

Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrechts

Armin von Bogdandy^{*}/*Matthias Goldmann*^{**}

Abstract	62
I. Einleitung	62
II. Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung öffentlicher Gewalt	66
1. Von Global Governance zu internationaler öffentlicher Gewalt	66
2. Begriff und Rechtfertigung der Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt	71
3. Anwendung des Begriffs auf die Restrukturierung von Staatsschulden	76
III. Methode: Zur rechtlichen Einhegung internationaler öffentlicher Gewalt	81
IV. Bausteine eines rechtlichen Rahmens für Restrukturierungsmaßnahmen	84
1. Rechtliche Voraussetzungen von Restrukturierungsmaßnahmen	84
a) Verfahrensrecht	84
b) Materielles Recht: Menschenrechte	90
2. Auswirkungen auf staatliche und überstaatliche Gerichte und Schiedsgerichte: Auf dem Weg zu einem Vollstreckungsverbot?	93
V. Schlussfolgerung	102

^{*} Prof. Dr. *iur.*, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

^{**} Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Dieser Aufsatz ist die Übersetzung eines Papers mit dem Titel “Sovereign Debt Restructurings as Exercises of International Public Authority: Towards a Decentralized Sovereign Insolvency Law”, in: C. Esposito/J. P. Bohoslavsky/Y. Li (Hrsg.), *Sovereign Financing and International Law: The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, Oxford University Press, 2013, im Erscheinen. Wir danken Oxford University Press für die freundliche Erlaubnis zum Abdruck der Übersetzung. Für hilfreiche Kritik und Hinweise zur englischsprachigen Version danken wir *Eyal Benvenisti, Hannah Bloch-Wehba, Juan Pablo Bohoslavsky, Thomas Earnest, Carlos Esposito, Mary Footer, Michael Ioannidis, Benedict Kingsbury, Andrea Lai, Catarina Prata, August Reinisch, Stephan Schill, Peter-Tobias Stoll, Joseph H. H. Weiler, Chiara Zilioli*; den Teilnehmern der Konferenz “Responsible Sovereign Financing – The Search for Common Principles” im März 2012 in Madrid, des Legal Theory Colloquium an der New York University im April 2012, des Workshops “The Exercise of Public Authority” an der Universität Tel Aviv im Juni 2012, sowie der Dienstagsrunde des Max-Planck-Instituts. Den studentischen Hilfskräften *Miriam Freier* und *Silvia Steininger* danken wir für wertvolle Unterstützung. Alle Internet-Adressen waren aktuell am 14.12.2012. Übersetzt von *Matthias Goldmann*.

ZaöRV 73 (2013), 61-104

Abstract

Die zusammen mit multilateralen, bilateralen und privaten Geldgebern durchgeführten Restrukturierungen von Staatsschulden können in vielen Fällen als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt begriffen werden. Ihr autoritativer Charakter ergibt sich insbesondere aus den damit verbundenen wirtschaftlichen Anpassungsprogrammen und deren Wirkungen auf die Bürger des betroffenen Staats. Darüber hinaus berühren sie die Interessen von Steuerzahlern in den Geberländern sowie privater Gläubiger. Der öffentliche und internationale Charakter von Restrukturierungen folgt aus ihrer Rechtsgrundlage im verbindlichen Völkerrecht bzw. Soft Law.

Die Einstufung von Restrukturierungen als internationale öffentliche Gewalt hat zur Folge, dass sie den Anforderungen an die Legitimität öffentlicher Gewalt genügen müssen, die in einem öffentlich-rechtlichen Rahmenwerk festzuhalten sind. Dieser Aufsatz zeigt, welche Rolle die Rechtswissenschaft bei der Entwicklung eines solchen Rahmenwerks spielen kann.

Die Autoren schlagen eine Reihe von Rechtsprinzipien für Restrukturierungen vor. Manche davon existieren bereits *de lege lata*, während andere *de lege ferenda* zu fordern oder im Entstehen begriffen sind. Besonderes Augenmerk verdienen verfahrensrechtliche Voraussetzungen von Restrukturierungen, wohingegen materielle Bedingungen mit Ausnahme der Pflicht zur Beachtung fundamentaler Menschenrechte eine politische Entscheidung erfordern.

Die Qualifikation von Restrukturierungen als internationale öffentliche Gewalt hat weiterhin zur Folge, dass staatliche und überstaatliche Gerichte ihnen Vorrang einräumen müssen vor der Vollstreckung von Urteilen gegen den Schuldnerstaat. Ein dahingehendes allgemeines Rechtsprinzip ist im Entstehen begriffen. Die Entscheidung über ein Vollstreckungsverbot gibt staatlichen und überstaatlichen Gerichten eine Handhabe gegen Restrukturierungen mit Legitimitätsdefiziten.

I. Einleitung

Die Suche nach Prinzipien für die Regelung von Staatsschuldenkrisen ist nicht nur wegen der seit 2010 anhaltenden Schwierigkeiten einiger Staaten der Eurozone von großer Dringlichkeit. Vielmehr plagt ein Wechselspiel aus exzessiver Staatsverschuldung und Staatsbankrott seit Jahrhunderten Staaten, ihre Bürger, den Finanzsektor sowie die Realwirtschaft, und zwar so-

wohl in den betroffenen Staaten wie auch darüber hinaus. Die ersten Insolvenzen öffentlicher Körperschaften datieren vom vierten Jahrhundert vor Christus, als eine Reihe attischer Stadtstaaten fällige Darlehen nicht an die Kasse des Zweiten Attischen Seebunds zurückzahlen konnte.¹ Jede Phase starker ökonomischer Expansion trägt das Risiko in sich, in einer Staatsschuldenkrise zu enden.² Der Beginn des Industriezeitalters ließ die Zahl der Staatsinsolvenzen in die Höhe schnellen, da die zunehmend entwickelten Kapitalmärkte die Aufnahme von Krediten erleichtert hatten. *Carmen Reinhardt* und *Kenneth Rogoff* führen für das 19. Jahrhundert 83 Fälle von Zahlungsausfällen allein bei Auslandsschulden auf.³

Trotz der Häufigkeit von Staateninsolvenzen gibt es bis heute kein internationales Insolvenzgericht und keinen völkerrechtlichen Vertrag zur Regelung von Restrukturierungen.⁴ Stattdessen bedienen sich Schuldnerstaaten und ihre Gläubiger informeller, unverbindlicher Mechanismen zur Aushandlung von Restrukturierungen, deren Inhalt weitgehend im Ermessen der Beteiligten steht. Solche Mechanismen gab es bereits im 19. Jahrhundert, als die British Corporation of Foreign Bondholders Verhandlungen zwischen Schuldnerstaaten und ihren Gläubigern ermöglichte.⁵ Die Restrukturierungen folgten keinem festgelegten Schema, sondern unterschieden sich von Fall zu Fall zum Teil ganz erheblich.⁶ Daran hat sich seitdem nichts Wesentliches geändert. Das wirft Fragen nach der Effektivität und Legitimität solcher ad hoc-Restrukturierungen auf. Die fehlende Verbindlichkeit der bestehenden Mechanismen zur Restrukturierung erschwert eine effektive Handlungskoordination unter den Gläubigern und ermöglicht Schuldner-

¹ J. Zettelmeyer/F. Sturzenegger, *Debt Defaults and Lessons from a Decade of Crisis*, (2006), 3 ff., (Kapitel 1).

² Staatsschuldenkrisen stellen allerdings nur eine Form von Finanzkrisen dar. Den unheilvollen Zusammenhang zwischen Auslands- und Inlandsschulden, öffentlicher und privater Verschuldung sowie Banken- und Staatsschuldenkrisen beschreiben C. Reinhardt/K. Rogoff, *From Financial Crash to Debt Crisis*, *American Economic Journal* 101 (2011), 1676 ff.

³ C. Reinhardt/K. Rogoff, *This Time is Different*, (2009), Tabelle auf S. 91. Insolvenzen bei Inlandsschulden sind schwieriger festzustellen, vgl. C. Reinhardt/K. Rogoff (Anm. 3), 111 ff.

⁴ An Vorschlägen hierzu mangelte es hingegen nicht, vgl. K. Rogoff/J. Zettelmeyer, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001*, (2002), IMF Staff Papers Nr. 49, 470.

⁵ J. Zettelmeyer/F. Sturzenegger (Anm. 1), 11 f.

⁶ K. Raffer, *Improving Debt Management on the Basis of UNCTAD's Principles*, in: C. Esposito/J. P. Bohoslavsky/Y. Li (Hrsg.), *Sovereign Financing and International Law: The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, (im Erscheinen, 2013); M. Waibel, *Out of Thin Air? Tracing the Origins of the UNCTAD Principles in State Practice*, in: C. Esposito/J. P. Bohoslavsky/Y. Li (Anm. 6).

staaten, eine notwendige Restrukturierung zu hohen Kosten zu verzögern.⁷ Was die Frage der Legitimität betrifft, so mögen die Restrukturierungen durch internationale Finanzinstitutionen, den Paris Club, den London Club und andere nicht immer einen allseits als gerecht empfundenen Interessenausgleich zwischen Gläubigern und Schuldnern, unter den verschiedenen Gläubigergruppen sowie zwischen entwickelten Staaten und Entwicklungsländern herbeiführen.⁸ Seit den 1970ern haben viele renommierte Autoren Vorschläge für einen internationalen Insolvenzmechanismus unterbreitet,⁹ der die Effektivitäts- und Legitimitätsprobleme in den Griff bekommen soll, ohne falsche Anreize für Schuldnerstaaten durch eine allzu leicht mögliche Flucht in die Insolvenz zu setzen.¹⁰ Das Scheitern der Initiative von *Anne Krueger*, damals stellvertretende Generaldirektorin des International Monetary Fund (IMF), zur Einführung eines Sovereign Debt Restructuring Mechanism im Jahre 2003, hat diesem Bestreben einen empfindlichen Dämpfer versetzt.¹¹

Dieser Aufsatz hat einen experimentellen Charakter. Wir untersuchen, inwiefern man die bestehenden informellen Restrukturierungsmechanismen als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt verstehen kann bzw. sollte. Der Begriff der internationalen öffentlichen Gewalt gestattet einen

⁷ C. Trebesch, *Delays in Sovereign Debt Restructuring. Should We Really Blame the Creditors?*, Proceedings of the German Development Economics Conference, Zürich 2008, Nr. 44, <<http://hdl.handle.net>> (anhand von Daten von 1980-2006 stellt er durch Holdout von Gläubigern verursachte Verzögerungen bei Restrukturierungen in etwa 25 % der Jahre fest, in denen sich ein Staat in einer Restrukturierung befand. Verzögerungen aufgrund politischer Opportunität des Schuldnerstaats erwiesen sich als signifikante Faktoren für lang andauernde Restrukturierungen).

⁸ K. Rogoff/J. Zettelmeyer (Anm. 4), 472 (die International Debt Commission, die 1979 von Entwicklungsstaaten vorgeschlagen wurde, hätte aus Sicht der Schuldner gerechtere Umschuldungen ermöglicht als der Paris Club).

⁹ K. Raffer, *Applying Chapter 9 Insolvency to International Debts: An Economically Efficient Solution With a Human Face*, *World Development* 18 (1990), 301 ff. (den Unterschied zwischen Kapitel 9 und 11 des US Bankruptcy Code betonend: das auf Kommunen anwendbare Kapitel 9 sieht keine Liquidation vor); J. Sachs, *Do We Need an International Lender of Last Resort?*, Graham Lecture at Princeton University, 20.4.1995, <<http://www.earth.columbia.edu>> (für Zwischenfinanzierung durch private Gläubiger mit dem IMF als Schiedsrichter); L. C. Buchheit/G. Mitu Gulati, *Sovereign Bonds and the Collective Will*, *Emory L. J.* 53 (2003), 1317; A. O. Krueger, *A New Approach to Sovereign Debt Restructuring*, (2002); C. G. Paulus, *A Statutory Procedure for Restructuring Debts of Sovereign States*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 49 (2003), 401; vollständiger Überblick bei K. Rogoff/J. Zettelmeyer (Anm. 4), 500. Andere Autoren betonen dagegen die philosophischen, ethischen und theologischen Gründe für ein Staateninsolvenzverfahren, vgl. M. Dabrowski/A. Fisch/K. Gabriel/C. Lienkamp, *Das Insolvenzrecht für Staaten*, (2003).

¹⁰ K. Rogoff/J. Zettelmeyer (Anm. 4), 494 f.

¹¹ J. A. Kämmerer, *Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht*, *ZaöRV* 65 (2005), 651, 669.

rechtswissenschaftlichen Zugriff auf Global Governance-Phänomene, der auf die Steigerung ihrer Legitimität und Effektivität abzielt. Die Klassifizierung von informellen Restrukturierungen als internationale öffentliche Gewalt hat erhebliche Konsequenzen. In der politischen Theorie ist es seit der Aufklärung anerkannt, dass öffentliche Gewalt nur insofern Legitimität beanspruchen kann, als sie in ein rechtliches Rahmenwerk eingebettet ist, welches sie für die Betroffenen akzeptabel macht. Damit ermöglicht dieser Ansatz, informelle Restrukturierungsmechanismen für Staateninsolvenz anhand grundlegender Prinzipien des öffentlichen Rechts zu überprüfen und ihr rechtliches Rahmenwerk entsprechend weiter zu entwickeln, damit sie einem Minimum an prozeduralen und materiellen Standards genügen.

Dieser Ansatz bedeutet für die Beurteilung der Mechanismen zur Restrukturierung von Staatsschulden einen Paradigmenwechsel von einem privatrechtlich hin zu einem öffentlich-rechtlich geprägten Verständnis.¹² Bislang werden sie noch überwiegend als privatrechtliche Mechanismen oder als Elemente eines horizontal strukturierten Völkerrechts zur Koordinierung zwischenstaatlicher Angelegenheiten erachtet.¹³ Stattdessen ist ein mehrdimensionales Verständnis erforderlich, wonach das Völkerrecht das auf Global Governance-Phänomene anwendbare öffentliche Recht und damit die Grundlage für deren Legitimation darstellt.¹⁴ Als solches muss das Völkerrecht die Wahrung der fundamentalen Rechte und Interessen der an Restrukturierungen beteiligten oder davon betroffenen Staaten, Bürger, Gläubiger und Schuldner gewährleisten. In diesem Aufsatz zeigen wir, in welchem Umfang die dazu erforderlichen Regeln und Prinzipien bereits im Völkerrecht *de lege lata* existieren bzw. *de lege ferenda* zu entwickeln sind. Einen vielversprechenden Ansatz zur Konsolidierung und Weiterentwicklung dieser Regeln und Prinzipien enthalten die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing vom April 2012 (im Folgenden: UNCTAD-Prinzipien),¹⁵ die auch zugleich den Anlass zu dieser Abhandlung gegeben haben. Der öffentlich-rechtliche Ansatz bildet gewissermaßen

¹² Vgl. im Kontext des Investitionsschutzrechts: S. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, in: S. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, (2010), 3 ff.

¹³ Zur Dominanz des Koordinationsvölkerrechts und Souveränitätsdenkens im Recht der Staatsverschuldung O. Lienau, *Rethinking Sovereign Debt: Politics, Reputation and Legitimacy in Modern Finance*, (im Erscheinen, 2013).

¹⁴ Zu den verschiedenen Traditionen J. H. H. Weiler, *The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy*, *ZaöRV* 64 (2004), 547, 549.

¹⁵ UNCTAD Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing, Fassung vom 10.1.2012, <<http://www.unctad.info>>.

den theoretischen Hintergrund der UNCTAD-Prinzipien und zeigt Perspektiven für deren Verzahnung mit der Dogmatik des Völkerrechts auf. Die bisherige rechtswissenschaftliche Forschung zu Global Governance-Phänomenen lässt damit Erkenntnisse für die Kritik und Weiterentwicklung von Restrukturierungsmechanismen für überschuldete Staaten erhoffen.

In diesem Aufsatz legen wir zuerst den unserem Ansatz zugrunde liegenden Begriff der internationalen öffentlichen Gewalt dar und wenden ihn auf bestehende Mechanismen zur Restrukturierung von Staatsschulden an (II.). Im nächsten Schritt erläutern wir die Methode für die Konstruktion und Weiterentwicklung eines rechtlichen Rahmens für die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt (III.). Der darauffolgende Teil befasst sich mit den rechtlichen Folgen einer Qualifikation bestehender Restrukturierungsmechanismen als Akte internationaler öffentlicher Gewalt. Um deren Legitimität zu erhöhen, ist es erforderlich, dass sie einem Mindestmaß an prozeduralen und materiellen Standards entsprechen (IV. 1.). Ferner hat nach unserer Ansicht der autoritative Charakter dieser Restrukturierungsmaßnahmen für die rechtlichen Beziehungen von Schuldnerstaaten zu ihren Gläubigern die Wirkung eines Vollstreckungsverbots (IV. 2.). Im abschließenden Teil erörtern wir die Grenzen des dogmatischen Konstruktivismus (V.).

II. Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung öffentlicher Gewalt

1. Von Global Governance zu internationaler öffentlicher Gewalt

Den Begriff der internationalen öffentlichen Gewalt, den wir hier auf die Restrukturierung von Staatsschulden anwenden, haben wir in früheren Arbeiten entwickelt, die eine öffentlich-rechtliche Konzeptualisierung der Governance-Aktivitäten internationaler Institutionen zum Ziel hatten.¹⁶ Dieser Ansatz entstand aus der Auseinandersetzung mit den Stärken und Schwächen des Begriffs der Global Governance aus rechtswissenschaftlicher Sicht.¹⁷ Global Governance ist seit Mitte der 1990er Jahre zu einem diszip-

¹⁶ A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, GLJ 9 (2008), 1375 ff., deutsche Faassung: Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, Der Staat 49 (2010), 23 ff.

¹⁷ Der Begriff der Global Governance geht zurück auf J. N. Rosenau, Governance, Order, and Change in World Politics, in: J. N. Rosenau/E.-O. Czempiel (Hrsg.), Governance with-

linübergreifenden Sammelbegriff für potenziell weltumspannende politische, wirtschaftliche und soziale Vorgänge geworden.¹⁸ Vier Dimensionen dieses Begriffs sind aus rechtswissenschaftlicher Sicht von besonderer Bedeutung. Erstens schließt Global Governance neben Staaten und internationalen Organisationen auch privatrechtlich oder gemischt privat-öffentlichrechtlich organisierte Akteure und ihre Handlungsformen mit ein, sowie auch die Handlungen von Individuen. Zweitens lenkt der Begriff das Augenmerk auf die zunehmende Zahl informeller Institutionen, Verfahren und Instrumente, die an der Regelung öffentlicher Angelegenheiten Anteil haben, wenngleich sie keinen etablierten völkerrechtlichen Kategorien entsprechen. Drittens betont der Begriff der Global Governance die Bedeutung von Strukturen und Verfahren für die Regelung öffentlicher Angelegenheiten. Und schließlich kommt im Begriff der Global Governance zum Ausdruck, dass viele Maßnahmen zur Regelung öffentlicher Angelegenheiten heute ein Zusammenspiel von Akteuren und Prozessen auf mehreren Ebenen erfordern, von der lokalen bis hin zur globalen Ebene.

Dank dieser vier Dimensionen erweist sich der Begriff der Global Governance als zukunftsweisende, empirisch tragfähigere Alternative zu dem auf souveräne Staatlichkeit abhebenden Weltbild des sogenannten Realismus. Er gestattet die Einbeziehung von Phänomenen, für die der Realismus, insoweit ganz wie das klassische Völkerrecht, keine Sprache entwickelt hat. Die Restrukturierung von Staatsschulden bietet reichhaltiges Anschauungsmaterial für diese Art von Phänomen. Erstens sind daran Akteure mit völlig unterschiedlichem rechtlichem Status beteiligt, von vertragsbasierten internationalen Organisationen wie dem IWF über "weiche" zwischenstaatliche Institutionen wie den Paris Club bis zu hybriden oder privatrechtlich organisierten Akteuren wie dem London Club oder dem Institute of International Finance oder ad hoc zusammengestellten Gläubigerkomitees.¹⁹ Zweitens beruhen weder Restrukturierungen, noch Notkredite auf einem vollständig in verbindlichen völkerrechtlichen Regeln niedergelegten Rah-

out Government, (1992), 1; J. Kooiman, Findings, Recommendations and Speculations, in: J. Kooiman (Hrsg.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, (1993), 249. Der Begriff der Governance stammt ursprünglich aus der Wirtschaftswissenschaft, vgl. O. E. Williamson, *The Economics of Governance: Framework and Implications*, JITE 140 (1984), 195.

¹⁸ M. Hewson/T. J. Sinclair, *The Emergence of Global Governance Theory*, in: M. Hewson/T. J. Sinclair (Hrsg.), *Global Governance Theory*, (1999), 3; R. Mayntz, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*, (2006), 11.

¹⁹ Überblick über Institutionen und Akteure bei U. S. Das/M. G. Papaioannou/C. Trebesch, *Sovereign Debt Restructurings 1950-2010: Literature Survey, Data, and Stylized Facts*, (2012), IMF Working Paper WP/12/203, 14 ff.

men.²⁰ Drittens dominieren mangels eines internationalen Insolvenzgerichts bilaterale und multilaterale Verhandlungen das Geschehen, die sich zum Teil über Jahre hinziehen. Schließlich binden Restrukturierungsmaßnahmen Akteure auf allen Ebenen mit ein, von internationalen und regionalen Organisationen über Staaten bis zu den Inhabern von Staatsanleihen. Zwar entstanden die gegenwärtig bestehenden Mechanismen für die Restrukturierung von Staatsschulden in Teilen schon lange bevor der Begriff der Global Governance Mode wurde. Das ändert aber erstens nichts an der grundsätzlichen Geeignetheit dieses Begriffs, und zweitens scheinen sich die für Global Governance typischen Elemente von Restrukturierungsmaßnahmen wie z. B. die Einbeziehung von Privatgläubigern in den letzten Jahrzehnten verstärkt zu haben.

Der Begriff der Global Governance ermöglicht damit zwar einen Zugriff auf Phänomene, die dem Begriffsreservoir des klassischen Völkerrechts entgehen. Allerdings hat dies seinen Preis. Global Governance ist keineswegs eine neutrale, wertfreie Begrifflichkeit für die objektive Beobachtung der Wirklichkeit. Vielmehr entstammt sie der "liberalen" Tradition in den internationalen Beziehungen, die sich als Gegenentwurf zum Realismus versteht.²¹ Damit teilt sie viele der normativen Schwierigkeiten liberaler Theorien, insbesondere eine funktionalistisch-technokratische Begründung und Rechtfertigung der mit dem Begriff erfassten Phänomene.²² Die Kritik an

²⁰ Während der Erlass von Schulden oder der Tausch von alten in neue Anleihen letztlich eine Transaktion mit rechtsverbindlichem Charakter erfordert, fehlt es den unmittelbaren Ergebnissen von Restrukturierungsverhandlungen oft an einer solchen Rechtsnatur. Auch die wichtigsten Instrumente der HIPC-Initiative, die Country Assistance Strategy, das Poverty Reduction Strategy Paper sowie die im Decision Point und Completion Point getroffenen Entscheidungen sind keine Verträge oder anderweitig verbindliche Rechtsakte, see *L. F. Guder*, *The Administration of Debt Relief by the International Financial Institutions*, (2009), 156 f. Ferner handelt es sich auch bei Stand-by Arrangements und Letters of Intent, den wichtigsten Instrumenten für die Kreditvergabe durch den IMF, um unverbindliche Instrumente. Dazu *A. F. Lowenfeld*, *International Economic Law*, (2. Aufl. 2008), 616 f.

²¹ *M. Barnett/R. Duvall*, *Power in Global Governance*, in: *M. Barnett/R. Duvall* (Hrsg.), *Power in Global Governance*, (2005), 1, 7; *M. Zürn*, *Institutionalisierte Ungleichheit in der Weltpolitik. Jenseits der Alternative "Global Governance" versus "American Empire"*, *PVS* 48 (2007), 680.

²² *Z. B. R. Latham*, *Politics in a Floating World*, in: *M. Hewson/T. J. Sinclair* (Hrsg.), *Global Governance Theory*, (2000), 23; *M. Koskeniemi*, *Global Governance and Public International Law*, *KJ* 37 (2004), 241. Zu der damit einhergehenden liberalen Perspektive auf internationale Organisationen vgl. *M. Barnett/M. Finnemore*, *The Power of Liberal International Organizations*, in: *M. Barnett/R. Duvall*, *Power in* (Anm. 21), 161, 163 ff. Allerdings haben sich in der Zwischenzeit einige kritische Perspektiven entwickelt, vgl. *A. D. Ba/M. J. Hoffmann* (Hrsg.), *Contending Perspectives on Global Governance*, (2005).

dieser Begrifflichkeit ließ denn auch nicht lange auf sich warten.²³ Sie weist auf die Risiken für Individualrechte und kollektive Selbstbestimmung sowie allgemein für globale Gerechtigkeit, die durch Global Governance entstehen. Was Individualrechte betrifft, so kritisieren einige Beobachter den Mangel an effektivem Rechtsschutz und Verfahrensrechten – der selbst dort herrscht, wo Global Governance tiefgreifende Auswirkungen auf die Lebenssituation von Menschen hat. Die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen aufgestellte Liste des Terrorismus verdächtiger Personen stellt das dramatischste Beispiel für eine Art von Governance dar, die als staatliche Politik in vielen freiheitlich-demokratischen Staaten undenkbar wäre.²⁴ Global Governance beeinträchtigt kollektive Selbstbestimmung schon allein durch die große Entfernung zwischen den Entscheidungszentren und den von den Entscheidungen Betroffenen. Mitunter belässt eine Entscheidung auf globaler Ebene den für die Umsetzung zuständigen staatlichen Parlamenten und anderen Entscheidungsträgern nur wenig Spielraum, ohne dass sie auf globaler Ebene angemessen eingebunden würden. So wurde unlängst die Legitimität des griechischen Anpassungsprogramms, zu dem sich Griechenland im Rahmen seiner Restrukturierung verpflichtet hatte, öffentlich in Zweifel gezogen. Wenn die an der Verhandlung über eine Restrukturierung beteiligten Institutionen dem Arkanprinzip folgen und Informationen nicht oder erst nach Abschluss der Verhandlungen an die Öffentlichkeit gelangen, kann der Eindruck entstehen, dass die Restrukturierung den Partikularinteressen einiger Beteiligter dient statt dem öffentlichen Interesse oder globaler Gerechtigkeit.²⁵ Im Ergebnis führt dies zu einer zwiespältigen Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Begriffs Global Governance.²⁶ Zwar erleichtert er den wissenschaftlichen Zugriff auf neue Erscheinungen globa-

²³ Einige Beispiele mögen genügen: *A. Cohen*, Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law, *Geo. J. Int'l L.* 30 (2005), 1079; *R. W. Grant/R. O. Keohane*, Accountability and Abuses of Power in World Politics, *Am. Polit. Sci. Rev.* 99 (2005), 29; *R. Howse/K. Nicolaidis*, Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?, *Governance* 16 (2003), 73; *A.-M. Slaughter*, The Accountability of Government Networks, *Ind. J. Global Legal Stud.* 8 (2000-2001), 347; *J. H. H. Weiler* (Anm. 14); *M. Zürn*, Global Governance and Legitimacy Problems, *Gov Oppos* 39 (2004), 260. Kartographische Vermessung der verschiedenen Perspektiven bei *A. von Bogdandy*, *Globalization and Europe: How to Square Democracy and Globalization*, *EJIL* 15 (2004), 885.

²⁴ Für viele: *C. Fein角度*, The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?, *GLJ* 9 (2008), 1513 ff.

²⁵ *I. Venzke*, International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law, *GLJ* 9 (2008), 1401 ff.

²⁶ Überblick bei *A. D. Ba/M. J. Hoffmann* (Anm. 22).

len Regierens, bietet jedoch keine Kriterien für deren kritische Beurteilung.²⁷

Wie kann der öffentlich-rechtliche Ansatz mit dieser konzeptuellen Schwäche des Global Governance-Begriffs umgehen? Der öffentlich-rechtliche Ansatz setzt bei der Frage an, ob es sich bei einer bestimmten Art von Global Governance um eine Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt handelt, d. h. um eine einseitige Maßnahme gegenüber Individuen oder politischen Körperschaften. Nach freiheitlich-demokratischem Verständnis erfüllt das öffentliche Recht eine doppelte Funktion für die Rechtfertigung von solchen Maßnahmen öffentlicher Gewalt: Es ermächtigt den Staat oder andere Akteure zur Ausübung öffentlicher Gewalt (konstituierende Funktion) und beschränkt zugleich ihren Gebrauch durch materielle und prozedurale Voraussetzungen (begrenzende Funktion).²⁸ Beiden Funktionen liegt der Gedanke zugrunde, Fragen der Legitimität öffentlicher Gewalt in Fragen der Legalität zu übersetzen. Die Erfahrung freiheitlich-demokratischer Staaten zeigt, dass es notwendig ist, Legitimitätsfragen in Legalitätsfragen zu überführen. Denn während sich über Legitimitätsfragen in pluralistischen Gesellschaften nur schwer Einigkeit erzielen lässt, hält das öffentliche Recht Normen und Verfahren bereit, die trotz der Kontingenz der zu entscheidenden Sachfragen die effektive Ausübung öffentlicher Gewalt einschließlich ihrer gerichtlichen Kontrolle ermöglichen. Den dissentierenden Bürgern bleibt es unbenommen, auf einen grundsätzlichen Politikwechsel oder gar eine Änderung der Entscheidungsverfahren hinzuwirken.²⁹

Die vorhergehenden Ausführungen zeigen die Nähe des öffentlich-rechtlichen Ansatzes zu Global Administrative Law sowie dem Schrifttum, das eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts einfordert.³⁰ Mit diesen

²⁷ Für viele: *M. Zürn* (Anm. 23), 260 ff.

²⁸ Dieser Gedanke findet sich in vielen Variationen bei den wichtigsten Theoretikern in der Tradition der Aufklärung. Manche legen das Schwergewicht auf die begrenzende Funktion des öffentlichen Rechts, vgl. *J. Locke*, *Two Treatises of Government*, (1689), 2. Buch, §§ 132 ff., insb. §§ 135-136; *J.-J. Rousseau*, *Du contrat social*, (1762), Buch I, Kap. VI und VII (insb. Zeilen 305-310; 381-386); während andere die konstituierende Funktion betonen, so etwa *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, (1797), §§ 43-49. Zeitgenössische Interpretationen dieses Ansatzes bei *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, (1992), 167 ff.; *J. Rawls*, *A Theory of Justice*, (revidierte Ausg. 2000), 206 ff., (§ 38); *J. Raz*, *The Authority of Law* (1979), 169 ff.; *J. Raz*, *Ethics in the Public Domain*, (1994), 339 ff. Dieser Gedanke findet sich auch im modernen Verwaltungsrecht, vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, (2. Aufl. 2004), 16 ff. Im Kontext des Völkerrechts vgl. *B. Kingsbury*, *International Law as Inter-Public Law*, <<http://www.law.nyu.edu>>.

²⁹ *J. Habermas* (Anm. 28), 53 ff.

³⁰ *B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 15 ff.; *S. Cassese*, *Lo spazio giuridico globale*, *Riv. Trimestr. Dir. Pubbl.* 52 (2002), 323 ff.; zur Konstitutionalisierung vgl. *A. Peters*, *Compensatory*

Ansätzen teilen wir die Überzeugung, dass die Legitimation internationaler öffentlicher Gewalt letztlich von den davon betroffenen Bürgern ausgehen muss, nicht nur von Staaten. Auch stimmen wir mit ihnen darin überein, dass eine freiheitlich-demokratische Ordnung erstrebenswert ist und öffentliche Gewalt sich daher an Prinzipien des öffentlichen Rechts messen lassen muss. Natürlich entspringen diese Vorstellungen der abendländischen Tradition politischer Theorie.³¹ Allerdings hat *Amartya Sen* unlängst in seiner "Idee der Gerechtigkeit" hervorgehoben, dass auch asiatische und islamisch geprägte Gesellschaften eine bemerkenswerte Tradition rationaler Rechtfertigung öffentlicher Gewalt aufweisen.³²

2. Begriff und Rechtfertigung der Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt

Die bisherige Erläuterung unseres Ansatzes wirft zwei Fragen auf. Erstens: Was ist unter internationaler öffentlicher Gewalt zu verstehen? Zweitens: Wie lässt sich internationale öffentliche Gewalt rechtfertigen?

Der öffentlich-rechtliche Ansatz setzt einen praktikablen Begriff der *internationalen öffentlichen Gewalt* voraus, der die vom Global Governance-Begriff geleistete Erweiterung des Blickwinkels weitgehend bewahrt, ohne allerdings dessen normative Schwäche zu teilen. Der Begriff der Global Governance selbst kommt dafür, wie gesagt, nicht in Frage, da er nicht auf diejenigen Akte beschränkt ist, die eine einseitige Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Er ebnet vielmehr die Unterschiede zwischen öffentlichen und privaten sowie aus der Perspektive von Individualrechten oder kollektiver Selbstbestimmung relevanten und irrelevanten Handlungen ein. Dazu trägt auch die Betonung von Prozessen und Strukturen durch den Global Governance-Begriff bei. Diese Unterscheidungen sind allerdings von großer Relevanz für die Anwendbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Rahmenwerks und damit für dessen legitimierende Effekte. Nur autoritative Akte bedürfen der Begründung und Begrenzung durch öffentliches Recht, dessen Inhalt auf die Intensität der Beeinträchtigung von Individualrechten und kol-

Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, LJIL 19 (2006), 579 ff.; S. Kadelbach/T. Kleinlein, International Law – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles, GYIL 50 (2007), 303 ff.

