

Völkerrechtsquellen im Wandel Teil 2

Von Dr. Antje von Ungern-Sternberg, M.A., Münster¹

Die Rechtsquellen sind ein zentraler Gegenstand des Völkerrechts. Vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen (Wandel zum Kooperationsvölkerrecht, Vielfalt völkerrechtlicher Akteure, Sektoralisierung) widmet sich dieser Beitrag den klassischen Völkerrechtsquellen – Vertrag, Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen – sowie möglichen weiteren Rechtsquellen, namentlich der Rechtserzeugung in Internationalen Organisationen, und geht hierbei auch auf Parallelen und Unterschiede zum innerstaatlichen Recht ein. Der Beitrag gliedert sich in zwei Teile. Dieser zweite Teil setzt den Beitrag aus Heft 11/2010 fort.

2. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

a) Völkergewohnheitsrecht

Fall 6: Zu Beginn der 1980er Jahre unterstützte die USA militärische und paramilitärische Aktivitäten von Regierungsgegnern – den Contras – in Nicaragua. Sie berief sich darauf, dass Nicaragua die Guerilla in El Salvador unterstütze und dass die USA El Salvador zu Hilfe komme. In einem Verfahren vor dem IGH gegen die USA rügte Nicaragua eine Verletzung des Gewalt- und Interventionsverbots. Die USA wandte ein, sich der Zuständigkeit des IGH nach Art. 36 II IGH-Statut für die Auslegung multilateraler Verträge nur unter dem Vorbehalt unterworfen zu haben, dass alle von einer Entscheidung betroffenen Staaten Parteien des jeweiligen Gerichtsverfahrens sind; da El Salvador am Gerichtsverfahren nicht beteiligt sei, besitze der IGH keine Gerichtsbarkeit. Kann der IGH dennoch eine Verletzung des Gewalt- und Interventionsverbots feststellen?

Das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze stellen die beiden weiteren völkerrechtlichen Rechtsquellen dar². Während im innerstaatlichen Raum die umfassende gesetzliche Regelung nahezu sämtlicher Lebensbereiche dem Gewohnheitsrecht nur noch einen beschränkten Anwendungsbereich belässt³, ist das Völkergewohnheitsrecht auch angesichts einer zunehmenden völkervertraglichen Regelung vieler Rechtsgebiete von großer praktischer Bedeutung, etwa für die Bestimmung der Staatsqualität, für die Anerkennung von Staaten oder für das Recht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit, der Immunität oder der Sukzession. Völkergewohnheitsrecht entsteht durch das Zusammenwirken eines objektiven und eines subjektiven Elements: einer allgemeinen Übung (*consuetudo*) und einer entsprechenden Rechtsüberzeugung (*opinio juris*) der Staaten. Dass auch Internationale Organisationen oder Private – etwa NGOs oder multinationale Unternehmen – Gewohnheitsrecht erzeugen können, ist in der Völkerrechtslehre noch nicht anerkannt. Für die Einbeziehung der Internationalen Organisationen spricht jedoch, dass sie anstelle der in ihnen vertretenen Staaten handeln und Rechtsüberzeugungen äußern.

Zur Ermittlung von Gewohnheitsrecht stellt man für die Staatenpraxis klassischerweise auf staatliches Tun (z. B. die Anerkennung eines Staates, die Beanspruchung eines Territoriums, den Protest gegen die Maßnahme eines anderen Staates) oder Unterlassen (z. B. einer militärischen Intervention), für die *opinio juris* auf die im Zusammenhang hiermit geäußerten Rechtsauffassungen ab. Statt dieser einseitigen Akte der klassischen Außenpolitik werden in jüngerer Zeit zunehmend Rechtstexte wie Verträge, Resolutionen der UN-Generalversammlung oder Gerichtsentscheidungen herangezogen. Die Berufung auf Verträge erscheint zunächst paradox, weil sich

Parteien nicht eigens vertraglich binden müssten, wenn sie doch ohnehin schon einer gewohnheitsrechtlichen Pflicht unterliegen. In der Tat lassen sich vertragliche Pflichten nur dann auch als gewohnheitsrechtlich begründet ansehen, wenn der Vertrag bestehendes Gewohnheitsrecht (mit dem Ziel der größeren Rechtssicherheit oder der besseren Durchsetzbarkeit) kodifiziert oder wenn die vertraglichen Regelungen sich nach der Kodifizierung als Gewohnheitsrecht etablieren. Dies geschieht zunehmend häufig. Im erstgenannten Fall – ein Beispiel bildet die WVK – werden die Umstände des Vertragsschlusses zumindest die *opinio juris* der Vertragsstaaten erkennen lassen. Für den zweitgenannten Fall – hierfür könnte man auf die Ausdehnung der ausschließlichen Wirtschaftszone auf 200 Seemeilen nach der UN-Seerechtskonvention verweisen⁴ – ist es notwendig, eine entsprechende Staatenpraxis und *opinio juris* der Nichtvertragsstaaten festzustellen.

