

CHRISTINA HENRICH

Vertragsgewohnheitsrecht
und Parlaments-
beteiligung

Jus Internationale et Europaeum



Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von

Thilo Marauhn und Christian Walter

169



Christina Henrich

Vertragsgewohnheitsrecht und Parlamentsbeteiligung

Verfassungsrechtliche Probleme
informeller Vertragsänderungen im Völkerrecht

Mohr Siebeck

Christina Henrich, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Internationalisierung des Rechts an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; Referendariat am LG Darmstadt mit einer Station beim Bundesverfassungsgericht; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht der Goethe-Universität Frankfurt am Main; seit 2019 Trainee-Programm für Juristen des Hessischen Ministeriums des Inneren und für Sport.

D 30

ISBN 978-3-16-159338-3 / eISBN 978-3-16-159339-0

DOI 10.1628/978-3-16-159339-0

ISSN 1861-1893 / eISSN 2568-8464 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Entstehungsgeschichte dieses Buches begann im Wintersemester 2007/2008. Im Rahmen eines Seminars zum Humanitären Völkerrecht hatte ich mich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr beschäftigt. Das Seminar und insbesondere dieses Thema weckte mein Interesse für verfassungsrechtliche Zusammenhänge völkerrechtlicher Fragestellungen und legte damit den Grundstein für die vorliegende Arbeit, die ich im Sommersemester 2019 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vorgelegt habe. Darin berücksichtigt sind Literatur und Rechtsprechung, die bis Ende 2019 erschienen sind.

Stefan Kadelbach hat diese Arbeit betreut, wofür ich ihm an erster Stelle herzlich danken möchte. Ihm verdanke ich nicht nur die Idee für das Thema und die Unterstützung bei der Umsetzung, sondern vor allem die Freiheit, die ursprüngliche Fragestellung nach meiner eigenen Anschauung umzusetzen. Diese lautete, ob ein völkerrechtlicher Vertrag sich durch seine Anwendung (*subsequent practice*) verändern kann. Eine wichtige Rolle spielen dabei mögliche Kriterien, nach denen man die Auslegung und die Veränderung von völkerrechtlichen Verträgen voneinander abgrenzen kann. Das vorliegende Buch ist der Versuch, diese Fragen im Sinne eines Zitates von Rudolf von Jhering zu beantworten: „[...] denn das Recht hat niemals wirklich versucht, die Konflikte der Gesellschaft zu lösen, sondern nur sie zu lindern, indem es Regeln niederlegte, nach welchen sie ausgefochten werden sollen.“ (Jhering, *der Kampf ums Recht*, 1872). Dem entsprechend ist es nicht das Ziel dieses Buchs, auf alle Fragen, die sich um das Verhältnis zwischen Auslegung, Vertragsänderung und Vertragsanwendung ergeben, eine abschließende Antwort zu finden. Vielmehr sollen allgemeine Regeln und Kriterien entwickelt werden, die dann im Einzelfall zu einer Lösung führen können.

Damit das gelingen konnte, danke ich meinen Frankfurter Kolleg*innen und Freund*innen Marie Dickel-Görig, Jennifer Ernst, Sascha Gourdet, Raven Kirchner, Thomas Kleinlein und David Roth-Isigkeit für die inhaltliche Auseinandersetzung mit meinem Text und die Diskussion darüber.

Rainer Hofmann danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Malte Gruber verdanke ich den Kontakt zum Frankfurter „Mittwochsseminar“ um Rudolf Wiethölder und Gunter Teubner, das meinen Blick auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung gelenkt hat.

Dem gesamten Team des Lehrstuhls Kadelbach an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, das mich in wechselnder Besetzung über fast ein Jahrzehnt begleitet hat, möchte ich für die Unterstützung und freundschaftliche Zusammenarbeit danken. Besonderer Dank gebührt Mohammed Assakkali, David Barthel, Lea Isabelle Lang, Louise Mehrling, Lisa Müller, Patricia Psaila und Nesrin Suleiman.