³¹ Vgl. A. von Bogdandy/S. Dellavalle, Universalism and Particularism as Paradigms of International Law, (2008), International Law and Justice Working Paper Nr. 3.

³² A. Sen, The Idea of Justice, (2009), 327 ff.

lektiver Selbstbestimmung abgestimmt sein muss. Daher haben wir vorgeschlagen, die Ausübung *internationaler öffentlicher Gewalt* als begriffliches Zentrum des öffentlich-rechtlichen Ansatzes zu entwickeln, welches besser geeignet sein dürfte, Global Governance-Phänomene mit Blick auf die Funktion des öffentlichen Rechts zu erfassen.

Was den Teilbegriff der *Ausübung von Gewalt* betrifft, so stimmen wir mit dem Global Administrative Law-Projekt überein, dass der Kreis der relevanten Handlungen über das bindende Völkerrecht hinausgehen sollte. Die Beschäftigung mit Global Governance hat gezeigt, dass die Wirkungen informeller Akte denen völkerrechtlicher Verträge nicht unbedingt nachstehen müssen. Sowohl das Soft Law, aber auch Instrumente mit rein informatorischem Charakter wie Indizes und Datenanalysen können die Situation von Individuen und politischen Gemeinschaften gestalten. Obwohl sie nicht wie verbindliches Recht durchsetzbar sind, können sie das Verhalten ihrer Adressaten beeinflussen, sei es durch negative und positive Anreize materieller oder immaterieller Art, reputationale Sanktionen, das "framing" von Themen und Problemen sowie ihre Verankerung auf der politischen Tagesordnung, das Ausnutzen von Pfadabhängigkeiten oder das Anstoßen von Lernprozessen. Ab einem bestimmten Punkt erreicht diese Art von Einfluss eine Bedeutung, die sie zu einem Akt legitimierungsbedürftiger Gewalt macht.³³

Ob eine dementsprechend definierte Gewalt als *öffentlich* einzustufen ist, hängt von ihrer Rechtsgrundlage ab. Sofern die handelnde Institution den fraglichen Akt aufgrund einer Rechtsnorm vornimmt, die sie zu unilateralem Handeln gegenüber den davon betroffenen Individuen oder politischen Gemeinschaften ermächtigt, liegt ein Akt öffentlicher Gewalt vor.³⁴ Die Rechtsgrundlage mag dabei verbindlicher oder unverbindlicher, ausdrücklicher oder impliziter Art sein. Es ist eine schwierige rechtstheoretische Frage, ob das Soft Law als Recht einzustufen ist. Sie hängt davon ab, was man unter Recht versteht.³⁵ Ohne diese Debatte hier vertiefen zu können, wäh-

³³ Der hier entwickelte theoretische Rahmen kann daher auch auf die UNCTAD-Prinzipien selbst angewendet werden sowie auf den Prozess ihrer Erarbeitung, der den für solche Instrumente öffentlicher Gewalt zu fordernden Legitimitätsvoraussetzungen genügen muss.

³⁴ Darin unterscheidet sich dieser Ansatz von *Joseph Raz*, für den (rechtsförmige) Gewalt ("authority") immer einen Anspruch auf Legitimität erhebt. Vgl. *J. Raz* (Anm. 28), 28 ff. Wir folgen dagegen *J. Habermas* (Anm. 28), 43 ff., nach dem die Legalität eines Akts öffentlicher Gewalt allenfalls eine Vermutung für ihre diskursiv herzustellende Legitimität begründet.

³⁵ Vgl. nur *P. Weil*, *Towards Relative Normativity in International Law?*, *AJIL* 77 (1983), 413 ff.; sowie *U. Fastenrath*, *Relative Normativity in International Law*, *EJIL* 4 (1993), 305 ff.; Überblick bei *M. Goldmann*, *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*, *LJIL* 25 (2012), 335 ff.

len wir einen Begriff des Rechts, der auch das Soft Law umfasst. Da auch das Soft Law selbst zur Begrenzung von öffentlicher Gewalt dienen kann, sollte es als Teil des öffentlich-rechtlichen Rahmens zur Legitimierung öffentlicher Gewalt gesehen werden.³⁶ Es ist auch normativer Art, da es normative Erwartungen erzeugen oder stabilisieren kann.³⁷ Zudem lässt es sich durch reputationale Sanktionen, peer pressure und negative oder positive Anreize durchsetzen.³⁸ Trotz dieser Ähnlichkeiten ist es wichtig, zwischen Soft Law und verbindlichem Recht zu unterscheiden, da verbindliche Rechtsnormen spezifische Rechtsfolgen auslösen können, wie z. B. die Zulässigkeit von Repressalien zu ihrer Durchsetzung.³⁹

Öffentliche Gewalt ist *international*, sofern sie ihre Rechtsgrundlage in verbindlichem oder unverbindlichem Völkerrecht findet. Zusammenfassend kann man internationale öffentliche Gewalt beschreiben als das rechtlich begründete Vermögen einer (formalen oder informalen) internationalen Institution, die Freiheit anderer in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zu beschränken oder ihren Gebrauch in ähnlicher Weise zu gestalten.⁴⁰

Der Begriff der öffentlichen Gewalt wird noch deutlicher, wenn man ihm den Gegenbegriff der privaten Gewalt gegenüberstellt. Private Gewalt ist eine Form der Ausübung von Freiheit. Ihre Rechtfertigung kann sich aus dem Konsens der Parteien ergeben und erfordert insofern keine vorhergehende Ermächtigung seitens einer politischen Gemeinschaft. So können pri-

³⁶ M. Goldmann, Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority, GLJ 9 (2008), 1865 ff.

³⁷ Trotz ansonsten unvereinbarer Theorien insofern übereinstimmend: J. Habermas (Anm. 28), 48 f.; und N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, (1992), 134. Allerdings verstehen sie unter "normativen Erwartungen" etwas anderes, vgl. J. Habermas (Anm. 28), 70. Ähnlich auch F. von Hayek, Law, Legislation and Liberty, Bd. 1, Rules and Order, (1973), 101 f.

³⁸ Vgl. A. Guzman, How International Law Works, (2008), 71 ff.; D. Shelton, Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (2000, mehrere Beiträge); J. Brunnée, Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements, in: R. Wolfrum/V. Röben (Hrsg.), Developments of International Law in Treaty Making, (2005), 101 ff.; H. Neubold, The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: "Soft Law" as an Alternative?, in: R. Wolfrum/V. Röben (Anm. 38), 39 ff.; R. Howse/R. Teitel, Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters, Global Policy 1 (2010), 127 ff. (die Rolle des Völkerrechts als Orientierungspunkt betonend – was genauso für Soft Law gelten kann).

³⁹ Dies sollte bezüglich unseres Ansatzes geäußerte Bedenken zerstreuen, vgl. J. d'Aspremont, Formalism and the Sources of International Law, (2011), 12; J. d'Aspremont, The Politics of Deformalization in International Law, GoJIL 3 (2011), 503 ff., 507 f.

⁴⁰ Diese Formulierung stellt eine Weiterentwicklung der in Anm. 16 aufgeführten Texte dar. Sie ist abgestimmt mit A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, (im Erscheinen, 2013) sowie M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, (im Erscheinen, 2013).

vate Investoren beispielsweise Staaten Kredite zu Marktpreisen vergeben oder auch verweigern, solange damit keine politischen Gefälligkeiten erkaufte werden. Dies bedeutet daher zugleich eine Absage an einen *laissez faire*-Kapitalismus. Staaten und internationale Organisationen sind angehalten, Minimalstandards für die Ausübung von marktgestützter privater Gewalt zu setzen zum Schutz von öffentlichen Gütern und Interessen. Auch sind private Akteure gehalten, die Menschenrechte zu respektieren, selbst wenn eine solche Drittwirkung nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts nur in Form von Soft Law existiert.⁴¹

Ist internationale öffentliche Gewalt einmal definiert, stellt sich die Frage ihrer Rechtfertigung. Darauf gibt es keine einfache Antwort, außer dass die Rechtfertigung mit Hilfe von hinreichend abstrakt formulierten Prinzipien des öffentlichen Rechts zu bewältigen ist. In einer pluralistischen Weltgesellschaft, die sich durch eine Vielfalt an nationalen, regionalen, funktionalen, religiösen und ideologischen Akteuren mit entsprechenden Identitäten und Interessen auszeichnet, dürfte die Ausübung öffentlicher Gewalt regelmäßig umstritten sein.⁴² Dies lässt sich derzeit an den wirtschaftlichen Anpassungsmaßnahmen ablesen, die einigen Mitgliedstaaten der Eurozone zur Bedingung für eine Restrukturierung ihrer Staatsschulden gemacht worden sind. Die Bürger des betroffenen Staats und ausländische Anteilseigner mögen dabei völlig unterschiedliche Lösungen favorisieren, wie auch die beteiligten Ökonomen, je nachdem, ob sie eher einer angebots- oder einer nachfrageorientierten Wirtschaftspolitik anhängen. Dem öffentlich-rechtlichen Rahmen internationaler öffentlicher Gewalt obliegt es, die Quadratur des Kreises zu erreichen und rechtliche Anforderungen an Akteure internationaler öffentlicher Gewalt zu formulieren, die die internationale öffentliche Gewalt zumindest für die am stärksten betroffenen Individuen und Gruppen hinreichend akzeptabel machen, ohne allerdings dabei eine Position zu den umstrittenen Sachfragen einzunehmen. Damit läuft das öffentlich-rechtliche Rahmenwerk in der Regel auf Vorschriften betreffend die Kompetenz der handelnden Akteure, das zu beachtende Verfahren, den Rechtsschutz und insbesondere die zu beachtenden Menschenrechte hinaus.

In dieser Hinsicht erachten wir den Konsens der betroffenen Staaten allein nicht als generell ausreichend für die Legitimierung internationaler öffentlicher Gewalt. Zum Teil betrifft internationale öffentliche Gewalt Bür-

⁴¹ Vgl. die OECD Guidelines for Multinational Enterprises sowie die UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

⁴² Dazu nur N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, (2011), Kap. 7.

ger aus anderen als den zustimmenden Staaten.⁴³ Dazu kommt, dass Global Governance die Rolle internationaler Institutionen gestärkt hat, die zum Teil in den Händen mächtiger Hegemonialmächte liegen, zum Teil aber auch relativ unabhängig von ihren Mitgliedstaaten operieren.⁴⁴ Daher gilt es, neue Wege der Legitimierung internationaler öffentlicher Gewalt zu erschließen. Solange die Vorstellung eines repräsentativen und effektiven Weltparlaments Wunschdenken bleibt, konzentrieren sich gegenwärtige Vorschläge auf die Stärkung von Partizipations- und Deliberationsmechanismen, Verfahrensgerechtigkeit, Transparenz, Respekt für Menschenrechte und Stärkung des Rechtsschutzes als zusätzliche Methoden zur Sicherung der Legitimität internationaler öffentlicher Gewalt.⁴⁵ Diese Vorschläge können sich dabei auf moderne politische Theorien wie die von *Amartya Sen*, *John Rawls* und *Jürgen Habermas* stützen.⁴⁶ Selbst wenn man sie beherzigt, erreicht die Legitimität internationaler öffentlicher Gewalt zwar nicht automatisch das von staatlicher Gewalt gewohnte Niveau. Aber sie würden immerhin einen Fortschritt gegenüber dem reinen Staatenkonsens darstellen, indem Bürger und andere politische Gemeinschaften als die in der handelnden Institution vertretenen Staaten zusätzlichen Einfluss auf die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt bekämen, sei es direkt, durch Vermittlung staatlicher oder regionaler Parlamente, oder durch Institutionen wie Nichtregierungsorganisationen.⁴⁷ Damit ließe sich wenigstens ein Mindestmaß an Schutz gegen illegitime, Spezialinteressen begünstigende internationale öffentliche Gewalt erzielen. Alternativen zu dieser Strategie sind kaum zu erkennen, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass

⁴³ Zu den Grenzen des Staatenkonsenses *J. H. H. Weiler* (Anm. 14), 557 f.

⁴⁴ *I. Venzke* (Anm. 25).

⁴⁵ Aus der reichen Literatur: *R. W. Grant/R. O. Keohane* (Anm. 23); *R. O. Keohane/A. Buchanan*, The Legitimacy of Global Governance Institutions, in: *R. Wolfrum/V. Röben* (Hrsg.), *The Legitimacy of International Law*, (2008), 25 ff.; *D. Dyzenhaus*, Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law, (2008), *International Law and Justice Working Paper Nr. 7*; *S. Cassese*, Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation, *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 37 (2005), 663 ff. Artikel 11 AEUV positiviert diesen Ansatz, dazu *J. Mendes*, Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU, *CML Rev.* 48 (2011), 1849 ff.

⁴⁶ *J. Rawls*, Justice as Fairness, (2001); *J. Habermas*, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: *J. Habermas*, *Der gespaltene Westen*, (2004), 113; *J. Habermas*, The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society, *Constellations* 15 (2008), 444 f.; *A. Sen* (Anm. 32).

⁴⁷ Dieser Gedanke entstammt der Debatte über die duale Legitimation der Europäischen Union. Dazu *J. Habermas*, Zur Verfassung Europas. Ein Essay, (2011), 68; im Kontext des Völkerrechts *J. Habermas*, Konstitutionalisierung (Anm. 46), 159; *A. Peters*, Dual Democracy, in: *J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, (2009), 263 ff.; *S. Besson*, Institutionalising global *demoi*-cracy, in: *L. Meyer* (Hrsg.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, (2009), 58 ff.

auch die von *Habermas* vorgeschlagene reformierte Generalversammlung, in der Repräsentanten von Bürgern und Staaten vertreten wären,⁴⁸ womöglich die Leistungsfähigkeit repräsentativer Institutionen überschätzt.⁴⁹

3. Anwendung des Begriffs auf die Restrukturierung von Staatsschulden

Gemäß den vorstehenden Ausführungen handelt es sich bei vielen gegenwärtigen Restrukturierungsmaßnahmen für Staatsschulden um die Ausübung öffentlicher Gewalt. Wir begrenzen die folgende Analyse auf die wichtigsten Foren, die bei solchen Restrukturierungen eine Rolle spielen, namentlich den IMF, den Paris Club, sowie den London Club und ähnliche Zusammenschlüsse privater Gläubiger. Für die Zwecke dieses Aufsatzes verstehen wir unter "Restrukturierung" nicht nur denjenigen Akt, durch den die Schuldenlast des betroffenen Staats tatsächlich in rechtsverbindlicher Weise verringert oder umstrukturiert wird, sondern das ganze Bündel an Maßnahmen, das zur Lösung einer Schuldenkrise dient, mithin auch die zu Konditionalitäten gewährte Zwischenfinanzierung und die mit der Restrukturierung einhergehenden wirtschaftlichen Anpassungsprogramme. Dieser weite Begriff der Restrukturierung lässt sich herunterbrechen auf spezifischere Handlungsformen,⁵⁰ die unterschiedlichen Akteuren zur Verfügung stehen, wie z. B. Überbrückungskredite, Agreed Minutes und andere Umschuldungs- oder Erlassvereinbarungen sowie Rechtsprechungsakte. Eine Restrukturierung kann durch einen Zahlungsausfall ausgelöst werden, d. h. durch das Versäumnis eines Staats, eine fällige Zins- oder Tilgungszahlung zu erbringen, oder durch die Erklärung eines Staats, dass seine finanzielle Lage eine Restrukturierung seiner Schulden erfordere.⁵¹

Der *autoritative Charakter* von IMF-Überbrückungskrediten ergibt sich nicht allein aus den Vereinbarungen ("arrangements") zu ihrer Gewährung, deren Rechtsnatur umstritten ist.⁵² Formal erfordern sie einen Beschluss des Executive Board des IMF, materiell sind sie an die Erfüllung der für die jeweilige Fazilität geltenden Konditionalitäten geknüpft und setzen insbesondere ein in Letters of Intent und Memoranda of Understanding mit dem

⁴⁸ *J. Habermas*, Zur Verfassung (Anm. 47), 87.

⁴⁹ Vgl. *A. Sen* (Anm. 32), 87 ff.; *C. Möllers*, Expressive versus repräsentative Demokratie, in: *R. Kreide* (Hrsg.), Transnationale Verrechtlichung, Festschrift Brunkhorst, (2008), 160 ff.

⁵⁰ Zum Begriff der Handlungsformen vgl. *M. Goldmann* (Anm. 36).

⁵¹ *U. S. Das/M. G. Papaioannou/C. Trebesch* (Anm. 19), 12 f.

⁵² Zu diesem Streit *A. F. Lowenfeld* (Anm. 20), 616 f.

