

# Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung

## Überlegungen zur einheitsbildenden Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht der Konstitutionalisierung

Jochen Rauber\*

Abstract	260
I. Einleitung: Zum Zusammenhang von System- und Verfassungsdenken	260
II. Völkerrechtliche Verfassungsprinzipien im Detail	264
1. Normstruktur: Verfassungsprinzipien als Optimierungsgebote	264
2. Normkategorie: Verfassungsprinzipien als Rechtsprinzipien	265
3. Norminhalt: Verfassungsprinzipien als unteilbare Verpflichtungen	266
III. Verhältnismäßigkeit als Rechtserzeugungs- und -anwendungsmaßstab	267
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Implikation des Prinzipiencharakters	268
2. Rechtsanwendungsverbindlichkeit als Implikation des Rechtscharakters	270
3. Rechtsetzungsverbindlichkeit als Implikation der Integralität der Prinzipienverpflichtungen	271
IV. Die Absicherung des verhältnismäßigen Prinzipienausgleichs in der völkerrechtlichen Methodik	272
1. Anwendungsvorrang	273
a) Prinzipienvorrang als Vorrang der <i>lex posterior</i>	274
b) Prinzipienvorrang als Vorrang der <i>obligatio integralis</i>	275
2. Konformauslegung	279
a) Konformauslegung und Normerhaltung	280
b) Konformauslegung und Wertverwirklichung	281
V. Intertemporale und Intersektorale Harmonisierung: Zwei Fallstudien	284
1. Intertemporale Harmonisierung: Die <i>Gabčíkovo Nagymaros</i> -Entscheidung des IGH	285
a) Sachverhalt und Entscheidung des IGH	285
b) Analyse	286
c) Einwände	290

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.) an der Universität Heidelberg und war zur Zeit der Erstellung des Beitrags Kurzezeitstipendiat am DFG-Graduiertenkolleg "Verfassung jenseits des Staates" an der Humboldt-Universität Berlin. Sein herzlicher Dank für Kritik und Hinweise gilt Dr. Patrick Hilbert, Tobias Hofmann, Prof. Dr. Georg Nolte und Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. sowie den Teilnehmern der DGIR/AjV-Tagung "Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht" im September 2014.

2. Intersektorale Harmonisierung: Die <i>M/V "Saiga"</i> -Entscheidung des Internationalen Seegerichtshofs	292
a) Sachverhalt und Entscheidung des ISGH	292
b) Analyse	293
c) Einwände	295
VI. Fazit und Ausblick	296

## Abstract

Der Jurist ist ein "system builder by vocation" (*Prosper Weil*): Er versteht das Recht als einheitliche Ordnung einer Vielzahl von Rechtssätzen und -instituten, die nicht beziehungslos nebeneinander stehen, sondern systematische Verbindungen aufweisen. Die Völkerrechtsordnung jedoch macht es bekanntlich schwer, dieser Berufung zur Systembildung gerecht zu werden. Schon angesichts dezentraler Rechtsetzungsstrukturen und nur schwach ausgeprägter Normenhierarchien sind Einheit und Systematizität des Völkerrechts seit jeher in besonderem Maße prekär.

Der nachfolgende Beitrag zeigt, dass das für das Völkerrecht der Konstitutionalisierung nicht (mehr) zutrifft. Anknüpfend an die im jüngeren Schrifttum vertretene These, der Kern des Konstitutionalisierungsprozesses bestehe in der Herausbildung verfassungsähnlicher Völkerrechtsprinzipien, schlägt er vor, das konstitutionalisierte Völkerrecht als ein materiales System zu verstehen und beleuchtet, welchen Beitrag der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu leistet. Im Zentrum der Untersuchung steht dabei die These, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im konstitutionalisierten Völkerrecht einen universell verbindlichen Rechtmäßigkeitsmaßstab darstellt, der – gemeinsam mit den durch ihn in Ausgleich zu bringenden Rechtsprinzipien und gestützt durch völkerrechtliche Methoden- und Konfliktlösungsregeln – ein Mindestmaß inhaltlicher Einheit der Völkerrechtsordnung gewährleistet. An zwei Beispielen aus der Rechtsprechung wird das abschließend illustriert.

## I. Einleitung: Zum Zusammenhang von System- und Verfassungsdenken

Systeme sind Elementmehrheiten, die ein inkludierendes Moment zu einer Einheit verbindet und die, weil ihre Einzelemente nicht beziehungslos nebeneinander stehen, eine zumindest rudimentäre interne Ordnung auf-

weisen.<sup>1</sup> Der Versuch, das Völkerrecht als ein solches System zu begreifen und nicht auf eine bloße Ansammlung unverbundener Rechtssätze zu reduzieren,<sup>2</sup> mag zu den Partikularitäten des “German approach to public international law” gehören;<sup>3</sup> spätestens die bis in die UN-Völkerrechtskommission hinein geführte Diskussion über die Fragmentierung des Völkerrechts<sup>4</sup> hat das Interesse an Systematizität und Einheit der Völkerrechtsordnung jedoch auch jenseits des deutschsprachigen Raums geweckt<sup>5</sup> und dabei deutlich werden lassen, dass “[i]n international law, there is more than one way of being ‘one’”.<sup>6</sup>

Und so ist es mittlerweile auch im völkerrechtlichen Kontext üblich geworden, zwischen formalen und materialen Systemverständnissen zu unterscheiden.<sup>7</sup> Formale Systemverständnisse bemühen dabei einen Einheitsbegriff, der vom Inhalt der zusammengeschlossenen Rechtssätze zunächst unabhängig ist und der den systemkonstitutiven Zusammenhalt stattdessen in der Klammerwirkung gemeinsamer *secondary rules*, insbesondere der stufenbauförmigen Rückführbarkeit auf eine hypothetische Grundnorm (*Hans Kelsen*) oder eine soziale *rule of recognition* (*H. L. A. Hart*), verwirklicht sieht. Diesem formalen Systemverständnis entspricht es, wenn im Völker-

---

<sup>1</sup> A. Hügli/P. Lübcke, *Philosophielexikon*, 1991, 561; vgl. aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. 1983, 12; P. Hilbert, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2015, 15 (erscheint in Kürze).

<sup>2</sup> So aber H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, 214, 236; kritisch zu Harts Analyse aber M. Payandeh, *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart*, EJIL 22 (2011), 967 (978 ff.); J. Waldron, *International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence?*, in: L. Duarte d’Almeida/J. Edwards/A. Dolcetti (Hrsg.), *Reading HLA Hart’s “The Concept of Law”*, 2013, 209 (213 ff.).

<sup>3</sup> E. Benvenisti, *The Conception of International Law as a Legal System*, GYIL 50 (2007), 393; M. Koskeniemi, *Between Coordination and Constitution: International Law as a German Discipline, Redescriptions*. *Yearbook of Political Thought and Conceptual History* 15 (2011), 45 (63).

<sup>4</sup> Siehe nur ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission (finalized by Martti Koskeniemi), UN Doc. A/CN.4/L.682.

<sup>5</sup> Vgl. J. Combacau, *Le droit international : bric-à-brac ou système?*, *Archives de Philosophie du Droit* 31 (1986), 85; J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, RdC 365 (2013), 9 (137 ff.); P.-M. Dupuy, *L’Unité de l’Ordre Juridique International*, RdC 297 (2002), 9; aus dem deutschsprachigen Raum grundlegend V. Bruns, *Völkerrecht als Rechtsordnung I*, ZaöRV 1 (1929), 1.

<sup>6</sup> M. Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, 2012, 46 und *passim*.

<sup>7</sup> Siehe vor allem M. Prost (Anm. 6), 46 ff.; aber auch J. Combacau (Anm. 5), 87 ff., 95-107; P.-M. Dupuy (Anm. 5), 41 f., 93 ff.; P.-M. Dupuy, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, N.Y. U. J. Int’l L. & Pol. 31 (1999), 791 (793); allgemein zu formalen und materialen Systemverständnissen P. Hilbert (Anm. 1), 75 ff.

recht die systembildende Funktion der “basic constructs of personality, sources, treaties, interpretation and responsibility”<sup>8</sup> hervorgehoben oder schlicht auf die Grundnorm *pacta sunt servanda* verwiesen wird.<sup>9</sup>

Materialen Systemverständnissen hingegen dient eine anspruchsvolle Konzeption inhaltlicher Widerspruchsfreiheit der systemzugehörigen Rechtssätze als einheitskonstitutives Moment. Die Kompatibilität mit den Wertungen bestimmter Grundprinzipien definiert für sie die Grenze zur nicht mehr systemzugehörigen Umwelt und verleiht dem systeminternen Bereich insofern eine minimale Ordnung, als die systemzugehörigen Normen zu eben diesen Prinzipien in einem normativen Begründungs- oder Ableitungszusammenhang stehen. Für das klassische Koexistenzvölkerrecht etwa hat *Albert Bleckmann* dieses materiale Systemverständnis auf die Formel gebracht, “die gesamte Völkerrechtsordnung [sei] nur Ausdruck des einheitlichen Prinzips der äußeren Souveränität”.<sup>10</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Begriffsverständnisse erstaunt es nicht, dass nicht nur der Versuch, das Völkerrecht als System zu begreifen, vielfach als Eigenart deutschsprachiger Völkerrechtswissenschaft verstanden wird, sondern dass sich auch die Debatte über die völkerrechtliche Konstitutionalisierung zu einer genuin deutschen Tradition entwickelt hat.<sup>11</sup> Denn “[d]ie Verfassung des Völkerrechts”, so resümiert *Thomas Kleinlein* einen Kerndanken des frühen Konstitutionalisierungsdenkens, “steht als Symbol für die Einheit des Systems”.<sup>12</sup> Während die Verfassungsidee formalen Systemverständnissen deshalb als archimedischer Punkt dient, weil sie die Bedingungen für die Erzeugung und Änderung des Rechts entfaltet, Kompetenzen zu dessen Durchsetzung zuweist und eben damit einen Teil der sekundären Regeln enthält, denen die primären Regeln im Systemverständnis Hart’scher Prägung ihre Einheit verdanken, definiert sie als Wertordnung

<sup>8</sup> *J. Crawford* (Anm. 5), 146; ähnlich *C. Tomuschat*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, RdC 281 (1999), 9 (307) unter Verweis auf die Völkerrechtsquellen und die *rule of recognition*.

<sup>9</sup> So etwa *A. Verdross*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, 29, 32 f. sowie *H. Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, 217, 262, 284, der jedoch später von dieser Meinung abrückte und den Satz, ein jeder Staat solle “sich so verhalten, wie sich die anderen, in der Meinung, sich so verhalten zu sollen, zu verhalten pflegen” (*H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 223) zur Grundnorm des Völkerrechts erklärte.

<sup>10</sup> *A. Bleckmann*, *Das Souveränitätsprinzip im Völkerrecht*, AVR 23 (1985), 450 (464); deutlich auch *C. Tomuschat* (Anm. 8), 161.

<sup>11</sup> Siehe *M. Koskeniemi* (Anm. 3), 64 sowie die Beiträge von *S. Kadelbach*, *H. Keller*, *A. Paulus*, *A. Peters* und *E. de Wet* in der Vortragsreihe “Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland”, *ZaöRV* 67 (2007), 583.

<sup>12</sup> So *T. Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, 230.

zugleich die inhaltlichen Grundentscheidungen, die das einfache Recht ausgestaltet und konkretisiert und die im Sinne eines materialen Systemverständnisses die wertungsmäßige Einheit der ausgestaltenden Rechtssätze garantieren.

Im Völkerrecht hat diese wertordnungsorientierte Interpretation der Verfassungsidee in der These Ausdruck gefunden, der Kern völkerrechtlicher Konstitutionalisierung bestehe in der Herausbildung völkerrechtlicher Verfassungsprinzipien.<sup>13</sup> Humanität und Menschenrechte, Kernelemente der *rule of law*, der Schutz der globalen Umwelt und das Gebot demokratischer Herrschaft seien dem Status bloßer (nicht-rechtlicher) Grundwerte der Völkerrechtsordnung entwachsen und mittlerweile als universell verbindliche *Völkerrechts-*, ja *Völkerverfassungsprinzipien* zu begreifen. Der vorliegende Beitrag nimmt diese These auf – doch nicht um ihre Richtigkeit zu prüfen, sondern um einige ihrer Konsequenzen für Anwendung und Methode des Völkerrechts zu beleuchten und so zu skizzieren, inwiefern sich das Völkerrecht im Lichte der besagten Prinzipien als (materiales) System verstehen lässt. Ausgehend von einer knappen Analyse von Norm- und Verpflichtungsstruktur der besagten Verfassungsprinzipien (II.) zeigt er auf, dass mit deren Aufkommen auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einem universell verbindlichen Rechtmäßigkeitsmaßstab erstarkt (III.). Die Methodik des konstitutionalisierten Völkerrechts stellt sich ganz in dessen Dienst: Sie gebietet unverhältnismäßige Regeln unangewendet zu lassen und verlangt, bestehende Regeln stets prinzipienkonform und damit verhältnismäßig auszulegen (IV.). Ein Blick auf zwei Fallbeispiele zeigt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sofern er – gestützt durch diese methodischen Instrumente – die Auslegung und Anwendung des Völkerrechts leitet, der Fragmentierung des Völkerrechts in gleich doppelter Hinsicht entgegenwirkt. Erstens bringt er entstehungszeitlich ältere Normen mit den Grundwerten des aktuellen Völkerrechts in Einklang und führt dabei zweitens zu-

---

<sup>13</sup> Ausführlich 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; S. Kadelbach/T. Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht*, AVR 44 (2006), 235; T. Kleinlein (Anm. 12), 617 ff.; T. Kleinlein, *Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law*, Nord. J. Int'l L. 81 (2012), 79; J. Udich, *Zur Wirkung der internationalen Werteordnung im Recht – Anwendung einer Prinzipientheorie?*, in: B. Fassbender/A. Siehr (Hrsg.), *Suprastaatliche Konstitutionalisierung*, 2012, 135; zustimmend N. Petersen, *Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung*, AVR 46 (2008), 502 (522). In eine ähnliche Richtung deutet bereits früh C. Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, RdC 241 (1993-IV), 195 (237: “common values as fundamental principles”; 300: “constitutional principle[s] permitting deductive inferences”) sowie C. Tomuschat (Anm. 8), 28.

gleich über die Grenzen völkerrechtlicher Spezialgebiete hinweg zu einer harmonisierenden Ausrichtung an gemeinsamen Grundprinzipien (V.). Eben damit aber befördert er die materielle Einheit des Völkerrechts und trägt dazu bei, das Völkerrecht als (material verstandenes) System begreifen zu können (VI.).