Sandra Jutzi, die ich während des Seminars im Jahr 2008 kennenlernte, wurde meine engste Freundin und ist es bis heute. Sie hat die Höhen und Tiefen des Entstehungsprozesses dieses Buches mit begleitet und hatte stets ein offenes Ohr für mich.

Als deutsche Rechtswissenschaftlerin tut man sich mitunter schwer damit, nachdem man einmal in einen Satz getaucht ist, tatsächlich „auf der anderen Seite des Ozeans mit dem Verb zwischen den Zähnen wieder aufzutauchen“*. Ich danke daher Karin Blaschke, Detlef Engemann, Rita Jakobi, Christine Völknner und Peter Wiedemann für die gewissenhafte Prüfung des Manuskriptes.

Mein Mann Christian und meine Söhne Jakob und Georg haben mit unendlicher Geduld den Entstehungsprozess dieses Buches begleitet und dabei die eine oder andere Last getragen. Vor allem haben sie mich immer wieder auf den „Boden der Tatsachen“ zurückgeholt. Ihre Unterstützung war so selbstverständlich, wie man sie jemandem nur aus Liebe zuteilwerden lassen kann.

Meinen Eltern Detlef und Hildegard Engemann danke ich von Herzen dafür, dass sie mir diesen Weg geebnet und mich jederzeit und auf vielfältige Weise dabei unterstützt haben, dieses Werk zu vollenden. Ihnen widme ich dieses Buch – es ist das Ergebnis ihrer Förderung.

Frankfurt am Main im Mai 2020

Christina Henrich

* Zitiert nach Mark Twain, Ein Yankee aus Connecticut an König Artus' Hof, 1967, S. 141: „Jedesmal, wenn der literaturkundige Deutsche in einen Satz taucht, bekommt man ihn nicht wieder zu sehen, bis er auf der anderen Seite des Atlantischen Ozeans mit dem Verb zwischen den Zähnen wieder auftaucht.“

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung	1
Teil I: Fallbeispiele	5
<i>Fall 1: Art. 27 Abs. 3 UNC: Enthaltung im Sicherheitsrat</i>	5
<i>Fall 2: Codex Alimentarius und WTO-Recht</i>	6
<i>Fall 3: Tourismus als kommerzielle Nutzung des San Juan Rivers</i>	8
<i>Fall 4: Krisenreaktionseinsätze der NATO</i>	8
<i>Fall 5: Interinstitutionelle Vereinbarungen als Handlungsform der EU ...</i>	12
<i>Fazit</i>	13
Teil II: Vertragsänderungen und Vertragsauslegung im Völkerrecht	15
<i>Abschnitt 1: Definition Vertragsänderung</i>	15
<i>Abschnitt 2: Formelle Vertragsänderungen</i>	17
<i>Abschnitt 3: Vertragsauslegung als Mechanismus informeller Vertragsänderungen</i>	20
A. Vertragsauslegung im Völkerrecht	21
I. Allgemeines	22
II. Auslegungsziel	24
III. Methoden	26
IV. Grundsätze	27
V. Verschiedene Auslegungsergebnisse	30
1. Kombination der Auslegungsfaktoren	30
2. Kontext der Auslegung	33
VI. Fazit	34
B. Auslegungsmethoden im Einzelnen	34
I. Evolutive/dynamische Auslegung	35
1. Grundlagen und Voraussetzungen von evolutiver Auslegung	36
2. Evolutive Auslegung in der internationalen Spruchpraxis	38
3. Anwendungsbereiche evolutiver Auslegung	42