Resolutionen und sonstige Erklärungen der UN-Generalversammlung (Art. 10 ff. UN-Charta) können als Ausdruck einer verbreiteten *opinio juris* der jeweils zustimmenden Staaten gesehen werden, etwa wenn die Versammlung mit der *Friendly Relations Declaration* 2625 (XXV) das Prinzip des Gewalt- und Interventionsverbots bekräftigt oder mit Resolution 65/83 den Entwurf der *International Law Commission* zur Staatenverantwortlichkeit billigend zur Kenntnis nimmt. Gerichtsentscheidungen schließlich sind wichtige Rechtskenntnisquellen, um das bestehende Völkergewohnheitsrecht bestimmen zu können. Beispielsweise setzt sich das BVerfG, wenn es nach Art. 100 II GG über den Umfang einer Regel des Völkerrechts i. S. d. Art. 25 GG befindet, mit einer Fülle an Entscheidungen staatlicher und internationaler Gerichte auseinander⁵. Darüber hinaus können Gerichtsentscheidungen das Völkergewohnheitsrecht aber auch beeinflussen und fortentwickeln. Während die Auswärtige Gewalt geneigt sein wird, zu politisch und diplomatisch heiklen Fragen zu schweigen, können und müssen Gerichte auch hier zur Rechtslage Stellung beziehen. Wenn sie hierbei modernen Rechtsentwicklungen schon die Qualität von Gewohnheitsrecht beimessen, kann dies auch bei anderen auf Zustimmung stoßen. Ein Beispiel hierfür bildet etwa die Judikatur des britischen *House of Lords* zur Strafverfolgung ehemaliger Staatsoberhäupter (Fall *Pinochet*) oder die des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien zur Geltung des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen Konflikten⁶.

Die Bedeutung von Verträgen, UN-Resolutionen und Ge-

¹ Die Autorin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

² Zum Völkergewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen insgesamt *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004, §§ 4 und 6; *Herdegen*, Völkerrecht, 8. Aufl 2009, §§ 16 f.; *Heintschel von Heinegg*, in Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl 2004, §§ 16 f.; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl 2008, 190 ff., 196 ff.; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 12. Aufl 2009, Rdn. 122 ff., 160 ff.; *Graf Vitzthum*, in ders., Völkerrecht, 4. Aufl 2007, 67 ff.

³ *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl 2008.

⁴ Vgl *Herdegen*, Fn. 2, § 16, Rdn. 12.

⁵ Etwa BVerfGE 46, 342 (364 ff.) zur Zwangsvollstreckung in Botschaftskonten; 118, 124 (134 ff.) zur Einrede des Notstands.

⁶ Hierzu *Herdegen*, Fn. 2, § 16, Rdn. 4 m. w. N.

richtsentscheidungen, die in erster Linie eine bestimmte Rechtsüberzeugung verkörpern, zeugt von einem generellen Wandel des Verhältnisses zwischen Staatenpraxis und *opinio juris*. Fragte der IGH früher nach einer Staatenpraxis, in der eine entsprechende Rechtsüberzeugung zum Ausdruck kommt⁷, sucht er nunmehr nach einer Rechtsüberzeugung, die durch Staatenpraxis bestätigt wird⁸. Es zählen also Worte statt Taten, wie es *Simma* und *Alston* formuliert haben: Statt aus der Rechtspraxis induktiv Rechtsregeln zu ermitteln, werden aus dem Bekenntnis zu bestimmten Rechtsregeln deduktiv weitere Rechtsregeln abgeleitet⁹. Vor diesem Hintergrund kann auch eine geringe oder kurze Staatenpraxis zur Entstehung von Gewohnheitsrecht führen, wenn sie nur von einer besonders starken Rechtsüberzeugung getragen wird. Im Übrigen führt die gesteigerte Bedeutung von Rechtstexten auch zu einem nicht unerheblichen tatsächlichen Einfluss Internationaler Organisationen und selbst Privater auf die Erzeugung von Gewohnheitsrecht. Denn diese produzieren Rechtsüberzeugungen – etwa durch Resolutionen und Stellungnahmen (auch von NGOs) oder durch Entscheidungen, Berichte und Schiedssprüche (auch privater) Streitschlichtungsgremien.

Lösung Fall 6: Das völkerrechtliche Gewaltverbot ist in Art. 2 Nr. 4 UN-Charta niedergelegt, das Interventionsverbot für Staaten lässt sich aus der souveränen Gleichheit aller Staaten nach Art. 2 Nr. 1 UN-Charta ableiten. Allerdings hat die USA sich der Gerichtsbarkeit des IGH für die Auslegung multilateraler Verträge nur insoweit unterworfen, als alle betroffenen Vertragsstaaten Parteien des Verfahrens sind. Im vorliegenden Fall müsste die Auslegung der Charta auch auf ein etwaiges Selbstverteidigungsrecht El Salvadors nach Art. 51 UN-Charta eingehen; dieser Staat ist somit zwar betroffen, aber nicht am Verfahren beteiligt; damit greift der US-amerikanische Vorbehalt. Dies schließt jedoch eine Entscheidung am Maßstab des Gewohnheitsrechts nicht aus. Der IGH bejahte sodann die Existenz eines Gewalt- und Interventionsverbotes auf völkergewohnheitsrechtlicher Grundlage, wobei er unter anderem auch auf die Friendly-Relations-Declaration abstellte, und hielt auch einen Verstoß für gegeben¹⁰.

b) Reichweite der Bindung an Gewohnheitsrecht

Fall 7: Nach dem erfolglosen Versuch eines militärischen Aufstandes im Jahre 1948 in Peru wird der Regierungsgegner Haya de la Torre strafrechtlich verfolgt. Ihm wird in der kolumbianischen Botschaft Asyl gewährt. In einem Verfahren vor dem IGH macht Kolumbien unter anderem ein Recht zur Gewähr politischen Asyls geltend. Zumindest in Lateinamerika habe sich ein entsprechendes Gewohnheitsrecht herausgebildet, wie regionale Verträge mit Asylklauseln belegten. Diesen Verträgen gehört Peru jedoch nicht an. Hat Kolumbien Recht?