## II. Völkerrechtliche Verfassungsprinzipien im Detail

Die Prinzipien, in denen ein Teil der Konstitutionalisierungslehre den Kern des internationalen Verfassungsrechts erblickt, lassen sich in dreierlei Hinsicht charakterisieren: Sie werden erstens als Optimierungsgebote begriffen (dazu 1.), gehören zweitens dem positiven Recht an (dazu 2.) und enthalten drittens integrale Verpflichtungen (dazu 3.). Für die universelle Verbindlichkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sind alle drei dieser Eigenschaften von zentraler Bedeutung.

### 1. Normstruktur: Verfassungsprinzipien als Optimierungsgebote

Normstrukturell begreift die Konstitutionalisierungslehre die von ihr untersuchten Verfassungsprinzipien als Prinzipien im Sinne *Robert Alexys*.<sup>14</sup> Rechtsprinzipien, so erklären zahlreiche Konstitutionalisierungstheoretiker,<sup>15</sup> seien Optimierungsgebote, deren Erfüllung anders als diejenige rechtlicher Regeln nicht dem binären Schema “erfüllt – nicht erfüllt” folgt, sondern graduelle Abstufungen, ja ein “Mehr” oder “Weniger” erlaubt. *Prima facie*, d. h. “unter der Bedingung, daß man von allem absieht oder abstra-

<sup>14</sup> Siehe aus den prinzipientheoretischen Arbeiten *Robert Alexys* und seiner Schüler insbes. *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, 75 ff.; *R. Alexy*, in: *R. Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 177; *M. Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl. 2007; *J.-R. Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990.

<sup>15</sup> Einen *Alexy*'schen Prinzipienansatz verwenden etwa *S. Kadelbach/T. Kleinlein*, *Constitutional Principles* (Anm. 13), 342 ff.; *S. Kadelbach/T. Kleinlein*, *Überstaatliches Verfassungsrecht* (Anm. 13), 262 ff.; *T. Kleinlein* (Anm. 12), 661 ff.; *N. Petersen*, *Demokratie als teleologisches Prinzip*, 2009, 68 f.; *R. Uerpman*, *Internationales Verfassungsrecht*, JZ 2001, 565 (572); *H. Henninger*, *Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts*, 2013, 236 ff.; *J. Udich* (Anm. 13), 140 ff.; wohl auch *M. Herdegen*, *Das “konstruktive Völkerrecht” und seine Grenzen: die Dynamik des Völkerrechts als Methodenfrage*, in: *P. M. Dupuy/B. Fassbender/M. N. Shaw/ K. P. Sommermann* (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung*, Festschrift C. Tomuschat, 2006, 899 (902).

hiert, was dem entgegenstehen könnte”,<sup>16</sup> fordern zwar auch Rechtsprinzipien die vollständige Verwirklichung ihres Gegenstands, *definitiv* jedoch verlangen sie lediglich eine relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten größtmögliche – also optimale – Realisation. In der Rechtsanwendung fungieren Prinzipien damit als Gründe, die Gegengründe zulassen und die eben deshalb ein abschließendes Urteil über die Rechtmäßigkeit eines bestimmten Verhaltens nur erlauben, wenn und soweit die Möglichkeiten ihrer Verwirklichung nicht durch entgegenstehende Regeln und konkurrierende Prinzipien begrenzt werden.

## 2. Normkategorie: Verfassungsprinzipien als Rechtsprinzipien

An ihrer Rechtsgeltung ändern diese strukturellen Eigenarten indes nichts. Vielmehr werden die untersuchten völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien durchweg dem positiven Recht zugeschlagen und nicht etwa im Bereich des *soft law* oder der Sphäre bloß moralischer oder politischer Normativität verortet. Da den strukturtheoretischen Prinzipienüberlegungen *Alexys* allerdings die geltungstheoretische Dimension anderer Prinzipienansätze, wie etwa des Ansatzes von *Ronald Dworkin*, fehlt,<sup>17</sup> verdanken die Verfassungsprinzipien in der Lesart der Konstitutionalisierungslehre ihre Rechtsgeltung einzig der Rückführbarkeit auf eine der anerkannten völkerrechtlichen Rechtsquellen. Und so werden sie meist als allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut eingeordnet, deren Anerkennung sich nicht allein in den innerstaatlichen Rechtsordnungen zeigen müsse, sondern sich vorrangig in internationalen Foren, staatlichen Erklärungen, den Resolutionen internationaler Organisationen und den Präambeln völkerrechtlicher Verträge manifestiere.<sup>18</sup> Aufgrund ihrer

---

<sup>16</sup> R. Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 21 (23).

<sup>17</sup> Siehe zu dieser Differenz H. Henninger (Anm. 15), 251 ff.

<sup>18</sup> Siehe S. Kadelbach/T. Kleinlein, Constitutional Principles (Anm. 13), 338 ff.; S. Kadelbach/T. Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht (Anm. 13), 255 ff.; T. Kleinlein (Anm. 12), 619 ff.; N. Petersen (Anm. 15), 67 ff., 80 ff.; J. Udich (Anm. 13), 160 f.; siehe allgemein zur Möglichkeit, allgemeine Rechtsgrundsätze auch jenseits des nationalen Rechts zu gewinnen etwa W. Weiss, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, AVR 39 (2001), 394 (400 ff.); Dem Einwand, dieser Verzicht auf das Element der Staatenpraxis und die Fokussierung auf eine bloße Anerkennung, wie Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut sie zur Voraussetzung macht, umgehe die Entstehungsbedingungen für Völkergewohnheitsrecht lässt, sich für Normen mit Prinzipiencharakter entkräften. Denn eine allgemeine und einheitliche Staatenpraxis wird sich für Prinzipien bereits deshalb nicht herausbilden, weil das von ihnen *prima facie* Gebotene stets unter dem Vorbehalt stärkerer entgegenstehender Gründe steht und schon deshalb nicht

Struktur mögen die fraglichen Verfassungsprinzipien das rechtlich Gebotene zwar nicht in jedem Fall abschließend determinieren; als allgemeine Rechtsgrundsätze aber teilen sie die Bindungswirkung des geltenden Rechts und sind als Gründe für oder gegen ein bestimmtes rechtliches Urteil folglich verbindlich; nicht ihre strikte Befolgung, durchaus aber ihre Berücksichtigung ist rechtlich verpflichtend.

### 3. Norminhalt: Verfassungsprinzipien als unteilbare Verpflichtungen

Inhaltlich schließlich kennzeichnet die Prinzipien des internationalen *corpus iuris constitutionalis* die Fokussierung auf Rechtsgüter, die oftmals als internationale Gemeinschaftsinteressen bezeichnet werden: den Schutz der Menschenrechte, die Bewahrung der globalen Umwelt sowie die Verpflichtung auf demokratische Grundsätze und Kernelemente der *rule of law*.<sup>19</sup> Anders als klassische völkerrechtliche Austauschverträge sind die in den völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien verkörperten Verpflichtungen daher auch nicht auf ein reziprokes *do ut des* individueller Vorteile und Leistungen gerichtet. Vielmehr liegt ihr Fokus auf der Verwirklichung kollektiver Güter, die sich auf die Individualinteressen der Einzelstaaten nicht angemessen zurückführen lassen. Ihre Erfüllungsstruktur lässt sich im klassischen Schema bilateraler Staat-zu-Staat-Beziehungen daher nur unzureichend erfassen und so stehen sie in struktureller Hinsicht Verpflichtungen näher, die im Schrifttum meist als integrale oder unteilbare Verpflichtungen bezeichnet werden.<sup>20</sup> Denn egal, ob die Garantie menschenrechtli-

---

in jedem Fall zu einem definitiven Sollen erstarkt. Das Erfordernis einer einheitlichen staatlichen Übung indessen erlaubt die für Prinzipien demnach notwendige Differenzierung zwischen Fällen, die in den Anwendungsbereich eines Prinzips fallen und solchen, in denen das Prinzip auch tatsächlich die Rechtslage determiniert, nicht. Strukturell ist das Völkergewohnheitsrecht daher ungeeignet für den Nachweis prinzipienhafter Normen. Für eine alternative Begründung siehe *N. Petersen* (Anm. 15), 72 ff.; *N. Petersen*, Rational Choice or Deliberation? Customary International Law between Coordination and Constitutionalization, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 165 (2009), 71 (78 f.).

<sup>19</sup> Siehe *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 252 ff.; *M. Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010, 96 ff.; *B. Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *RdC* 250 (1994), 217 (235 ff.).

<sup>20</sup> Zur Unterscheidung von integralen, interdependenten und bilateralen Verpflichtungen siehe *A. Orakhelashvili*, in: O. Corten/P. Klein (Hrsg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2011, Art. 30 Rn. 34-40; *K. Sachariew*, State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the "Injured State" and Its Legal Status, *NILR* 35 (1988), 273 (276 ff.); *J. Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, 52 ff.

ZaöRV 75 (2015)

cher Mindeststandards oder die Gewährleistung demokratischer Strukturen in Frage steht, das Verhalten, das die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien von einem Staat verlangen, ist im Verhältnis zu allen jeweils übrigen Staaten nicht lediglich *gleichartig*, es ist vielmehr *identisch*. Dass dies so ist, liegt vor allem darin begründet, dass auch der Gegenstand, zu dem sich ein Staat gemäß den fraglichen Prinzipien auf die in ihnen bestimmte Weise verhalten muss, nicht lediglich generisch umschrieben ist, sondern für einen jeden Staat im Verhältnis zu allen jeweils anderen Staaten ein und derselbe ist. Die Menschheit, die globale Umwelt und die jeweils eigene innere politische Ordnung, die die Staaten gemäß den völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien menschenrechtskonform zu behandeln, ökologisch zu bewahren und demokratisch auszugestalten verpflichtet sind, stellen trotz ihrer teils erheblichen begriffliche Weite für jeden verpflichteten Staat konkret-singuläre Gegenstände dar. Nicht nur die Art, auch der Bezugspunkt des den jeweils anderen Staaten geschuldeten Verhaltens ist damit im Verhältnis zu ihnen allen identisch. Eine Ausdifferenzierung der multilateralen Verpflichtungsstruktur in unterschiedliche bilaterale Staat-zu-Staat-Beziehungen wird damit nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich. Denn wie auch immer ein Staat auf die Pflichten reagiert, die ihm die Prinzipien des Völkerverfassungsrechts auferlegen, stets und unweigerlich verhält er sich zu allen übrigen Staaten gleichzeitig und in identischer Weise.<sup>21</sup> Bereits aufgrund ihres Gegenstands machen es die fraglichen Verfassungsprinzipien folglich unmöglich, die aus ihnen resultierenden Pflichten im exklusiv-bilateralen Verhältnis lediglich zweier Staaten zu erfüllen oder zu verletzen. Der Bezug aufs Kollektiv ist ihnen notwendig eingeschrieben.

### III. Verhältnismäßigkeit als Rechtserzeugungs- und -anwendungsmaßstab

Mit dem Aufkommen so verstandener völkerrechtlicher Verfassungsprinzipien erhält der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht nur Einzug in die Völkerrechtsordnung, vielmehr erstarkt er zu einem universellen Rechtmäßigkeitsmaßstab, an dem sich Rechtsanwendung und -erzeugung gleicher-

---

m. w. N. Soweit ersichtlich geht die Unterscheidung zurück auf die Ausführungen von Special Rapporteur *G. Fitzmaurice* in dessen Third Report on the Law of Treaties, YBILC (1958), Bd. II, 20 (27 f., 44 f.).

<sup>21</sup> Das hebt als Merkmal integraler Verpflichtungen hervor *J. Crawford*, Third Report on State Responsibility, YBILC 2000, 3 (31); *J. Pauwelyn* (Anm. 20), 64 f.; *K. Sachariew* (Anm. 20), 277, 281.

maßen messen lassen müssen. Denn als Optimierungsgebote mit Rechtsqualität implizieren die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien nicht lediglich die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (dazu 1.) für die Rechtsanwendung (dazu 2.); die Integralität der in ihnen enthaltenen Verpflichtungen lässt ihn auch für die (völker-)rechtsetzenden Staaten Verbindlichkeit beanspruchen (dazu 3.).

## 1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Implikation des Prinzipiencharakters

Die Frage nach Existenz und Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht ist nicht neu. Im WTO-Recht,<sup>22</sup> dem Recht zwischenstaatlicher Gewaltanwendung<sup>23</sup> und im Kontext völkerrechtlicher Gegenmaßnahmen<sup>24</sup> wird sie schon seit geraumer Zeit diskutiert und auch in der praktischen Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention gehört der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz längst zum gemeinschaftlichen Besitzstand.<sup>25</sup> Ja zum Teil wird er gar als bereichsübergreifender Grundsatz verstanden, der seine Geltung als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut der Anerkennung durch die (zivilisierten) Staaten verdankt.<sup>26</sup> Mit der Entstehung völkerverfassungsrechtlicher Prinzipien mit Optimierungsgebotscharakter wird nun jedoch eine Begrün-

<sup>22</sup> A. Desmedt, Proportionality in WTO Law, *JIEL* 4 (2001), 441; A. Mitchell, Proportionality and Remedies in WTO Disputes, *EJIL* 18 (2007), 985.

<sup>23</sup> J. Gardam, Proportionality and Force in International Law, *AJIL* 87 (1993), 391; C. Wicker, The Concepts of Proportionality and State Crimes in International Law, 2006, 19 ff.; zum humanitären Völkerrecht G. Nolte, Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 244 (insbes. 249 ff.).

<sup>24</sup> T. M. Franck, On Proportionality of Countermeasures in International Law, *AJIL* 102 (2008), 715; C. Wicker (Anm. 23), 69 ff.

<sup>25</sup> Überblicksartig E. Crawford, Proportionality, *MPEPIL* (online edition), Stand: Mai 2011; M. Krugmann, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht, 2004, 15 ff.

