

## Die Zukunft des Völkerrechts – Rechtsökonomisch betrachtet

Tilmann Altwicker\*

Rezension zu *Joel P. Trachtman, The Future of International Law: Global Government, Cambridge u.a., Cambridge University Press (ASIL Studies in International Legal Theory) 2013, XIII und 302 S., 70 €; ISBN 978-1-107-03589-8*<sup>1</sup>

### A. Hauptfragestellungen und Struktur

Seit etwas mehr als zehn Jahren gewinnt die rechtsökonomische Perspektive in der Völkerrechtstheorie immer mehr an Boden. Das hier anzuzeigende Werk „The Future of International Law“ von Joel P. Trachtman, einem Pionier in diesem Feld,<sup>2</sup> benutzt einen rechtsökonomischen Ansatz, mit dem er sich der nicht wenig ambitionierten Frage nach der Zukunft des Völkerrechts annimmt.

Der Autor geht dabei von zwei Hauptfragen aus (9). Erstens: Welche Gründe gibt es für internationale Kooperation in der Form des Völkerrechts angesichts sich verändernder, tatsächlicher Herausforderungen (wie z.B. Globalisierung, demographische Lage, ökonomische Entwicklung)? Zweitens: Wie verändert sich die Struktur des Völkerrechts angesichts neuer internationaler Kooperationsoptionen? Um Trachtmans Haupteinsichten vorwegzunehmen: Der Nutzen von Kooperation in der Form des Völkerrechts werde bereichsspezifisch noch zunehmen. Es sei daher mit einer steigenden Dichte, Variabilität und Komplexität völkerrechtlicher Regelungen zu rechnen (290). Zugleich bestehe die Notwendigkeit weiterer Effizienzsteigerung völkerrechtlicher Durchsetzungsmechanismen (289). Weil für Trachtman „international government“ eine Qualitätssteigerung von „international law“ ist, bestehe die Zukunft des Völkerrechts darin, „international government“ zu sein (296).<sup>3</sup>

Das Werk ist in 12 Kapitel eingeteilt. Ohne dass der Autor diese weitere Gliederung selbst vornähme, lassen sich drei Großabschnitte ausmachen: Der erste Abschnitt (Kapitel 1-4) betrifft Grundlagenfragen, der zweite Abschnitt (Kapitel 5-9) wendet den ökonomischen Ansatz an auf spezifische Bereiche des Völkerrechts (z.B. auf Menschenrechte, internationale Finanzmarktregelung, Internet). Im dritten, letzten Abschnitt (Kapitel 10-12) werden übergreifende Fragen behandelt, z.B. die Frage, welche Verbindungen sich zwischen den einzelnen Kooperationsbereichen herstellen lassen und welchen Nutzen eine bereichsübergreifende Konstitutionalisierung hat.

\* Dr. Tilmann Altwicker, LL.M. ist Leiter der SNF-Nachwuchsforschungsgruppe zu „Transnational Public Security Law“ und Habilitand an der Universität Basel.

1 Alle nachfolgenden Seitenangaben in Klammern beziehen sich auf diese Ausgabe.

2 Impulsgebend wirkte der Artikel von J.L. Dunoff/J.P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, *Yale Journal of International Law* 1999, S. 1.

3 Trachtman bestimmt den Begriff „government“ als „things we choose to do together through formal rules and organizations“ (8). So lässt sich der Begriff bequem für die internationale wie für die nationale Ebene verwenden.

Das Werk schließt leserfreundlich, wie auch schon die einzelnen Kapitel, mit einer Zusammenfassung, die zugleich eine Reflexion zur künftigen Struktur des Völkerrechts als „international government“ enthält.

