsensualen, völkervertraglichen Regelung. Wie die Staaten dabei die Rechtsordnungen voneinander abgrenzen und die Kompetenzen verteilen, ist weitgehend ihnen überlassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen keine zwingenden Gründe, welche die Anwendung nur deutschen Rechts durch Behörden erlauben würden; vielmehr kommt prinzipiell auch eine Anwendung fremden Rechts durch deutsche Behörden in Betracht, ohne dass damit das Rechtsstaats- oder das Demokratieprinzip verletzt wäre.

Das Zusammenwirken der Behörden verschiedener Staaten macht Normen nötig, die das behördliche Handeln den jeweiligen Rechtsträgern dieser Behörden zuordnen. Solche Zurechnungsnormen erfüllen zugleich kollisionsrechtliche Funktionen: die Rechtsschutzfunktion zugunsten des Bürgers, die Bestimmtheitsfunktion im Hinblick auf das anwendbare materielle Recht und die Legitimationsfunktion. Es geht nicht zuletzt darum zu klären, ob eine deutsche Behörde als deutsche Behörde bzw. eine ausländische Behörde als ausländische Behörde handelt. Völkerrechtlich kommt insofern das Trennungsprinzip zum Tragen, das verfassungsrechtlich durch die Prinzipien der Zurechnung unter dem Aspekt der Ver-

fahrensherrschaft bzw. der Verfahrensverantwortung ergänzt wird, welche wiederum der normativen Konkretisierung bedürfen. Der weite Spielraum des Gesetzgebers ist dabei in zwei Richtungen begrenzt. Zum einen darf eine Zurechnung zulasten der Bundesrepublik Deutschland in den Fällen nicht erfolgen, in denen ein Geschehensablauf im Wesentlichen unabhängig durch einen anderen Staat gesteuert wird. Zum anderen begründen die Grundrechte unaufgebbare Schutzpflichten der deutschen Hoheitsgewalt für den räumlichen Bereich des Inlands. Die Analyse typisierter Formen internationaler behördlicher Zusammenarbeit offenbart, dass die bestehenden Zurechnungsregeln zumeist klare Ergebnisse liefern, die im Einklang mit der internationalen Praxis stehen. Das betrifft insbesondere die grenzüberschreitende Amts- und Vollstreckungshilfe sowie die Organleihe. Als problematisch stuft Ohler allerdings mit Recht die in den letzten Jahren entstandenen gemischten Behörden im Bereich polizeilicher Zusammenarbeit und die multinationalen Militärverbände ein, an denen die Bundesrepublik beteiligt ist.

Der kollisionsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes setzt voraus, dass bei einem Auslandssachverhalt die Grundrechte des Grundgesetzes anwendbar sind. Ob dies der Fall ist, lässt sich teilweise bereits durch Rekurs auf die Zurechnungskriterien ermitteln, denn soweit eine deutsche Behörde in Erfüllung einer inländischen öffentlichen Aufgabe handelt, gleichgültig ob im Ausland oder bei inländischem Handeln mit Auslandsbezug, ist sie zugleich an die Grundrechte gebunden. Der Vorbehalt des Gesetzes wird nach den Ausführungen Ohlers aber auch dann aktiviert, wenn deutsche Behörden ausländisches Recht zur Anwendung bringen oder ausländische Behörden im Inland tätig werden; entscheidend ist insofern die Wesentlichkeitstheorie. Aber nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch das Völkerrecht zieht der Tätigkeit des Gesetzgebers Grenzen. Zu nennen ist insbesondere das völkerrechtliche Einmischungsverbot, welches den exzessiven Gebrauch inländischer Regelungskompetenzen verbietet.

Das Kollisionsrecht hat in verfahrensrechtlicher Hinsicht Bedeutung für die Ermittlung der internationalen Zuständigkeit von Behörden und Gerichten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Regelung der internationalen Zuständigkeit zwar eine begrenzte Ordnungsfunktion zukommt; sie kann aber grundsätzlich weder eine Einheitsbildung noch eine Machtverteilung zwischen den Staaten bewirken. Gegen Mehrfachzuständigkeiten sind keine völker- bzw. verfassungsrechtlichen Einwände zu erheben.