Kann Gewohnheitsrecht auch dann entstehen, wenn die notwendigen Elemente von Staatenpraxis und *opinio juris* nicht für alle Staaten vorliegen? Zunächst spricht nichts dagegen, partikulares Gewohnheitsrecht anzuerkennen, sofern nur die beteiligten Staaten den entsprechenden Regeln unterworfen sind. Es wird häufig sogar leichter sein, Gewohnheitsrecht für bestimmte Regionen festzustellen, in denen verwandte Rechtsüberzeugungen vorherrschen. Beispielsweise nimmt man an, dass Europa – über die völkervertraglichen Verbürgungen hinaus – auch auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage einen höheren Menschenrechtsstandard hat, als er nach universellem Gewohnheitsrecht besteht. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Entstehung von Gewohnheitsrecht die Mitwirkung aller Staaten voraussetzt, was man wohl in den seltensten Fällen feststellen kann. Tatsächlich geht man davon aus, dass zumindest die sachlich betroffenen Staaten – etwa die Küstenstaaten, wenn es um die Küstennutzung geht – oder eine repräsentative Mehrheit der Staaten aus allen Regionen und Systemen beteiligt sein muss. Das derart entstandene

Gewohnheitsrecht bindet dann auch die übrigen Staaten, sofern sie dem – als *persistent objector* – nicht beharrlich widersprechen.

Lösung Fall 7: Wenn ein Staat in seinem Botschaftsgebäude einem Beschuldigten Asyl gewährt und dadurch dessen Strafverfolgung verhindert, beeinträchtigt dies die territoriale Souveränität des Gaststaates. Das Botschaftsasil ist daher im Recht der diplomatischen Beziehungen grundsätzlich nicht vorgesehen. Es könnte jedoch als regionales Gewohnheitsrecht in Lateinamerika anerkannt sein. Der IGH hat in seinem Urteil von 1951 die Existenz eines solchen Rechts, die auch heute noch umstritten ist, nicht feststellen können. Jedenfalls durfte Kolumbien sich Peru gegenüber nicht auf ein solches Recht berufen, weil Peru als *persistent objector* ein derartiges Recht immer zurückgewiesen hatte und insbesondere den Konventionen von Montevideo, die zum ersten Mal ein derartiges Recht vorsahen, nicht beigetreten war¹¹.

c) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Prinzipien der innerstaatlichen Rechtsordnungen, die man im Wege des Rechtsvergleichs ermittelt und auf die Ebene des Völkerrechts überträgt. Sie dürfen nicht mit den »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« i. S. d. Art. 25 GG verwechselt werden, die das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze umfassen. Den allgemeinen Rechtsgrundsätzen kommt die Funktion zu, Lücken zu füllen, die nach Berücksichtigung von Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht noch bestehen. Inhaltlich handelt es sich hierbei um materielle oder formelle Rechtsätze (z. B. zum Erstattungsanspruch bei ungerechtfertigter Bereicherung oder zur Einrede des *estoppel*, die das Vertrauen auf eine Erklärung der anderen Partei schützt), aber auch um Auslegungs- oder Kollisionsregeln (z. B. »*pacta sunt servanda*«, »*lex posterior derogat legi posteriori*«). Die einschränkende Formel des Art. 38 I lit. c IGH-Statut, wonach die Rechtsgrundsätze von »Kulturvölkern« anerkannt sein müssen, übernimmt eine Fassung des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs von 1920 und zeugt von einer früher verbreiteten Abgrenzung gegenüber »primitiven« Rechtsordnungen; ihr wird heutzutage keine einschränkende Bedeutung mehr beigemessen. Der eingangs skizzierte Wandel des Völkerrechts wird dazu führen, dass sich der Kreis der innerstaatlichen Rechtsmaterien, aus denen allgemeine Rechtsgrundsätze gewonnen werden, erweitert: Die meisten von ihnen entstammen bislang dem Privatrecht, das als Rechtsordnung freier und gleichberechtigter Individuen gut mit der völkerrechtlichen Koordinationsrechtsordnung verglichen werden kann. Im Zuge der Konstitutionalisierung des Völkerrechts und einer steigenden Bedeutung der Internationalen Organisationen wird jedoch auch das innerstaatliche öffentliche Recht zunehmend als Reservoir allgemeiner Rechtsgrundsätze interessant. In der EU lässt sich beispielsweise schon seit langem beobachten, dass innerstaatliche Grundrechte zur Gewinnung von Grundrechten auf europäischer Ebene herangezogen werden¹². Auch

7 IGH (North Sea Continental Shelf), ICJ Rep. 1969, 3 (44).

8 IGH (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua), ICJ Rep. 1986, 14 (98).

9 Grundlegend zum Völkergewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus moderner Sicht: *Simma/Alston* The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, Australian Yearbook of International Law 12 (1988/99), 82 (88 ff.).