<sup>26</sup> E. Cannizzaro, Il Principio della Proporzionalità nell'Ordinamento Internazionale, 2000, 450 ff., der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allerdings nicht aus dem nationalen Recht gewinnt, sondern als autonom völkerrechtlichen Rechtsgrundsatz qualifiziert; T. M. Franck (Anm. 24), 716; A. Peters, in: Festschrift D. Thürer, 2015 (erscheint demnächst) (allgemeiner Rechtsgrundsatz und "globales Verfassungsprinzip"); A. Stein, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die Rule of Law, 1998, 332; U. Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Versuch einer Standortbestimmung, *ZSR* 97 (1978), Halbbd. II, 1 (28); in diese Richtung auch H. Henninger (Anm. 15), 263 ff.; kritisch dazu aber G. Göttsche, Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, 2005, 259 f.

dungsoption verfügbar, die bisher allenfalls vereinzelt erwogen wurde<sup>27</sup> und die sich auch methodisch von den bisherigen Ansätzen absetzt.<sup>28</sup> Anders als die bisherigen Begründungsversuche erhebt diese Option den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht dadurch zu einem Teil des positiven Rechts, dass sie ihn selbst als eine als Recht anerkannte Praxis oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ausweist und so unmittelbar auf eine der völkerrechtlichen Rechtsquellen zurückführt; vielmehr verleiht sie ihm eine abgeleitete, über die Rechtsqualität der fraglichen Prinzipien vermittelte Rechtsverbindlichkeit: Die Rechtsqualität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist für sie unmittelbare Folge der Rechtsgeltung der fraglichen Verfassungsprinzipien, denn er selbst ist eine notwendige Implikation von deren Optimierungsgebotscharakter. Der Zusammenhang von Prinzipiencharakter und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist, so formuliert denn auch *Alexy*, „so eng wie nur möglich“:<sup>29</sup> Dieser impliziert jenen und jener diesen.<sup>30</sup> Dass dies so ist, hängt damit zusammen, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße zu verwirklichen. Die Prüfungsstufen Geeignetheit und Erforderlichkeit betreffen dabei die Optimierung auf die tatsächlichen Möglichkeiten; sie vermeiden Prinzipienbeeinträchtigungen, auf die ohne Kosten für die Verwirklichung anderer Prinzipien verzichtet werden kann.<sup>31</sup> Die Pflicht, über Verhaltensweisen, die dem Geeignetheitserfordernis nicht genügen, ein Rechtswidrigkeitsurteil auszusprechen, folgt so bereits aus der simplen Erwägung, dass eine Handlung, die nicht geeignet ist ein legitimes Ziel zu fördern, auch nicht zur Verwirklichung eines beliebigen Prinzips  $P_x$  beiträgt und dabei doch ein anderes Prinzip  $P_y$  beeinträchtigt. Fördert sie hingegen  $P_x$ , stehen aber Handlungsalternativen zur Verfügung, auf die dies

<sup>27</sup> Siehe aber *E. Vranes*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, AVR 47 (2009), 1 (15 ff.); *H.-J. Ziegenhain*, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992, 36 ff.; ähnlich auch *P. Hector*, Das völkerrechtliche Abwägungsgebot, 1992, 155 ff.

<sup>28</sup> Zu den unterschiedlichen Begründungsoptionen *E. Vranes* (Anm. 27), 9 ff.

<sup>29</sup> *R. Alexy*, Theorie (Anm. 14), 100.

<sup>30</sup> Ebenso u. a. *A. v. Arnould*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 55 (2000), 276 (279); *M. Borowski*, Prinzipien als Grundrechtsnormen, ZÖR 53 (1998), 307 (325); *M. Borowski* (Anm. 14), 186; *R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, 90; *J. Rivers*, Proportionality and Discretion in International and European Law, in: N. Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 107 (113); sehr kritisch dazu aber *J. H. Klement*, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, JZ 53 (2008), 756 (761 f.).

<sup>31</sup> *R. Alexy*, Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift J. Sonnenschein, 2003, 771 (772); *R. Alexy*, On the Structure of Legal Principles, Ratio Juris 13 (2000), 294 (298); *M. Klatt/M. Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, 8 f.

in gleichem Maße zutrifft doch die  $P_y$  weniger intensiv beeinträchtigen, so gebietet der Optimierungsgedanke die Wahl einer solchen Alternative schon deshalb, weil die Verwirklichung von  $P_x$  dadurch keinen Nachteil erlitte,  $P_y$  jedoch in größerem Maße realisiert würde. Die Erfordernisse Geeignetheit und Erforderlichkeit sind mit dem Gebot optimaler Verwirklichung daher untrennbar verbunden. Dass auch die abschließende Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) Ausfluss des Optimierungsgebotscharakters ist, wird in Fällen ersichtlich, in denen die Verwirklichung von  $P_x$  notwendigerweise mit einer Beeinträchtigung von  $P_y$  einhergeht. Denn die in diesen Fällen unumgängliche Kollision zweier Optimierungsgebote, von denen "jeweils das eine die rechtliche Möglichkeit der Erfüllung des anderen begrenzt"<sup>32</sup> lässt ein statisches Vorrangverhältnis nicht erkennen.<sup>33</sup> Vielmehr begründet die in ihr angelegte Beziehung wechselseitiger Prinzipienbeschränkung die für Abwägungen so typische Möglichkeit, unter Berücksichtigung unterschiedlicher Faktoren (insbesondere des Gewichts der kollidierenden Prinzipien, der Intensität des Eingriffs in  $P_y$  und der Bedeutung der Verwirklichung von  $P_x$ ) ein einzelfallbezogenes Vorrangverhältnis herzustellen, um so trotz der unvermeidbaren Einschränkung eines der kollidierenden Prinzipien einen "net gain"<sup>34</sup> sicherzustellen und die summarisch größtmögliche Prinzipienverwirklichung<sup>35</sup> zu erreichen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne ist folglich mitsamt seinen Prüfungsstufen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bereits in der Struktur prinzipienhafter Normen angelegt. Überall dort, wo solche Prinzipiennormen Rechtsqualität besitzen, ist folglich auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Teil des Rechts.

## 2. Rechtsanwendungsverbindlichkeit als Implikation des Rechtscharakters

Im Lichte dieser Überlegungen findet sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im konstitutionalisierten Völkerrecht wieder und beansprucht gegenüber allen Anwendern völkerrechtlicher Normen Verbindlichkeit. Neben den Staaten selbst verpflichtet er so insbesondere alle Insti-

<sup>32</sup> R. Alexy, *Theorie* (Anm. 14), 81.

<sup>33</sup> A. v. Arnauld (Anm. 30), 279 spricht im Fall einer Prinzipienkollision denn auch von einem dynamischen materiellen Regel-Ausnahme-Verhältnis und sieht eben hierin den Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

<sup>34</sup> M. Klatt/M. Meister (Anm. 31), 8.

<sup>35</sup> J. Rivers (Anm. 30), 113.

tutionen, die sich um die gerichtliche oder quasi-gerichtliche Beilegung völkerrechtlicher Streitfälle bemühen, dazu, die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien in ihrem Handeln und Entscheiden einem verhältnismäßigen Ausgleich zuzuführen.

### 3. Rechtsetzungsverbindlichkeit als Implikation der Integralität der Prinzipienverpflichtungen

Dass die Staaten ihr Verhalten auch jenseits bloßer Rechtsanwendung, namentlich bei der Setzung neuer völkerrechtlicher Normen, am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen müssen, ist weniger trivial und erst vor dem Hintergrund der besonderen Struktur der in den Verfassungsprinzipien angelegten Verpflichtungen zu erklären. Wie oben gesehen, lässt sich deren Erfüllung gerade nicht in bilaterale Staat-zu-Staat-Beziehungen aufspalten, sondern die aus den Verfassungsprinzipien ableitbaren Pflichten ermöglichen Erfüllung und Verletzung stets nur simultan im Verhältnis zu allen anderen Staaten. Durch diesen unvermeidbaren Gemeinschaftsbezug gewinnen die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien eine für völkerrechtliche Rechtsverhältnisse außergewöhnliche Objektivität. Denn während gewöhnliche bilaterale Verpflichtungen gerade deshalb disponibel sind, weil ihre Erfüllung oder Verletzung ein rechtliches Interesse dritter Parteien auch dann nicht betrifft, wenn diesen gegenüber – wie in bilateralisierbaren multilateralen Verträgen typischerweise der Fall – eine gleichartige Verpflichtung besteht, stellt eine Abweichung von integralen Verpflichtungen, wie sie die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien enthalten, für die nicht abweichenden Staaten selbst dann keine *res inter alios acta* dar, wenn die Abweichung im Konsens der abweichenden Staaten erfolgt. Vielmehr hat die Integralität der Verpflichtungen auf Umwelt- und Menschenrechtsschutz, auf Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zur Folge, dass jeder Versuch, das Niveau des gebotenen Schutzes im bilateralen Verhältnis abzusenken, zugleich alle anderen Parteien, die an dem bilateralen Abkommen nicht beteiligt sind, ohne ihre Zustimmung in Rechten beschneidet. Schon der *pacta tertiis*-Grundsatz erlaubt Modifikationen des verfassungsprinzipienhaft definitiv Gebotenen daher nur im Zusammenwirken aller Staaten;<sup>36</sup> allenfalls im Plenum vermag die internationale Staatengemeinschaft folglich

---

<sup>36</sup> A. Orakhelashvili (Anm. 20), Rn. 36, 39 rückt integrale Verpflichtungen gar in die Nähe des *ius cogens* und lässt, anders als für interdependente Verpflichtungen, *inter se*-Derogationen von ihnen selbst dann nicht zu, wenn die Staatengemeinschaft sich damit einverstanden erklärt hat.

von dem auf der Prinzipiensicht des Völkerrechts etablierten Mindeststandard abzuweichen. Im Recht der völkerrechtlichen Verträge erkennt Art. 41 Abs. 1 lit. b Nr. i WVK (Wiener Vertragsrechtskonvention) dies denn auch ausdrücklich an, knüpft er die Zulässigkeit von *inter se*-Modifikationen mehrseitiger Verträge doch unter anderem an die Bedingung, dass die Modifikation die anderen Parteien des ursprünglichen Vertrages in dem Genuss ihrer Rechte auf Grund des (früheren) Vertrages nicht beeinträchtigt. Für das Gros aller Rechtsetzungsvorgänge im Völkerrecht aber bedeutet das, dass sie sich an den von den völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien aufgestellten Standards messen lassen müssen. Nur ein Rechtsakt der ihnen genügt, ist rechtmäßig. Doch bedeutet das zugleich: Ein Rechtsakt, der sie beschränkt, ist nur dann rechtmäßig, wenn er verhältnismäßig ist, also ein legitimes Ziel verfolgt zu dessen Erreichung oder Förderung er geeignet und erforderlich ist und der die im konkreten Fall einschlägigen Verfassungsprinzipien zudem einem angemessenen Ausgleich zuführt. Dank der integralen Erfüllungsstruktur der in den besagten Verfassungsprinzipien enthaltenen Verpflichtungen erstarkt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folglich zu einem Rechtmäßigkeitsmaßstab, der nicht nur für die Anwendung, sondern auch für die Erzeugung völkerrechtlicher Normen Verbindlichkeit beansprucht.

#### **IV. Die Absicherung des verhältnismäßigen Prinzipienausgleichs in der völkerrechtlichen Methodik**

Als derart universeller Rechtmäßigkeitsmaßstab beansprucht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das gesamte Völkerrecht am materiellen Standard optimaler Prinzipienverwirklichung auszurichten und birgt damit das Versprechen, die materiale Einheit des Völkerrechts zu garantieren. Vielfach jedoch trifft dieser rechtliche Anspruch, das gesamte Völkerrecht als verhältnismäßige Ausgestaltung völkerrechtlicher Prinzipien zu verstehen, auf Völkerrechtsregeln, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in ihrer Rechtsverbindlichkeit um nichts nachstehen, den völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien jedoch schon deshalb nicht in angemessener Weise Ausdruck verleihen (mussten), weil die fraglichen Verfassungsprinzipien zum Zeitpunkt ihrer Genese noch nicht existierten. Die ihrem Wesen nach auf einen verhältnismäßigen Ausgleich drängenden völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien stehen demnach auch im konstitutionalisierten Völkerrecht zunächst noch zahlreichen völkerrechtlichen Regeln gegenüber, die nicht nur im Lichte gewandelter Wertvorstellungen als unangemessen, sondern im

Lichte eines veränderten völkerrechtlichen Prinzipienbestands auch aus rechtlicher Perspektive als unverhältnismäßig erscheinen. Den systematischen Einheitsanspruch, den die universelle Verpflichtung auf einen verhältnismäßigen Ausgleich der völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien erhebt, stellt das nachdrücklich in Frage.

Die Überlegungen des folgenden Abschnitts zeigen jedoch, dass die völkerrechtliche Methodenlehre die Verbindlichkeit des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs absichert und ihm auch und gerade angesichts dieses Spannungsverhältnisses zwischen neuen völkerverfassungsrechtlichen Prinzipien und älteren völkerrechtlichen Regeln mit Hilfe unterschiedlicher Kollisions- und Auslegungsgrundsätze zur Durchsetzung verhilft. Im Konfliktfall gewährt sie der verhältnismäßigen Lösung den Vorrang (dazu 1.) und verlangt auch sonst, völkerrechtliche Regeln im Zweifel völkerverfassungsprinzipienkonform – und damit: verhältnismäßig – auszulegen (dazu 2.).

## 1. Anwendungsvorrang

Erfüllt ein bestimmtes Verhalten den Tatbestand einer völkerrechtlichen Regel und unterfällt zugleich dem Anwendungsbereich (mindestens) eines Prinzips, so beanspruchen zunächst beide je für sich über die Rechtmäßigkeit des fraglichen Verhaltens zu befinden. Trotz der Spielräume, die sowohl die Regelauslegung als auch die Prinzipienabwägung dem Rechtsanwender belassen,<sup>37</sup> wird sich die Bewertung auf Regelebene nicht immer mit derjenigen decken, die sich aus einer isolierten Betrachtung der einschlägigen Prinzipien ergibt. Und so wird sich auch im konstitutionalisierten Völkerrecht das nach Abwägung der anwendbaren völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien Gebotene in den Sollensanordnungen der einschlägigen, zumeist prä-konstitutionellen Völkerrechtsregeln nicht immer widerspiegeln.

Die völkerrechtliche Methodenlehre verlangt es in diesen Fällen, der Prinzipienwertung zu folgen und die konfligierende Regel unangewendet zu lassen. Hierfür spricht nicht allein die spätere Entstehung der fraglichen Prinzipien (dazu *lit. a*), vielmehr folgt ihr Anwendungsvorrang aus einer ungeschriebenen Vorrangregel, die sich als *obligatio integralis derogat obligationi bilaterali* beschreiben lässt (dazu *lit. b*).

---

<sup>37</sup> Zu Spielräumen im Prinzipienmodell R. Alexy, in: R. Alexy, *Postscript, A Theory of Constitutional Rights*, 2002, 388, 394 ff.; M. Borowski (Anm. 14), 123 ff.; M. Klatt/J. Schmidt, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, 2010.