a) Wortlautauslegung	43
aa) Die Verwendung von generic terms als Voraussetzung für die Zulässigkeit evolutiver Auslegung?	44
bb) Aspekte der evolutiven Auslegung über generic terms hinaus	51
b) Teleologische Auslegung	52
c) Systematische Auslegung	56
aa) Neue Wortbedeutung	56
bb) Veränderung der Systematik durch externe Faktoren	57
d) Historische Auslegung	57
4. Evolutive Auslegung als Transformations- und Erneuerungsmechanismus	57
a) Allgemeiner Sprachgebrauch	58
b) Völkerrechtliche Entwicklungen	58
c) Expertenkommissionen zur Konkretisierung von Vertragsinhalten	62
d) Vertragsinterne Faktoren	63
5. Evolutive Auslegung als Mittler zwischen Theorie und Praxis	64
6. Änderungspotenzial von evolutiver Auslegung	64
7. Funktion der evolutiven Auslegung	73
II. Auslegungsmethoden aus Art. 31 Abs. 3 WVK	73
1. Subsequent agreement i. S. d. Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK	75
a) Begriffsbestimmung Übereinkunft	75
b) Änderungspotenzial	78
2. Nachfolgende Praxis: Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK	79
a) Auslegungsrelevante Vertragspraxis	79
aa) Vertragspraxis	81
(1) Akteure	81
(2) Conduct	88
(3) Vertragsbezug	90
(4) Vertragspraxis	91
bb) Auslegungsübereinkunft	94
(1) Positive Anzeichen	96
(2) Negative Anzeichen	101
(3) Schweigen: für oder gegen eine Übereinkunft?	104
(a) Protest könnte erwartet werden	106
(b) Konsistente Praxis als Bezugspunkt	110
(c) Konsistenz des Schweigens	111
(d) Andere Auslegungsmethoden	113
(e) Weitere Umstände	114
(f) Auslegungsübereinkunft als widerlegbare Vermutung	115
(g) Fazit	115
b) Änderungspotenzial von auslegungsrelevanter Vertragspraxis	116
III. Fazit	118

<i>Abschnitt 4: Vertragsgewohnheitsrecht – Zwischen Völkergewohnheitsrecht und auslegungsrelevanter Praxis</i>	118
A. Versuch einer Einordnung des NATO-Falls	119
B. Definition Vertragsgewohnheitsrecht	123
I. Anknüpfungspunkte aus dem Völkergewohnheitsrecht und der auslegungsrelevanten Praxis	123
II. Veränderung des Vertrages durch vertragswidriges Verhalten – Voraussetzungen für das Vorliegen von Vertragsgewohnheitsrecht	127
1. Vertragswidrige Praxis	127
2. Bestimmung des Änderungswillens	129
a) Parallelen und Unterschiede zwischen opinio iuris und Änderungswillens	131
b) Änderungswillens als Konsens	132
c) Kriterien für die Feststellung eines Konsenses	134
aa) Ausdrücklicher Konsens	135
bb) Stillschweigender oder konkludenter Konsens	136
3. Ergebnis	150
C. Vertragsgewohnheitsrecht im Kontext des allgemeinen Völkervertragsrechts	150
D. Grenzen	157
E. Fazit	160

Teil III: Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge	163
--	-----

<i>Abschnitt 1: Zuständigkeiten und Verfahren beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge</i>	164
---	-----

A. Völkerrechtliche Ebene: Bundespräsident und Bundesregierung	164
B. Verfassungsrechtliche Ebene: Bundestag und Bundesregierung	169

<i>Abschnitt 2: Parlamentsbeteiligung im Einzelnen</i>	176
--	-----

A. Zustimmungsbefähigte Verträge nach Art. 59 Abs. 2 GG	176
I. Verträge, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln	177
II. Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen	185
1. Gesetzesvorbehalt im Einzelnen	190
2. Ausnahmen von dem Zustimmungserfordernis	196
B. Funktion der Zustimmung des Bundestages	198

<i>Abschnitt 3: Parlamentarische Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen als Prototyp der Gewaltenverschränkung im Grundgesetz: das Staatsstrukturmoment des Art. 59 Abs. 2 GG</i>	204
--	-----