Die Studie von Ohler, die das öffentliche Kollisionsrecht umfassend durchleuchtet und durchweg zu überzeugenden Antworten, zumindest aber zu wichtigen Klarstellungen kommt, besticht durch eine außergewöhnlich dichte Darstellung, die durch eine Vielzahl von Beispielen angereichert wird. Immer wieder nimmt Ohler auch das Europäische Gemeinschaftsrecht mit in den Blick, das auf der einen Seite bisweilen kollisionsrechtliche Lösungen auf der nationalen Ebene entbehrlich macht, weil es selbst schon eine abschließende Regelung enthält, auf der anderen Seite aber auch bislang nicht wahrgenommene Möglichkeiten zu transnationalem Handeln schafft, die zu neuen Kollisionslagen führen. In jedem Fall wird die Zahl der kollisionsrechtlich zu lösenden Sachverhalte in naher Zu-

kunft weiter zunehmen. Ohlers Arbeit sollte insofern vom Gesetzgeber, aber auch von den Verwaltungen und Gerichten zu Rate gezogen werden.

Diana Zacharias

Weller, Marc (ed.): The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities. Oxford/New York: Oxford University Press (2005) (Oxford Commentaries on International Law). XLIX, 688 pp. US\$ 185.00

Minority rights have been for a long time a very sensitive topic for national governments. Given that international law is primarily made by governments, it is not odd that the development of international minority rights has lagged behind that of classical branches of human rights. Up until the 1990s, there were no significant international human rights instruments addressing minorities. The sole exception was a provision in the International Covenant on Civil and Political Rights clarifying that persons belonging to ethnic, religious or linguistic minorities are not to be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language (Art. 27). The situation changed in view of the interethnic violence that afflicted Eastern Europe with the defrosting of the Cold War. In 1992, the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities was adopted by the UN General Assembly. However, it was within the geographical scope of the Council of Europe that the first legally binding human rights treaties focusing specifically on minorities were elaborated. Following upon the European Charter for Regional or Minority Languages of 1992, the European Framework Convention for the Protection of National Minorities was adopted in 1994. After having attracted the necessary twelve ratifications surprisingly swiftly, the Convention entered into force in 1998, and the number of members rose to thirty-five states.

Meanwhile, the first monitoring cycle of implementation for the European Framework Convention has been concluded. This was a good reason for a group of sixteen international legal experts in minority rights, most of them both scholars and high officials of international institutions concerned with national minorities' problems, in particular the OSCE High Commissioner on National Minorities, under the editorship of Marc Weller, Director of the European Centre for Minority Issues in Flensburg and Lecturer in International Law at the University of Cambridge, to take stock of the significance and progress of the Convention in a comprehensive commentary. The commentary analyses the provisions of the Convention primarily on an article-by-article basis. Thereby, the single parts give detailed information about the negotiating history of the prevailing provisions, including possible precursors of the substantive content and about the implementation practice, in addition to examining the pronouncements of the Advisory Committee, which is a supervisory body attached to the treaty. Moreover, the commentary is framed by an instructive introduction coming from the pen of Rainer Hofmann, Professor of International Law at the University of Frankfurt am

Main and former President of the Advisory Committee, and a conclusion by Marc Weller giving a final outlook and answering the question of the Convention's contribution to the development of minority rights in Europe. Additionally, Asbjørn Eide, who served for many years as the Chair of the Working Group on Minorities of the UN Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights and is the new President of the Advisory Body, sheds light on the broader context of the Convention from the perspective of the UN in a second introductory chapter. These explanations provide helpful guidance for the reader, or rather user, of the commentary.

Remarkably, the authors of the commentary unanimously draw a positive picture of the Convention. They point out that, despite the general character of the Convention, the member states, on the whole, have taken the commitments made when signing the Convention seriously; at least, the Convention has generated a greater sense of accountability on the parts of governments where the treatment of minorities is concerned. The authors also emphasize the new aspects of International Law which found its way into the Convention, in particular the perception, but not yet formal recognition, of the collective dimension of human rights, and minority rights not incorporated in other major human rights agreements, such as those to political participation, non-assimilation, and the use of native languages. However, the weaknesses of the Convention are not concealed by the authors, specifically that minorities do not have direct access to justice. The Convention rights are not justiciable; there are no national legal remedies and no international complaint procedures. These weak points should be cleared up in the near future by additional protocols opening the way to the European Court of Human Rights.

On the whole, one hopes to see the commentary achieve a high distribution not only because it is the first publication of its kind dedicated to the Convention, but also because of the quality one finds in its fundamental and extensive descriptions and statements. Moreover, it would be welcome if the commentary were updated with a new edition soon after the conclusion of the next monitoring cycle.

Diana Zacharias