### a) Prinzipienvorrang als Vorrang der *lex posterior*

Dass im Konfliktfall die spätere gegenüber der früheren Norm Vorrang genießt, gehört zu den Gemeinplätzen der (völkerrechtlichen) Rechtsanwendungslehre. Im Recht der völkerrechtlichen Verträge ist der entsprechende Grundsatz gar ausdrücklich normiert<sup>38</sup> und auch jenseits der Wiener Vertragsrechtskonvention findet er als Grundsatz der Rechtslogik oder allgemeiner Rechtsgrundsatz<sup>39</sup> allgemeine Anerkennung. Und so scheint auf den ersten Blick außer Zweifel zu stehen, dass auch den völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien – und mit diesen: dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – gegenüber all denjenigen, zumeist älteren Regeln der Vorrang gebührt, die den Verfassungsprinzipien nur unvollständig Ausdruck verleihen. Die Anwendung der *lex posterior*-Regel setzt indes einen Normkonflikt voraus, und so ließe sich dem obigen Argument entgegenhalten, dass ein Normkonflikt im engen Sinne – also eine Situation, in der sich ein Staat gleichzeitig zwei Verpflichtungen gegenüber sieht, denen er nicht gleichzeitig nachkommen kann<sup>40</sup> – zwischen Regeln und Prinzipien gerade nicht besteht und der Grundsatz des *lex posterior*-Vorrangs in diesen Verhältnissen folglich keine Anwendung finden könne.<sup>41</sup> Denn versteht man Prinzipien als Normen, deren Gebote sich von vornherein auf die Forderung beschränken, etwas relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten in einem möglichst hohen Maße zu verwirklichen, so ist ein solcher Regel-Prinzipien-Konflikt tatsächlich schon deshalb ausgeschlossen, weil rechtliche Regeln zu den Elementen gehören, die die rechtlichen Verwirklichungsmöglichkeiten eines Rechtsprinzips beschränken und das *prima facie*-Gebot eines Rechtsprinzips folglich nur insoweit zu einem definitiven Sollen erstarken lassen, als es dem normativen Anspruch der Regeln nicht im Wege steht. Den definitiven Gehalt von Prinzipien macht das nicht nur dynamisch, sondern vor allem vom jeweiligen Bestand rechtlicher Regeln abhängig. Schon die Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote macht deshalb kontradiktorische Widersprüche zwischen einem Regel- und einem (definitiven) Prinzipiengebot unmöglich. Dem *lex posterior*-Grundsatz dürfte in-

<sup>38</sup> Art. 30 Abs. 3 WVK.

<sup>39</sup> W. Vitzthum, in: W. Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, 1. Abschn. Rn. 142; ausführlich zur rechtstheoretischen Einordnung solcher Vorrangregeln E. Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”*, *ZaöRV* 65 (2005), 391.

<sup>40</sup> Dieser enge Begriff des Normkonflikts etwa bei W. Jenks, *Conflict of Law-Making Treaties*, *BYIL* 30 (1953), 401 (426); W. Karl, *Treaties, Conflicts Between*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *EPIL*, Bd. IV, 2000, 935 (936).

<sup>41</sup> Siehe etwa C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, 2008, 98.

des kein derart enger Begriff des Normkonflikts zugrunde liegen.<sup>42</sup> Vielmehr wird man mit *Joost Pauwelyn* eine Unvereinbarkeit, wie sie Art. 30 Abs. 3 WVK voraussetzt, bereits dann annehmen können, wenn sich der Abschluss oder die Erfüllung des späteren Vertrags als Verletzung des ersten darstellt.<sup>43</sup> Auch im Verhältnis zwischen völkerrechtlichen Regeln und den Prinzipien des völkerrechtlichen Verfassungsrechts kann der *lex posterior*-Grundsatz deshalb mit der Maßgabe Anwendung finden, dass die spätere der beiden Normen dann vorgeht, wenn die fragliche Regel mit dem Gebot, das sich aus einer *isolierten* Betrachtung der einschlägigen Rechtsprinzipien ergibt, nicht in Einklang zu bringen ist. Sofern sich völkerrechtliche Regeln demnach als im Lichte neu entstandener völkerrechtlicher Verfassungsprinzipien als unverhältnismäßig darstellen, sind sie mit diesen unvereinbar und müssen als *lex anterior* folglich unangewendet bleiben. Jedenfalls im Fall eines Konflikts mit älteren Regeln verleiht der *lex posterior*-Grundsatz dem Ergebnis des Verhältnismäßigkeitsausgleichs der einschlägigen Verfassungsprinzipien somit Vorrang.

### b) Prinzipienvorrang als Vorrang der *obligatio integralis*

Auf den *lex posterior*-Vorrang ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu seiner Durchsetzung indes nicht zwingend angewiesen. Vielmehr setzt er sich selbst im Konflikt mit später gesetzten Regeln durch. Grund hierfür ist der integrale Charakter der Verpflichtungen, die die fraglichen Verfassungsprinzipien verkörpern: *obligatio integralis derogat obligationi bilaterali*. Ob und in welcher Form integrale Verpflichtungen konfligierenden, bilateralen Obligationen vorgehen, ist indes keinesfalls ausgemacht. So plädierten im Rahmen der Vorarbeiten zur Wiener Vertragsrechtskonvention etwa noch *Hersch Lauterpacht* und in eingeschränkter Form auch *Gerald Fitzmaurice* als Berichterstatter der Völkerrechtskommission dafür, vertragliche Abweichungen von integralen Verpflichtungen mit der Nichtigkeit der Abweichungsverträge zu sanktionieren und ihnen, wenn und weil sie die Rechte der anderen Vertragsparteien beeinträchtigten, die Rechtsgeltung zu versagen.<sup>44</sup> Doch ihr Nachfolger *Humphrey Waldock* setzte sich schließlich mit der Überzeugung durch, integralen Verpflichtungen keinen Geltungsvor-

---

<sup>42</sup> *E. Vranes*, The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory, EJIL 17 (2006), 395; *J. Pauwelyn* (Anm. 20), 166 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *J. Pauwelyn* (Anm. 20), 175 f.

<sup>44</sup> Detailliert dargestellt bei *W. Karl* (Anm. 40), 937 f.; *J. Mus*, Conflict Between Treaties in International Law, NILR 45 (1998), 208 (222 ff.) und *A. Orakhelashvili* (Anm. 20), Rn. 8-18.

rang einzuräumen und die fraglichen Fälle allein unter dem Gesichtspunkt eines eventuellen Anwendungsvorrangs zu behandeln. Heute bildet denn auch Art. 30 WVK den Ausgangspunkt der noch immer streitig geführten Diskussion darüber, ob *inter se*-Abkommen, die von einer in einem mehrseitigen Vertrag enthaltenen integralen Vertragsverpflichtung abweichen, trotz ihrer unbestrittenen Rechtswidrigkeit<sup>45</sup> vorrangig anzuwenden sind oder ob nicht doch das vorangegangene multilaterale Abkommen Anwendungsvorrang genießt.<sup>46</sup> Erstaunlicherweise scheint Art. 30 Abs. 4 lit. a WVK dabei zunächst tatsächlich dem rechtswidrigen *inter se*-Abkommen den Vorrang einzuräumen, wenn er für Fälle aufeinanderfolgender Verträge mit abnehmender Parteienzahl undifferenziert auf Abs. 3 verweist und so im Falle eines Konflikts zwischen den anzuwendenden Bestimmungen stets denjenigen des späteren Vertrages den Vorzug gibt. Und so ist im Schrifttum teilweise zu lesen, Art. 41 WVK regle allein das rechtliche Dürfen, über den Vorrang im Konfliktfall aber entscheide Art. 30 WVK und zwar zu Gunsten des rechtswidrigen *inter se*-Abkommens.<sup>47</sup> Den *pacta tertiis*-Grundsatz weicht diese Position erheblich auf. Denn in ihrer Lesart ermöglicht es die Vorrangregel des Art. 30 WVK den Parteien des *inter se*-Abkommens, effektiv auf die Rechte der Vertragsparteien des ursprünglichen multilateralen Abkommens einzuwirken, obwohl das *inter se*-Abkommen für diese eine *res inter alios acta* darstellt.<sup>48</sup> Und auch mit den

<sup>45</sup> Siehe Art. 41 Abs. 1 lit. b WVK sowie bereits oben III. 3.

<sup>46</sup> Für den Vorrang des *inter se*-Abkommens sprechen sich aus: *W. Karl* (Anm. 40), 939; *K. Odendahl*, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2012, Art. 30 Rn. 26, 30; wohl auch *J. Mus* (Anm. 44), 226. Einen Vorrang des früheren multilateralen Abkommens nehmen hingegen an: *N. Q. Dinh/P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet*, *Droit international public*, 8. Aufl. 2009, 299; *A. Orakbelashvili* (Anm. 20), Rn. 88, 93; *J. Pawwelyn* (Anm. 20), 313; *J. Pawwelyn*, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *AJIL* 95 (2001), 535 (549 f.); *M. Zuleeg*, *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht*, Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten, *GYIL* 20 (1977), 246 (269 f., 275); wohl auch *N. Matz-Lück*, *Treaties, Conflicts Between*, MPEPIL, Stand: Dezember 2010, Rn. 25, die die *lex posterior*-Regel nur dann zur Anwendung bringen will, wenn der Abschluss des späteren Vertrags, “is allowed by the earlier one”, was nach Art. 41 WVK im Falle integraler Verpflichtungen aber eben nicht der Fall wäre; vgl. auch ILC (Anm. 4), Rn. 248.

<sup>47</sup> So *W. Karl* (Anm. 40), 939; *K. Odendahl* (Anm. 46), Rn. 26.

<sup>48</sup> Vgl. *N. Matz-Lück* (Anm. 46), Rn. 25. Frankreich wies in den Verhandlungen der Völkerrechtskommission auf dieses Problem wiederholt hin und schlug zur Lösung vor, für solche Verträge – Frankreich sprach von sog. “restricted multilateral treaties”, nämlich solche, auf die das “principle of separability did not apply” (siehe *United Nations Conference on the Law of Treaties*, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, *Official Records*, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 447) – bestimmte Sonderregeln einzuführen (*United Nations Conference on the Law of Treaties*, First and Second Sessions, Vienna, 26.3.-24.5.1968 and 9.4.-22.5.1969, *Official Records*, Documents of the Conference, 137, 148, 156, 157, 179), insbesondere in den hier fraglichen Fällen dem früheren

Regeln über die Staatenverantwortlichkeit ist eine solche Interpretation nicht zu vereinbaren. Denn etablierte das Völkervertragsrecht in diesen Fällen tatsächlich den Vorrang der *inter se*-Vereinbarung, so sähe sich ein im Streitfall entscheidendes Gericht durch die Regeln der Vertragsrechtskonvention verpflichtet, ein Abkommen durchzusetzen, zu dessen Aufhebung dessen Parteien aufgrund der Art. 30, 35 Articles of State Responsibility verpflichtet wären. Wer aber zur Aufhebung eines Vertrages verpflichtet ist, kann nicht zugleich zu dessen Durchsetzung berechtigt sein.<sup>49</sup> Diese Brüche mit dem *pacta tertiis*-Grundsatz und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit zu vermeiden ermöglicht Art. 30 Abs. 5 WVK, der ausdrücklich erklärt, die Vorrangregel des Abs. 4 gelte “unbeschadet” des Art. 41 WVK (“without prejudice to Article 41”) sowie unbeschadet aller Fragen der Staatenverantwortlichkeit. Doch soll Abs. 4 die Regeln der Staatenverantwortlichkeit tatsächlich unberührt lassen, lässt sich die eingangs skizzierte Auslegung nicht halten. Denn wie gesehen stellt sie die Entscheidung der Regeln über die Staatenverantwortlichkeit in Frage, indem sie einer Norm zur Durchsetzung verhilft, die die Parteien aus der Welt zu schaffen verpflichtet sind. Die “unbeschadet”-Regelung des Abs. 5 ist daher so zu interpretieren, dass sie die Fälle illegaler *inter se*-Abkommen vom Anwendungsbereich des Abs. 4 ausnimmt.<sup>50</sup> Nur so lässt sich dem *pacta tertiis*-Grundsatz genügen

---

Vertrag den Vorrang einzuräumen (United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26.3.-24.5.1968 und 9.4.-22.5.1969, Official Records, Documents of the Conference, 148). Die Lösungsvorschläge Frankreichs stießen teilweise auf Zustimmung (United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 119, 134, 348, 350), andere Staaten hingegen konnten dem Einwand Frankreichs offenbar nicht folgen und betonten – ohne das Auslegungsproblem zu erkennen – für die Rechte der anderen Staaten bestehe keine Gefahr (so etwa United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 165 [Großbritannien], 165 f. [USA], 347 f. [Kanada]). Da eine Einigung nicht erzielt werden konnte, zog Frankreich schließlich alle entsprechenden Änderungsanträge zurück, um die Arbeiten der Kommission nicht zu verzögern. Angesichts der Tatsache, dass die Staaten in den Verträgen entsprechende Schutzmechanismen vorsehen könnten, sei es, so Frankreich, verzichtbar für diese Fälle bereits in der Vertragsrechtskonvention Vorsorge zu treffen (United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 9.4.-22.5.1969, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 33, 213).

<sup>49</sup> J. Pauwelyn (Anm. 20), 313; ähnlich N. Q. Dinh/P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet (Anm. 46), 299, die aus der Rechtswidrigkeit des *inter se*-Abkommens auf dessen Nachrangigkeit schließen; in dieselbe Richtung tendieren offenbar auch W. Czaplinski/G. Danilenko, *Conflicts of Norms in International Law*, NYIL 21 (1990), 3 (24), die sich auf den Grundsatz *ex iniuria ius non oritur* berufen.

<sup>50</sup> Vgl. bereits die Stellungnahme des Vertreters Uruguays im Rahmen der Vorarbeiten, der auf die enge Verbindung zwischen dem heutigen Art. 30 und Art. 41 hinwies und für den

und nur so lassen sich zugleich die Wertungen der Staatenverantwortlichkeitsartikel bewahren. Ein Blick in die Verhandlungen der Völkerrechtskommission vermag diese Interpretation zusätzlich zu stützen. Denn an keiner Stelle wird dort ausdrücklich klargestellt, dass auch für integrale Verpflichtungen ein eventuelles *inter se*-Abkommen Vorrang genießen soll. Vielmehr ging die Mehrheit der Staaten davon aus, dass die Regeln des beratenen Entwurfs auch im Falle eines *inter se*-Abkommens die Rechte der Drittstaaten ausreichend und umfassend schützen.<sup>51</sup> Bereits sie scheinen daher die hier favorisierte Auslegung zugrunde gelegt zu haben und im französischen Schrifttum sieht man sie gar “nettement affirmé en jurisprudence”.<sup>52</sup> Soweit ersichtlich wird diese Debatte jenseits des Rechts völkerrechtlicher Verträge bisher zwar nicht geführt. Warum jedoch für integrale Verpflichtungen, die sich aus gewohnheitsrechtlichen Normen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben, eine entsprechende Vorrangstellung nicht bestehen sollte, wenn es doch gerade die Integralität der Verpflichtung ist, der integrale Vertragsverpflichtungen diesen Vorrang verdanken, leuchtet nicht ein. Art. 30 Abs. 5 WVK dürfte insofern eine verallgemeinerbare Aussage darstellen.

Für das Verhältnis der völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien zu älteren Regeln, die den Prinzipienwertungen nur unzureichend Ausdruck verleihen, folgt daraus: Im Konfliktfall finden erstere Anwendung.<sup>53</sup> Dem Ergebnis des verhältnismäßigen Prinzipienausgleichs gebührt der Vorrang daher auch dann, wenn die fraglichen Regeln die jüngeren Normen sind.