A. Gewaltenverschränkung im Grundgesetz	207
I. Institutionelle Verschränkung: Parlamentarisches Regierungssystem	208

II. Operative Verschränkung: Gesetzgebung	209
III. Fazit	211
B. Art. 59 Abs. 2 GG und Gewaltenschränkung	213
Teil IV: Verfassungsrechtliche Relevanz informeller Vertragsänderungen und Vertragsgestaltungen	219
<i>Abschnitt 1: Wirkung des völkerrechtlichen Vertrages im nationalen Recht</i> 220	
A. Transformationslehre oder Vollzugstheorie?	220
I. Wirksamkeitsproblem	223
II. Auseinanderfallen der völkerrechtlichen und der nationalen Rechtslage	224
B. Fazit	226
<i>Abschnitt 2: Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit der Beteiligung des Bundestages bei informellen Vertragsänderungen</i> 226	
A. Das Zustimmungserfordernis des Art. 59 Abs. 2 GG im Falle von informellen Vertragsänderungen	229
I. Informelle Vertragsänderungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	230
II. Art. 59 Abs. 2 GG als Maßstab für die Bestimmung einer informellen Vertragsänderung	233
III. Verfassungsrechtliche Gründe für ein erneutes Zustimmungserfordernis bei informeller Vertragsänderung	235
1. Legitimationsargument/Demokratieprinzip	237
2. Gefährdung der Vollzugssicherungsfunktion	238
IV. Fazit	240
B. Parlamentsbeteiligung und Gewaltenteilung	240
I. Auswärtige Gewalt als Kernkompetenz der Exekutive	242
1. Zur auswärtigen Gewalt im Allgemeinen	243
a) Auswärtige Gewalt im Innenverhältnis	244
b) Auswärtige Gewalt im Außenverhältnis	244
c) Gewaltenschränkung und der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung	245
2. Der Ermessensspielraum der Exekutive im Außenverhältnis	247
a) Vom „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ zur Kernkompetenz der Exekutive im auswärtigen Bereich	248
b) Maßstab zur Ermittlung der Kernkompetenz der Exekutive – funktionsgerechte Organstruktur und demokratische Legitimation	252
aa) Effizienz statt demokratischer Legitimation	253
bb) Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur unter dem Vorbehalt demokratischer Legitimationserfordernisse	256
cc) Zwischenergebnis	261

c) Kernkompetenz der Exekutive im Rahmen der auswärtigen Gewalt	262
II. Informelle Vertragsänderungen als Kernkompetenz der Exekutive?	267
1. Vertragspraxis	268
2. Änderungswillen	270
3. Ergebnis	272
III. Fazit	273
<i>Abschnitt 3: Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit der Beteiligung des Bundestages bei nachträglicher Vertragsgestaltung</i>	<i>273</i>
A. Vertragsgestaltung durch Auslegung: evolutive Auslegung und Art. 31 Abs. 3 lit. a–c WVK	273
I. Demokratisches Legitimationsdefizit bei veränderter Auslegung	274
II. Vertragsgestaltung durch Auslegung als Kernkompetenz der Exekutive	277
1. Maßstab	277
2. Besonderheiten bei der Ausübung der Kernkompetenz der Exekutive	279
3. Folgen	280
B. Ergebnisse internationaler Expertenkommissionen	281
C. Vertragsgestaltung durch institutionelles Sekundärrecht	282
D. Fazit	283
<i>Abschnitt 4: Formen der Parlamentsbeteiligung</i>	<i>283</i>
A. Vertragsgewohnheitsrecht: formelles Zustimmungsgesetz oder schlichter Parlamentsbeschluss?	284
B. Informationspflichten der Bundesregierung	286
C. Praktische Umsetzung und aktuelle Situation	288
 Teil V: Parlamentsbeteiligung bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht	 291
<i>Abschnitt 1: Völkergewohnheitsrecht – Kriterien und Akteure</i>	<i>292</i>
<i>Abschnitt 2: Responsibility to Protect</i>	<i>297</i>
A. Allgemeines zu R2P	298
B. Mitwirken der Staaten an der Praxis: NATO-Einsatz im Kosovo	303
I. Der Kosovo-Konflikt	303
II. Bedeutung des Einsatzes für das Völkergewohnheitsrecht	306
C. Ausdruck einer opinio iuris	307
I. Abstimmung im Sicherheitsrat	308
1. Legislative Wirkung von Resolutionen des Sicherheitsrates	309
2. Die Libyen Resolution 1973 (2011) als Ausdruck einer opinio iuris ..	312
3. Die Position der Bundesrepublik Deutschland	313
II. Pressemitteilung der Bundesregierung zu Luftangriffen gegen Syrien 2017 und 2018	316