IMF festgehaltenes wirtschaftspolitisches Anpassungsprogramm seitens des Schuldnerstaats voraus.⁵³ Diese im Wesentlichen aus Soft Law bestehenden Rechtsbeziehungen erhalten ihren autoritativen Charakter spätestens durch die tatsächliche Gewährung von finanziellen Mitteln und die damit entstehende Erwartung an den Schuldnerstaat, sich entsprechend zu verhalten. Erfüllt der Schuldnerstaat nicht die Erwartungen, kann es zu Sanktionen in Form der Zurückhaltung der nächsten Tranche kommen, insbesondere seit der Einführung von Performanzkriterien und deren Überwachung durch den IMF.⁵⁴ Dies würde den gesamten Restrukturierungsprozess ernsthaft beeinträchtigen. Die Konditionalitäten und Anpassungsprogramme wirken sich nicht nur auf den Schuldnerstaat, sondern auch indirekt auf dessen Bürger aus. Darüber hinaus hängt es von den IMF-Krediten und Anpassungsprogrammen ab, inwiefern der Schuldnerstaat seine Kredite gegenüber Dritten bedienen können wird. Die mit IMF-Krediten verbundenen Maßnahmen haben damit autoritativen Charakter. Sie stellen auch eine Form *öffentlicher* und *internationaler* Gewalt dar, da sie ihre Rechtsgrundlage in den Articles of Agreement des IMF finden,⁵⁵ mithin in einem nahezu universell ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag, dem klassischen Instrument zur Koordinierung kollektiven Handelns auf internationaler Ebene.

Dem Paris Club fehlt es dagegen an einer verbindlichen, völkerrechtlichen Rechtsgrundlage. Trotzdem sind wir der Ansicht, dass es sich bei den Agreed Minutes, dem Abschlussdokument von Restrukturierungsverhandlungen im Paris Club, um Akte internationaler öffentlicher Gewalt handelt. Der *autoritative* Charakter ergibt sich aus ihrem Einfluss auf die finanzielle Lage des Schuldnerstaats. Sie regeln die Frage, ob und zu welchen Bedingungen es zu einem Schuldenerlass oder einer Umschuldung kommt. Der wirtschaftliche Einfluss der im Paris Club versammelten Gläubigerstaaten gestattet ihnen, auf der Umsetzung der an sich unverbindlichen Agreed Minutes zu bestehen und die normativen Erwartungen der beteiligten und betroffenen Akteure zu formen. Zu den letzteren gehören auch die Bevölkerung des Schuldnerstaats sowie der Gläubigerstaaten.⁵⁶ Darüber hinaus verpflichtet das Prinzip der "comparability of treatment" den Schuldnerstaat, mit Drittgläubigern vergleichbare Konditionen zu vereinbaren.⁵⁷ Des Wei-

⁵³ IMF Guidelines on Conditionality, 25.9.2002, para. 9 ff., <<http://www.imf.org>>.

⁵⁴ IMF Guidelines on Conditionality (Anm. 53), para. 11.

⁵⁵ Artikel V(3)(a), (b) und (c) der IMF Articles of Agreement.

⁵⁶ Zu den Auswirkungen von Restrukturierungen auf capabilities im Verständnis von *Amartya Sen* und *Martha Nussbaum*: *M. Dabrowski/A. Fisch/K. Gabriel/C. Lienkamp* (Anm. 9), 35 ff.

⁵⁷ <<http://www.clubdeparis.org>>; s. auch *D. Josselin*, Regime Interplay in Public-Private Governance: Taking Stock of the Relationship Between the Paris Club and Private Creditors

teren handelt es sich bei den Agreed Minutes auch um Akte *öffentlicher* Gewalt, da sie auf dem rechtlichen Rahmenwerk des Paris Club beruhen, das ihm seine Mitgliedstaaten verliehen haben. Dieses besteht aus einer Reihe unverbindlicher prozeduraler und materieller Normen.⁵⁸ Ihnen liegt implizit der Konsens der Gläubigerstaaten zugrunde, bilaterale Kredite auf diese Weise kollektiv zu restrukturieren. Seit Mitte der 1980er-Jahre besitzt der Paris Club daher ein faktisches Monopol auf bilaterale Restrukturierungen.⁵⁹ Schließlich handelt es sich bei den Agreed Minutes auch um *internationale* öffentliche Gewalt, da das Rahmenwerk des Paris Club auf dem in einem zwischenstaatlichen Verhältnis zum Ausdruck gebrachten Willen der Mitgliedstaaten, mithin auf einem gewissermaßen impliziten internationalen Soft Law beruht.⁶⁰

Die zwischen Schuldnerstaaten und Privatgläubigern ausgehandelten Restrukturierungen lassen sich hingegen nicht ohne weiteres als internationale öffentliche Gewalt einordnen. Verschiedene Foren wie der London Club oder in jüngerer Zeit das Institute of International Finance stehen für die Aushandlung entsprechender Vereinbarungen mit jeweils ad hoc zusammengestellten Gläubigerkomitees zur Verfügung.⁶¹ Unter bestimmten Umständen handelt es sich bei den dabei erzielten Vereinbarungen um die Ausübung von *Gewalt*. Für den Schuldnerstaat haben die Vereinbarungen Auswirkungen, die denen der Agreed Minutes des Paris Club gleichen. Die Gläubiger nehmen zwar offiziell freiwillig an einer Restrukturierung teil. Bei lebensnaher Betrachtung bleibt vielen Gläubigern aber keine andere Wahl. Ohne gemeinsame Verhandlungen in einem Gläubigerkomitee entstände in Ermangelung eines formalisierten Verfahrens zur Regelung von Staateninsolvenzen ein Problem kollektiven Handelns, als dessen Ergebnis die Gläubiger wohl schlechter stünden als bei einer Teilnahme an dem von einem Gläubigerkomitee ausgehandelten Plan. Während der autoritative Charakter solcher Restrukturierungen sich somit noch mit einiger Sicherheit feststellen lässt, zeigt sich ihr *internationaler* und *öffentlicher* Charakter weniger deutlich. Kein verbindliches Völkerrecht oder Soft Law ermächtigt den London Club oder vergleichbare Foren zur Durchführung von Re-

Between 1982 and 2005, *Global Governance* 15 (2009), 521, 531; ferner *U. S. Das/M. G. Papaioannou/C. Trebesch* (Anm. 19), 16, die den Umfang des Ermessens betonen, das das Prinzip der comparability of treatment dem Paris Club verleiht.

⁵⁸ <<http://www.clubdeparis.org>>.

⁵⁹ *L. Grard*, *Le Club de Paris et les dettes publiques des Etats*, in: D. Carreau/M. N. Shaw (Hrsg.), *The External Debt*, (1992), 197, 228.

⁶⁰ *J. Bentham*, *Introduction to Principles of Morals and Legislation*, (1789), Kap. XVII, § 2, Abschnitt XXV.

⁶¹ Zur Funktionsweise des London Club: *J. Zetzmeyer/F. Sturzenegger* (Anm. 1), 12 ff.

strukturierungen. Eine völkerrechtliche Rechtsgrundlage lässt sich allenfalls in Gestalt eines impliziten Staatenkonsenses oder einer impliziten Ermächtigung durch internationale Organisationen denken. Im Völkerrecht ist die rechtsbegründende Wirkung impliziter Vereinbarungen anerkannt.⁶² Der London Club erfuhr wiederholt vom IMF Unterstützung bei der Anbahnung und Durchführung von Restrukturierungen. Der IMF ging sogar so weit, Schuldnerstaaten und Privatgläubiger durch die Konditionalitäten seiner Kreditfazilitäten zu Restrukturierungen im Rahmen des London Clubs zu veranlassen. Vor 1989 mussten Schuldnerstaaten sich im Prinzip mit ihren Gläubigern geeinigt haben, um für IMF-Kredite in Frage zu kommen.⁶³ Seit 1989 vergibt der IMF auch Kredite an Staaten, die ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen können ("lending into arrears"), um Restrukturierungen durch den London Club und andere Gremien sowie die Durchführung dazugehöriger Anpassungsprogramme zu erleichtern.⁶⁴ Damit machte der IMF Verhandlungen mit privaten Gläubigern zur Voraussetzung für finanzielle Unterstützung seitens des öffentlichen Sektors.⁶⁵ Als Zeichen der offiziellen Billigung der Verhandlungen mit privaten Gläubigern sind Mitarbeiter des IMF bei Verhandlungen im London Club vor Ort.⁶⁶ Im Gegenzug setzt eine Restrukturierung durch den London Club voraus, dass Schuldner den IMF um finanzielle Unterstützung ersuchen.⁶⁷ Neben dem IMF stoßen Restrukturierungen des London Clubs auch in der Staatenpraxis auf Billigung. So ließen einige Regierungen dem Austausch syndizierter Kredite durch Brady-Anleihen ihre Unterstützung zukommen, indem sie Sicherheiten stellten.⁶⁸ Daher liegt der Schluss nahe, dass viele der vom London Club oder anderen Foren ausgehandelten Restrukturierungen sich der impliziten Zustimmung der Internationalen Finanzinstitutionen

⁶² S. Szurek, Article 11, Convention of 1969, in: O. Corten/P. Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, (2011), 188, 197 f.

⁶³ S. Hagan, *Sovereign Debtors, Private Creditors, and the IMF*, *Law and Business Review of the Americas* 8 (2002), 49, 51.

⁶⁴ Zu den Auswirkungen restriktiver Kreditvergabe des IMF auf private Gläubiger und deren damit verbundene Begünstigung: L. Simpson, *The Role of the IMF in Debt Restructurings: Lending Into Arrears, Moral Hazard and Sustainability Concerns*, (2006) UNCTAD G-24 Discussion Paper Series Nr. 40, 9.

⁶⁵ Vgl. "The Chairman's Summing Up – Fund Involvement in Debt Strategy", Executive Board Meeting 89/61, 23.5.1989; "The Acting Chairman's Summing Up on Fund Policy on Arrears to Private Creditors – Further Considerations", Executive Board Meeting 99/64, 14.6.1999; sowie "The Acting Chair's Summing Up – Fund Policy on Lending into Arrears to Private Creditors – Further Consideration of the Good Faith Criterion", Executive Board Meeting 02/92, 4.9.2002; vgl. S. Hagan (Anm. 63), 52 f.

⁶⁶ J. Zettelmeyer/F. Sturzenegger (Anm. 1), 22.

⁶⁷ D. Josselin (Anm. 57), 526.

⁶⁸ A. F. Lowenfeld (Anm. 20), 686 f.

bzw. einer beträchtlichen Zahl von Staaten sicher sein können. Auf Grundlage dieser impliziten, wenngleich womöglich unverbindlichen Billigung lassen sie sich als internationale öffentliche Gewalt begreifen.

Im Ergebnis lassen sich damit alle hier untersuchten Instrumente zur Restrukturierung von Staatsschulden unter den genannten Voraussetzungen als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt einstufen. Von hier aus liegt es nahe, auch andere Instrumente zur nachhaltigen Senkung der Verschuldung einzelner Staaten wie etwa die Highly Indebted Poor Countries-Initiative, die Multilateral Debt Relief-Initiative oder die Vienna Initiative als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt zu verstehen. In diese Richtung scheint uns auch die Entscheidung des ICSID-Tribunals in *Abac-lat v. Argentinien* zu deuten, das von der Existenz eines informellen Restrukturierungsmechanismus ausgeht.⁶⁹ Die Verwendung dieses Begriffs im Singular dürfte angemessen sein. Denn die vorstehenden Erläuterungen sollten nicht zu der Annahme verleiten, jeder der erwähnten Mechanismen operiere unabhängig von den anderen. Sie greifen vielmehr ineinander und nehmen aufeinander Bezug. Um festzustellen, ob es sich bei den im Rahmen einer Restrukturierung ergriffenen Maßnahmen um Akte internationaler öffentlicher Gewalt handelt, ist daher eine Gesamtbetrachtung notwendig. Diese lehrt auch bereits die Forschung zu Global Governance. Als Beispiel sei auf den griechischen Schuldenschnitt im Jahr 2012 verwiesen. Die vom Institute of International Finance ausgehandelte Restrukturierung der Schulden bei Privatgläubigern nimmt keinen Bezug auf griechische Anpassungsprogramme.⁷⁰ Sie erscheint daher bei isolierter Betrachtung als vollständig freiwillige Maßnahme, die die griechische Bevölkerung nur positiv berührt. Allerdings erfolgte sie praktisch zeitgleich mit der Einigung der griechischen Regierung mit der Eurogruppe über ein zweites Rettungspaket, das an ein Anpassungsprogramm geknüpft ist. Die Erklärung der Eurogruppe nimmt auf den Schuldenschnitt im Privatsektor Bezug, betrachtet ihn als Bestandteil ihrer eigenen Restrukturierungsbemühungen und zeigt damit, dass sie ihm wohl den Status öffentlicher Gewalt verliehen hatte⁷¹.

⁶⁹ *Abac-lat v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 14.11.2011, § 40.

⁷⁰ Ministry of Finance of the Hellenic Republic, PSI Launch Press Release, 21.2.2012, <<http://www.minfin.gr>>.

⁷¹ Eurogroup statement, 21.2.1012, <<http://consilium.europa.eu>>.

III. Methode: Zur rechtlichen Einhegung internationaler öffentlicher Gewalt

Die Bezeichnung internationaler Bemühungen zur Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt ist kein Selbstzweck. Vielmehr folgt daraus nach dem hier vertretenen öffentlich-rechtlichen Ansatz die Notwendigkeit, diese Prozesse in ein rechtliches Rahmenwerk einzubetten, das ihre Legitimität sichert. Ein solches Vorhaben wirft schwierige methodische Fragen auf. Wie kann sichergestellt werden, dass ein solches Rechtsregime zur Sicherung der Legitimität öffentlicher Gewalt seinerseits legitim ist? Der folgende Abschnitt fasst die Antworten zusammen, die wir anderweitig in größerer Breite dargelegt haben.⁷²

Ein völkerrechtlicher Vertrag über einen Restrukturierungsmechanismus, über den sich ein solcher rechtlicher Rahmen einführen ließe, steht derzeit nicht in Aussicht, ungeachtet der aktuellen Krisen. Allerdings hängt die Weiterentwicklung des Völkerrechts nicht allein vom Vertragsrecht ab. Die Geschichte des Völkerrechts stellt vielmehr unter Beweis, dass rechtliche Begriffe und Prinzipien oft inkrementell im Diskurs zwischen Praxis und Wissenschaft entstehen. Hervorragende Beispiele hierfür verdanken sich der im 19. Jahrhundert in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen entstehenden „juristischen Methode“.⁷³ Besonders in Italien und Deutschland verdankte die juristische Methode ihren Aufstieg der Möglichkeit, damit Antworten auf einige Legitimitätsdefizite der damaligen Regierungs- und Verwaltungstätigkeit zu formulieren. Im Gegensatz zum Parlamentarismus konzentrierte die in beiden Ländern herrschende Regierungsform des Konstitutionalismus die exekutivische Gewalt beim Monarchen. Die Verwaltung hatte ein stark wachsendes Aufgabenspektrum zu bewältigen, während gleichzeitig das aufstrebende Bürgertum Respekt für Grundrechte wie das Eigentum einforderte. In dieser Lage machte sich die Rechtspraxis die juristische Methode schnell zu eigen.⁷⁴ Sie gestattete ihr, die

⁷² A. von Bogdandy/M. Goldmann, The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment: The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument, *International Organizations Law Review* 5 (2008 (2009)), 241 ff., 270 ff. Dieser Abschnitt enthält Übernahmen aus diesem Text.

⁷³ A. v. Bogdandy, The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 364 ff. Allerdings setzte sich die juristische Methode in England und Frankreich nicht in selbem Umfang durch wie in anderen Staaten Kontinentaleuropas.

⁷⁴ Zur parallelen Entwicklung Deutschlands und Italiens: M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, (1992), 318 f.; sowie P. Schiera/R. Gherardi, *Von der*

Rechtsordnung laufend durch Bildung neuer Begriffe und Prinzipien fortzuschreiben, und zwar in einem gemeinsam von Wissenschaft und Praxis getragenen dialektischen Widerstreit zwischen deduktiven, prinzipiengeleiteten und von der Idee des Rechtsstaats inspirierten Argumenten einerseits und induktiven Analysen des bestehenden Rechts sowie seiner Praxis andererseits.⁷⁵ Die sich daraus ergebenden dogmatischen Begriffe und Prinzipien hatten eine doppelte Gestalt. Einerseits galten sie als Bestandteile des geltenden Rechts, die dessen Tiefenstruktur erklären, andererseits galten sie dank ihrer Bezugnahme auf die Idee des Rechtsstaats als legitim.⁷⁶ Das Ergebnis nützte allen. Die Verwaltung bekam effektive Instrumente zur Erfüllung ihrer Aufgaben an die Hand, während die Bürger ein gewisses Maß an Sicherheit gegen administrative Willkür gewannen, das sich zwar nicht mit heutigen Rechtsschutzstandards vergleichen lässt, aber damals immerhin einen Fortschritt bedeutete.