---

Falle einer Löschung des Art. 41 vorschlug, die dort niedergelegten Bedingungen unmittelbar in Art. 30 aufzunehmen, siehe United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 206; ähnlich scheint auch der Vertreter Dänemarks die Regelungen des heutigen Art. 41 nicht lediglich als Rechtmäßigkeitsanforderungen sondern zugleich als Kollisionsregel gedeutet zu haben, siehe United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 207.

<sup>51</sup> Siehe unter anderem United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26.3.-24.5.1968, Official Records, Summary Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 165 (Großbritannien), 165 f. (USA), 207 (Dänemark), 347 f. (Kanada).

<sup>52</sup> N. Q. Dinh/P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet (Anm. 46), 299.

<sup>53</sup> Vor gewisse Schwierigkeiten stellt indes die Frage, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen ein internationales Gericht zur Anwendung einer nach den obigen Überlegungen eigentlich nachrangigen Regel aufgerufen ist, sich die Zuständigkeit des Gerichts aber aus einer kompromissarischen Klausel ergibt, die die (Verfassungs-)Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts nicht in das von diesem anzuwendende Völkerrecht einbezieht.

## 2. Konformauslegung

Freilich setzt die Anwendung der skizzierten Vorrangregeln stets voraus, dass die fraglichen Normen tatsächlich konfliktieren. Ob sie dies tun, ist eine Frage, die den Norminhalt betrifft und folglich nur im Wege der Auslegung zu beantworten ist. Die Auslegung geht der Konfliktlösung damit notwendigerweise voran, doch stellt sie sich auch im Völkerrecht keinesfalls als wertungsfreier Vorgang dar, der auf dezisionistische Elemente völlig verzichten könnte. Vielmehr belässt er dem Rechtsanwender vielfach Entscheidungsspielräume und eröffnet ihm damit oftmals zugleich die Möglichkeit, das Entstehen eines Normkonflikts bereits durch die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Auslegungshypothese zu vermeiden. Im Kontext des nationalen Rechts sind derartige interpretatorische Konfliktvermeidungsstrategien unter dem Stichwort der Konformauslegung bekannt.<sup>54</sup>

Und auch im Völkerrecht findet sich mit der sog. „presumption against conflict“ eine ähnliche methodische Figur, die mit der Vermutung, neu erlassene Regeln stünden mit bestehendem Völkerrecht in Einklang, ebenfalls auf eine harmonisierende Auslegung ersterer drängt.<sup>55</sup> Im konstitutionalisierten Völkerrecht findet sich dieses Gebot zur Konformauslegung indes in einer anderen Form wieder: Völkerrechtliche Regeln sind unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung im Einklang mit den einschlägigen völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien auszulegen. Genügt von mehreren vertretbar begründbaren Auslegungsergebnissen mindestens eines dem verhältnismäßigen Prinzipienausgleich, während das für mindestens eine andere vertretbar begründbare Auslegung nicht der Fall ist, so muss die Wahl folglich selbst dann auf eines der erstgenannten Ergebnisse fallen, wenn aufgrund der hermeneutischen Auslegungskriterien (gewöhnlicher Wortbedeutung, systematische Stellung sowie Sinn und Zweck) die besseren Argumente für eine der zweitgenannten Auslegungen sprechen. Normativ stützt sich dieses Gebot völkerverfassungskonformer Auslegung weniger auf den skizzierten Anwendungsvorrang völkerrechtlicher Verfassungsprinzipien als vielmehr auf den im Souveränitätsprinzip angelegten Grundsatz der Normerhaltung (dazu *lit. a*). Ein solches Auslegungsgebot ist zudem auch dem klassischen Völkerrecht keineswegs unbekannt, denn bei genauer Betrachtung spiegelt der Auslegungsgrundsatz *in dubio mitius* eine strukturanaloge Auslegungsmaxime wider (dazu *lit. b*).

---

<sup>54</sup> Ausführlich C. Höpfner (Anm. 41).

<sup>55</sup> J. Pauwelyn (Anm. 20), 240 f.; G. O. Zabalza, *The Principle of Systemic Integration*, 2012, 238 ff.; aus der Rechtsprechung etwa IGH, *Right of Passage over Indian Territory*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1957, 125 (142).

### a) Konformauslegung und Normerhaltung

Mit dem Gebot, unverhältnismäßige Völkerrechtsregeln unangewendet zu lassen, teilt der Grundsatz völkerverfassungskonformer Auslegung das Motiv, Verfassungsprinzipien bei der Rechtsanwendung möglichst weitgehend zur Verwirklichung zu verhelfen und damit Verstöße gegen höherrangiges Recht zu vermeiden.<sup>56</sup> In seinen Rechtsfolgen jedoch bleibt er hinter jenem deutlich zurück, hat er doch lediglich zur Folge, dass bestimmte vertretbar begründbare Auslegungsergebnisse, nicht aber die Regel selbst, “unangewendet” bleiben müssen. Bereits dieser Vergleich illustriert, dass der Verweis auf die Verwirklichung völkerverfassungsrechtlicher Prinzipien allein die normativen Voraussetzungen des Konformauslegungsgrundsatzes nicht ausschöpft, stellt die vollständige Verdrängung der Regel doch ebenfalls ein prinzipienkonformes Ergebnis sicher. Und so ist zumindest im deutschen Schrifttum für die verfassungskonforme Auslegung weitgehend anerkannt, dass es die *favor legis*, das Interesse an der Normerhaltung und damit letztlich der Respekt vor dem Normsetzer selbst ist, der es rechtfertigt und gebietet, die Anwendung einer Regel auf dem Wege der Konformauslegung nur genau so weit zu suspendieren, wie es erforderlich ist, um den Anforderungen des Verfassungsrechts zu genügen.<sup>57</sup> Unter Berufung auf den Grundsatz staatlicher Souveränität lässt sich ein solches Normerhaltungsgebot aber gerade auch im Völkerrecht begründen, gewährt dieser den Staaten doch ein *prima facie* unbeschränktes Recht zur vertraglichen Gestaltung ihrer rechtlichen Verhältnisse.<sup>58</sup> Sofern die völkerrechtlichen Auslegungsregeln die Auslegungsentscheidung nicht vollständig determinieren, fordert das Souveränitätsprinzip folglich, der in der auszulegenden Norm verkörperten Gestaltungsentscheidung in größtmöglichem Maße zur Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>59</sup> Dies nicht zu tun, bedeutete den Normsetzungsakt

<sup>56</sup> Als höherrangig lassen sich die integralen Prinzipienverpflichtungen hier deshalb be- greifen, weil sie Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Regelsetzung definieren (sog. Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit), vgl. zu einem entsprechenden Argument *U. Linderfalk*, International Legal Hierarchy Revisited – The Status of Obligations *Erga Omnes*, Nord. J. Int’l L. 80 (2011), 1.

<sup>57</sup> So etwa *C.-W. Canaris*, in: Festschrift E. A. Kramer, 2004, 141 (148 ff.); mit Einschränkungen auch *A. Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), 177 (183 f.); siehe ferner *C. Höpfner* (Anm. 41), 191 ff. m. w. N.

<sup>58</sup> Zum Vertragsschlussrecht als Souveränitätsbestandteil siehe nur StIGH, *Case of the S. S. Wimbledon*, PCIJ Series A No. 1, 25.

<sup>59</sup> Das Souveränitätsprinzip versteht dieses Argument ebenfalls als Optimierungsgebot; ein solches Verständnis etwa bei *S. Douma*, Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement, 2011, 79 ff.; *U. Linderfalk*, On the Interpretation of Treaties, 2007, 281 f.; *G. Noll*,

ohne Not zu sabotieren und die mit ihm einhergehende staatliche Gestaltungsentscheidung ohne Rechtfertigung zu unterlaufen. Erweist sich eine völkerrechtliche Regel in mindestens einer ihrer vertretbar begründbaren Auslegungen daher als mit (anwendungs-)vorrangigen Völkerverfassungsprinzipien unvereinbar, so ist das sonst übliche, ungebundene Ermessen bei der Entscheidung für eines dieser Auslegungsergebnisse die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, die Konformauslegung hingegen die im Lichte des Souveränitätsprinzips beinahe selbstverständliche Regel. Nur die Konformauslegung nimmt zudem auch die jeweils auszulegende Norm als autoritative, auch für die unilateral rechtsanwendenden Staaten, vor allem aber die entscheidenden Gerichte verbindliche Gestaltungsentscheidung ernst. Denn ohne ein Gebot der Konformauslegung stünde es diesen frei, durch die – notwendigerweise wertende – Eigenentscheidung für eine der vertretbaren Auslegungsergebnisse, die Unanwendbarkeit der auszulegenden Regel zu provozieren, obwohl eine andere, ebenfalls vertretbare Auslegung der Regel dieses Ergebnis zu verhindern vermocht hätte. Zwar bliebe auch dann noch die Bindung an die völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien. Die Konkretisierung der (erheblichen) normativen Spielräume, die bei deren Abwägung entstehen, wäre dann aber allein dem entscheidenden Gericht überantwortet. Dass jedoch gerade in der zunächst für unanwendbar erklärten Regel eine zulässige Möglichkeit, die einschlägigen Prinzipien zu konkretisieren, Ausdruck gefunden hat, bliebe dann völlig unberücksichtigt. Stattdessen setzte das Gericht (oder der unilateral rechtsanwendende Staat) eine eigene Wertung an die Stelle derjenigen, die in der verworfenen Regel und damit im Konsens der gebundenen Staaten Rückhalt findet. Vor dem Hintergrund eben dieser Überlegungen etabliert das im Souveränitätsprinzip wurzelnde Normerhaltungsgebot auch im Völkerrecht ein Gebot verfassungskonformer Auslegung.

## b) Konformauslegung und Wertverwirklichung

Im klassischen Völkerrecht ist ein solches Gebot (völker-)verfassungskonformer Auslegung zudem nicht ohne Vorläufer. Denn bei genauer Betrachtung lässt es sich auf die einfache Formel reduzieren, Auslegungszweifel zugunsten eines Auslegungsergebnisses zu entscheiden, das auch den Grundprinzipien des Völkerrechts genügt. Als solches aber ist es der klassi-

---

The Democratic Legitimacy of Refugee Law, Nord. J. Int'l L. 66 (1997), 429 (439 ff.); E. Vranes, Trade and the Environment, 2009, 123; H.-J. Ziegenhain (Anm. 27), 36 ff.; in der Sache, nicht aber in der Begrifflichkeit ebenso P. Hector (Anm. 27), 159 ff.

schen Auslegungsmaxime *in dubio mitius* durchaus verwandt. Meist als Grundsatz souveränitätsfreundlicher Auslegung verstanden<sup>60</sup> gebietet diese, in Fällen, in denen die Anwendung der gewöhnlichen Auslegungsmethoden die Mehrdeutigkeit einer auszulegenden Bestimmung nicht gänzlich auszuräumen vermag, diejenige Auslegung zu wählen, die die staatliche Freiheit am geringsten einschränkt.<sup>61</sup> Dem Souveränitätsprinzip verhilft sie damit im Rahmen der Auslegungslehre zu größtmöglicher Verwirklichung und gibt dieses nebenbei zugleich als Optimierungsgebot zu erkennen. Denn die Forderung, im Falle interpretatorischer Zweifel zugunsten staatlicher Freiheit zu entscheiden, lässt sich letztlich darauf zurückführen, dass in derartigen Zweifelsfällen auch eine Beschränkung der rechtlichen Möglichkeiten staatlicher Freiheitsverwirklichung durch die auszulegende Regel nicht zweifelsfrei dargetan ist und eine souveränitätsoptimierende eben deshalb die einzig völkerrechtskonforme Auslegung ist.

In inhaltlicher Hinsicht stellt der Grundsatz *in dubio mitius* „im Grunde eine Bezugnahme auf die Struktur der Völkerrechtsgemeinschaft“ dar,<sup>62</sup> für die *Rudolf Bernhardt*, von dem diese Formulierung stammt, (noch) allein den Grundsatz staatlicher Souveränität als kennzeichnend erachtete.<sup>63</sup> Doch derart als Bezugnahme auf die Struktur der Völkerrechtsordnung verallgemeinert, erscheint die *in dubio mitius*-Regel als eine lediglich durch den Entwicklungsstand des Völkerrechts bedingte, aber letztlich historisch kontingente Ausprägung einer anderen Auslegungsregel: einer Regel, nach der im Zweifel diejenige Auslegungshypothese den Vorzug verdient, die den Grundprinzipien und -strukturen der Völkerrechtsordnung am besten entspricht. Wie *Luigi Crema* jüngst gezeigt hat, ist diese Deutung auch historisch plausibel. Denn ein solcher Auslegungsansatz lässt sich bis auf die naturrechtlichen Lehren prominenter Völkerrechtler wie etwa *Hugo Grotius*, *Samuel von Pufendorf* und *Emmerich de Vattel* zurückführen.<sup>64</sup> Schon die-

<sup>60</sup> So *R. Bernhardt*, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, GYIL 42 (1999), 11 (14); *O. Dörr*, in: *O. Dörr/K. Schmalenbach* (Anm. 46), Art. 31 Rn. 34. *A. D. McNair*, *The Law of Treaties*, 1961, 765 hingegen wendet gegen die Interpretation als souveränitätsfreundlich ein, sie übersehe, dass sich das, was für eine der Parteien souveränitätsfreundlich sei, für die andere als souveränitätsfeindlich erweise; ähnlich auch *M. Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 2006, 257 f.; *J. Stone*, *Fictional Elements in Treaty Interpretation – A Study in the International Judicial Process*, Sydney L. Rev. 1 (1953-1955), 344 (353 f.).

<sup>61</sup> *O. Dörr* (Anm. 60), Art. 31 Rn. 34; *M. Herdegen*, *Interpretation in International Law*, MPEPIL, Stand: März 2013, Rn. 28.

<sup>62</sup> *R. Bernhardt*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 1963, 145.

<sup>63</sup> *R. Bernhardt* (Anm. 62), 187.