10 IGH (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua), ICJ Rep. 1986, 14 (92 ff.).

11 IGH (Asylum Case), ICJ Rep. 1951, 266 (276 ff.).

12 Beginnend mit EuGH (Stauder) 29/69, Slg 1969, 419; zur Entwicklung etwa *Haltern* Europarecht, 2. Aufl 2007, § 9, Rdn. 1030 ff.

für das Völkerrecht insgesamt wird vorgeschlagen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze aus innerstaatlichen Grundrechten gewonnen werden¹³. Damit könnten Grundrechte, die in den staatlichen Rechtsordnungen verankert sind, weltweit auch dann als verbindliches Völkerrecht angesehen werden, wenn es für die Etablierung von Völkergewohnheitsrecht an einer entsprechenden Staatenpraxis fehlt.

III. Weitere Rechtsquellen?

Neben den klassischen Völkerrechtsquellen Vertrag, Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen werden insbesondere einseitige staatliche Rechtsakte (1.) und die in internationalen Organisationen erzeugten Rechtsakte (2.) als mögliche Völkerrechtsquellen angeführt.

1. Einseitige staatliche Akte

Unbestritten können einseitige staatliche Akte – insbesondere ein Versprechen oder eine Anerkennung – verbindliche Rechtsfolgen hervorrufen¹⁴. Beispielsweise wertete der IGH die einseitige Erklärung der französischen Regierung, künftig auf oberirdische Kernwaffentests verzichten zu wollen, unter Verweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben als bindendes Versprechen¹⁵. Und ein Fall der verbindlichen – stillschweigenden – Anerkennung eines Grenzverlaufs liegt etwa vor, wenn ein vertraglich vereinbarter Grenzverlauf durch die Karte einer Kommission aus beiden Vertragsparteien näher festgelegt wird und die möglicherweise benachteiligte Partei hiergegen nicht protestiert¹⁶. Ob man diese einseitigen Rechtsakte jedoch als Völkerrechtsquellen qualifizieren sollte, ist zweifelhaft. Eine Rechtsquelle zeichnet sich dadurch aus, dass sie Rechtssätze erzeugt¹⁷. Im Gegensatz hierzu rufen einseitige staatliche Akte grundsätzlich lediglich Rechtsfolgen hervor, die nach Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht oder nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen angeordnet werden. So sieht man die Kündigung eines Vertrages oder den Vorbehalt zu einem Vertrag nicht als völkerrechtliche Quelle an, sondern als einen einseitigen Akt, dessen Rechtsfolgen sich nach Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht bemessen. Gleiches gilt etwa für die Anerkennung eines Staates oder für den Protest gegen die Entstehung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm. Es bietet sich daher an, die Rechtswirkungen einseitiger Erklärungen in anderem Zusammenhang ebenfalls auf die klassischen Völkerrechtsquellen zu stützen¹⁸. In den Beispielsfällen stellt sich das Festhalten an einem Versprechen damit als Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben dar, während die Verbindlichkeit des Grenzverlaufs aus dem Grenzvertrag selbst folgt, dessen Inhalt durch den fehlenden Widerspruch bestätigt wird.

2. Rechtserzeugung in Internationalen Organisationen

Fall 8: Der Sicherheitsrat der UNO will gezielt gegen Terrorverdächtige vorgehen und gibt in mehreren Resolutionen unter Kapitel VII UN-Charta den Mitgliedstaaten auf, die Konten verdächtiger Personen und Firmen einzufrieren (Resolution 1267 <1999>) und die finanzielle Unterstützung für terroristische Aktivitäten unter Strafe zu stellen (Resolution 1373 <2001>). Die Namen der verdächtigen Personen und Firmen werden auf einer Liste aufgeführt und aktualisiert. Diese haben aber keine Möglichkeit, sich gegen die Sanktionen zur Wehr zu setzen. Einige Staaten halten dies im Hinblick auf die Menschenrechte – den Anspruch auf rechtliches Gehör und gerichtlichen Rechtsschutz – für bedenklich und fragen sich, ob sie verpflichtet sind, den Resolutionen Folge zu leisten. Dies fragt sich auch die EU, in deren Kompetenz die vorgesehenen Maßnahmen teilweise fallen.