### B. Kooperationsvölkerrecht und Wohlfahrtsansatz

Trachtman vertritt ein enges Verständnis des Völkerrechts. Dies ist seinem methodischen Ansatz geschuldet, der nach der Funktion (nicht etwa nach der „Qualität“ oder gar dem „Wesen“) des Völkerrechts fragt. Ganz im Sinne Wolfgang Friedmanns, der von Trachtman auch gleich eingangs zitiert wird, hat das Völkerrecht für Trachtman die Funktion, Kooperation von Staaten zu ermöglichen. „Kooperation“ ist dann auch die zentrale Analysekategorie für Trachtman. Wiewohl wünschenswert, ist Kooperation für die Staaten als Glieder der internationalen Gesellschaft nicht selbstverständlich. Vielmehr geht Trachtman (realistisch) von einem grundlegenden Kooperationsproblem in der internationalen Gesellschaft aus: „Cooperation problems arise in international society because the actions or inactions of one state effects on the ability of other states to achieve their goals“ (19).

Trachtmans weitere Ausführungen dienen dazu, die Auswirkungen von sich ändernden, tatsächlichen Herausforderungen auf die internationale Kooperation und das diese Kooperation enthaltende Völkerrecht darzustellen. Es geht ihm um die fundamentale Frage, welche völkerrechtlichen Regeln angesichts sich ändernder tatsächlicher Herausforderungen gebraucht werden (69). Dafür bemüht Trachtman eine „Futurologie des Völkerrechts“ (68-84). Trachtman geht es nicht darum, die Zukunft des Völkerrechts vorauszusagen. Sondern er möchte auf der Basis der von ihm identifizierten Globaltrends Schlussfolgerungen für internationale Kooperationsoptionen und -probleme ziehen. Trachtman sieht fünf solcher Globaltrends: Globalisierung, ökonomische Entwicklung, demographische Lage, technologische Entwicklung und Demokratisierung (68).<sup>4</sup>

Zentral ist für Trachtman die Frage, wie sich diese fünf Globaltrends auf die internationale Kooperation auswirken. Zur Beantwortung dieser Frage, die anteilmäßig im Buch den größten Raum einnimmt (85-216), stützt sich Trachtman auf einen funktionalen Ansatz, den er in der sog. Neuen Institutionenökonomik verortet (13). Im Kern geht es darum, jeweils bereichsspezifisch nach dem Nutzen überstaatlicher, formaler (d.h. sich in der Form des Völkerrechts vollziehender) Kooperation zu fragen. Näherhin handelt es sich um eine wohlfahrtsökonomische Betrachtung des Völkerrechts: „The approach of this book is welfarist, in the sense that I have tried to

4 Trachtman gibt keine Begründung an, wie er auf diese Auswahl von Globaltrends kommt. Allerdings untermauert er die Trends mit einigen, sicherlich aber ergänzungsbedürftigen empirischen Ausführungen. Zum grundsätzlichen Problem der Trends als Mittel einer Fortschrittserzählung im Völkerrecht vgl. T. Altwicker/O. Diggelmann, *How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?*, *EJIL* 2014 (im Erscheinen).

specify the circumstances under which citizens, generally operating through states or perhaps regional organizations, would determine to utilize international legal cooperation in order to improve their welfare” (17). Mit anderen Worten, Kooperationsverhältnisse (in Form des Völkerrechts) werden nur dann eingegangen, wenn Kooperation zu öffentlichen Wohlfahrtsgewinnen führt (23). Worin die öffentlichen Wohlfahrtsgewinne bestehen (z.B. mehr Absatzmöglichkeiten für einheimische Produkte im Ausland, stärkerer Schutz der globalen Artenvielfalt), muss letztlich in einem innerstaatlichen politischen Prozess geklärt werden, in welchem Individuen sich auf bestimmte Präferenzen festlegen (23).<sup>5</sup>