<sup>64</sup> *L. Crema*, *Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)*, EJIL 21 (2010), 681 (682 ff.).

sen war eine Auslegungsregel bekannt, nach der in Bezug auf die Werte und Zwecke des Völkerrechts – damals noch allgemeine Nützlichkeit, Gleichheit, die Stabilität der Gesellschaft, etc. – galt: *odia restringi et favoris convenit ampliari*. Den Grundwerten abträgliche Vorschriften waren demnach eng, ihnen förderliche Bestimmungen weit auszulegen. Mit dem Aufkommen des voluntaristischen Positivismus wurden der Staat und dessen Souveränität zum einzigen Grundwert der Völkerrechtsordnung. Die allgemein gefasste Regel, den Grundwerten der Völkerrechtsordnung im Wege der Auslegung Rechnung zu tragen, fand daher in der *Maxime in dubio mitius* seinen zeitgemäßen Ausdruck. Doch:

“The rule did not change its deep structure (it remained the expression of the value oriented rule) but rather the actual content, and it became a rough, quick manner of favouring the now unique value, that is the state.”<sup>65</sup>

Im Lichte dieser Deutung der *in dubio mitius*-Auslegung, passt es gut ins Bild, dass diese – von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>66</sup> – in den vergangenen Jahr(zehnt)en deutlich an Bedeutung verloren hat. Während der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) sich regelmäßig zu ihr bekannte,<sup>67</sup> hat sich der Internationale Gerichtshof (IGH) nie ausdrücklich auf den entsprechenden Grundsatz berufen<sup>68</sup> und sich in jüngerer Zeit ausdrücklich kritisch zu ihm geäußert.<sup>69</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich einer souveränitätsschonenden Auslegung gar von Anfang an versperrt<sup>70</sup> und auch im Schrifttum dominieren mittlerweile Po-

---

<sup>65</sup> L. Crema (Anm. 64), 684.

<sup>66</sup> WTO Appellate Body Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, AB-1997-4 (WT/DS26 & 48/AB/R), 16.1.1998, para. 165 in Fn. 154; kritisch dazu M. Lennard, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, JIEL 5 (2002), 17 (62 ff.).

<sup>67</sup> Siehe etwa StIGH, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, PCIJ Series A/B No. 46, 167; Überblick mit weiteren Nachweisen bei R. Bernhardt (Anm. 62), 146 ff.

<sup>68</sup> Anklänge aber in IGH, *Interpretation of Peace Treaties*, ICJ Reports 1950, 65 (227); *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, ICJ Reports 1984, 3 (23).

<sup>69</sup> IGH, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights*, ICJ Reports 2009, 213 (237): “While it is certainly true that limitations of the sovereignty of a State over its territory are not to be presumed, this does not mean that treaty provisions establishing such limitations [...] should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way.”

<sup>70</sup> C. J. Larouer, *In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts*, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, Paper 22, 2009, 16 ff.; C. C. Morrisson, *Restrictive Interpretation of Sovereignty-Limiting Treaties: The Practice of the European Human Rights Convention System*, ICLQ 19 (1970), 361 (362) und *passim*. Eine restriktive Auslegung fordert hingegen ein EGMR, *Golder*

sitionen, die von Skepsis, über Ablehnung<sup>71</sup> bis hin zum Postulat einer souveränitätsminimierenden Auslegungsregel reichen.<sup>72</sup> Mit den Überlegungen *Crema* lässt sich dieser Niedergang gerade darauf zurückführen, dass die staatliche Souveränität den völkerrechtlichen Prinzipienbestand im Völkerrecht der Konstitutionalisierung nicht mehr allein bestimmt. Vielmehr vollzieht die Auslegungsregel, deren Ausdruck einst die *in dubio mitius*-Vermutung war, die Dynamik der Völkerrechtsordnung mit und ändert mit dem Aufkommen völkerverfassungsrechtlicher Prinzipien erneut ihren Inhalt. An die Stelle des Gebots souveränitätsoptimierender Interpretation aber tritt damit das Gebot völkerverfassungsprinzipienkonformer und folglich verhältnismäßiger Auslegung.

## V. Intertemporale und Intersektorale Harmonisierung: Zwei Fallstudien

Gestützt durch die skizzierten methodischen Figuren besitzt die universelle Bindung an das Gebot, Rechtsanwendung und -erzeugung am Grundsatz verhältnismäßiger Prinzipienrealisierung auszurichten, einen einheits- und systembildenden Impetus, der es ermöglicht, nicht nur Wertungswidersprüche zwischen Normen unterschiedlichen Alters, sondern auch solche zwischen Regeln aus unterschiedlichen völkerrechtlichen Teilgebieten zu harmonisieren. In der Rechtsprechungspraxis internationaler Gerichte zeigt sich dieses einheitsbildende Potential der völkerrechtlichen Verfassungsprinzipien und des um deren Ausgleich bemühten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bisher nur selten. Und die wenigen Entscheidungen, die gleichwohl den Geist konstitutionell-prinzipiengeleiteter Methodik atmen, geben dies meist erst bei genauer Analyse zu erkennen. Zu finden sind indes auch sie. Die folgenden beiden Fallstudien sollen dies abschließend zeigen und dabei zugleich illustrieren, dass der universellen Verpflichtung auf den verhältnismäßigen Ausgleich völkerrechtlicher Grundprinzipien tatsächlich

---

*v. United Kingdom*, Urteil vom 21.2.1975, Beschwerde Nr. 4451/70, Separate Opinion *Fitzmaurice*, para. 39.

<sup>71</sup> *R. Bernhardt* (Anm. 60), 14; *R. Bernhardt*, Anmerkungen zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung durch internationale Gerichte, in: Festschrift K. Zemanek, 1994, 11 (13 f.); *J. Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Aufl. 2012, 451; *O. Dörr* (Anm. 60), Art. 31 Rn. 34; *U. Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, 1991, 240; *A. Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, 414 f.; *S. Vöneky*, *Analogy in International Law*, MPEPIL, Stand: Februar 2008, Rn. 16.

<sup>72</sup> *L. Crema* (Anm. 64), 694: "[I]n case of doubt the meaning which impairs state sovereignty the most is to be preferred."

auch in der Praxis eine intertemporal (dazu 1.) und intersektoral (dazu 2.) harmonisierende Funktion zukommt.

## 1. Intertemporale Harmonisierung: Die *Gabčíkovo Nagymaros*-Entscheidung des IGH

Das Potential des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Wertungsdifferenzen zwischen entstehungszeitlich älteren Regeln und neu entstandenen völkerrechtlichen Prinzipien auszugleichen, illustriert gut die *Gabčíkovo Nagymaros*-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs.<sup>73</sup>

### a) Sachverhalt und Entscheidung des IGH

Das namensgebende *Gabčíkovo Nagymaros*-Projekt war ein Bauvorhaben, zu dessen gemeinsamer Durchführung sich die ehemalige Tschechoslowakei und Ungarn im Jahr 1977 verpflichteten und in dessen Zentrum die Errichtung zweier Staudämme und eines Wasserkraftwerks stand. Im Grenzgebiet zwischen beiden Staaten sollte dadurch die Schiffbarkeit der Donau verbessert und der Strom des Flusses zur Energieerzeugung genutzt werden. 1989 stellte Ungarn aufgrund ökologischer Bedenken die Arbeiten an dem bereits recht weit vorangeschrittenen Projekt ein. Die Tschechoslowakei, die das Bauvorhaben zu Ende führen wollte, protestierte und setzte das Projekt schließlich alleine und in abgewandelter, mit dem ursprünglichen Vertrag nicht vereinbarer, Form um. Daraufhin erklärte Ungarn den Vertrag für beendet. Der IGH hingegen, dem die Streitparteien die Sache zur Entscheidung vorlegten, befand, dass der Vertrag nach wie vor in Kraft sei, gab den Parteien jedoch auf, ihn an die zwischenzeitlichen Geschehnisse anzupassen, denn aus dem im Grundsatz *pacta sunt servanda* angelegten Prinzip des "good faith" folge die Pflicht, "[to] find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty".<sup>74</sup> Zur Begründung dieses Gebots, die Details des Vertrages neu zu verhandeln, verwies der IGH in einer zitierenswerten Passage unter anderem auch auf veränderte umweltvölkerrechtliche Anforderungen:

"Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past this was often done without considera-

<sup>73</sup> IGH, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, ICJ Reports 1997, 7.

<sup>74</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 142.

tion of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind – for present and future generations – of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.”<sup>75</sup>

Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass die Parteien gemeinsam und auf Grundlage der gegenwärtigen Rechtsstandards<sup>76</sup> einen frischen Blick auf die Umweltauswirkungen des Projekts werfen müssten,<sup>77</sup> um eine Lösung zu finden, die den (aktuellen) umweltvölkerrechtlichen Anforderungen genüge.<sup>78</sup>

## b) Analyse

Mit eben dieser Vorgabe, die Modalitäten des Vertrags von 1977 im Lichte aktueller umweltvölkerrechtlicher Standards neu zu verhandeln, erzwingt der IGH die inhaltliche Harmonisierung des entstehungszeitlich älteren Abkommens mit dem für das gegenwärtige Völkerrecht charakteristischen Bekenntnis zum Schutz der Umwelt. Einer drohenden inter-temporalen Fragmentierung wirkt er so unmittelbar entgegen, denn mögliche Wertungswidersprüche, die daraus resultieren könnten, dass die rechtlichen Beurteilungen vergleichbarer Entwicklungsprojekte allein deshalb voneinander abwichen, weil die auf sie anwendbaren Normen unterschiedlichen Alters sind, vermag er damit zu vermeiden.

Dass es bei alledem gerade die universelle Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die durch ihn in Ausgleich zu bringenden völkerrechtlichen (Verfassungs-)Prinzipien ist, mit der der Gerichtshof der drohenden inter-temporalen Fragmentierung abhilft, ist erst auf den zweiten Blick zu erkennen. Der Grund hierfür liegt zunächst darin, dass die “new norms and standards”, mit deren Entstehen der Gerichtshof die Erforderlichkeit einer Revision der Vertragsmodalitäten begründet, inhaltlich überraschend unbestimmt bleiben. Ausdrückliche Inbezugnahmen konkreter

<sup>75</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 140.

<sup>76</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 77, para. 140.

<sup>77</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 140.

<sup>78</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 141.

Prinzipien sucht man ebenso wie Verweise auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vergeblich. Strukturell hingegen – zumindest das lassen die knappen Ausführungen des IGH erkennen – weisen die fraglichen Normen und Standards zwei Eigenschaften auf, die sie in die unmittelbare Nähe der oben skizzierten Verfassungsprinzipien rücken. Denn *erstens* versteht der Gerichtshof sie als verbindliche Normen des allgemeinen Völkerrechts, die die Parteien auch bei der Neuverhandlung und Modifikation des Projekt-Vertrags – und damit im Rahmen der Rechtsetzung – binden. Wie selbstverständlich geht der IGH damit davon aus, dass die neu entstandenen Normen und Standards den Parteien nicht zur Disposition gestellt und selbst *inter se*-Abweichungen von ihnen unzulässig sind. *Zweitens* verbindet die vom IGH angeführten Normen und Standards mit den Prinzipien des völkerrechtlichen Verfassungsrechts, dass auch jene normstrukturell nicht Regel- sondern Prinzipiencharakter besitzen. Besonders deutlich lässt die Entscheidung das dort erkennen, wo der Gerichtshof den Anwendungsmodus der neu entstandenen Normen und Standards skizziert und lakonisch feststellt, diese müssten (lediglich) berücksichtigt (“taken into consideration”) und zutreffend gewichtet (“given proper weight”) werden<sup>79</sup> – Formulierungen, die keinen Zweifel daran lassen, dass die beschriebenen Normen in ihrer Anwendung keinem regeltypischen Alles-oder-Nichts-Schema folgen, sondern eine Dimension des Gewichts besitzen, wie sie gerade für Rechtsprinzipien typisch ist. Der IGH, so merken denn auch Teile des Schrifttums an, verwende “phrasing that suggests that the[se] norms do not bind as rules of law bind”<sup>80</sup> und er bekenne, dass der Grundsatz nachhaltiger Entwicklung – denn ihn glauben sie durch die “new norms and standards” in Bezug genommen – als Rechtsprinzip im Sinne *Ronald Dworkins* oder *Robert Alexys* zu begreifen sei.<sup>81</sup> Und so wird bereits an dieser Stelle klar, dass der Gerichtshof – ohne es ausdrücklich zu sagen – die Pflicht, die Wertungsdiscrepanzen zwischen Projektvertrag und aktuellem Umweltvölkerrecht zu beseitigen, auf Rechtssätze des allgemeinen Völkerrechts zurückführt, die ebenso wie die skizzierten Prinzipien des völkerrechtlichen Verfassungsrechts auch die rechtsetzende Tätigkeit der Staaten zu leiten beanspruchen und die in normstruktureller Hinsicht Prinzipiencharakter aufweisen.

---

<sup>79</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 140.

<sup>80</sup> *V. Lowe*, Sustainable Development and Unsustainable Arguments, in: A. Boyle/D. Freestone (Hrsg.), *International Law and Sustainable Development*, 1999, 19 (20); ähnlich auch *V. Lowe* (Anm. 80), 21: “another species of normativity”.

<sup>81</sup> *D. Tladi*, *Sustainable Development and International Law: An Analysis of Key Environmental Instruments*, 2007, 101 ff., der die Formulierungen des IGH ausdrücklich auf die Regel/Prinzipien-Unterscheidung von *Ronald Dworkin* zurückführt.

Dass er den ungarisch-tschechoslowakischen Vertrag damit in der Sache einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzieht, zeigt ein genauer Blick auf das Konzept nachhaltiger Entwicklung. Der IGH beschreibt dieses schlicht als das Erfordernis, “economic development” und “protection of the environment” in Einklang zu bringen, doch verschweigt er damit, dass sich auch hinter diesen Belangen eigenständige Rechtssätze verbergen: das (letztlich wohl im Souveränitätsprinzip wurzelnde)<sup>82</sup> Recht auf Entwicklung einerseits, die Pflicht zum Schutz der Umwelt andererseits.<sup>83</sup> Erst aus der Gegenüberstellung dieser beiden Rechtsprinzipien werde, so erklärt *Christopher Weeramantry* in seinem Sondervotum, der Nachhaltigkeitsgrundsatz verständlich. Denn da keines der beiden Prinzipien ohne Rücksicht auf das jeweils andere verwirklicht werden könne, enthalte das Recht notwendigerweise ein “principle of reconciliation”. Eben dieses sei das Nachhaltigkeitsprinzip.<sup>84</sup> In die Formulierungen der Entscheidung selbst fügt sich diese Charakterisierung des Nachhaltigkeitsprinzips als Ausgleichsnorm bruchlos ein, und so entpuppt sich der Grundsatz nachhaltiger Entwicklung als Meta-Prinzip,<sup>85</sup> dessen eigentlicher Mehrwert in der im Schrifttum oft als “principle of integration” bezeichneten Pflicht besteht, Umweltprinzip und Entwicklungsprinzip in Einklang zu bringen,<sup>86</sup> sie also angemessen zu

<sup>82</sup> In diese Richtung auch *V. Lowe* (Anm. 80), 23 in Fn. 3.

<sup>83</sup> So deutlich etwa IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), Separate Opinion *Weeramantry*, ICJ Reports 1997, 88 (89, 91 f.); ebenso IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), Counter-Memorial Hungary, Vol. I, 267: Dem Begriff nachhaltiger Entwicklung sei die “combination of the *right* of each State to exploit its natural resources with its *duty* to protect the environment of other States” (eigene Hervorhebung) inhärent; aus dem Schrifttum etwa *V. Lowe* (Anm. 80), 26; *T. Stephens*, *International Courts and Environmental Protection*, 2009, 184; *D. Tladi* (Anm. 81), 108.