Die Bedeutung Internationaler Organisationen steigt stetig – und mit ihr die Produktion von Rechtsakten in ihrem Innern¹⁹. Diese Rechtsakte haben teilweise einen rein empfehlenden Charakter wie etwa die Resolutionen der UN-Generalversammlung oder die Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates. Dieses »soft law« lässt sich aber, wie oben dargelegt, für die Ermittlung von Gewohnheitsrecht heranziehen. Außerdem kann es die Entstehung von »hard law« anregen. So hat beispielsweise die von der Generalversammlung 1948 angenommene, unverbindliche Allgemeine Erklärung der Menschenrechte die Bemühungen um ein verbindliches Menschenrechtsdokument, den 1966 beschlossenen Zivilpakt, eingeleitet. Darüber hinaus erzeugen Internationale Organisationen vielfältige verbindliche Rechtsakte, die innerstaatlichen Gesetzen und Verwaltungsakten ähneln. Diese sind – abgeleitete – Völkerrechtsquellen und werden im Unterschied zum Primärrecht, den vertraglichen Grundlagen einer Internationalen Organisation, als Sekundärrecht bezeichnet. Gerichtsentscheidungen gelten allerdings nicht als Rechts-, sondern allein als Rechtserkenntnisquelle gemäß Art. 38 I lit. d IGH-Statut, da sie nach allgemeiner Überzeugung lediglich das bestehende Recht mit Wirkung für die beteiligten Parteien feststellen, anders als im angelsächsischen *case law* aber nicht selbst Recht hervorbringen. Weil die Grenzen zwischen Auslegung und Fortentwicklung eines völkerrechtlichen Vertrages bzw. zwischen Feststellung und Fortentwicklung von Völkergewohnheitsrecht verschwimmen, übt die Rechtsprechung aber dennoch einen erheblichen tatsächlichen Einfluss aus.

Die Rechtserzeugung in Internationalen Organisationen ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn diese quasi-gesetzgebend tätig werden, also abstrakt-generelle Rechtsnormen erlassen, welche die Mitgliedstaaten, die Organe der Organisation oder Private berechtigen bzw. verpflichten. Das bekannteste Beispiel bilden die im Rahmen der EU verabschiedeten Verordnungen und Richtlinien (Art. 288 AEUV, früher Art. 249 EGV). Darüber hinaus werden verbindliche sekundärrechtliche Regelungen etwa zum Luftverkehr durch die Internationale Verkehrsflugorganisation, zum Gesundheitsschutz durch die Weltgesundheitsorganisation oder zum Postverkehr durch den Weltpostverein erlassen²⁰. Auch die Resolutionen des Sicherheitsrates sind nach Art. 25 UN-Charta für alle Mitgliedstaaten verbindlich und stellen daher eine abgeleitete Rechtsquelle dar. Der Sicherheitsrat reagiert im Rahmen der ihm obliegenden Friedenssicherung nach Kap. VII UN-Charta zunehmend nicht nur auf konkrete, sondern auch auf abstrakte Gefahren und fordert die Staatengemeinschaft nicht mehr nur zu punktuellen, sondern zu generellen Maßnahmen auf. Beispielsweise schreiben die Resolutionen 1373 (2001) und 1540 (2004) zur Bekämpfung des Terrorismus bzw. zur Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen allgemeine innerstaatliche Verbote, Kontrollmechanismen und Sanktionen vor. Ob der Sicherheitsrat für diese Rolle als Weltgesetzgeber hin-

13 *Simma/Alston*, Fn. 9, 102 ff.

14 Zu unilateralen Rechtsakten insgesamt *Doehring*, Fn. 2, Rdn. 323 ff.; *Herdegen* Fn. 2, § 18; *Heintschel von Heinegg*, Fn. 2, § 16 f.; *Graf Vitzthum*, Fn. 2, 74 ff.

15 IGH (Nuclear Tests – New Zealand v. France), ICJ Rep. 1974, 457 (473).

16 IGH (Temple of Preah Vihear), ICJ Rep. 1962, 6 (32 ff.).

17 *Röhl/Röhl* Fn. 3, 519 f.; *Rüthers* Rechtstheorie 4. Aufl 2008, Rdn. 217; *Doehring*, Fn. 2, Rdn. 270; *Herdegen*, Fn. 2, § 14, Rdn. 1.

18 So auch *Herdegen*, Fn. 2, § 18, Rdn. 1, anders etwa *Graf Vitzthum*, Fn. 2, 75.

19 Hierzu etwa *Doehring*, Fn. 2, Rdn. 378 ff.

20 Näher hierzu *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, Rdn. 85 ff.

reichend legitimiert ist, gehört zu den aktuellen Fragen der Völkerrechtswissenschaft²¹. Hinzu kommt, dass der Sicherheitsrat beansprucht, auch Drittstaaten durch seine Resolutionen zu verpflichten, etwa das Apartheitsregime in Südafrika oder den Irak nach dessen Einmarsch in Kuwait. Es ist zweifelhaft, ob man erstens die UN-Charta als Weltverfassung verstehen kann, die – entgegen Art. 34 WVK – auch Dritte verpflichtet, und ob zweitens der Sicherheitsrat befugt ist, per Resolution Pflichten für Drittstaaten festzulegen²².