Die entscheidende Frage ist dann, unter welchen Umständen internationale Kooperation zu öffentlichen Wohlfahrtsgewinnen führen kann, es m.a.W. sinnvoll ist, eine internationale Lösung zu wählen. Trachtman unterscheidet im Wesentlichen drei Typen von Gründen (24 ff.): Staaten kooperieren erstens wegen des Problems der Externalität in den Fällen, in denen innerstaatliche Entscheidungen externe Wirkungen haben, die vom handelnden Staat nur unzureichend berücksichtigt werden (25-26). Zum Beispiel kann die Anti-Terrorgesetzgebung eines Staates zu positiven oder negativen Externalitäten in einem anderen Staat führen. Sie kann das Risiko, Opfer eines Terroranschlags zu werden, vermindern oder erhöhen; solche Externalitäten könnten über Jurisdiktionsregelungen, die Hoheitsgewalt zuweisen, völkerrechtlich geregelt werden (25). Ein weiterer Grund zu kooperieren wird mit den „Economies of Scale and Scope“ sowie den „Network Externalities“ (26-28) umschrieben. Der Grund für Kooperation besteht hier zusammengefasst darin, dass eine Kosten-Nutzen-Analyse das Zusammenwirken in bestimmten Fällen vorteilhafter erscheinen lässt als isoliertes Handeln. Ein Beispiel für „economies of scale“ ist der Flugzeugbau: Es ist effizienter, wenn Staaten wie im Fall von Airbus im Flugzeugbau kooperieren, anstatt eine kostenaufwändige eigene Produktion vorzuhalten. Kooperation lässt sich drittens erklären in Situationen der (globalen) „public goods“ (28-29). „Public goods“ sind solche, die nicht-ausschließlich und nicht-erschöpflich sind. Ein Beispiel ist der Schutz der Weltmeere. In dieser Situation besteht ein Kooperationsbedürfnis, weil derjenige Staat, der sich für die Förderung (oder Produktion) von (globalen) „public goods“ einsetzt, nicht selbst alle Vorteile aus seinem Handeln zieht. Weil Investition und Nutzen auseinanderfallen, besteht die Gefahr, dass globale „public goods“ zu wenig gefördert werden. Kooperation von Staaten kann hier effizienzsteigernd wirken.

Mit dieser methodischen Ausrüstung wendet sich Trachtman dann ausgewählten Feldern des Völkerrechts zu mit der Frage, wie sich internationale Kooperation an-

<sup>5</sup> An dieser Stelle anerkennt Trachtman durchaus den Wert einer konstruktivistischen Erklärung für die Entstehung von Völkerrecht (23). Leider wird das Zusammenspiel von „Ideen“ und „Präferenzen“, also von Konstruktivismus und öffentlichem Wohlfahrtsmodell, für die Frage nach der Entstehung von Völkerrecht nur äußerst knapp behandelt.

gesichts der von ihm ausgemachten fünf Globaltrends in ausgewählten Bereichen verändern wird: Internet und Internetsicherheit (85-117), Menschenrechte (118-145), globaler Umweltschutz und internationale Gesundheitsregelung (146-167), internationale Finanzmarktregelung (168-192) sowie Handel, Schutz geistigen Eigentums, Migration und Investitionsschutz (193-216). Entscheidend ist, dass Trachtman von bereichsspezifischen Kooperationsproblemen ausgeht, d.h. das Kooperationsproblem, das sich im Bereich der Menschenrechte stellt, ist grundsätzlich anders geartet als das im Bereich der Gesundheitsregelung (19). Auf unterschiedliche Kooperationsprobleme muss das Völkerrecht folglich differenziert reagieren. Dabei stützt sich Trachtman auf die von ihm im ersten Abschnitt (Kap. 1-4) entwickelten Gründe für internationale Kooperation. Ein eingängliches Beispiel sei hier erwähnt. Im Bereich des globalen Schutzes vor ansteckenden Krankheiten sieht das Kooperationsproblem wie folgt aus: Je nachdem, welches Schutzniveau vor ansteckenden Krankheiten ein Staat wählt, ergeben sich positive oder negative Externalitäten für andere Staaten (149). Bei großen Risiken kann ein fremder Staat ein starkes Interesse an effektiven Schutzmaßnahmen in einem Staat haben. Hier ergibt sich dann ein starker Grund für internationale Kooperation. In Zukunft, so Trachtman, werde der Anreiz zur Kooperation im internationalen Gesundheitsbereich noch verstärkt durch den Trend der Globalisierung (152).