Die mit der juristischen Methode manchmal recht intuitiv gefundenen Lösungen mögen zwar pragmatisch und in einem gewissen Maß auch legitim gewesen sein, jedoch keineswegs unumstritten. Die juristische Methode zog sich bald den Vorwurf zu, sich mit einer Apologie der bestehenden Verhältnisse zu begnügen.⁷⁷ In der Tat hatten die meisten ihrer Verfechter im 19. Jahrhundert kein Interesse an demokratischen Reformen.⁷⁸ Die heutigen Umstände unterscheiden sich davon jedoch grundlegend. Von der Wissenschaft wird nicht die Rechtfertigung bestehender Machtverhältnisse erwartet; sie muss deshalb nicht die Kontingenz ihrer Ergebnisse mit einem hegelianischen Ansatz verklären. Stattdessen sollte eine moderne Form des dogmatischen Konstruktivismus sich mit den politischen Implikationen rechtlicher Begriffsbildung in einem offenen, deliberativen Austausch auseinandersetzen. In ihm findet die Konsolidierung von Rechtsprinzipien für

Verfassung zur Verwaltung: bürgerliche Staatswissenschaft in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung, in: E. V. Heyen (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, (1984), 129 ff., 140 ff.

⁷⁵ M. Stolleis (Anm. 74), 330 ff.; ein gutes Beispiel für die juristische Methode bildet *Labands* Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Gesetzen, vgl. W. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, (1993), 177 ff.

⁷⁶ Eine lehrreiche Analyse der Funktion der Dogmatik in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen findet sich bei N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, (1974), 9 ff. Zum Einfluss der Dogmatik auf Gerichte und Gesetzgeber: C. Möllers, "Methoden", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, (2006), 121 ff., Rn. 35-37; E. Schmidt-Aßmann (Anm. 28), 4 ff.

⁷⁷ W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, (1958), 159; S. Mastellone, *Storia ideologica d'Europa da Stuart Mill a Lenin*, (1982), 158. Gut bekannt ist die Zurückweisung der juristischen Methode bei R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, (1872).

⁷⁸ S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, (1971), 17.

die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt statt, die sowohl aus der gegenwärtigen Praxis, als auch aus den Grundüberzeugungen des öffentlich-rechtlichen Ansatzes schöpfen. Die Wissenschaft sollte sich dabei auch ihrer Grenzen bewusst sein. Sie kann keine "gerechten", objektiv richtigen Ideallösungen vorschlagen, die nichts als dem öffentlichen Interesse dienen. Alle diese Begriffe sind in ihrem Kern umstritten. Daher werden sich die Prinzipien eher auf Kompetenzen und Verfahren, Rechtsschutz sowie die Anwendung der Menschenrechte konzentrieren und weniger auf das materielle Staateninsolvenzrecht.

Ein Blick auf die gegenwärtige Praxis zeigt, dass ein solcher Prozess dogmatischen Konstruktivismus' in Bezug auf die Restrukturierung von Staatsschulden nicht mehr lediglich frommer Wunsch, sondern bereits Realität geworden ist. Der folgende Teil untersucht, welche rechtlichen Begriffe und Prinzipien zur Legitimierung von Restrukturierungen bereits *de lege lata* im Völkerrecht in Gestalt von allgemeinen Rechtsprinzipien, Gewohnheitsrecht oder institutionellem Soft Law existieren.⁷⁹ Andere Elemente eines emergenten internationalen Insolvenzrechts sind *de lege ferenda* einzufordern. Die Wissenschaft kann insofern nur Vorschläge unterbreiten, die der kritischen Auseinandersetzung unter Entscheidungsträgern in Politik, Justiz und Öffentlichkeit bedürfen. Die UNCTAD-Prinzipien stellen in beiderlei Hinsicht einen gewichtigen Beitrag dar.⁸⁰ Internationalen und staatlichen Gerichten kommt eine entscheidende Rolle darin zu, die dergestalt konsolidierten Prinzipien anzuwenden und durchzusetzen. Sie könnten z. B. an die Anerkennung von Restrukturierungen die Voraussetzung stellen, dass diese mit bestimmten Prinzipien im Einklang stehen. In anderen Bereichen arbeiten internationale und staatliche Gerichte bereits bei der Bildung und Umsetzung gemeinsamer Prinzipien zusammen.⁸¹

⁷⁹ Zum Völkergewohnheitsrecht vgl. *M. Waibel* (Anm. 6); zu allgemeinen Rechtsprinzipien vgl. *M. Goldmann*, Responsible Sovereign Lending and Borrowing: The View from Domestic Jurisdictions, Studie für UNCTAD (2012), <www.unctad.info>; ferner *M. Goldmann*, On the Functions and Legal Status of Principles: The Move towards Rules and Transparency in Fiscal Policy as Examples, in: C. Esposito/J. P. Bohoslavsky/Y. Li (Anm. 6).

⁸⁰ Zur Rolle von Codes of Conduct: *N. Roubini/B. Setser*, Improving the Sovereign Debt Restructuring Process: Problems in Restructuring, Proposed Solutions, and a Roadmap for Reform, Manuskript (2003), 14 f.

⁸¹ Vgl. *E. Benvenisti*, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts, *AJIL* 102 (2008), 241 ff.

IV. Bausteine eines rechtlichen Rahmens für Restrukturierungsmaßnahmen

Unter Berücksichtigung der vorstehenden methodischen Erwägungen erarbeitet dieser Abschnitt einige Vorschläge für ein rechtliches Rahmenwerk für Restrukturierungsmaßnahmen, das deren Legitimität sichern oder verbessern soll. Es umfasst prozedurale und materielle Prinzipien (1.). Die mit Einrichtung eines solchen rechtlichen Rahmens einhergehende Steigerung der Legitimität internationaler Restrukturierungen könnte sich ferner auf die vor staatlichen und überstaatlichen Gerichten und Schiedsgerichten anhängigen Verfahren gegen Schuldnerstaaten auswirken (2.).

1. Rechtliche Voraussetzungen von Restrukturierungsmaßnahmen

a) Verfahrensrecht

Dieser Abschnitt enthält eine Aufzählung von Verfahrensnormen und -prinzipien, denen Restrukturierungsmaßnahmen für Staatsschulden notwendigerweise oder wünschenswerterweise unterliegen sollten, sofern sie als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt einzustufen sind. Manche dieser Normen und Prinzipien sind bereits Teil des positiven Rechts. Die Liste ist keineswegs abschließend.

Zunächst bedarf die Beziehung zwischen Gläubigern und dem Schuldnerstaat einer rechtlichen Einhegung. Aus dem öffentlich-rechtlichen Ansatz lässt sich für beide Seiten eine Pflicht zum Eintritt in Verhandlungen über eine Restrukturierung herleiten, sobald ein zahlungsunfähiger oder von Zahlungsunfähigkeit bedrohter Staat es verlangt.⁸² Deduktiv folgt diese Pflicht aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter von Restrukturierungen. Die Staatengemeinschaft hat im Lauf der Zeit formelle und informelle Mechanismen zur autoritativen Lösung von Staatsschuldenkrisen im Verhandlungswege geschaffen oder unterstützt. Im Kontext des öffentlichen Rechts folgt aus der Kompetenz zum Handeln auch eine entsprechende Verantwortung, zumindest sofern es um Angelegenheiten geht, die die Gemeinschaft

⁸² Zum Merkmal der Zahlungsunfähigkeit *J. A. Kämmerer*, State Bankruptcy, in: R. Wolf-
rum (Hrsg.), MPEPIL, (2009), Rn. 2.

insgesamt betreffen.⁸³ Die Teilnehmer an Restrukturierungsverhandlungen gleichen weniger Bürgern, die im Rahmen ihrer Privatautonomie agieren, sondern eher den Mitgliedern eines Parlaments, die der Gemeinschaft für ihr Handeln verantwortlich sind, oder auch Regulierungsbehörden, die zur Erledigung der in ihren Bereich fallenden Aufgaben berufen sind.

Induktiv ergibt sich eine Pflicht zur Teilnahme an Restrukturierungsverhandlungen zumindest im Ansatz aus dem bestehenden Völkerrecht.⁸⁴ Dieses Ergebnis lässt sich auf verschiedene Weisen begründen. Manche leiten es von dem *erga omnes*-Charakter der Menschenrechte ab.⁸⁵ Andere verweisen auf die Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung gemäß der Satzung der Vereinten Nationen.⁸⁶ Wiederum andere argumentieren, dass die Praxis des Paris Club zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt habe.⁸⁷

Es dürfte aber schwierig werden, eine derart begründete Pflicht auch auf private Gläubiger auszudehnen. Nur allgemeine Rechtsprinzipien binden auch Private, sofern sie innerstaatlich anwendbar sind. Allgemeine Rechtsprinzipien lassen sich deduktiv herleiten oder induktiv in rechtsvergleichender Perspektive durch Abstraktion und Analogisierung des innerstaatlichen Rechts, soweit es sich auf das Völkerrecht übertragen lässt.⁸⁸ Insofern besteht eine Möglichkeit darin, eine Pflicht zum Eintritt in Verhandlungen aus dem anerkannten allgemeinen Rechtsprinzip des guten Glaubens herzuleiten.⁸⁹ Eine solche Deduktion ist aber von großen Unsicherheiten behaftet. Alternativ oder in Ergänzung hierzu lässt sich eine solche Pflicht aber auch

⁸³ Dieser Gedanke könnte sogar ein Prinzip des allgemeinen Völkerrechts werden, nämlich als Teil der Responsibility to Protect, vgl. UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome, UN Doc. A/RES/60/1, para. 26. Es sei betont, dass die Responsibility to Protect nicht einem Gericht gestattet, allein von der Untätigkeit eines Staats auf seine Verantwortlichkeit zu schließen. Vielmehr ist dem Staat ein Ermessen einzuräumen.

⁸⁴ Der StIGH fand in *Société Commerciale de Belgique (Belgium v. Greece)*, (1939) PCIJ Rep. Series A/B No. 78, kein entsprechendes Gewohnheitsrecht. Vgl. dazu R. Dolzer, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, in: J. Jekevitcz u.a. (Hrsg.), Festschrift Partsch, (1989), 531 ff., 536 ff.

⁸⁵ J. A. Kämmerer (Anm. 11), 657.

⁸⁶ M. Bothe/J. Brink, Public Debt Restructuring – The Case for International Economic Co-operation, GYIL 29 (1986), 107.

⁸⁷ L. Grard (Anm. 59), 228; A. Reinisch, Debt Restructuring and State Responsibility, in: D. Carreau/M. N. Shaw (Anm. 59), 537, 547 ff.; C. Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, (2005), 18 (ein Prinzip des kooperativen Schuldenmanagements vorschlagend).

⁸⁸ H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law, (1927), 67 ff.; R. Wolfrum, Sources of International Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, (2011), Rn. 35; in allgemeinen Rechtsprinzipien eher ein argumentatives Reservoir sehend: J. Ellis, General Principles and Comparative Law, EJIL 22 (2011), 949 ff. Zur Taxonomie der Prinzipien vgl. M. Goldmann, On the Functions (Anm. 79).

⁸⁹ Vorsichtig optimistisch: R. Dolzer (Anm. 84), 538 f.; C. Tietje (Anm. 87), 18.

induktiv und analogisch begründen. Ansatzpunkt ist der verpflichtende Charakter staatlicher Insolvenzverfahren. Auf staatlicher Ebene bleibt den Gläubigern oder Schuldern keine Möglichkeit, ein laufendes Insolvenzverfahren zu umgehen.⁹⁰ Insolvenzverfahren beruhen nicht allein auf dem Konsens der Beteiligten. Zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit sowie von Dritten sind sie an staatliche Rechtsnormen und Entscheidungen gebunden, die Privatrechtsverhältnisse einseitig gestalten und sich insofern als Akte öffentlicher Gewalt erweisen. Dahinter steht der allgemeine Rechtsgedanke, dass wesentliche öffentliche Interessen oder die Interessen von Dritten sich nur in einem öffentlich-rechtlich ausgestalteten und damit obligatorischen Verfahren schützen lassen. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass es im Recht der meisten Staaten kein Insolvenzverfahren für öffentliche Körperschaften gibt, von Gegenbeispielen wie dem Insolvenzverfahren für amerikanische Kommunen abgesehen.⁹¹ Denn in anderen Rechtsordnungen können auch solche Finanzkrisen im Einzelfall mit Hilfe des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums gelöst werden.⁹² Wie bereits gezeigt wurde, existieren auch auf internationaler Ebene solche Mechanismen zur Schuldenrestrukturierung, die sich als internationale öffentliche Gewalt erweisen und Wirkungen haben, die denen der staatlichen Insolvenzverfahren gleichkommen, wengleich ihre Legitimität Fragen aufwirft. Wenn aber die verbindliche Unterwerfung aller Beteiligten unter diese Mechanismen einen wesentlichen Bestandteil legitimer Insolvenzverfahren nach staatlichem Recht bildet, sollte nichts anderes für hinreichend legitime Restrukturierungen unter den bestehenden völkerrechtlichen Mechanismen gelten. Der Schutz von wichtigen öffentlichen Interessen darf nicht von der Kooperationsbereitschaft der Gläubiger abhängen. Es ist daher zu hoffen, dass staatliche oder internationale Gerichte bei Gelegenheit im Rahmen ihrer rechtlichen Zuständigkeit anerkennen, dass die Pflicht zum Eintritt in Verhandlungen zumindest *de lege ferenda* einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bilden sollte. Die UNCTAD-Prinzipien Nr. 7, 9 und 15 gehen entsprechend von einer Pflicht aller Beteiligten aus, im Fall von Staatsschuldenkrisen Verhandlungen über eine Restrukturierung aufzunehmen.

Ein anderes prozedurales Erfordernis ist das der Inklusion aller Betroffenen. Es ergibt sich aus dem in der Theorie vielfach erörterten Gedanken der Verfahrensgerechtigkeit. Alle Betroffenen sollen demnach die Möglichkeit

⁹⁰ Vgl. M. Goldmann, *Responsible Sovereign* (Anm. 79), 39 ff.

⁹¹ Vgl. 11 U.S.C., Chapter IX; zu anderen Rechtsordnungen unten Anm. 139.

⁹² Beispiele bei G. E. Kodek, *Nationale Regelungen der Insolvenz von Gebietskörperschaften – ein Modell für die Regelung der Staateninsolvenz?*, in: G. E. Kodek/A. Reinisch (Hrsg.), *Staateninsolvenz*, (2011), 145 ff.

haben, auf den Entscheidungsprozess einzuwirken, und zwar entweder unmittelbar oder durch Repräsentanten, oder durch Partizipationsformen wie öffentliche Anhörungsverfahren.⁹³ Ein solches Verfahrensprinzip stellt die Praxis bestehender Restrukturierungsmechanismen auf den Prüfstand. Erstens betreffen die mit einer Restrukturierung verbundenen Anpassungsprogramme in erster Linie die Bevölkerung des Schuldnerstaats. Dieser fehlt manchmal die Möglichkeit, effektiv darauf einzuwirken. Im Paris und London Club ist sie jeweils durch ihre Regierung vertreten. Die drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit zeigt aber manchmal gerade, wie wenig diese Regierung ihrer Verantwortung für die Interessen ihrer Bevölkerung in der Vergangenheit gerecht geworden ist. Angesichts der Tragweite der Entscheidungen, speziell der Anpassungsprogramme, stellt sich die Frage, ob der traditionelle Staatenkonsens immer als Grundlage der Legitimation ausreicht. Insofern bietet es sich an, Strategien zu entwickeln, wie der "ownership" der Bevölkerung an den Anpassungsprogrammen verbessert werden kann.⁹⁴ Natürlich ist dabei zu berücksichtigen, dass in einer Krise schnelles und wirksames Handeln notwendig sein mag. Es gilt daher einen Ausgleich zu finden zwischen effektiver Krisenreaktionsfähigkeit und inklusiven Verfahren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Inklusion auch die Akzeptanz und damit die Effektivität von Anpassungsprogrammen erhöhen kann. Möglichkeiten zur Inklusion ergeben sich dann, wenn die internationalen Akteure zwar die Ziele, aber nicht die Mittel vorgeben. Diese Intention steht hinter der Abschaffung von Performanzkriterien für Strukturformen im Rahmen von IMF-Konditionalitäten.⁹⁵ Eine weitere Möglichkeit bietet die frühzeitige Einbindung von Repräsentanten auf staatlicher Ebene, insbesondere von Parlamenten, um sowohl deren Wissen, als auch ihre Unterstützung zu gewinnen. Auch lässt sich bezweifeln, ob eine Praxis wie die des Paris Club mit separaten Verhandlungsräumen für die Gläubigerstaaten und den Schuldnerstaat, der nur mit dem Vorsitz verhandelt, den inklusiven Charakter der Verhandlungen stärkt.⁹⁶ Diese Überlegungen sind im Wesentlichen als Anregungen *de lege ferenda* zu verstehen. Sie sollen die Legitimi-

⁹³ S. o. Teil II. 2. Zu notice-and-comment-Verfahren *R. Stewart*, US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 63 ff.

⁹⁴ Seit dem Ende des Kalten Kriegs ist "ownership" ein Leitprinzip der internationalen Finanzinstitutionen geworden. Ein frühes Beispiel findet sich bei *J. H. Johnson*, *Borrower Ownership of Adjustment Programs and the Political Economy of Reform*, (1992), World Bank Discussion Paper Nr. 199; zur heutigen Bedeutung *P. Dann*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, (2011), 216 ff.