<sup>84</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), Separate Opinion *Weeramantry*, ICJ Reports 1997, 88 (90).

<sup>85</sup> *V. Lowe* (Anm. 80), 31.

<sup>86</sup> Vgl. *D. B. Magraw/L. D. Hawke*, Sustainable Development, in: D. Bodansky/J. Brunée/E. Hey (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2012, 613 (628); *N. Schrijver*, The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status, RdC 329 (2007), 217 (362); *D. Tladi* (Anm. 81), 75, 83; *C. Voigt*, Sustainable Development as a Principle of International Law, 2009, 36, 38; siehe auch *V. Baral*, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, EJIL 23 (2012), 377 (381). Ob dieser Mehrwert groß ist, ist angesichts der Feststellung, dass der Grundsatz nachhaltiger Entwicklung Kriterien für den Ausgleich der widerstreitenden Erwägungen nicht bereithält, alles andere als eindeutig. In diesem Sinne kritisch etwa *U. Beyerlin*, The Concept of Sustainable Development, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Enforcing Environmental Standards*, 1996, 95 (121); *R. Bratspies*, Reconciling the Irreconcilable: Progress Toward Sustainable Development, in: R. Miller/R. Bratspies (Hrsg.), *Progress in International Law*, 2008, 813 (824 in Fn. 60); *K. F. Gärditz*, Nachhaltigkeit und Völkerrecht, in: W. Kahl (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, 2008, 137 (170); *M. Kotzur*, Nachhaltigkeit im Völkerrecht – eine sektorenübergreifende und systembildende Ordnungsidee, JöR

berücksichtigen und gegeneinander zu gewichten.<sup>87</sup> Funktional und inhaltlich aber entspricht er damit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Ebenso wie dieser verlangt er, kollidierende Prinzipien unter Berücksichtigung ihres relativen Gewichts gegeneinander abzuwägen; einzig sein Anwendungsbereich ist enger, bleibt er doch auf den Ausgleich von Entwicklungsrecht und Umweltschutzpflicht beschränkt. Versteht man den Grundsatz nachhaltiger Entwicklung als eine solche sektoral beschränkte Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, so wird zugleich klar, dass nicht er selbst, sondern die von ihm in Einklang zu bringenden Grundsätze in einer Weise der Berücksichtigung und Gewichtung bedürfen, wie sie der IGH für die bemühten “new norms and standards” vorsieht.<sup>88</sup> Und so liegt es nahe, beide in eins zu setzen, zumindest jedoch die durch den Nachhaltigkeitsgrundsatz angesprochene Umweltschutzverpflichtung als eine dieser Normen und Standards zu verstehen.

Der ursprüngliche Vertrag, so lässt sich die Entscheidung im Lichte dieser Überlegungen lesen, berücksichtigte eben diese Pflicht zum Schutz der Umwelt (als eine der vom IGH angeführten “new norms and standards”) nicht ausreichend und gewichtete sie im Verhältnis zu dem für die Zulässigkeit des Projekts streitenden (Souveränitäts-)Recht auf Entwicklung nicht angemessen. Im Lichte der neu entstandenen Normen und Standards stellte sich der Vertrag daher als nicht nachhaltig und folglich als unverhältnismäßig dar. Mit der Feststellung, die Parteien seien verpflichtet, dies durch eine Anpassung des Vertrages zu korrigieren, bestätigt die Entscheidung so im Ergebnis die obigen Methodenüberlegungen, verhilft sie doch dem verhältnismäßigen Prinzipienausgleich auch gegenüber unverhältnismäßigen, aber

---

N.F. 57 (2009), 503 (524); *P. Sands*, International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”, *Max Planck UNYB* 3 (1999), 389 (396).

<sup>87</sup> Dass das Gebot, Umwelt- und Entwicklungsprinzip in Einklang zu bringen, tatsächlich der Pflicht entspricht, diese zu berücksichtigen und zu gewichten, zeigt der letzte Satz des obigen Zitats. Mit dem einleitenden Demonstrativpronomen “this” verweist dieser unmittelbar auf den vorangegangenen Satz und setzt “[t]his need to reconcile” folglich mit der im vorherigen Satz angesprochenen Pflicht gleich, dass “[s]uch new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight”.

<sup>88</sup> Entgegen einer verbreiteten Meinung dürfte der Nachhaltigkeitsgrundsatz selbst daher, ebenso wie auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, nicht Prinzipien-, sondern Regelcharakter besitzen. Den Nachhaltigkeitsgrundsatz als Rechtsprinzip verstehen hingegen: *U. Beyerslin*, Sustainable Development, *MPEPIL*, Stand: April 2009, Rn. 17; *K. F. Gärditz* (Anm. 86), 167; *C. Voigt* (Anm. 86), 165; implizit auch *E. B. Lydgate*, Sustainable Development In the WTO: From Mutual Supportiveness to Balancing, *World Trade Review* 11 (2012), 621 (625); über das Völkerrecht hinaus *W. Kahl*, Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, in: *W. Kahl* (Anm. 86), 1 (11). Auf den Regelcharakter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weisen hin: *M. Borowski* (Anm. 14), 185 in Fn. 111; *L. Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, 21.

älteren Regeln zur Durchsetzung. Dass der IGH es dabei vorliegend den Streitparteien selbst überließ, die Vertragsbestimmungen an die Gebote der völkerrechtlichen Grundprinzipien anzupassen, dürfte vor allem der Tatsache geschuldet sein, dass ihm auch aufgrund tatsächlicher Entwicklungen eine Anpassung des Vertrages unumgänglich schien.<sup>89</sup> Als legitimatorische Strategie indes erscheint eine solche Rückverweisung an die Parteien durchaus auch jenseits derartiger Sondersituationen erwägenswert.

### c) Einwände

Die *Gabčíkovo Nagymaros*-Entscheidung, so werden Kritiker der hier vorgestellten Interpretation einwenden, lässt sich durchaus auch anders lesen. Tatsächlich berufe sich der IGH weniger auf vertragsexterne Völkerrechtsprinzipien, um seine Forderung nach einer umweltgerechten Vertragsanpassung zu begründen, als vielmehr auf die Ziele des dem Staudammprojekt zugrunde liegenden Vertrages selbst. Denn angesichts der Fortgeltung des Projektvertrages treffe die Parteien – so bemerke ja auch der IGH selbst – bei der Neuverhandlung der Vertragsumsetzung eine “legal obligation [...] to consider [...] in what way the multiple objectives of the Treaty can best be served, keeping in mind that all of them should be fulfilled”.<sup>90</sup> Zu den demnach verbindlichen Zielen zähle der Gerichtshof neben der Energieerzeugung aber ausdrücklich auch den Umweltschutz.<sup>91</sup> Sofern er darüber hinaus auch vertragsexterne Normen, insbesondere solche des Umweltvölkerrechts heranziehe, geschehe dies allein, um den Vertragszweck Umweltschutz im Wege der Auslegung zu konkretisieren.<sup>92</sup> Jenseits dessen jedoch finde ein Abgleich des Vertrages mit völkerrechtlichen (Verfassungs-)Prinzipien nicht statt. Und auch die vom Gerichtshof im Ergebnis erzielte inter-temporale Harmonisierung sei letztlich allein dem Vertrag selbst zu verdanken. Denn nur weil die Parteien sich in Art. 19 des Vertrages zur “compliance with the obligations for the protection of nature” verpflichteten<sup>93</sup> und der Gerichtshof diese Verpflichtung als “continuing [...] and thus necessarily evolving” qualifizierte,<sup>94</sup> sei es abweichend von den

<sup>89</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 76, para. 133.

<sup>90</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 77, Rn. 139.

<sup>91</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 77, Rn. 135.

<sup>92</sup> So lässt sich in der Tat die Anfangspassage in IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 77, Rn. 140 lesen.

<sup>93</sup> Treaty concerning the construction and operation of the Gabčíkovo-Nagymaros system of 16.9.1977, UNTS Bd. 1109, I-17134.

<sup>94</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, para. 140.

Grundsätzen des intertemporalen Rechts<sup>95</sup> möglich gewesen, auch den aktuellen umweltvölkerrechtlichen Vorgaben einen Weg in die vertraglichen Beziehungen der Parteien zu bahnen.

All dem ist ohne Zweifel zuzugeben, dass die Argumentation des Gerichtshofs Vertragszweckerwägungen großes Gewicht einräumt. An mehreren Stellen der Entscheidung wird jedoch deutlich, dass er sich darauf nicht beschränkt, sondern diesen teleologischen Erwägungen die Bindung an vertragsexterne Standards als gleichberechtigtes und eigenständiges Argument zur Seite stellt. So betont der Gerichtshof bereits eingangs, dass die Beziehungen zwischen den Parteien auch von den “rules of general international law” bestimmt würden.<sup>96</sup> An späterer Stelle erklärt er gar ausdrücklich, die Parteien seien verpflichtet, “to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty [...] as well as the norms of international environmental law”.<sup>97</sup> Und auch den oben besprochenen Hinweis des Gerichtshofs auf die Entstehung neuer umweltvölkerrechtlicher Normen und Standards<sup>98</sup> gibt die Entscheidung nicht als bloßes Auslegungsargument für das Umweltschutzziel des Vertrages zu erkennen. Vielmehr steht die mit ihm verbundene Pflicht, diese Normen nicht nur bei der Planung neuer Vorhaben, sondern auch bei der Fortführung bereits begonnener Aktivitäten zu berücksichtigen, für sich allein und weist zudem über die konkreten Umstände des zu entscheidenden Einzelfalles klar hinaus: Eingebettet in eine – jedenfalls im englischen Text – durch große Absätze abgesetzten Passage zur allgemeinen Entwicklung des (Umwelt-)Völkerrechts knüpft sie weder an vertragliche Zielbestimmungen an, noch macht sie das Gebot, die umweltvölkerrechtliche Entwicklung durch eine Anpassung des Vertrages nachzuvollziehen, vom Bestehen vertraglicher Öffnungsklauseln *à la* Art. 19 oder ähnlichen Ansatzpunkten abhängig. Vor diesem Hintergrund greift die konservative Lesart der Kritiker zu kurz; vor allem aber steht sie den oben angestellten Überlegungen überhaupt nicht entgegen, denn beide Begründungsoptionen – Vertragszweckerwägungen einerseits, vertragsexterne Rechtsprinzipien andererseits – konkurrieren nicht, schließen sie sich doch keinesfalls gegenseitig aus. Dass der Gerichtshof insofern eine argumentati-

---

<sup>95</sup> *Island of Palmas Case (Netherlands v. USA)*, 4.4.1928, RIAA II, 829 (845): “a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled”; ausführlich dazu *U. Linderfalk*, *Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties*, *International Community Law Review* 10 (2008), 109.

<sup>96</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 76, para. 132.

<sup>97</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, Rn. 141 – (eigene Hervorhebung).

<sup>98</sup> IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 73), 78, Rn 140.

ve Doppelstrategie zu verfolgen scheint, stellt die oben präsentierte Interpretation aber nicht in Frage.<sup>99</sup>

## 2. Intersektorale Harmonisierung: Die *M/V "Saiga"*-Entscheidung des Internationalen Seegerichtshofs

Inwiefern die Bindung an universelle Verfassungsprinzipien und den mit ihnen verbundenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schließlich auch das Potential besitzt, über die Grenzen inhaltlich abgegrenzter Völkerrechtsregime hinweg eine harmonisierende Wirkung zu entfalten, lässt sich anhand der Entscheidung des Internationalen Seegerichtshofs (ISGH) in der Rechtssache *M/V "Saiga" (No. 2)*<sup>100</sup> gut verdeutlichen.

### a) Sachverhalt und Entscheidung des ISGH

Die *M/V "Saiga"* – ein Öltanker, der in Saint Vincent und die Grenadinen registriert war und auf See andere Schiffe mit Treibstoff versorgte – wurde vor der Küste von Guinea, etwas außerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone, von einem guineischen Patrouillenboot angegriffen. Überzeugt davon, die *Saiga* habe ohne Genehmigung Treibstoff in das guineische Zollgebiet eingeführt, ihn dort verkauft und damit guineische Zollgesetze verletzt, brachten die guineischen Beamten das Schiff unter Einsatz massiver Waffengewalt unter ihre Kontrolle, beschlagnahmten es, konfiszierten die Ladung und stellten den Kapitän wegen Verstößen gegen die guineischen Einfuhrgesetze vor Gericht. Saint Vincent und die Grenadinen riefen daraufhin den Internationalen Seegerichtshof (ISGH) an, um festzustellen, dass Guinea unter anderem durch sein brutales Vorgehen gegen die Besatzung der *Saiga* das Seerechtsübereinkommen (SRÜ) verletzt habe. Das SRÜ jedoch, so musste der ISGH feststellen, "does not contain express provisi-

<sup>99</sup> Eine ähnliche Doppelstrategie des Gerichtshofs zeigt sich auch an einer anderen, inhaltlich aber verwandten Stelle der Entscheidung (siehe IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* [Anm. 73], 41, Rn. 53). So stützt der Gerichtshof seine Ausführungen zur Existenz des Rechtfertigungsgrundes "ökologischer Notstand" einerseits auf eine entsprechende von der Völkerrechtskommission festgestellte Staatenpraxis, andererseits verweist er auch hier auf eine allgemeine Umweltschutzpflicht, die von derjenigen in der oben diskutierten Passage inhaltlich kaum zu unterscheiden sein dürfte.