Die Abschlusskapitel betreffen Fragmentierung und Konstitutionalisierung. Unter diesen Kategorien diskutiert Trachtman die vorher für bestimmte Bereiche des Völkerrechts ausgemachten, neuen Kooperationsoptionen und -probleme nochmals in abstrakter Perspektive. „Fragmentierung“ betrifft nach Trachtman das Problem der „unkoordinierten Autorität“ (*uncoordinated authority*) zwischen internationalen Organisationen sowie Verträgen und anderen Völkerrechtsquellen (221). Wichtig ist die Einsicht, dass mit der Fragmentierung – in der hier eingenommenen funktionalen Perspektive – sowohl Wohlfahrtskosten sowie Wohlfahrtsgewinne verbunden sein können (230). So kann Fragmentierung beispielsweise dazu führen, dass verschiedene Organisationen für die Behandlung einer Frage ungleiche Expertisen mitbringen und dass die Expertise der einen Organisation wichtiger ist als die der anderen (230). Trachtman diskutiert – unter der Optik der Wohlfahrtsgewinne und -kosten – die traditionellen Antworten auf Fragmentierung wie Konfliktlösung durch gerichtliches Verfahren oder harmonisierende Auslegung (231-244). Interessanter noch sind seine Ausführungen zur De-Fragmentierung durch „Koppelungen“ (*linkages*). Ein Beispiel für eine solche Koppelung sind „synergetische Verträge“, die etwa zwischen Menschenrechten und Freihandel bereits bei Vertragsschluss eine künstliche Verbindung herstellen (245). Eine weitere Koppelung, die zu Effizienzgewinnen durch De-Fragmentierung führen kann, besteht darin, an sich „bereichsfremde“ Materien innerhalb einer bestehenden Organisation zu verhandeln. Trachtman sieht zum Beispiel die Möglichkeit von „package deals“, etwa wenn ein Umweltschutzabkommen im Rah-

men der WTO verhandelt wird (249). Hier könne die Fragmentierung letztlich zu wohlfahrtssteigernden Synergien führen.

Die abschließend behandelte Konstitutionalisierung ist für Trachtman eine Antwort auf das Phänomen der Fragmentierung durch die Einführung von Hierarchie und Ordnung (251). Trachtman nähert sich der Konstitutionalisierung ebenfalls aus einer funktionalen Perspektive, indem er ihr drei Funktionen zuschreibt: Erstens die „ermöglichende Konstitutionalisierung“ (*enabling constitutionalization*), die die Herstellung von „einfachem“ Völkerrecht erlaube (255). Trachtman denkt hier z.B. an EU-Primärrecht, das den EU-Organen die Schaffung von Sekundärrecht ermöglicht. Zweitens die „begrenzende Konstitutionalisierung“ (*constraining constitutionalization*), die die Herstellung von „einfachem“ Völkerrecht begrenze (256). Trachtman nennt hier die grundlegenden Prinzipien des Völkerrechts, wie zum Beispiel die Staatensouveränität (256). Als dritte Funktion führt Trachtman die „ergänzende Konstitutionalisierung“ (*supplemental constitutionalization*) an. Mit dieser Funktion würden Lücken des innerstaatlichen Verfassungsrechts geschlossen. Als Beispiel führt Trachtman die U.S. Anti-Terrorgesetzgebung an, deren Lückenhaftigkeit im Menschenrechtsschutz dazu Anlass gebe, auf überstaatlicher Ebene nach ergänzenden Normen des internationalen Verfassungsrechts zu fragen (260). Interessant sind Trachtmans Ausführungen zur Frage, wieso Konstitutionalisierung anzustreben sei. Hier sei „constitutional economics“ gefordert, eine funktionale Betrachtung des Konstitutionalismus (260). Die Frage ist nämlich, mit welchen internationalen Verfassungsstrukturen sich die Erzielung von globalen individuellen Präferenzen maximieren lasse (263). „Constitutional economics“ lege es beispielsweise nahe, dass Hoheitsgewalt von der Ebene resp. der internationalen Institution ausgeübt werde, die das Problem am effektivsten behandeln könne (287).