Lösung Fall 8: Die Mitgliedstaaten der UNO sind nach Art. 25 UN-Charta dazu verpflichtet, die Resolutionen zu befolgen. Welche Folgen ein möglicher Verstoß der Resolutionen gegen Menschenrechte nach sich zieht, ist unklar. Einerseits lässt sich argumentieren, dass die Verpflichtung aus Art. 25 UN-Charta unbedingt formuliert ist und gemäß Art. 103 UN-Charta ausdrücklich allen anderen völkervertraglichen Pflichten (auch aus Menschenrechtsverträgen) vorgeht. Andererseits ist dieses Ergebnis aus menschenrechtlicher Sicht äußerst unbefriedigend. Als sich die damalige Europäische Gemeinschaft in einer vergleichbaren Lage befand, weil ihre Tätigkeit zunehmend Grundrechte berührte, ohne dass im EGV Grundrechte niedergelegt waren, hat der EuGH aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten einen primärrechtlichen Grundrechtsschutz entwickelt²³. In ähnlicher Weise sollte auch der IGH einen entsprechenden Schutzstandard für die UNO etablieren. Konstruktiv bedürfte es hierfür einer teleologischen Auslegung der UN-Charta, die in Art. 1 Nr. 3 die Achtung der Menschenrechte als ein Ziel der UNO festlegt. Es wäre zu argumentieren, dass die UN-Charta die UNO-Organe implizit auf einen gewissen Menschenrechtsstandard verpflichtet, der am Völkergewohnheitsrecht und an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen orientiert sein könnte. Der IGH könnte einen solchen Standard im Rahmen eines streitigen Verfahrens oder eines Gutachtens nach Art. 96 I UN-Charta entwickeln und Resolutionen des Sicherheitsrates auf ihre Vereinbarkeit mit den Menschenrechten überprüfen. Da die betroffenen Individuen eine Überprüfung der sogenannten Terrorlisten nicht selbst veranlassen können, findet sie tatsächlich auch nicht statt. Den Mitgliedstaaten verbleibt jedoch die Möglichkeit, die Ausführung der Resolution unter Verweis auf innerstaatliche Menschenrechte abzulehnen und damit möglicherweise den Bruch des Völkerrechts zu riskieren.

Eine unmittelbare Bindung an die Sicherheitsratsresolutionen besteht nach deren Wortlaut und nach Art. 25 UN-Charta nur für Staaten und damit nicht für die EU. Diese ist auch nicht aufgrund von EU-Recht an die Sicherheitsratsresolutionen gebunden. Allerdings beinhaltet Art. 351 I AEUV (früher Art. 307 I EUV) eine Pflicht der EU, die völkervertraglichen Pflichten ihrer Mitgliedstaaten nicht zu behindern. Zugleich bleibt es der EU unbenommen, die Umsetzung von Sicherheitsratsresolutionen unter Verweis auf den europarechtlichen Menschenrechtsstandard zu verweigern²⁴.

IV. *ius cogens* und das Verhältnis der Völkerrechtsquellen zueinander

Zwei der eingangs geschilderten Entwicklungen des Völkerrechts sind in besonderem Maße für das Verhältnis der Völkerrechtsquellen zueinander von Bedeutung, und zwar die Hierarchisierung – als Ausprägung von Koordinationsvölkerrecht und Konstitutionalisierung – und die Sektoralisierung des Völkerrechts²⁵.

1. Fall 9: Als 16-jähriger begeht Michael Domingues zwei Morde und wird hierfür in den USA zum Tode verurteilt. Er beruft sich nun vor der Interamerikanischen Menschenrechtskommission (IACHR) auf sein Recht auf Leben nach Art. I der Amerikanischen Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen. Dieses Recht wird von der Kommission dahingehend ausgelegt, dass es der Todesstrafe grundsätzlich nicht entgegensteht. Domingues macht geltend, es habe sich inzwischen eine gewohnheitsrechtliche Norm im Rang des *ius cogens* entwickelt, welche die Todesstrafe bei Minderjährigen verbiete. Die USA hat in der Vergangenheit die Todesstrafe für minderjährige Straftäter stets für rechtmäßig gehalten und dies, etwa durch einen entsprechenden Vorbehalt zum Recht auf Leben nach dem Zivilpakt, auch auf internationaler Ebene zum Ausdruck gebracht. Ist Art. I der Deklaration verletzt?

Der Prozess der Hierarchisierung beinhaltet die Herausbildung von Völkerrecht unterschiedlichen Rangs: So enthält für das Völkervertragsrecht Art. 103 UN-Charta einen Vorrang der Verpflichtung aus der UN-Charta gegenüber sonstigen völkervertraglichen Verpflichtungen. Das Recht der Internationalen Organisationen kennt die zwei Rechtsebenen des übergeordneten Primär- und des nachgeordneten Sekundärrechts. Insbesondere fällt unter Hierarchisierung aber die Herausbildung von *ius cogens*, das heißt von zwingendem Völkergewohnheitsrecht (vgl. die Legaldefinition des Art. 53 S. 2 WVK). Vom übrigen Völkergewohnheitsrecht unterscheidet sich *ius cogens* durch seinen besonderen Rang: Verträge, die im Widerspruch zu *ius cogens* stehen, sind oder werden nichtig (Art. 53 S. 1, Art. 64 WVK). Wie das übrige Völkergewohnheitsrecht bildet sich *ius cogens* durch allgemeine Übung und eine entsprechende Rechtsüberzeugung. Im Unterschied zum übrigen Gewohnheitsrecht muss *ius cogens* aber von nahezu der gesamten Staatengemeinschaft, d. h. quasi-universell getragen werden, bindet dann nach einer zunehmend verbreiteten Auffassung aber auch einen etwaigen *persistent objector*²⁶. So sah man etwa das Verbot der Rassendiskriminierung auch zu Zeiten südafrikanischer Apartheits-Politik als Bestandteil des *ius cogens* und behandelte den hiergegen erhobenen Protest Südafrikas als rechtlich bedeutungslos.