<sup>100</sup> ITLOS, *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* (Judgment), ITLOS Case No. 2 (1.7.1999).

ons on the use of force in the arrest of ships”<sup>101</sup> – weder in Art. 111 SRÜ, auf den sich Guinea zur Rechtfertigung der Festnahme berief, noch an anderer Stelle. Und so griff der Gerichtshof zur Beurteilung des guineischen Vorgehens im Ergebnis auf ein im allgemeinen Völkerrecht verankertes Humanitätsprinzip zurück. “Considerations of humanity”, so argumentierte der ISGH, “must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law”.<sup>102</sup> Der Einsatz von Gewalt müsse deshalb auch bei der Festnahme eines fremden Schiffes so weit wie möglich vermieden werden; doch wo er unabdingbar sei, gelte: “it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances”.<sup>103</sup>

## b) Analyse

Bereits sprachlich weist der Gerichtshof damit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als zentralen Rechtmäßigkeitsmaßstab aus. Denn wie sonst ließe sich das Gebot verstehen, den Einsatz von Gewalt auf das Notwendige und Vernünftige zu beschränken, wenn nicht als Aufforderung, die fraglichen Maßnahmen auf ihre Erforderlichkeit und Angemessenheit zu befragen? In der Anwendung des Humanitätsstandards auf die Gegebenheiten des konkreten Falls stellt der Gerichtshof denn auch Erwägungen an, die ihrer Struktur nach einer auf die Aspekte der Erforderlichkeit und Angemessenheit beschränkten Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr als nur ähneln. Die Saiga sei, so avisiert der Gerichtshof zunächst die Frage milderer Mittel, voll beladen gewesen, habe daher tief im Wasser gelegen und nur geringe Geschwindigkeit erreicht. Die guineischen Beamten – selbst auf einem schnellen Patrouillenboot unterwegs – hätten daher ohne Schwierigkeiten an Bord der Saiga gelangen können, auch ohne Schüsse auf sie abzugeben. Jedenfalls, so meinte der ISGH, sei es nicht zu entschuldigen, dass sie die Saiga vor Eröffnung des Feuers nicht durch akustische oder visuelle Signale zum Anhalten aufgefordert, ja noch nicht einmal vor dem anstehenden Beschuss gewarnt hätten.<sup>104</sup> Und obwohl sich die Besatzung der Saiga friedlich verhielt, hätten die Beamten auch noch an Bord wahllos um sich geschossen. Guinea, so befand der ISGH daher, habe “excessive force” eingesetzt.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> ITLOS, *The M/V “Saiga”* (No. 2) (Anm. 100), para. 155.

<sup>102</sup> ITLOS, *The M/V “Saiga”* (No. 2) (Anm. 100), para. 155.

<sup>103</sup> ITLOS, *The M/V “Saiga”* (No. 2) (Anm. 100), para. 155.

<sup>104</sup> ITLOS, *The M/V “Saiga”* (No. 2) (Anm. 100), para. 157.

<sup>105</sup> ITLOS, *The M/V “Saiga”* (No. 2) (Anm. 100), para. 158, 159.

Dies im Lichte der zitierten Urteilspassagen allein als Hinweis auf die fehlende Erforderlichkeit des Gewalteinsatzes zu verstehen, griffe indes zu kurz. Denn die guineischen Beamten, so ergänzte der ISGH, hätten der Sicherheit des Schiffes und der an Bord befindlichen Personen “little or no importance” beigemessen, zudem erhebliche Schäden angerichtet, unter anderem an “vital equipment in the engine and radio rooms”, und schließlich, was noch schwerer wiege, zwei der Besatzungsmitglieder durch die Schüsse an Bord ernsthaft verletzt. In der Kategorie der Erforderlichkeit sind die vom Gerichtshof damit vorgenommenen Bewertungen der betroffenen Rechtsgüter (“attached *little or no importance* to the safety of the ship or the persons on board”) einerseits und der Intensität ihrer Betroffenheit (“*considerable damage*”, “*vital equipment*”, “*severe injuries*”) andererseits nicht zu erfassen. Vielmehr bemühte der ISGH Argumente, die nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ihren Platz haben. Auch die Feststellung, die von Guinea eingesetzte Gewalt sei “excessive” gewesen, ist daher nicht (nur) als Urteil über die Erforderlichkeit, sondern (zumindest auch) als ein solches über die Angemessenheit des guineischen Vorgehens zu lesen.

Im Ergebnis macht der ISGH die Rechtmäßigkeit der guineischen Festnahmeaktion so folglich davon abhängig, ob sie sich auch im Lichte elementarer Menschlichkeitserwägungen als verhältnismäßig erweist. Mit diesem Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch ergänzt der ISGH die im Seerechtsübereinkommen ausdrücklich kodifizierten Anforderungen an die Arrestierung eines Schiffes um ein Rechtmäßigkeitskriterium, dessen Ursprung der ISGH jedenfalls auch in regimeexternen Normen, namentlich in Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts, verortet. Und so sind es zumindest auch die durch diese etablierten ergänzenden Kriterien, die den Handlungsspielraum der Staaten und damit zugleich den Entscheidungsspielraum des ISGH in einer Weise verengen, die gewährleistet, dass Wertungswidersprüche zwischen völkerrechtlichen Teilrechtsordnungen so weit wie möglich vermieden werden: Die Bindung an das zitierte Humanitätsprinzip hindert den Gerichtshof daran, die fragliche Festnahme trotz des exzessiven Gewalteinsatzes für rechtmäßig zu erklären und damit einen Widerspruch zu den Wertungen anderer völkerrechtlicher Teilgebiete zu provozieren, in denen, wie insbesondere im humanitären Völkerrecht, die Zufügung unnötiger Leiden schon lange verboten ist.<sup>106</sup> Mit dem im allgemeinen Völkerrecht verankerten Humanitätsprinzips scheint diese Wertung auch jenseits des humanitären Völkerrechts auf. Und auch der Verhältnis-

---

<sup>106</sup> Überblick bei J.-M. Henckaerts/L. Dowsald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, 2005, 237 ff.

mäßigkeitsgrundsatz gewinnt mit Prinzipien wie diesem sein einheitsstiftendes Potential. Er fungiert als Anwendungsmaßstab von Prinzipien, die über die Grenzen völkerrechtlicher Teilgebiete hinweg Rechtmäßigkeitsanforderungen an Rechtsanwendung und -setzung formulieren, und verpflichtet so die Rechtsanwender in all diesen Teilgebieten gleichermaßen auf einen verhältnismäßigen Ausgleich der jeweils gleichen Prinzipien. Die Begründung, mit der sich der ISGH in seiner *M/V "Saiga"*-Entscheidung für die Humanisierung seevölkerrechtlicher Festnahmerechte ausspricht, veranschaulicht das.

### c) Einwände

Kritiker werden an dieser Lesart der *Saiga*-Entscheidung vor allem deshalb Anstoß nehmen, weil sie behauptet, der ISGH habe seine Verhältnismäßigkeitsprüfung einem allgemeinen völkerrechtlichen Humanitätsprinzip entnommen. Die Entscheidung gibt das tatsächlich nur verkürzt wieder. Denn der ISGH stützt den von ihm bemühten Grundsatz, der Einsatz von Gewalt komme nur als *ultima ratio* in Betracht, unter anderem auf eine jahrelange Praxis bei der Festsetzung von Schiffen, auf zwei entsprechende, allein das Seevölkerrecht betreffende schiedsgerichtliche Entscheidungen sowie auf das Abkommen über die Erhaltung und Bewirtschaftung von gebietsübergreifenden und weit wandernden Fischbeständen, das den Grundsatz für bestimmte Fälle ausdrücklich normiert.<sup>107</sup> Vor diesem Hintergrund mag man einwenden, der Gerichtshof gründe das Gewaltvermeidungsgebot nicht auf ein Humanitätsprinzip des allgemeinen Völkerrechts, sondern auf eine gewohnheitsrechtliche Norm des Seevölkerrechts. Die inter-sektorale Harmonisierung, die er im Ergebnis erreicht, sei folglich das Resultat einer staatlichen Praxis, die in unterschiedlichen Teilgebieten lediglich zufällig übereinstimmende Wertungen zum Ausdruck bringe; ein regimeübergreifendes Prinzip aber bemühe der Gerichtshof nicht. Doch den oben besprochenen Passagen der Entscheidung wird diese Deutung nicht gerecht. So vermag die Fokussierung auf ein entsprechendes sektorspezifisches Gewohnheitsrecht weder zu erklären, weshalb der Gerichtshof das Gewaltvermeidungsgebot zunächst in allgemeinsten Form und ohne Beschränkung auf die Festnahme von Schiffen auf See behauptet.<sup>108</sup> Noch kann sie dem analogieähnlichen Argument des Gerichtshofs, Menschlichkeitserwägungen müssten im Seevölkerrecht ebenso Anwendung finden, wie in anderen völker-

<sup>107</sup> ITLOS, *The M/V "Saiga" (No. 2)* (Anm. 100), para. 156.

<sup>108</sup> ITLOS, *The M/V "Saiga" (No. 2)* (Anm. 100), para. 155.

kerrechtlichen Teilgebieten,<sup>109</sup> eine Bedeutung abgewinnen. Und so dürfte wie bereits im Rahmen der *Gabčíkovo Nagymaros*-Entscheidung auch hier die Annahme einer argumentativen Doppelstrategie die Entscheidung am treffendsten beschreiben. Dabei stehen sich die beiden alternativen Interpretationen auch hier nicht als Konkurrenten gegenüber. Dass der Gerichtshof sich um den Nachweis einer seevölkerrechtlichen Norm des Gewohnheitsrechts bemüht, schließt nicht aus, dass er die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch auf ein Humanitätsprinzip des allgemeinen Völkerrechts stützt. Der obigen Interpretation steht dieser Einwand daher nicht entgegen.

## VI. Fazit und Ausblick

Teilt man die Annahme, im Zuge der Konstitutionalisierung bilde das Völkerrecht verfassungähnliche Grundprinzipien heraus, so lässt sich die Völkerrechtsordnung – das haben die vorstehenden Überlegungen zu zeigen versucht – als materiales System verstehen, dessen inhaltliche Einheit durch die universelle Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die durch ihn in Ausgleich zu bringenden Völkerverfassungsprinzipien gefordert und durch völkerrechtliche Methoden- und Konfliktlösungsregeln abgesichert wird. Der Fragmentierung des Völkerrechts wirkt dies in doppelter Hinsicht entgegen: Es löst Widersprüche zwischen entstehungszeitlich älteren Regeln und den Wertungen des aktuellen Völkerrechts zu Gunsten letzterer auf und verpflichtet Rechtsetzung und -anwendung über die Grenzen völkerrechtlicher Teilgebiete hinweg auf einen gemeinsamen, einheitsstiftenden Standard.

Die Folgen, die dieses systemische Verständnis für die Rechtspraxis hat, sind vor allem methodischer Natur.<sup>110</sup> Denn Argumentformen, die – wie insbesondere die (Rechts- oder Gesamt-)Analogie oder die prinzipiengestützte (teleologische) Reduktion – die wertungsmäßige Einheit der Rechtsordnung je schon voraussetzen, gewinnen erst im Lichte einer solchen material-systematischen Vision des Völkerrechts auch jenseits staatlicher Rechtsordnungen an Plausibilität.<sup>111</sup> Die Schwierigkeiten jedoch, denen eine

<sup>109</sup> ITLOS, *The M/V "Saiga" (No. 2)* (Anm. 100), para. 155.

<sup>110</sup> *P. Hilbert* (Anm. 1), 107; siehe auch *J. Crawford* (Anm. 5), 23, 24, der meint, das Verständnis des Völkerrechts als System "finds expression, first of all, in the character of international legal reasoning"; vgl. auch *E. Benvenuti* (Anm. 3), 396 ff.

<sup>111</sup> *J. Crawford* (Anm. 5), 24, 138; ebenso weist auch *S. Vöneky* (Anm. 71), Rn. 4, 15 darauf hin, dass Analogieschlüsse nur in Rechtsordnungen am Platz sind, die sich den Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle zu eigen machen; sie beruhen damit aber zugleich auf der für materiale Systeme typischen Annahme der Wertungswider-

solche auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestützte Systembildung in der praktischen Umsetzung begegnet, sind ebenfalls nicht zu übersehen. Denn selbst wenn man für einen Moment die vertrauten Einwände ausblendet – etwa dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf Subordinationsbeziehungen zugeschnitten<sup>112</sup> und das ihm immanente Abwägungsgebot zu seiner Durchführung auf eine funktionsfähige Justiz angewiesen sei,<sup>113</sup> dass er die Gerichte zur Rechtsfortbildung verpflichte und im Lichte des Konsensprinzips folglich nicht zu rechtfertigen sei<sup>114</sup> und dass er schließlich den Bereich des Rechts mit utilitaristisch-konsequentialistischem Denken infiziere<sup>115</sup> –, so steht sie doch noch immer vor dem Problem, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst keine Kriterien an die Hand gibt, die es erlauben, das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien objektiv zu bestimmen.<sup>116</sup> Er lässt folglich Raum für (variierende) subjektive Wertungen<sup>117</sup> und eröffnet damit zugleich die Möglichkeit divergierender rechtlicher Beurteilungen, die die systemische Einheit in Frage stellen und sich ähnlich wie Uneinigkeiten bei der Auslegung völkerrechtlicher Regeln letztlich (wohl) nur im Dialog der Gerichte beseitigen lassen.<sup>118</sup> Um sein einheitsbildendes Potential auch in der Praxis in vollem Umfang realisieren zu können, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz daher darauf angewiesen, dass die Rechtsanwender (insbesondere die Gerichte) Abwägungsvorgänge nachvollziehbar strukturieren, die ihnen zugrundeliegenden Wertungen offenlegen und diese überzeugend begründen. Nicht nur die widerspruchsfreie Einheit des Völkerrechts, auch Rechtssicherheit und Befolgungsbereitschaft

---

spruchsfreiheit. Siehe zur klassischen These der Analogiefeindlichkeit des Völkerrechts S. Vöneky (Anm. 71), Rn. 13 f.; ausführlich zu Analogien im Völkerrecht A. Bleckmann, *Analogie im Völkerrecht*, AVR 17 (1977), 161; A. Bleckmann, *Die Rechtsanalogie im Völkerrecht*, AVR 31 (1993), 353.

<sup>112</sup> In diese Richtung etwa M. Krugmann (Anm. 25), 124; kritisch dazu E. Cannizzaro (Anm. 26), 20 ff.; G. Götsche (Anm. 26), 259.

<sup>113</sup> M. Krugmann (Anm. 25), 83.

<sup>114</sup> Dazu E. Vranes (Anm. 27), 2, 6 f. m.w.N.

<sup>115</sup> J. Klabbers, *Setting the Scene*, in: J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1, 36; siehe auch M. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, 2011, 146, 147.

<sup>116</sup> M. Krugmann (Anm. 25), 88 f.; U. Zimmerli (Anm. 26), 23; M. Klatt/M. Meister, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (174) sprechen insofern von "Neutralität" des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; ähnlich G. Nolte (Anm. 23), 244: "Proportionality, as a concept, does not contain any inherent standards."

<sup>117</sup> Kritisch dazu J. Gardam (Anm. 23), 405, 409; M. Koskeniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, *Modern Law Review* 70 (2007), 1 (10); M. Koskeniemi (Anm. 115), 144 f.; M. Krugmann (Anm. 25), 124.

<sup>118</sup> Vgl. T. M. Franck (Anm. 24), 764: "practice is generating a jurisprudence that is becoming quite specific, dispute by dispute and adjudication by adjudication".

ZaöRV 75 (2015)

der Staaten<sup>119</sup> hängen davon ab. Der argumentative Rahmen jedoch, in dem sich dieser systemvollendende Dialog abspielt, ist und bleibt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; für die materiale Systembildung im Völkerrecht bleibt er der vielversprechendste Ausgangspunkt.

---

<sup>119</sup> T. M. Franck (Anm. 24), 716.