### C. Diskussion

Das Innovative an Trachtmans Werk besteht darin, dass er sich visionär und disziplinierend zugleich den aktuellen Problemen des Völkerrechts annimmt. Das Werk ist visionär, indem es methodisch fundierte Aussagen über das künftige Völkerrecht treffen will. Das Werk wirkt disziplinierend, indem es die Komplexität der Fragestellung nach der Zukunft des Völkerrechts reduziert: Die Frage nach der Zukunft des Völkerrechts hängt für Trachtman entscheidend davon ab, welchen Nutzen Staaten aus der Kooperation mit anderen Staaten in ausgewählten Bereichen wie dem internationalen Menschenrechtsschutz oder der internationalen Finanzordnung ziehen können. Drei Stärken des Buches seien hervorgehoben.

Erstens: *Konkretheit*. Rechtsökonomische Ansätze in der Völkerrechtstheorie befassen sich in der Regel auf einer eher abstrakten Ebene mit der Entstehung von Insti-

tutionen<sup>6</sup> oder dem Zustandekommen und der Befolgung von Völkervertrags- oder Völkergewohnheitsrecht.<sup>7</sup> Trachtman legt dagegen – die Diskussion in diesem Punkt weiterführend – dar, dass in den verschiedenen Bereichen des Völkerrechts (internationaler Menschenrechtsschutz, Umweltschutz etc.) unterschiedliche Kooperationslogiken anzutreffen sind, die eines unterschiedlichen rechtlichen Designs bedürfen.

Zweitens: *Epistemischer und methodischer Universalismus*. Der rechtsökonomische Ansatz Trachtmans birgt in seiner Anwendung auf das Völkerrecht zwei Vorteile, die ihn attraktiv erscheinen lassen: Der erste Vorteil besteht darin, dass er auf einen epistemischen Universalismus abzielt, d.h. grundsätzlich gibt es keinen Bereich des Völkerrechts, der einer wohlfahrtsökonomischen Betrachtung verschlossen wäre. Insoweit ist *The Future of International Law* auch als Einlösung eines Forschungsprogramms, das Trachtman in einem frühen Artikel skizziert hatte, zu verstehen: Dass nämlich die rechtsökonomische Perspektive gewinnbringend auf „almost every international law research subject“ angewendet werden könne.<sup>8</sup> Der zweite, noch wichtigere Vorteil der wohlfahrtsökonomischen Analyse des Völkerrechts liegt in seinem methodischen Universalismus, d.h. der Aspiration, eine vom kulturellen und historischen Rechtskontext (des Einzelstaates) unabhängige Erklärung für völkerrechtliche Handlungen aufzustellen. Der methodische Universalismus beruht auf einem methodischen Individualismus, nämlich der Annahme, „that individuals make international law through states in order to better their lot“ (22 f.).<sup>9</sup> Letztlich sind für Trachtman also Individuen und ihre Präferenzen die entscheidenden Elemente in der wohlfahrtsökonomischen Betrachtung des Völkerrechts.<sup>10</sup> Staaten sind gleichsam das Medium, durch das Individuen im internationalen Kontext miteinander kooperieren. In einer Zeit, in der das partikularistische Paradigma im Völkerrecht Konjunktur hat<sup>11</sup> und die Völkerrechtstheorie den Relativismus der „critical approaches to international law“ zu verarbeiten hat, muss der Anspruch auf methodische Universalität, d.h. der Anspruch, kulturell-historisch unabhängige Gründe für

6 K.W. Abbott, *Enriching Rational Choice Institutionalism for the Study of International Law*, University of Illinois Law Review 2008, S. 5.

7 Zum Beispiel A.T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford 2008.

8 *Dunoff/Trachtman* (Fn. 2), *Economic Analysis*, S. 50.