Bislang zählt man nur wenige Normen einhellig zum Bestand des zwingenden Völkergewohnheitsrechts, namentlich das Verbot des Angriffskrieges und elementare menschenrechtliche Verbürgungen wie das Verbot des Völkermordes, der Folter, der Sklaverei und der Rassendiskriminierung. Dass diese Verbote von der internationalen Gemeinschaft für fundamental erachtet werden, sieht man auch an ihrer Verankerung im Völkerstrafrecht²⁷. Ob weitere Menschenrechte oder elementare Vorschriften des Humanitären Völkerrechts ebenfalls dem zwingenden Völkerrecht zugerechnet werden können, ist unklar. Das Gericht erster Instanz (EuG) hat in seiner Entscheidung zu den UN-Terrorlisten einen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf effektive gerichtliche Kontrolle als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts angesehen, ohne dass dies dem derzeitigen Verständnis des *ius cogens* entsprechen dürfte²⁸. Dies war besonderen Umständen geschuldet, denn das EuG sah sich auf diese Art berechtigt, die UN-Terrorlisten zu überprüfen. Es ist aber denkbar, dass sich in der Rechtsprechung der Trend zu einem etwas weiteren Verständnis von *ius cogens* fortsetzt.

Lösung Fall 9: Ein weites Verständnis des *ius cogens* lag auch dem Bericht der IACHR im Fall Domingues zugrunde. Die Kommission ging davon aus, dass Art. I der Deklaration eine Todesstrafe ausschließt, die gegen *ius cogens* verstößt. Durch Untersuchung der Staatenpraxis stell-

21 Herdegen, Fn. 2, § 20, Rdn. 3; Ruffert/Walter, Fn. 20, Rdn. 90 f.; Rdn. 409 ff.

22 Beispiele und berechtigte Kritik bei Stein/von Buttlar, Fn. 2, Rdn. 898 ff.

23 S. o. Fn. 12.

24 Der EuGH hat im Fall *Kadi* eine entsprechende Verordnung über das Einfrieren von Bankkonten unter Verweis auf die Gemeinschaftsgrundrechte teilweise für nichtig erklärt, EuGH (Kadi und Al Barakaat), C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351.

25 Hierzu insgesamt Heintschel von Heinegg, Fn. 2, § 20; Graf Vitzthum, Fn. 2, 77 f.

26 So etwa Herdegen, Fn. 2, § 17, Rdn. 4; Stein/von Buttlar, Fn. 2, Rdn. 140, 147 ff.

27 Vgl. Art. 5 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, Art. III der UN-Völkermordkonvention, Art. 4 der UN-Folterkonvention, Art. 6 der Sklavereikonvention, Art. 4 der UN-Rassendiskriminierungskonvention.

28 EuG (Yusuf u. Al Barakaat) T-306/01, Slg. 2005, II-3533, Rdn. 332 ff.; EuG (Kadi) T-315/01, Slg. 2005, II-3659, Rdn. 253 ff.

te sie fest, dass sich ein Verbot, jugendliche Straftäter mit dem Tode zu bestrafen, als neue gewohnheitsrechtliche Norm im Rang des *ius cogens* entwickelt habe. Die Kommission verwies darauf, dass minderjährige Straftäter weltweit nur noch in seltenen Ausnahmefällen mit dem Tod bestraft werden und dass viele Staaten gegen den US-amerikanischen Vorbehalt zum Recht auf Leben nach dem Zivilpakt protestiert haben. Zwar habe die USA sich der Entstehung einer solchen Norm stets widersetzt, jedoch sei eine solche »persistent objection« bei *ius cogens* unbeachtlich. Damit liegt ein Verstoß gegen Art. I der Deklaration vor²⁹.

2. Fall 10: Im Dezember 1988 wird auf ein amerikanisches Passagierflugzeug über dem schottischen Lockerbie ein terroristischer Anschlag verübt. Als Drahtzieher gelten zwei libysche Staatsangehörige, die mutmaßlich im Auftrag des libyschen Staates gehandelt haben. Die USA verlangt, dass Libyen die Männer zum Zwecke der Strafverfolgung in die USA überstellt. Libyen weigert sich jedoch und gibt vor, eigene Verfahren der Strafverfolgung anzustrengen. Der Sicherheitsrat fordert Libyen in seinen Resolutionen 731 (1992) und 748 (1992) auf, dem Auslieferungsersuchen nachzukommen. Libyen beruft sich darauf, dass ihm nach dem Montrealer Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt von 1971 die Strafverfolgung über die Beschuldigten obliege und dass das Auslieferungsersuchen hiergegen verstoße. Zu Recht?