<i>Abschnitt 3: Beteiligung des Parlaments</i>	318
A. Anwendbarkeit des Art. 59 Abs. 2 GG	319
B. Übertragbarkeit der Grundlagen des Art. 59 Abs. 2 GG auf die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht	319
I. Kernkompetenz der Exekutive im Kontext von Völkergewohnheitsrecht	320
II. Ergebnis	324
 Schlussbetrachtung	 325
Zusammenfassung der Ergebnisse	329
 Literaturverzeichnis	 335
Sachverzeichnis	347

Einleitung

Eine zentrale Rechtsquelle des Völkerrechts stellen internationale Übereinkünfte dar. Mangels eines übergeordneten „Weltgesetzgebers“ bilden sie die Grundlage des internationalen Rechts. Durch den zunehmenden Einfluss des Völkerrechts auf das nationale Recht¹ steigt zudem ihr Einfluss auf die nationalen Rechtsordnungen.

Wesentliche Verträge, die die internationalen Beziehungen bis heute prägen, wurden Ende der 1940er Jahre geschlossen. Zu diesem Zeitpunkt wurden die Grundlagen für die heutige internationale Ordnung durch Mechanismen wie eine friedliche Streitbeilegung (s. Gewaltverbot, UN-Charta), internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit (s. GATT 1947) und Menschenrechtsschutz gelegt. Die unmittelbar vor dem Beginn des Kalten Krieges geschaffenen Grundlagen gelten bis heute fort. Seither hat sich die weltpolitische Lage durch gesellschaftliche und technische Entwicklungen erheblich verändert. Der Wortlaut der Verträge ist hingegen weitgehend gleichgeblieben.

Die Lebenswirklichkeit der Menschen ist im Vergleich zur Nachkriegszeit zunehmend geprägt von völkerrechtlichen Entwicklungen. Dazu haben die Entwicklung menschenrechtlicher Schutzsysteme, aber auch die internationale wirtschaftliche Verflechtung beigetragen. Beides ist durch den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen begleitet worden (z. B. EMRK, WTO), die nun auch in der nationalen Rechtsordnung eine größere Rolle spielen.²

Daraus ergibt sich einerseits das Bedürfnis, Verträge, die bereits vor vielen Jahrzehnten geschlossen wurden, noch heute anschlussfähig zu halten, andererseits aber auch, diese Entwicklungen unabhängig vom politischen Willen der Staaten weiter voran zu treiben.

Um diesen Ansprüchen gerecht zu werden haben sich verschiedene Mechanismen herausgebildet. Sie betreffen die Auslegung der Verträge, die unter Berücksichtigung aktueller Gegebenheiten erfolgt. Das führt im Einzelfall zu einer erheblichen Modifikation des Vertragsinhaltes. In diesem Zusammenhang drängen sich Fragen nach den Grenzen der Auslegung auf. Daneben hat auch die Anwendung des Vertrages durch die Mitgliedstaaten Auswirkungen auf seine

¹ S. dazu *Bothe*, Wandel des Völkerrechts – Herausforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zeitalter der Globalisierung (2008).

² *Herdegen*, Internationalisierung der Verfassungsordnung (2010).