9 Dieser zentrale Satz ist leider nicht ganz klar formuliert: Was genau ist mit „their lot“ gemeint? Auch die Frage, wie Individuen „durch“ Staaten handeln und ihre Wohlfahrt verbessern, bedürfte der näheren Erklärung. Der methodische Individualismus ist eine Grundhypothese der Neuen Institutionenökonomik, der auch Trachtman folgt. Vgl. dazu R. Richter/E.G. Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 3.

10 Vgl. auch J.P. Trachtman, *The Economic Structure of International Law*, Harvard 2008, S. 1 („... the only valid source of preferences ... is individuals“). Trachtman weist darauf hin, dass der Inhalt und der Typ der Präferenzen offen sei, also nicht nur materielle Güter, sondern auch moralische und altruistische Beweggründe in Frage kommen (ibid.).

11 Vgl. A. v. Bogdandy/S. Dellavalle, *The paradigms of universalism and particularism in the age of globalisation*, in: Xiamen Academy of International Law (Hrsg.), *Collected courses of the Xiamen Academy of International Law*, Leiden u.a. 2009, S. 45 (88) (das Paradigma des Partikularismus im Völkerrecht sei das „lautstärkste“ zu Beginn des 21. Jahrhunderts).

völkerrechtliches Handeln zu finden, als verdienstvoll gelten. Eine andere Frage ist freilich, ob „methodischer Universalismus“ überhaupt möglich ist bzw. welchen Erklärungswert dieser für das Völkerrecht hat (dazu s. unten).

Drittens: *Kompatibilitäten*. Interessant sind Trachtmans Überlegungen vor allem dort, wo sie Erkenntnisse anderer Völkerrechtstheorien stützen. Zu erwähnen ist die (nicht nur nominelle) Nähe des Kapitels „International Legal Constitutionalization“ zu „Global Constitutionalism“, einer gegenwärtig prominenten Völkerrechtstheorie.<sup>12</sup> Zu diesen Parallelitäten beider Ansätze gehört, dass auch Trachtman davon ausgeht, „international government“ werde den Staat nicht ersetzen, sondern ergänzen in einem gewaltenteiligen Sinne (41).<sup>13</sup> Ähnlich wie „Global Constitutionalism“ versucht auch Trachtman, ein „realistisches Utopia“ zu skizzieren; er spricht hier von „institutional imagination“ (67).<sup>14</sup> Diese Nähe mag überraschen, gerade wenn man den rechtsökonomischen Ansatz im Völkerrecht bislang eher mit dessen Leugnern in Verbindung gebracht hat.<sup>15</sup>

Trotz dieser Stärken dürfen an dieser Stelle zwei wesentliche Kritikpunkte an Trachtmans Entwurf nicht unerwähnt bleiben.

Erstens: *Völkerrechtsverständnis*. Trachtman geht, hierin konservativ, von einem staatenzentrierten Völkerrecht aus.<sup>16</sup> Andere völkerrechtliche Entitäten (insbes. internationale Organisationen) sind für ihn Bestandteil oder Resultate, nicht aber selbst Akteure der internationalen Kooperation.<sup>17</sup> Die Frage ist aber, ob ein Modell, das die relative Handlungsautonomie, das „Eigenleben“ oder jedenfalls die kooperationsgestaltende Rolle internationaler Organisationen negiert, noch plausibel ist.<sup>18</sup> Würde man – jenseits von im Staat aggregierten Präferenzen von Individuen – aber

12 Vgl. nur A. Peters, The Merits of Global Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2009, 397.

13 Vgl. nochmals die Idee einer „supplemental constitutionalization“ (259).

14 Zur Ambition von „Global Constitutionalism“, eine „realistisches Utopia“ zu formulieren, s. O. Diggelmann/T. Altwicker, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, *ZaöRV* 2008, S. 623.

15 Prominent ist die Verwendung des *rational choice*-Modells bei J.L. Goldsmith/E.A. Posner, The Limits of International Law, Oxford 2005, S. 3 (die zu dem Ergebnis kommen, dass völkerrechtliche Normen zwar bisweilen für staatliche Interessenverfolgung nützlich seien, daraus aber keine darüber hinausgehende Verbindlichkeit für staatliches Verhalten folgte).