⁹⁵ IMF, *GRA Lending Toolkit and Conditionality: Reform Proposals* (2009), <<http://www.imf.org>>.

⁹⁶ Vgl. <<http://www.clubdeparis.org>>.

tät und Effektivität von Restrukturierungsmaßnahmen steigern. Nur in geringem Umfang finden sie bereits eine positiv-rechtliche Verankerung, etwa im Prinzip des guten Glaubens.⁹⁷ Die in UNCTAD-Prinzip Nr. 15 enthaltene Forderung nach umgehenden, effizienten und fairen Restrukturierungen zielt in dieselbe Richtung. Das staatliche Insolvenzrecht bietet in dieser Hinsicht dagegen wenig Anhaltspunkte für Analogien bzw. für die Bildung allgemeiner Rechtsprinzipien, da es in erster Linie auf Privatpersonen und private Personenvereinigungen anwendbar ist, nicht auf öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Pflichten gegenüber Bürgern. Sofern öffentlich-rechtliche Körperschaften nach staatlichem Recht insolvenzfähig sind, wird öffentlichen Interessen denn auch größere Bedeutung beigemessen.⁹⁸

Neben dem Verhältnis zwischen Gläubigern und dem Schuldnerstaat sollten auch die Beziehungen unter den verschiedenen Gläubigern dem Leitbild der Inklusivität entsprechen. Deshalb sollten alle Gläubiger von einer Gruppe möglichst einen gleichwertigen Einfluss auf die Verhandlungen haben, ob unmittelbar oder durch Repräsentanten. Dieser Anforderung wird die Realität nicht immer gerecht.⁹⁹ Bei Verhandlungen im London Club repräsentiert nur eine kleine Gruppe von Banken die Gesamtheit der institutionellen Gläubiger.¹⁰⁰ Dies hatte mitunter zur Konsequenz, dass kleinere Institute, die von den Verhandlungen ausgeschlossen waren, die Teilnahme an der Restrukturierung verweigerten.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang verdienen auch die Abstimmungsregeln eine kritische Überprüfung. Im Paris Club dient das Erfordernis eines Konsenses dem Schutz der Gläubigerstaaten und ihrer Steuerzahler, die letzten Endes für Verluste einstehen müssen.¹⁰² Auf der anderen Seite könnte eine Mehrheitsregel die Entscheidungsfindung beschleunigen und damit auch insgesamt günstigere Lösungen ermöglichen. Im Gegenzug könnte die Transparenz der Verhandlungen gesteigert werden, damit die Wahrung essentieller Gläubigerinteressen gesichert bleibt. Was die Abstimmung unter Privatgläubigern etwa im London Club betrifft, so gibt es keinen Grund, der der Beschlussfassung mit einer am Wert der jeweiligen Forderungen orientierten Mehrheit entgegenstünde. Vielmehr entspricht dies staatlichen Insolvenzverfahren. Denkbar sind al-

⁹⁷ K. Raffer, Ein Insolvenzverfahren für Staaten – Gebot ökonomischer Ratio, in: G. E. Kodek/A. Reinisch, Staateninsolvenz (Anm. 92), 33.

⁹⁸ M. Goldmann, Responsible Sovereign (Anm. 79), 41.

⁹⁹ L. C. Buchheit/R. Reisner, The Effect of the Sovereign Debt Restructuring Process on Inter-Creditor Relationships, U. Ill. L. Rev. (1988), 493, 500, 514.

¹⁰⁰ K. Hudes, Coordination of Paris and London Club Reschedulings, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 17 (1984-1985), 553, 560.

¹⁰¹ U. S. Das/M. G. Papaioannou/C. Trebesch (Anm. 19), 17.

¹⁰² Vgl. die Five Key Principles des Paris Club: <<http://www.clubdeparis.org>>.

lerdings gewisse Mindestquoten nach dem Beispiel von Collective Action Clauses, um die Interessen von Minderheitsgläubigern zu schützen.

Auch gilt es, das Prinzip der Inklusion der Betroffenen bei der Gestaltung des Verhältnisses zwischen den verschiedenen Gruppen von Gläubigern zu verwirklichen. Das Prinzip der "comparability of treatment" im Rahmen des Paris Club, nach dem der Schuldnerstaat Drittgläubigern eine vergleichbare Behandlung angedeihen lassen muss, präjudiziert die gesamte Restrukturierung, ohne dass die Drittgläubiger daran angemessen beteiligt wären. Auch die intergouvernementale Struktur des Paris Club liefert hierfür keine Rechtfertigung, denn nicht jeder Drittgläubiger ist automatisch über seine Regierung in der Zusammensetzung, in der der Paris Club im Einzelfall tagt, vertreten. Außerdem bilden nicht nur die Interessen der Bürger als Drittgläubiger, sondern auch die unmittelbaren finanziellen Eigeninteressen der Mitgliedstaaten den Gegenstand der Verhandlungen im Paris Club. Deshalb erscheint eine bessere Koordination zwischen den verschiedenen Foren erstrebenswert, zumindest aber ein Anhörungsrecht von Drittgläubigern im Paris Club, um in der Vergangenheit aufgetretene Spannungen zwischen bilateralen und privaten Gläubigern für die Zukunft zu vermeiden.¹⁰³ Eine überlegenswerte Anregung enthalten insoweit die Prinzipien des Council on Foreign Relations, die eine Koordinierung zwischen den Gläubigerausschüssen der Privatgläubiger und dem Paris Club vorsehen.¹⁰⁴ Das UNCTAD-Prinzip Nr. 7 unterstützt diese Forderung, indem es von den Gläubigern verlangt "to behave in good faith and with cooperative spirit".

Transparenz und Öffnung sind gerade aus Perspektive einer diskurstheoretischen Rechtfertigung öffentlicher Gewalt weitere wichtige Voraussetzungen für die Legitimität internationaler Restrukturierungsbemühungen. Eine Lösung, die die Zustimmung der Betroffenen erhalten soll, setzt voraus, dass sich diese eine wohlinformierte Meinung bilden können. Dementsprechend verlangt der rechtliche Rahmen des IMF und des Paris Club bereits jetzt, dass Schuldnerstaaten sich transparent zeigen und umfassenden Informationspflichten nachkommen.¹⁰⁵ Die UNCTAD-Prinzipien Nr. 11 und 13 bekräftigen diese Regeln. Des Weiteren stellt die zweite Erläuterung zu UNCTAD-Prinzip Nr. 15 die Forderung auf, dass auch die Restrukturierung selbst hohen Anforderungen an Transparenz genügt. Dadurch soll auch ihre Akzeptanz im betroffenen Staat sichergestellt werden. Im Gegen-

¹⁰³ D. Josselin (Anm. 57); K. Raffer (Anm. 6).

¹⁰⁴ S. Hagan (Anm. 63), 66.

¹⁰⁵ IMF Articles of Agreement, Artikel IV; die Comparability of Treatment Clause gehört zu den Five Key Principles des Paris Club (Anm. 102).

satz hierzu stehen die vom Institute of International Finance erarbeiteten Best Practices for Formation and Operation of Creditor Committees, die den Mitgliedern von Gläubigerausschüssen ein hohes Maß an Vertraulichkeit abverlangen.¹⁰⁶ Zwar haben Gläubiger ein legitimes Interesse am Schutz ihrer geschäftlichen Daten. Aus diskurstheoretischer Perspektive rechtfertigt es dies aber nicht, bilaterale und multilaterale Gläubiger von den Verhandlungen auszuschließen und allen Beteiligten zu untersagen, den Fortgang der Verhandlungen öffentlich zu kommentieren. Stattdessen ist eine Abwägung der divergierenden Interessen erforderlich. Insofern begünstigen die "Best Practices" einseitig die Interessen der Finanzindustrie.

Ein letzter verfahrensrechtlicher Aspekt betrifft die gerichtliche Zuständigkeit. Es würde die Legitimität von Restrukturierungen erhöhen, wenn es eine gerichtliche oder schiedsgerichtliche Instanz gäbe für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, die sich aus der Verhandlung und Durchführung von Restrukturierungen ergeben (und nicht etwa aus deren Vermeidung wie die sog. "holdout litigation", s. u.).¹⁰⁷ Zu diesem Zweck müssten nicht unbedingt neue internationale Institutionen geschaffen werden. Es bietet sich vielmehr an, auf bestehende staatliche oder internationale Instanzen zurückzugreifen.

b) Materielles Recht: Menschenrechte

Die Entwicklung von materiell-rechtlichen Regeln für Restrukturierungen sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass es in einem modernen, auf pluralistische, posttraditionale Gesellschaften bezogenen Demokratieverständnis keine allgemeingültigen Maßstäbe der Verteilungsgerechtigkeit gibt, aus denen sich solche Regeln deduzieren ließen.¹⁰⁸ Allein die Menschen- und Grundrechte bilden einen Minimalkonsens, der auch im Fall von Restrukturierungen zu beachten ist. Darüber hinaus kann der dogmatische Konstruktivismus lediglich auf Institutionen und Verfahren für die Entwicklung legitimer materiell-rechtlicher Normen verweisen.

Die Bedeutung der Menschenrechte für Restrukturierungsmaßnahmen ist bislang in Lehre und Praxis noch nicht vollständig ergründet worden. Insofern bietet sich hier eine Perspektive für dogmatischen Konstruktivismus,

¹⁰⁶ Institute of International Finance, Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructurings, 2011 Report on Implementation by the Principles Consultative Group, 39, <<http://www.iif.com>>.

¹⁰⁷ C. G. Paulus, Ein Insolvenzrecht für Staaten, in: M. Dabrowski, Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten, (2003), 231 ff.

¹⁰⁸ Vgl. oben Teil III.

der auch die Fortentwicklung von internationalen Instrumenten wie den UNCTAD-Prinzipien in dieser Richtung informieren kann. Dieses Potenzial sei hier in Grundzügen ausgelotet. Der Schutz der Menschenrechte, insbesondere von ökonomischen, sozialen und kulturellen Rechten hängt von einem tragfähigen Staat ab, dessen Institutionen ein Minimum an Leistungen der Daseinsvorsorge wie Bildung, Gesundheit und Sicherheit gewährleisten müssen. Dies ist der Staat seinen Bürgern schuldig. Daher dürfen auch Anpassungsmaßnahmen im Rahmen von Restrukturierungen nicht zu ungerechtfertigten, insbesondere diskriminierenden Rückschritten in der Verwirklichung ökonomischer, sozialer und kultureller Rechte führen. Dies hat das Europäische Komitee für Soziale Rechte bestätigt, als es eine Verletzung der Europäischen Sozialcharta durch bestimmte im Zuge der jüngsten Schuldenkrise von Griechenland durchgeführte Arbeitsmarktreformen feststellte.¹⁰⁹ In der Literatur findet sich die Auffassung, dass diese Rechte wegen des *erga omnes*-Charakters von Menschenrechten bereits *de lege lata* auch direkt auf Restrukturierungsmaßnahmen Anwendung finden.¹¹⁰ Diese Ansicht bestätigen die jüngst veröffentlichten Maastricht-Prinzipien über die extraterritorialen Pflichten von Staaten im Bereich ökonomischer, sozialer und kultureller Rechte.¹¹¹ Das Verständnis von Restrukturierungsmaßnahmen als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt bekräftigt im Ergebnis diese Argumentation. Mit dem öffentlich-rechtlichen Ansatz wäre es nicht zu vereinbaren, dass Konditionalitäten und Anpassungsprogramme zu einer zeitgenössischen Variante der im 19. und 20. Jahrhundert üblichen Ausbeutung von Schuldnerstaaten durch Konzessionen oder den Transfer von Gütern werden.¹¹²

Natürlich dürfen sich Restrukturierungen nicht leichtfertig über die finanziellen Interessen der Gläubiger hinwegsetzen. Denn auch deren Ansprüche können der Definition des Eigentums in Menschenrechtsverträgen oder von Investitionen in bilateralen Investitionsschutzabkommen bzw. der ICSID-Konvention entsprechen.¹¹³ Allerdings gewährt der Europäische

¹⁰⁹ European Committee of Social Rights, Complaints Nr. 65/2011 and 66/2011, decisions on the merits, 23.5.2012.

¹¹⁰ T. Pfeiffer, Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 102 (2003), 141 ff., 160 f.; R. Dolzer (Anm. 84), 547; R. T. Hofmann/M. Krajewski, Staatsschuldenkrisen im Euro-Raum und die Austeritätsprogramme von IWF und EU, *Kritische Justiz* 45 (2012), 2 ff.

¹¹¹ Abgedruckt in HRQ 34 (2012), 1084 ff.

¹¹² J. Zettermeyer/F. Sturzenegger (Anm. 1), 16.

¹¹³ Zu möglichen Fällen gegen Griechenland vor dem EGMR: L. Thomas, Hedge Funds May Sue Greece if It Tries to Force Loss, *New York Times*, 18.1.2012, B1; zu möglichen Fällen vor ICSID-Tribunalen: O. Sandrock, Ersatzansprüche geschädigter deutscher Inhaber von griechischen Staatsanleihen, *RIW* (2012), 429.

Gerichtshof für Menschenrechte den Vertragsstaaten für Maßnahmen zur Bewältigung wirtschaftlicher Krisen einen recht großen Einschätzungsspielraum.¹¹⁴ Man könnte solche Maßnahmen auch als inhärentes Risiko von Staatsanleihen ansehen, das sich in ihrer Bewertung widerspiegelt. So haben Untersuchungen gezeigt, dass Investoren trotz Zahlungsausfällen und Restrukturierungen langfristig betrachtet mit Staatsschulden immer noch beträchtliche Gewinne gemacht haben.¹¹⁵

Selbstverständlich brauchen effektive und legitime Restrukturierungsmaßnahmen ein weiter ausdifferenziertes materiell-rechtliches Rahmenwerk. Ein besonders bedeutendes Thema ist in dieser Hinsicht die Frage einer Vorzugsbehandlung für die internationalen Finanzinstitutionen, mithin das, was *Anna Gelpern* als die "Sitzordnung" internationaler Restrukturierungen bezeichnet hat.¹¹⁶ Insofern ist es keineswegs völlig ausgemacht, dass die Schulden beim IMF und anderen multilateralen Geldgebern unbedingt Vorrang genießen müssen, was den Wert der Forderungen anderer Geldgeber mindert. Manche halten dagegen, dass den älteren, in der Regel zu niedrigeren Zinssätzen emittierten Anleihen ein Vorrang zukommen sollte. Werden sie von einer Restrukturierung verschont, senkt dies die Finanzierungskosten des Staats überproportional.¹¹⁷ Andererseits besteht die Funktion multilateraler Kreditgeber wie dem IMF gerade darin, eine prekäre finanzielle Situation durch Überbrückungskredite zu stabilisieren. Das damit verbundene erhöhte Risiko sollte durch eine Vorrangstellung belohnt werden.¹¹⁸ Manche halten dies sogar bereits für den Stand des Gewohnheitsrechts.¹¹⁹

Wie dem auch sei, die Entwicklung einer Rangfolge würde den Rahmen dessen übersteigen, was der dogmatische Konstruktivismus leisten kann, ohne seine eigenen Grundüberzeugungen zu verletzen, wonach Fragen der Verteilungsgerechtigkeit stets kontingent sind. Aus diesem Grund sollten materielle Standards stets aus inklusiven, deliberativen Verfahren hervorgehen. Einen möglichen Weg zeigen insofern die UNCTAD-Prinzipien auf,

¹¹⁴ Z. B. *Grainger v. UK*, App. no. 34940/10, para 37 m.w.N.

¹¹⁵ J. Zetzmeyer/F. Sturzenegger (Anm. 1), 26 ff.

¹¹⁶ A. Gelpern, Building a Better Seating Chart for Sovereign Restructurings, Emory L. J. 53 (2004), 1119 ff.; s. auch J. P. Bohoslavsky, Lending and Sovereign Insolvency: A New Criterion to Distribute Losses among Creditors, *GoJIL* 2 (2010), 387 ff.

¹¹⁷ P. Bolton/D. A. Skeel, Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?, Emory L. J. 53 (2004), 763 ff.

¹¹⁸ Z. B. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Internationale Insolvenzregelungen für Entwicklungsländer, Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMZ (BMZ Spezial Nr. 014), Mai 2000, Bonn: BMZ (AG1-14/91).

¹¹⁹ A. Reinisch (Anm. 87), 552; C. Holmgren, La renégociation multilatérale des dettes: le Club de Paris au regard du droit international, (1998), 159.

die in einem transparenten Verfahren unter Mitwirkung zahlreicher Staatenvertreter und Experten entstanden sind. Dies mag die wachsende Unterstützung erklären, die sie auch von offizieller Seite erhalten. Im Gegensatz dazu stehen die Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructurings, die das Institute of International Finance erarbeitet hat, die unter anderem dem IMF die Verantwortung für Übergangskredite im Krisenfall zuschieben.¹²⁰ Zwar haben sie die Billigung des Paris Club erhalten. Es kann aber bezweifelt werden, dass sie Ergebnis eines inklusiven Rechtsetzungsprozesses waren, wie man es angesichts der distributiven Konsequenzen ihrer Bestimmungen hätte erwarten können.