Auslegung. Im Einzelfall geht die Anwendung über die Grenzen der Auslegung hinaus. Die Vertragsparteien verändern zwar nicht unbedingt den Vertragstext, sie wenden den Vertrag aber entsprechend ihren aktuellen Bedürfnissen an und führen damit eine Umgestaltung des Vertragsinhaltes herbei. So haben die Mitgliedstaaten der NATO nach dem Ende des Kalten Krieges beschlossen, neben dem klassischen Bündnisfall, auch sog. *Krisenreaktionseinsätze* in ihren Aufgabenbereich aufzunehmen. Der Versuch einer Einordnung dieser „Vertragsgestaltungen“ in das Konzept von Vertragsauslegung und -veränderung führt zu einer neuen Kategorie: Das Vertragsgewohnheitsrecht, das vom allgemeinen Völkergewohnheitsrecht aber auch von der Vertragsauslegung abgegrenzt werden muss, könnte die Lücke zwischen evolutiver Auslegung und formeller Vertragsänderung schließen.

Diesen informellen Mechanismen steht die Vertragsänderung durch ein formelles Ratifikationsverfahren gegenüber. Dieses stellt nicht nur sicher, dass der Vertragsinhalt auch von Dritten eindeutig bestimmbar ist, es dient auch der verfassungsrechtlichen Absicherungen von völkerrechtlichen Verpflichtungen.

Das Grundgesetz sieht in Art. 59 Abs. 2 GG unter bestimmten Voraussetzungen eine Beteiligung des Gesetzgebers beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen vor. Durch informelle Gestaltungs- und Veränderungsprozesse, die gerade kein formelles Ratifikationsverfahren vorsehen, geraten diese parlamentarischen Beteiligungsrechte in Gefahr, vor allem, wenn die völkerrechtliche Bindungswirkung der eines formellen Vertrags entspricht.

Aus traditioneller verfassungsrechtlicher Sicht folgt, dass die *auswärtige Gewalt*, zu der man das auswärtige Handeln in Bezug auf Verträge zählt, eine „Domäne der Exekutive“ ist. Die Exekutive ist zuständig für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge und damit auch berechtigt, auf internationaler Ebene an deren informeller Modifikation mitzuwirken.

Informelle Veränderungen völkerrechtlicher Verträge betreffen damit den Kern der Kompetenzverteilung zwischen Exekutive und Legislative im Bereich der völkerrechtlichen Verträge als Teilbereich der auswärtigen Gewalt. Sie müssen daher auch bei der Auslegung des Art. 59 Abs. 2 GG und der Begründung der Rolle des Parlamentes in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden. Völkerrechtliche Fragestellungen werden so zu Fragen der Gewaltenteilung.

Neben dem klassischen Vertragsrecht könnte sich auch die Bildung von Völkergewohnheitsrecht auf das Gewaltenteilungskonzept des Grundgesetzes auswirken. Spätestens seit die NATO 1999 im Kosovo militärische Maßnahmen ergriffen hat, ist die Debatte um eine gewohnheitsrechtliche Geltung einer Schutzverantwortung (*Responsibility to Protect, R2P*), die den Einsatz von militärischer Gewalt zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen ohne vorherige Autorisierung des Sicherheitsrates rechtfertigt, in vollem Gange. Die verfassungsrechtlichen Probleme sind in diesem Zusammenhang nicht auf den ersten Blick erkennbar. Sie ergeben sich aber daraus, dass auch die Bundes-

republik an der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht beteiligt ist. Zuletzt waren in den Jahren 2017 und 2018 die Luftangriffe der USA, Frankreich und Großbritanniens auf syrische Chemiewaffenstützpunkte Gegenstand der Debatte. Hier hatte die Bundesregierung in einer Presseerklärung den Einsatz als völkerrechtlich qualifiziert, was im Widerspruch zur allgemeinen Auffassung in der Wissenschaft und innerhalb der Staatengemeinschaft steht und daher die Frage nach der Beteiligung des Parlaments aufwirft.

Ziel dieser Arbeit ist es, die völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Aspekte des Vertragswandels im Völkerrecht aufzuzeigen. Anhand dieser Grundlagen wird die verfassungsrechtliche Problematik dieser völkerrechtlichen Entwicklungen erörtert.