16 Die zentrale Annahme Trachtmans ist „the assumption that individuals make international law through states in order to better their lot“ (22 f.) [Hervorhebungen d. Verf.].

17 Immerhin anerkennt Trachtman auf regionaler Ebene die Europäische Union als „government“ (11).

18 Vgl. M. Barnett/M. Finnemore, Rules for the World: International Organizations in Global Politics, Ithaca 2004, S. 5 („Often they [international organizations, Verf.] do much more than the states that are their creators intended.“); I. Johnstone, Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2008, S. 87 (118) („International officials act autonomously, one step removed from state consent. They often initiate the activity and interpret their mandates creatively in carrying them out“); jetzt auch A. Guzman, International Organizations and the Frankenstein Problem, *EJIL* 24 (2013), S. 999 (der hinsichtlich der Autonomie internationaler Organisationen plastisch von dem „Frankenstein Problem“ spricht).

auch andere Zusammenschlüsse (wie internationale Organisationen) als kooperationsrelevante Akteure mit einbeziehen, wäre dies wohl nicht mehr einfach kompatibel mit dem methodischen Individualismus.

Zweitens: *Erklärungswert*. Der Erklärungswert des rechtsökonomischen Ansatzes für die von Trachtman behandelten Bereiche des Völkerrechts variiert. Der Ansatz ist stark in Bereichen wie dem des internationalen Umweltschutzes, etwa wenn Trachtman erklärt, inwiefern sich beim Schutz der Ozonschicht ein anderes Kooperationsproblem stellt als beim Klimaschutz (152-161). Der Ansatz ist eher schwach im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes. Wie Trachtman selbst sieht, lässt sich der Menschenrechtsschutz nur schwer als Teil eines Kooperationsvölkerrechts ausweisen (118). Am Beispiel des Menschenrechtsschutzes lassen sich dann wohl auch am besten die Grenzen der wohlfahrtsökonomischen Betrachtung des Völkerrechts aufzeigen. Die von Trachtman gegebenen Antworten auf die Frage, warum Staaten den Menschenrechte schützen bzw. ihren Schutz von anderen Staaten einfordern, erscheinen eher dünn, z.B. Kosten-/Nutzenabwägungen (128-133) oder Auswirkungen eines defizienten Menschenrechtsschutzes in einem Staat auf andere Staaten (*physical externalities*) (123-124). Es lassen sich drei Vermutungen angeben, weswegen der rechtsökonomische Ansatz im Bereich des Menschenrechtsschutzes weniger überzeugt: Erstens hat man es hier mit einem Bereich zu tun, in dem der Akteursstatus (d.h. eine gewisse Handlungsautonomie) nicht nur Staaten zukommt, sondern zunehmend auch internationalen Organen (wie z.B. dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder dem UN-Menschenrechtsausschuss). Zweitens handelt es sich um eine weitgehend nicht-reziproke Form völkerrechtlichen Handelns, wie auch Trachtman sieht (122). Das heißt, die Gründe für einen Staat, die Menschenrechte zu achten, bestehen unabhängig vom Schutz der Menschenrechte in anderen Staaten. Drittens stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, welchen Nutzen die „Logik der Konsequenzen“, die dem wohlfahrtsökonomischen Ansatz zugrunde liegt, in einem Bereich wie dem Menschenrechtsschutz haben kann.<sup>19</sup> Es muss bezweifelt werden, ob mit dieser „Logik der Konsequenzen“ die für den Menschenrechtsdiskurs zentralen Fragen beantwortet werden können. Ein Modell, das auf die Frage „Warum Menschenrechtsschutz?“ keinen Raum für Belange der Legitimität von Handlungen sieht, sondern mit Kosten-/Nutzenabwägungen arbeitet, kann jedenfalls in diesem Bereich nicht überzeugen.