Andere materiell-rechtliche Regeln, die im rechtlichen Rahmen für Restrukturierungen nicht fehlen dürfen, beziehen sich auf Aspekte der Prävention von Schuldenkrisen. Die Entstehung effektiver und legitimer Mechanismen zur Restrukturierung von Staatsschulden birgt zumindest theoretisch die Gefahr, dass Schuldnerstaaten sie ungebührlich in Anspruch nehmen, die weniger zahlungsunfähig als -unwillig sind und kein Interesse an nachhaltiger Staatsverschuldung zeigen.¹²¹ Auch in dieser Hinsicht enthalten die UNCTAD-Prinzipien wichtige Anregungen für die Herausbildung eines stabilen, nachhaltigen internationalen Staateninsolvenzrechts. Solche Normen sollten dem öffentlich-rechtlichen Ansatz zufolge ebenfalls in legitimen Verfahren erarbeitet werden.

Diese wenigen Beispiele mögen illustrieren, dass die Einordnung der bestehenden Mechanismen für die Restrukturierung von Staatsschulden als internationale öffentliche Gewalt erhebliche praktische und theoretische Konsequenzen nach sich zieht. Nur durch Ausbildung eines rechtlichen Rahmens kann ihre Legitimität unter Beibehaltung ihrer Effektivität gesichert werden.

2. Auswirkungen auf staatliche und überstaatliche Gerichte und Schiedsgerichte: Auf dem Weg zu einem Vollstreckungsverbot?

Es kann den Erfolg einer Restrukturierung erheblich beeinträchtigen, wenn Privatgläubiger statt an der Restrukturierung teilzunehmen den

¹²⁰ Institute of International Finance, Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructurings, 2011 Report on Implementation by the Principles Consultative Group, 33, <<http://www.iif.com>>.

¹²¹ Normalerweise geht einer Staateninsolvenz eine Kreditblase voraus, die zu nicht nachhaltigem Wirtschaften führt, dazu *J. Zetzmeyer/F. Sturzenegger* (Anm. 1), 6 ff.

Schuldnerstaat vor staatlichen oder überstaatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten auf Rückzahlung des nominalen Betrags ihrer Anleihen verklagen und in sein Vermögen vollstrecken.¹²² Nichts zeigt dies deutlicher als die Vielzahl der in den letzten Jahren vor unterschiedlichsten Instanzen gegen Argentinien eingeleiteten Verfahren.¹²³ Verschiedene Strategien sind in der Diskussion, um diese sogenannte “holdout litigation” einzudämmen. Von *Debevoise* stammt der Vorschlag, die vertraglichen Grundlagen von Staatsschulden als Devisenkontrakte im Sinne des Art. VIII(2)(b) der IMF Articles of Agreement anzusehen, was den Schuldnerstaat in die Lage versetzen würde, über den Erlass von Devisenkontrollbestimmungen ihre Durchsetzung in anderen Jurisdiktionen zu verhindern.¹²⁴ Dieser Interpretation der Articles of Agreement sind staatliche Gerichte bislang allerdings nicht gefolgt.¹²⁵

Größerer Erfolg war dagegen der Berufung auf die Einrede des Notstands beschieden. Diese Prozessstrategie findet seit dem *Serbian Loans*-Fall Anwendung und erfährt gegenwärtig viel Aufmerksamkeit in Zusammenhang mit Verfahren vor ICSID-Schiedsgerichten, deren Einzelheiten hier nicht wiedergegeben werden müssen.¹²⁶ Aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Ansatzes leidet diese Strategie aber an erheblichen Nachteilen. Erstens ist einem Schuldnerstaat die Einrede des Notstands verwehrt, wenn er zu der den Notstand begründenden Situation beigetragen hat.¹²⁷ Diese Voraussetzung begrenzt massiv die Chancen von Schuldnerstaaten, sich über die Notstandseinrede effektiv zu verteidigen, da eine Staatsschuldenkrise typischerweise nicht ohne irgendeine Form der Mitwirkung des Schuldnerstaats bzw. Fehler seiner Regierung entsteht.¹²⁸ Zweitens genügt die Rechtsfolge

¹²² Zu ICSID *K. P. Gallagher*, *The New Vulture Culture: Sovereign Debt Restructuring and Trade and Investment Treaties*, IDEA Working Paper 02/2011; *M. Waibel*, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, *AJIL* 101 (2007), 711 ff. Optimistischere Einschätzung bei *K. Halverson Cross*, *Arbitration as a Means of Resolving Sovereign Debt Disputes*, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 17 (2006), 335 ff.

¹²³ ICSID, *Abaclat v. Argentine Republic*, Case ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 14.11.2011; zu Fällen vor nationalen Gerichten s. u.

¹²⁴ *W. Debevoise*, *Exchange Controls and External Indebtedness: A Modest Proposal for a Deferral Mechanism Employing the Bretton Woods Concept*, *Hous. J. Int'l L.* 7 (1984), 157 ff.; vgl. auch *K. Rogoff/J. Zettelmeyer* (Anm. 4), 479 f.

¹²⁵ *C. Tietje* (Anm. 87), 10 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH, wonach der Begriff der Devisenkontrakte Staatsanleihen nicht umfasse.

¹²⁶ *J. A. Kämmerer* (Anm. 11), 659; s. a. der StIGH in *Société Commerciale de Belgique (Belgium v. Greece)*, (Anm. 84).

¹²⁷ Vgl. Art. 25(2)(b) der Articles on State Responsibility; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, (Merits) (1997), ICJ Rep. 7, 46.

¹²⁸ Zur Kritik der ICSID-Schiedssprüche zum Staatsnotstand *S. Schill*, *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises*, *J. Int'l Arb.* 24 (2007),

der Notstandseinrede nicht dem Ziel einer effektiven Restrukturierung. Die Einrede gilt nur vorübergehend. Sie kann nicht mehr geltend gemacht werden, sobald sich die wirtschaftliche oder finanzielle Situation des Schuldnerstaats verbessert. Dieser Zeitpunkt muss nicht notwendigerweise mit dem erfolgreichen Abschluss einer Restrukturierung zusammenfallen. Auch schuldet ein Staat, der sich auf Notstand beruft, seinen Gläubigern womöglich Schadensersatz.¹²⁹ Drittens besteht kein Zusammenhang zwischen der Notstandseinrede und der Legitimität der Restrukturierung. Zwar könnte ein Verhandlungsangebot des Schuldnerstaats an alle Gläubiger, das von den meisten angenommen wird, ein Indiz für eine finanzielle Notlage darstellen. Allerdings steht auch ein einseitiges, nicht ausgehandeltes Tauschangebot seitens des Schuldnerstaats nicht der Berufung auf Notstand entgegen.

Nachdem der Vorstoß des IMF zur Gründung eines Sovereign Debt Restructuring Mechanism ohne Ergebnis geblieben war, begannen viele Staaten, in die Bestimmungen ihrer Anleihen sogenannte Collective Action Clauses aufzunehmen, die bisher nur in nach englischem Recht begebenen Anleihen üblich waren.¹³⁰ Collective Action Clauses haben sich in gewissem Maße als effektives Mittel gegen holdout litigation erwiesen. Allerdings leiden sie an gewissen praktischen und normativen Schwächen. Praktische Probleme ergeben sich daraus, dass sie nur auf neue Verträge Anwendung finden und nicht auf bestehende mit womöglich langen Laufzeiten. Auch gelten sie jeweils nur für eine spezifische Anleihe, so dass große Investoren die Möglichkeit haben, genügend Anteile zu erwerben, um eine erfolgreiche Restrukturierung zu obstruieren. Eine Änderung der Zahlungsbestimmungen setzt immer noch eine Mehrheit von 75 % oder 85 % der Anteilseigner des jeweiligen Wertpapiers voraus.¹³¹ Aus normativer Sicht sind Collective

265 ff.; C. Binder, *Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis*, in: C. Binder u. a. (Hrsg.), *International Investment Law for the 21st Century*, (2009), 608 ff.; M. Waibel, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, LJIL 20 (2007), 637 ff.

¹²⁹ J. A. Kämmerer (Anm. 82), Rn. 10; M. Waibel (Anm. 128). Zum Schadensbegriff vgl. Art. 27(b) der Articles on State Responsibility.

¹³⁰ Daten zum Gebrauch von Collective Action Clauses bei W. M. C. Weidemaier, *Reforming Sovereign Lending Practices: Modern Initiatives in Historical Context*, in: C. Esposito/J. P. Bohoslavsky/Y. Li (Anm. 6). Zu den politischen Debatten, die zur Verbreitung von Collective Action Clauses geführt haben: R. Quarles, *Herding Cats: Collective-Action Clauses in Sovereign Debt – The Genesis of the Project to Change Market Practice in 2001 Through 2003*, Law & Contemp. Probs. 73 (2010), 29 ff.

¹³¹ K. P. Gallagher (Anm. 122), 12; J. E. Fisch/C. M. Gentile, *Vultures or Vanguard?: The Role of Litigation in Sovereign Debt Restructuring*, Emory L. J. 53 (2004), 1043, 1094 f.; C. C. Wheeler/A. Attaran, *Declawing the Vulture Funds: Rehabilitation of a Comity Defense in Sovereign Debt Litigation*, Stanford J. Int'l L. 39 (2003), 253 ff., 264 f.

Action Clauses mancher der im vorhergehenden Abschnitt geäußerten Kritik ausgesetzt: Sie legen das Schicksal des Schuldnerstaats ganz in die Hände seiner Kreditgeber, ohne Rücksicht auf die Rechte und Interessen von dessen Bevölkerung.¹³²

Aufgrund dieser Erwägungen schlagen wir eine andere Lösung vor: Es gibt Anzeichen für die Entstehung eines von normativen Erwägungen getragenen allgemeinen Rechtsprinzips, nach dem autoritative internationale Restrukturierungen ein Hindernis für die Vollstreckung gegen die Schuldnerstaaten darstellen. Deduktiv betrachtet ergibt sich ein solches Rechtsprinzip aus der Bindung von Restrukturierungen an grundlegende Menschenrechte.¹³³ Nur ein einziger, zentralisierter Mechanismus bzw. ein Verbund verschiedener, aber eng koordinierter Mechanismen zur Erarbeitung und Umsetzung einer Restrukturierung stellt erstens sicher, dass ein Staat seinen menschenrechtlichen Pflichten nachkommen und daneben potenziell desaströse Konsequenzen für seine Wirtschaft bzw. die Weltwirtschaft verhindern kann. Zweitens kann nur ein einziger bzw. ein Verbund koordinierter Restrukturierungsmechanismen die Gleichbehandlung der Gläubiger und konsistente Anwendung von Vorrechten gewährleisten. Drittens erschließt eine Analogie mit Insolvenzen privatrechtlicher Personenvereinigungen die Notwendigkeit und den Sinn eines Vollstreckungsverbots. Im Gegensatz zu privatrechtlichen Personenvereinigungen können Staaten nicht liquidiert werden. Staaten müssen wieder finanziell saniert werden, um ihren Pflichten gegenüber ihrer Bevölkerung nachzukommen. Die Errichtung eines Vollstreckungsverbots ist daher erst recht im Fall von Staateninsolvenzen angebracht, da es eine ordnungsgemäße, erfolgreiche Restrukturierung erleichtert. Es sprechen daher gute Gründe dafür, das aus dem Privatrecht bekannte Vollstreckungsverbot in Gestalt eines allgemeinen Rechtsprinzips auf Staateninsolvenzen zu übertragen.

Diese Ansicht lässt sich auch induktiv stützen. Es gibt Anzeichen dafür, dass die Verhandlung oder Implementierung einer Restrukturierung von Staatsschulden bereits nach geltendem Recht ein Vollstreckungsverbot darstellt. Ein allgemeines Rechtsprinzip scheint diesbezüglich im Entstehen begriffen zu sein.¹³⁴ In praktisch allen Jurisdiktionen löst die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ein Vollstreckungsverbot aus.¹³⁵ Wenngleich die

¹³² R. K. Rasmussen, Integrating a Theory of the State into Sovereign Debt Restructuring, Emory L. J. 53 (2004), 1159, 1163 f.

¹³³ S. o. Teil IV. 2.

¹³⁴ In diesem Sinn bereits R. Dolzer (Anm. 84), 546 f.

¹³⁵ International Law Association, State Insolvency: Options for the Way Forward, Bericht für die Haager Konferenz (2010), 23; C. G. Paulus (Anm. 9), 404; M. Waibel (Anm. 122), 750.

unterschiedlichen Ausformungen des Vollstreckungsverbots im staatlichen Recht hinsichtlich einiger Einzelheiten eine gewisse Variationsbreite zeigen, insbesondere insofern als ein Verfahrenshindernis in manchen Jurisdiktionen nicht automatisch entsteht, sondern erst nach Bestätigung durch ein Gericht, ist es im Grundsatz unbestritten, dass ein staatliches Insolvenzverfahren einer Vollstreckung gegen den Insolvenzschuldner durch einzelne Gläubiger entgegensteht.¹³⁶ Aus rechtsvergleichender Perspektive erweist sich die von den Prinzipien des Institute of International Finance bemühte "Heiligkeit der Verträge" damit als Mythos.¹³⁷

Dieser in privatrechtlichen Zusammenhängen akzeptierte Grundsatz findet auch zunehmend auf Insolvenzen öffentlich-rechtlicher Körperschaften Anwendung. Erstens sehen einige Rechtsordnungen ein Vollstreckungsverbot zugunsten solcher Körperschaften im Fall ihrer Insolvenz vor. Das bekannteste Beispiel hierfür bildet Kapitel 9 des amerikanischen Bankruptcy Code, das ein Insolvenzrecht für Kommunen enthält.¹³⁸ Andere Staaten mit einem Insolvenzrecht für innerstaatliche öffentlich-rechtliche Körperschaften sind Brasilien, Bulgarien, Ungarn, Rumänien und Südafrika. Alle diese Regelwerke beinhalten Vollstreckungsverbote.¹³⁹ Selbst in Staaten, die kein gesondertes Insolvenzrecht für öffentlich-rechtliche Körperschaften kennen, hat der Grundsatz, dass Gläubiger gegen insolvente öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht oder zumindest nicht bis zur Höhe ihrer vollen Forderungen vollstrecken können, rechtliche Anerkennung gefunden. Nach dem Zweiten Weltkrieg erließ Deutschland ein Gesetz, das die Inlandsschulden des Reichs von wenigen Ausnahmen abgesehen annullierte und damit anhängige und künftige Klagen und Vollstreckungshandlungen ins Leere laufen ließ.¹⁴⁰ Der United Kingdom Debt Relief (Developing Countries) Act von 2010 reduziert Ansprüche privater Gläubiger, die von einem Schuldenerlass durch die Highly Indebted Poor Countries Initiative

¹³⁶ Vgl. 11 U.S.C. § 362 und §§ 240 ZPO, 89 InsO. Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Umstand, dass in Deutschland ein Vollstreckungsverbot einen gerichtlichen Beschluss voraussetzt und die Vollstreckung in der Regel ohne adversatorisches Gerichtsverfahren auskommt. Diesen Grundsatz haben internationale Schiedsgerichte anerkannt, vgl. ICSID, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, case ARB/01/11, das betont, dass staatliche Insolvenzverfahren keine willkürlichen Maßnahmen darstellen und daher die fair and equitable treatment-Klausel nicht verletzen, vgl. *M. Waibel* (Anm. 122), 750. Allerdings können willkürliche und missbräuchliche Verfahren zu einer Verletzung führen, dazu *C. Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *Journal of World Investment and Trade* 6 (2005), 357, 380.

¹³⁷ Vgl. Anm. 120, 33.

¹³⁸ 11 U.S.C., §§ 901(a), 362.

¹³⁹ *M. Waibel/L. Liu*, Subnational Insolvency: Cross-Country Experiences and Lessons, (2008), World Bank Policy Research Working Paper Nr. 4496, 26.

¹⁴⁰ § 1(1), Allgemeines Kriegsfolgengesetz, 5.11.1957, BGBl. III, Nr. 653-1.

profitieren, proportional zur Höhe des gewährten Schuldenerlasses. Obwohl es sich bei den genannten Gesetzen nicht um Vollstreckungsverbote im technischen Sinn handelt, dienen sie demselben Zweck, nämlich der Sicherung einer geregelten Restrukturierung durch internationale Verhandlungen bei gleichzeitiger Gleichbehandlung der Gläubiger.