Abgesehen von den genannten Hierarchisierungsphänomenen sind die Völkerrechtsquellen – Vertrag, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze – als gleichrangig anzusehen. Ihr Verhältnis zueinander wird daher nicht durch den Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori* (die höherrangige Norm verdrängt die niederrangige) bestimmt, sondern durch die Grundsätze *lex posterior derogat legi priori* (die spätere Norm verdrängt die frühere) und *lex specialis derogat legi generali* (die speziellere Norm verdrängt die allgemeinere). Aus der Gleichrangigkeit der Rechtsquellen folgt, dass Völkervertragsrecht eine Norm des Völkergewohnheitsrechts ablösen kann, dass aber auch der umgekehrte Vorgang möglich ist. (Auch im innerstaatlichen Recht kann ein Gesetz ja im Übrigen durch – grundsätzlich gleichrangiges – Gewohnheitsrecht verdrängt werden³⁰.) Der Spezialitäts- und der Posterioritätsgrundsatz führen jedoch regelmäßig dazu, dass zunächst die speziellen und aktuellen völkervertraglichen Bestimmungen konsultiert werden, bevor man auf das Völkergewohnheitsrecht und – im dritten Schritt – auf die lückenfüllenden allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgreift. Wenn sich Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht decken, können die jeweiligen Pflichten nebeneinander bestehen, wie dies vom IGH ja beispielsweise im Nicaragua-Fall für das Gewalt- und Interventionsverbot angenommen wurde³¹.

Konflikte innerhalb derselben Gattung von Rechtsquellen treten insbesondere bei einander widersprechenden Verpflichtungen aus unterschiedlichen Verträgen (bzw. dem hiervon abgeleiteten Sekundärrecht) auf. Hier ist danach zu unterscheiden, ob sich der Kreis der Vertragsstaaten deckt oder nicht. Die Anwendung des allgemeinen Spezialitäts- und des Posterioritätsgrundsatzes setzt die Identität der jeweiligen Vertragsparteien voraus, denn andernfalls würden vertragliche Verpflichtungen ohne Zustimmung der betroffenen Vertragsparteien modifiziert (vgl. Art. 30 III, IV WVK). In Betracht kommt ferner die vertragliche Vereinbarung einer Vorrangregelung. Wenn sich der Kreis der Vertragsparteien nicht deckt, lässt sich – ebenfalls wegen des Verbots der Drittbelastung – in einem neuen Vertrag grundsätzlich nur die Nachrangigkeit der dort aufgeführten Verpflichtungen regeln (vgl. Art. 30 II WVK). Bei-

spielsweise bestimmt Art. 351 I AEUV (früher Art. 307 I EGV), dass die Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten aus früheren Verträgen den Verpflichtungen aus den Verträgen der EU vorgehen. Dass Art. 103 UN-Charta einen unbedingten Vorrang der Charta-Verpflichtungen beinhaltet, den zudem auch Art. 30 I WVK anerkennt, unterstreicht erneut die Sonderstellung der UN-Charta. Lassen sich mögliche Widersprüche auch nicht im Wege der Auslegung ausräumen, so bestehen einander widersprechende völkervertragliche Verpflichtungen gleichberechtigt nebeneinander. Der betroffene Staat kann in diesem Fall nur eine der ihn treffenden Verpflichtungen erfüllen, eine Situation, die im innerstaatlichen Recht etwa auch bei widerstreitenden Verpflichtungen aus unterschiedlichen zivilrechtlichen Verträgen auftritt. Die Notwendigkeit, solche Widersprüche zu vermeiden, steigt mit der zunehmenden Dichte an vertraglichen und sekundärrechtlichen Verpflichtungen. Die *International Law Commission* hat unter dem Vorsitz des Völkerrechtlers *Koskenniemi* hierzu einige Lösungsvorschläge erarbeitet³².

Lösung Fall 10: Aufgrund der klaren Vorrangregelung ist der Fall leicht zu entscheiden: Libyen war gemäß Art. 25 UN-Charta verpflichtet, die Sicherheitsratsresolutionen zu befolgen; diese Verpflichtung geht nach Art. 103 UN-Charta etwaigen entgegenstehende Verpflichtungen aus dem Montrealer Übereinkommen vor³³.

V. Fazit

Der Wandel des Völkerrechts wird bei den Völkerrechtsquellen auf vielfältige Weise sichtbar: Die Kooperation auf Grundlage multilateraler Verträge nimmt zu. Sie wird durch neue Formen der vertieften Zusammenarbeit bestimmter Vertragsstaaten, durch hohe Hürden für die Wirksamkeit von Vorbehalten und durch eine am Vertragszweck orientierte, institutionell zentralisierte Auslegung nach dem Grundsatz des *effet utile* gefördert, was durchaus im Gegensatz zum erklärten Willen bestimmter Vertragsparteien stehen kann. Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts beinhaltet die Herausbildung von Hierarchien – zwischen *ius cogens* und dem übrigen Völkerrecht, zwischen der UN-Charta und sonstigen Verträgen, zwischen Primär- und Sekundärrecht – und das Bekenntnis der internationalen Gemeinschaft zu einem Kernbestand an Menschenrechten. Neue Akteure, namentlich die Internationalen Organisationen, nehmen einen wesentlichen Anteil an der Rechtserzeugung. Zugleich wirft die sektoralisierte Produktion von Verträgen und Sekundärrecht aber die Frage auf, wie sich diese widerspruchsfrei zu einer Gesamtrechtsordnung fügen können.

29 Case 12.285, Report 62/02, Ziff. 38 ff., <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/toc.htm>.

30 *Röhl/Röhl*, Fn. 3, 556.

31 Fn. 10.

32 UN-Doc. A/CN.4/L.682 vom 13. 4. 2006, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission.

33 IGH (Lockerbie – Provisional Measures), ICJ Rep. 1992, 114 (126).