Trotzdem handelt es sich bei Trachtmans Werk, *The Future of International Law*, ohne Zweifel um einen großen Wurf, der den Theoriediskurs im Völkerrecht entscheidend bereichert. Dies ist nicht zuletzt deswegen der Fall, weil – allen neuartigen

19 Zur „Logik der Konsequenzen“ im Unterschied zur „Logik der Angemessenheit“ oder zur „Logik des Argumentierens“ s. I. Johnstone, Law-Making by International Organizations: Perspectives from IL/IR-Theory, in: J.L. Dunoff/M.A. Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge 2013, S. 266 (276 ff.).

Erscheinungen (wie der Proliferation der internationalen Gerichtsbarkeit, extensive Auslegung seiner Befugnisse durch den Sicherheitsrat) zum Trotz – auch das künftige Völkerrecht letztlich doch entscheidend auf das Gelingen der Kooperation zwischen den Staaten angewiesen ist. Die Völkerrechtstheorie wird am Beitrag der Rechtsökonomie zur Frage nach den Bedingungen gelingender internationaler Kooperation nicht mehr vorbeisehen können.

## Zum Zusammenspiel von Recht und Ökonomik bei Effizianzorderungen an Unternehmen

Michael Fehling\*

**Rezension zu Markus Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizianzorderungen im Öffentlichen Recht. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, Berlin (Duncker & Humblot – Das Öffentliche Recht, Habilitationen, Band 1) 2013, 674 Seiten, ISBN 978-3-428-13984-2**

Fragen der Ökonomisierung beschäftigen das (öffentliche) Recht schon seit über 20 Jahren. Bislang hat man dabei Effizianzorderungen meist mit Blick auf die staatliche Verwaltung diskutiert. Doch auch in der modernen Wirtschaftsregulierung nimmt das (Verwaltungs-)Recht immer öfter auf ökonomische Maßstäbe Bezug. Deshalb lenkt die vorliegende Habilitationsschrift, in Bonn bei Matthias Schmidt-Preuß entstanden, den Blick auf rechtliche Effizianzorderungen an Unternehmen. Als Referenzgebiete dienen die Regulierung der Netzwirtschaften, das im Entstehen begriffene Energieeffizienzrecht sowie das Kartellrecht. Dies verspricht Erkenntnisgewinn auf drei Ebenen: grundlegend-theoretisch zur Transformation außerrechtlicher (ökonomischer) in juristische Maßstäbe, systembildend zu Möglichkeiten und Grenzen rechtsgebietsübergreifender Kohärenz sowie rechtsdogmatisch schließlich sogar für die eine oder andere konkrete Auslegungsfrage.

1. In einem ersten, den Grundlagen gewidmeten Teil steht am Anfang eine konzise und zugleich sehr inhaltsreiche Aufarbeitung der maßgeblichen betriebswirtschaftlichen und vor allem volkswirtschaftlichen Theorie. Bei den Effizianzkonzepten konzentriert sich die Darstellung auf die allokativen Effizienz (Stichworte: Pareto-Optimum, Kaldor-Hicks-Kriterium), aber auch produktive sowie dynamische Effizienz und die problematischen Wechselbeziehungen werden angesprochen. Im Rahmen der normativen Theorie der Regulierung werden die Bedeutung von natürlichen Monopolen, externen Effekten und Informationsasymmetrien einprägsam herausgearbeitet. Wenngleich die herrschenden Anschauungen in der Ökonomie im Vordergrund stehen, deutet Ludwigs doch auch immer wieder geschickt Kritikpunkte und alternative Ansätze an. Etwas blasser bleibt der anschließende Überblick über die herkömmliche staatsgerichtete Effizianzperspektive mit kurzer Diskussion eines verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots und verwaltungsrechtlicher Effizianzkonzepte in Form vor allem des Neuen Steuerungsmodells und der Beschleunigungsgesetzgebung. Formal bereits zum zweiten Teil, der Sache nach aber noch zu den Grundlagen gehört dann der Perspektivenwechsel hin zu unternehmensbezogenen Effizianzkonzepten. Überraschend knapp fällt dabei der Blick auf die Einbruchstellen für ökonomische unternehmensbezogene Effizianzorderungen in das Recht aus.

\* Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), hat einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg, inne.