Zweitens ist es in der Staatenpraxis und im Fallrecht staatlicher Gerichte nicht unüblich, von der Vollstreckung abzusehen, um den Erfolg von internationalen Restrukturierungsbemühungen nicht zu gefährden. Darin liegt auch implizit eine Anerkennung von deren autoritativem Charakter, denn dieser bildet die Rechtfertigung dafür, in diesen Fällen wie in innerstaatlichen Insolvenzverfahren vorzugehen. Seit den 1930er Jahren haben bilaterale Gläubiger regelmäßig einem Staat in finanziellen Schwierigkeiten ein Schuldenmoratorium gewährt, solange internationale Verhandlungen liefen.¹⁴¹ Darin könnte man auch ein Korrelat der Pflicht zur Teilnahme an internationalen Restrukturierungen sehen.¹⁴² Weniger uniform verhalten sich dagegen die Privatgläubiger, die sich in der Regel das Recht vorbehalten, den Schuldnerstaat auf Zahlung zu verklagen und zu diesem Zweck auch von den Schuldnerstaaten einen Verzicht auf ihren Immunitätsschutz erwarten. Allerdings nähren einige Präzedenzfälle die Hoffnung, dass Gerichte zunehmend auch für dieses Segment der Staatsschulden ein Vollstreckungsverbot als Rechtsfolge von Restrukturierungen anerkennen. 1985 hat der Supreme Court of New York dieses Prinzip in einem Verfahren gegen Venezuela angewendet und es dabei noch auf die Pflicht des Klägers zur Solidarität mit den anderen Gläubigern gestützt.¹⁴³ Eine andere Begründung lieferte der US Federal Court of Appeals for the Second Circuit im Fall *Alied Bank Int. v. Banco Credito Agricola de Cartago*. Er gewährte Costa Rica die Möglichkeit, die scheinbar in gutem Glauben initiierten Verhandlungen mit seinen Gläubigern über eine Restrukturierung zu einem erfolgreichen Abschluss zu führen. Als diese Verhandlungen aber eher auf eine unilaterale Unterbrechung des Schuldendienstes hinausliefen, hob das Gericht seine erste Entscheidung auf.¹⁴⁴ Das Gericht folgte diesem Grundsatz auch in jüngerer Zeit in den Fällen *EM Ltd. v. Argentina* und *NML Capital v. Argentina* aus dem Jahr 2005. Obwohl die fragliche Entscheidung keine präjudizierende Wirkung hat, ist sie in der Literatur auf große Resonanz gestoßen, weil das Gericht darin festhält, dass “the District Court acted well

¹⁴¹ J. Zetzmeyer/E. Sturzenegger (Anm. 1), 15.

¹⁴² S. o. Teil IV. 1. a).

¹⁴³ Supreme Court of New York, *Crédit français S.A. v. Sociedad financiera de Comercio*, 490 N.Y.S.2d 670 (1985); R. Dolzer (Anm. 84), 539.

¹⁴⁴ Case 83-7714, 18.3.1985, 757 F.2d 516; vgl. K. Rogoff/J. Zetzmeyer (Anm. 4), 475.

within its authority to vacate the remedies in order to avoid a substantial risk to the successful conclusion of the debt restructuring. That restructuring is obviously of critical importance to the economic health of a nation.”¹⁴⁵ Zu etwa der gleichen Zeit erkannte der italienische Corte di Cassazione, dass zum Schutz von Menschenrechten und von Argentinien’s grundlegenden öffentlichen Interessen den rechtlichen Grundlagen des argentinischen Staatsnotstands Immunität zu gewähren sei und damit der Verzicht auf die Immunität gegenüber den Inhabern von Anleihen nicht greife. Wenngleich diese Entscheidung dogmatisch auf einer komplexen Verknüpfung von Notstandseinrede und Immunitätsschutz beruht, so liegt ihr doch dieselbe Überlegung zugrunde, dass Vollstreckungsmaßnahmen eine Restrukturierung nicht gefährden dürfen.¹⁴⁶ In einer Entscheidung von 2011 griff der US Court of Appeals for the Second Circuit im Fall *CVI v. Argentina* diese Rechtsprechung wieder auf, wenngleich auf indirektem Weg.¹⁴⁷ In diesem Fall bestätigte das Gericht zwar Vollstreckungsmaßnahmen in den Anspruch Argentinien’s auf Rückzahlung von Sicherheiten, die es den Gläubigern von Brady-Anleihen gewährt hatte. Allerdings berücksichtigte es dabei, dass die Vollstreckung nur eine relativ kleine Summe von etwa 100 Millionen US-Dollar betraf, während das Gesamtvolumen der von der Restrukturierung betroffenen Brady-Anleihen und damit der Sicherheiten erheblich höher lag. Das Gericht ließ sich dabei von der Erwägung leiten, dass die konkreten Vollstreckungsmaßnahmen die finanzielle Situation von Argentinien nicht in Gefahr brächten. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben sind, sofern sie eine Restrukturierung gefährden können.¹⁴⁸ In dem gegenwärtig jüngsten Fall, in dem US-Gerichte sich mit den Folgen des argentinischen Schuldendramas konfrontiert sehen, bestätigte dasselbe Gericht eine Anordnung des District Courts, wonach Argentinien bei jeder Zahlung an Gläubiger, die an der Restrukturierung teilgenommen haben, auch anteilmäßige Zahlungen an die Inhaber von nicht restrukturierten Anleihen vornehmen solle. Es betonte allerdings,

¹⁴⁵ *EM Ltd. v. Argentina; NML Capital v. Argentina*, 05-1525-cv, Summary Order, 13.5.2005.

¹⁴⁶ Corte di Cassazione, Sezione Unite Civile, n. 11225, 27.5.2005, abgedruckt in Riv. Dir. Int. 88 (2005), 856; s. a. M. Waibel (Anm. 122), 757.

¹⁴⁷ *Capital Ventures International v. Republic of Argentina*, 10-4520-cv, 20.7.2011, 652 F.3d 266.

¹⁴⁸ Vgl. die Entscheidung des Second Circuit in *Capital Ventures International v. Argentina*, 05-2591-cv, 23.3.2006, 443 F.3d 214, 217, darin findet sich folgendes obiter dictum zum Risiko, dass die Verstrickung Verwirrung unter den an der Restrukturierung teilnehmenden Gläubigern auslösen könnte: “[W]e can conceive, perhaps, of a situation in which an order of attachment might be against the public interest for some reason not addressed in the CPLR (statute).”

dass dadurch weder die vorgesehene Restrukturierung gefährdet, noch eine neue Finanz- oder Wirtschaftskrise in Argentinien ausgelöst werden könne.¹⁴⁹

Natürlich stellen die erwähnten Fälle nur einen Ausschnitt des Gesamtbildes dar. Der US Federal Court for the Southern District of New York erließ dutzende Urteile zugunsten sogenannter Vulture Funds, die auf Rückzahlung des Nennbetrags ihrer Anleihen klagten, ohne dabei auf mögliche berechnete Interessen Argentiniens an einem Vollstreckungsverbot einzugehen.¹⁵⁰ Zweifelhafte Berühmtheit erlangte auch ein Urteil eines belgischen Gerichts, das dem Vulture-Fund *Elliot Associates* aufgrund eines in den USA erlangten Titels gegen Peru gestattete, in über Belgien abgewickelte Zinszahlungen von Peru an Gläubiger, die an der Restrukturierung teilgenommen hatten, zu vollstrecken,¹⁵¹ oder der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, welches im Hinblick auf Klagen von Inhabern argentinischer Staatsanleihen entschied, dass Argentinien die völkerrechtliche Einrede des Staatsnotstands nicht gegenüber Privatgläubigern erheben könne.¹⁵² Auf der anderen Seite anerkannte das Bundesverfassungsgericht allerdings in einem Fall von 1962, in dem es über die Rechtmäßigkeit der Aufhebung der deutschen Inlandsschulden nach dem Zweiten Weltkrieg durch das Allgemeine Kriegsfolgengesetz zu befinden hatte, dass die Insolvenz eines Staats auch drastische Maßnahmen wie die entschädigungslose Annullierung von Staatsschulden rechtfertige. Eine Staateninsolvenz gefährde die ganze Finanzwirtschaft und mittelbar auch jegliche andere staatliche Politik. Da man das Vermögen eines Staats nicht liquidieren könne, seien andere Maßstäbe angebracht als im Fall der Insolvenz von Privatrechtssubjekten.¹⁵³ Darüber hinaus sollte man bei der Bewertung der Fälle gegen Argentinien berück-

¹⁴⁹ *NML et al. v. Argentina*, 12-105(L), 26.10.2012, 26.

¹⁵⁰ Z. B. *EM Ltd. v. Argentina*, 03-Civ-2507(TPG), opinion on motions for attachment and restraints, 7.4.2010; siehe auch die eindrucksvolle Liste von Urteilen gegen Argentinien in der restraining order vom 15.1.2010 im Fall *Aurelius Capital Partners et al. v. Argentina*, 07-Civ-2715(TPG), deren Streitwert zusammen 500 Millionen US-Dollar übersteigt. Siehe aber auch in diesem sowie elf anderen Fällen vor demselben Gericht die Anordnung vom 28.3.2012, die eine vorhergehende Anordnung aufhebt, mit der Guthaben der argentinischen Zentralbank bei der Federal Reserve Bank of New York gepfändet wurden, um aus Urteilen im Wert von insgesamt 2,2 Milliarden US-Dollar zu vollstrecken (*EM Ltd. v. Argentina*, 865 F.Supp.2d 415).

¹⁵¹ *Elliot Associates*, Appellationsgericht Brüssel, 8. Kammer, Register Nr. 2000/QR/92, 26.9.2000; minutiöse Kritik des Urteils bei L. C. Buchheit/J. S. Pam, *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, Emory L. J. 53 (2004), 869; weitere Fälle von Holdout bei U. Panizza/F. Sturzenegger/J. Zettelmeyer, *The Economics and Law of Sovereign Debt and Default*, *Journal of Economic Literature* 47 (2009), 651 ff., 655 ff.

¹⁵² 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, Beschluss vom 8.5.2007, BVerfGE 118, 124.

¹⁵³ 1 BvR 987/58, Urteil vom 14.11.1962, BVerfGE 15, 126, 140 ff.

sichtigen, dass Argentinien seine Schuldenschnitte einseitig durchzusetzen versuchte. Womöglich wäre die eine oder andere Gerichtsentscheidung anders ausgefallen, wenn es sich um einen Schuldnerstaat gehandelt hätte, der allen seinen Gläubigern faire und transparente Verhandlungen angeboten hätte. Eine weitere Perspektive, wie sich die bisherige Linie der Rechtsprechung ändern könnte, zeigt die Entscheidung *Pravin Banker v. Banco Popular del Peru* von 1997 auf. In diesem Fall versuchte der Schuldnerstaat, auf dem Verhandlungswege einen Umtausch notleidender Kredite in Brady-Anleihen zu erreichen. Der US Federal Court of Appeals for the Second Circuit verhängte nur deswegen kein Vollstreckungsverbot, weil die US-Regierung darauf bestand, dass es sich bei einem solchen Umtausch um eine rein freiwillige Angelegenheit handeln solle.¹⁵⁴ In dieser Hinsicht erweist sich die Stellungnahme der US-Regierung als *Amicus Curiae* in dem jüngsten Fall *NML v. Argentina* vom Oktober 2012 als aufschlussreich.¹⁵⁵ Zwar betont sie erneut den freiwilligen Charakter einer Restrukturierung, stellt aber zugleich heraus, dass dies nicht einzelne Gläubiger dazu berechtige, einen ganzen Restrukturierungsplan zu durchkreuzen.¹⁵⁶

Aus den genannten Gründen lässt sich auf eine in vielen Rechtsordnungen geteilte, normativ begründete Überzeugung schließen, wonach die Restrukturierung der Schulden sowohl von Privatrechtssubjekten als auch von öffentlich-rechtlichen Körperschaften ein Vollstreckungsverbot erfordert, um die Gefahr von "holdout litigation" wirksam einzudämmen. Damit liegen wesentliche Bedingungen für die Entstehung eines allgemeinen Rechtsprinzips vor. Durch die Forderung nach umgehenden, fairen und wirksamen Restrukturierungen im Falle einer finanziellen Notlage wirken die UNCTAD-Prinzipien Nr. 7, 9 und 15 auf die Entstehung eines wesentlichen Korrelats eines solchen allgemeinen Rechtsprinzips hin. Sollte ein solches allgemeines Rechtsprinzip Anerkennung finden, so wäre es von internationalen Gerichten und Schiedsgerichten anzuwenden, einschließlich der ICSID-Tribunale.¹⁵⁷ Die letzteren sollten auch schon aus Gründen der politischen Vernunft ein derartiges Rechtsprinzip anerkennen, denn es spricht einiges für die Annahme, dass sich die Streitschlichtung vor ICSID-Tribunalen nicht über essentielle öffentliche Interessen der betroffenen Staa-

¹⁵⁴ Fall 96-7183, 25.3.1997, 109 F.3d 850, 855. Vgl. *U. Panizza/F. Sturzenegger/J. Zettelmeyer* (Anm. 151), 659.

¹⁵⁵ Vgl. Anm. 149.

¹⁵⁶ Brief for the United States of America as *Amicus Curiae* in Support of Reversal, case 12-105-cv(L), 4.4.2012, <<http://blogs.reuters.com>>.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 38(1)(c) der IGH-Satzung.

ten hinwegsetzen kann.¹⁵⁸ Die Restrukturierung von Staatsschulden dient der Stabilisierung der Staatsfinanzen und sollte daher nicht gefährdet werden.¹⁵⁹ Im Übrigen sollten Restrukturierungen möglichst so legitim gestaltet sein, dass sie nicht die in Investitionsschutzverträgen enthaltenen fair and equitable treatment-Klauseln bzw. national treatment-Klauseln verletzen.

Staatliche Gerichte und Schiedsgerichte hingegen wären an ein solches allgemeines Rechtsprinzip nur gebunden, sofern ihre jeweilige Rechtsordnung die Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien des Völkerrechts vorsieht.¹⁶⁰ Andernfalls trifft den jeweiligen Staat nur eine völkerrechtliche Pflicht zur Beachtung eines solchen Prinzips. Für etwaige Verletzungen trägt er die Verantwortung. Um dies zu vermeiden, müsste der Staat das Prinzip in das nationale Recht umsetzen. Doch abgesehen von diesen positiv-rechtlichen Erwägungen könnte man es auch als Gebot politischer Klugheit ansehen, Restrukturierungen möglichst so legitim und wirksam auszugestalten, dass staatliche und überstaatliche Gerichte und Schiedsgerichte gute Gründe haben, Gläubiger auf sie zu verweisen und ein Vollstreckungshindernis anzuerkennen.

V. Schlussfolgerung

Die begriffliche Einordnung von Restrukturierungsmaßnahmen als Akte internationaler öffentlicher Gewalt zieht große Aufgaben für die Praxis und Wissenschaft nach sich. Daraus ergibt sich eine Verpflichtung, den Auswirkungen von Restrukturierungen auf unterschiedlichste Akteure nachzugehen und diese Mechanismen aus dem Schatten der Informalität zu nehmen. Wie alle Formen öffentlicher Gewalt dürfen sie sich nicht dem Zugriff des öffentlichen Rechts entziehen. Ausgehend von dieser Einsicht bedarf es eines gewissen Maßes an dogmatischem Konstruktivismus, um einen rechtlichen Rahmen für Restrukturierungen zu entwerfen, die die Interessen aller Betroffenen berücksichtigen, einschließlich der Schuldner- und Gläubigerstaaten, der von Anpassungsmaßnahmen betroffenen Bürger, institutioneller

¹⁵⁸ *S. Schill* (Anm. 12); *B. Kingsbury/S. Schill*, Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, (2009), International Law and Justice Working Paper Nr. 6.

¹⁵⁹ Zum Zusammenhang zwischen Staatsverschuldung und Sicherheit *M. Goldmann*, Sovereign Debt Crises as Threats to the Peace: Restructuring under Chapter VII of the UN Charter?, *GoJIL* 4 (2012), 153 ff.

¹⁶⁰ Ein Beispiel hierfür stellt Art. 25 GG dar. Nach *C. C. Wheeler/A. Attaran* (Anm. 131), 266 ff., sind allgemeine Rechtsprinzipien auf Grund von comity im Recht der USA zu beachten. Dies bestätigt der in Anm. 154 genannte Fall.

und privater Gläubiger, sowie internationaler Institutionen. Der öffentlich-rechtliche Ansatz kann zur Entwicklung dieses rechtlichen Rahmens wertvolle Beiträge leisten. Er bildet ein argumentatives Reservoir, mit dessen Hilfe sich Rechtsnormen zur Erhöhung der Legitimität und Effektivität von Restrukturierungen begründen lassen. Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtswissenschaft allein nicht dazu in der Lage ist, ein solches rechtliches Rahmenwerk zu entwerfen, da von ihm erhebliche distributive Auswirkungen zu erwarten sind, für die es keinen allgemeingültigen Maßstab gibt. Dafür bedarf es eines politischen Prozesses. In dieser Hinsicht stellen die UNCTAD-Prinzipien einen wichtigen Schritt dar auf dem Weg zu einem dezentralen, sich inkrementell konturierenden Staateninsolvenzrecht zur Regelung von Restrukturierungen.