Zur Verdeutlichung unterschiedlicher Dimensionen informeller Vertragsänderungen im Völkerrecht und der damit einher gehenden verfassungsrechtlichen Frage der Parlamentsbeteiligung dienen die in Teil I zunächst abstrakt dargestellten Fallbeispiele. Teil II beschäftigt sich aus völkerrechtlicher Perspektive mit den Voraussetzungen für eine informelle Vertragsänderung. Sodann werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge erörtert (Teil III).

Die Ergebnisse der verfassungsrechtlichen und der völkerrechtlichen Analyse werden in Teil IV zusammengeführt. In diesem Teil wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Entwicklungen auf völkerrechtlicher Ebene zu einem Legitimationsdefizit auf verfassungsrechtlicher Ebene führen können. Dabei stehen die Beteiligungsrechte des Parlaments aus Art. 59 Abs. 2 GG, die Gegenstand der Darstellung in Teil III waren, im Vordergrund.

Gewohnheitsrechtliche Pflichten können für einzelne Staaten vergleichbare Konsequenzen haben wie der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags. Am Beispiel der Debatte um die gewohnheitsrechtliche Geltung einer Schutzverantwortung (R2P) soll daher untersucht werden, ob die gewonnenen Erkenntnisse zu den verfassungsrechtlichen Auswirkungen völkerrechtlicher Entwicklungen auf die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht übertragen werden können (Teil V).

Teil I

Fallbeispiele

Die folgenden Fallbeispiele dienen der Veranschaulichung des eingangs beschriebenen Vertragswandels im Völkerrecht.

Fall 1: Art. 27 Abs. 3 UNC: Enthaltung im Sicherheitsrat

Nach dem Wortlaut des Art. 27 Abs. 3 UNC bedürfen Beschlüsse des Sicherheitsrates über alle sonstigen Fragen der Zustimmung von neun Mitgliedern einschließlich sämtlicher ständiger Mitglieder. In seinem Namibia-Gutachten¹ hat der IGH entschieden, dass auch eine Enthaltung eines ständigen Mitglieds des Sicherheitsrates eine Zustimmung in diesem Sinne darstelle. Dies begründet der IGH mit einer allgemeinen Praxis innerhalb des Sicherheitsrates, wonach der Fall der Enthaltung bzw. Nichtteilnahme an der Abstimmung in der Vergangenheit durchgängig einer Annahme der Resolution nicht entgegenstand:

„[...] its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed [...]“²

Diese Abstimmungspraxis kann man mit guten Gründen als Abweichung von dem ursprünglichen Regelungsgedanken des Art. 27 Abs. 3 UNC verstehen.

Vieles spricht dafür, dass ursprünglich eine ausdrückliche Zustimmung der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates vorgesehen war, die Enthaltung eines Mitglieds jedenfalls nicht ausreichen sollte, um den Beschluss zu fassen. Insbesondere der Wortlaut des Art. 27 Abs. 3 UNC (*affirmative vote* und gerade nicht *abstention*) lässt darauf schließen. Nach dem Wortlaut des Art. 27 Abs. 3 UNC ist für die Beschlussfassung des Sicherheitsrates *die Zustimmung* aller ständigen Mitglieder erforderlich. Die Möglichkeit einer Enthaltung wird ausdrücklich nicht erwähnt. Sie wird ausdrücklich nur für den Fall eines Beschlusses

¹ IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Gutachten v. 21.6.1971, I. C. J. Reports 1971, S. 16 (17–66).

² IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Gutachten v. 21.6.1971, I. C. J. Reports 1971, S. 16 (22).

nach Kapitel VI und Art. 52 Abs. 3 UNC erwähnt (2. Halbsatz). Daraus könnte man sogar schließen, dass die Enthaltung grundsätzlich nur in diesen Fällen zulässig ist. Der IGH hat in seiner Begründung dennoch auf die Anwendung des Vertrages abgestellt. Tatsächlich wurde bereits 1946 trotz der Abwesenheit eines ständigen Mitglieds des Sicherheitsrates (damals UDSSR) eine Sicherheitsratsresolution durch den Rat ausdrücklich als angenommen (*adopted*) bezeichnet.³ Es folgten weitere Resolutionen in den 1960er Jahren.⁴

Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Erkenntnis, dass ein völkerrechtlicher Vertrag – insbesondere der Gründungsvertrag einer Internationalen Organisation – durch seine Anwendung im Einzelfall näher ausgestaltet wird. An der Anwendung des Art. 27 Abs. 3 UNC hat sich nichts geändert. Die UNC ist an diesem Punkt von vornherein anders angewendet worden, als der Wortlaut es nahelegt. Das hat wiederum dazu geführt, dass der IGH diese Praxis zur Begründung seiner Entscheidung herangezogen hat. Dabei hat er vor allem auf eine „*continued unchanged*“ Praxis seit der letzten Änderung des Art. 27 UNC im Jahr 1965 abgestellt.⁵ Diese Änderung betraf jedoch nicht die Frage der Zustimmung in Art. 27 UNC, sondern die erforderliche Anzahl der Mitglieder im Sicherheitsrat, die dem Beschluss zustimmen mussten. Diese wurde von sieben auf neun erhöht. Dennoch hat er diese Veränderung offensichtlich als Zäsur verstanden, die für die Beurteilung der Praxis bedeutsam war.

Im Ergebnis kommt es also nicht darauf an, dass alle Mitglieder des Sicherheitsrates dem Beschluss zustimmen, sondern dass niemand dagegen stimmt. Im Vergleich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zu dem dies nicht klar geregelt war, könnte hierin eine Veränderung des Inhalts des Art. 27 Abs. 3 UNC liegen.⁶

Fall 2: Codex Alimentarius und WTO-Recht

Die Codex Alimentarius Kommission ist eine Einrichtung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und der Welternährungsorganisation (FAO). Sie dient der Entwicklung von Lebensmittelstandards für den Welthandel. Die Kommission ist aufgeteilt in verschiedene Arbeitsbereiche, die sich beispielsweise mit der Zulässigkeit von Pflanzenschutzstoffen in Lebensmitteln oder der Lebensmittelkennzeichnung befassen. Sie setzt sich zusammen aus Delegationen der Mitgliedstaaten, allerdings nicht zwangsläufig aus Regierungsmitgliedern. In-

³ S/Res. 3 (1946) v. 4.4.1946.

⁴ S. S/Res. 171 (1962) v. 9.4.1962; S/Res. 176 (1962) v. 4.10.1962.

⁵ IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Gutachten v. 21.6.1971, I. C. J. Reports 1971, S. 16 (22).

⁶ So auch *Liang*, Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation (2012), 1, 9.

zwischen hat sich die Codex Alimentarius Kommission als maßgebliche internationale Einrichtung zur Formulierung von Standards der Lebensmittelsicherheit und des Verbraucherschutzes entwickelt.

Mit dem SPS-Abkommen⁷ haben die Ergebnisse der Codex Alimentarius Kommission Einfluss auf das WTO-Recht gefunden. Das SPS-Abkommen – ein Rahmenabkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen – ist Teil der WTO-Verträge und nimmt ausdrücklich Bezug auf die Ergebnisse der Codex Alimentarius Kommission. Gemäß Art. 3 Nr. 3 SPS-Abkommen gelten gesundheitspolizeiliche Maßnahmen, die mit den Codex-Grundsätzen vereinbar sind, als zulässige Ausnahmeregelung nach Art. XX lit. b GATT. Gleichzeitig regelt Art. 3 Nr. 3 SPS-Abkommen, dass die Festlegung eines höheren Schutzniveaus durch die Vertragsstaaten unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere bei einer wissenschaftlichen Begründung) zulässig ist. Das SPS-Abkommen stellt also seinerseits eine Konkretisierung von Art. XX lit. b GATT dar. Somit wirken die Standards, die die Codex Alimentarius Kommission festlegt über das SPS-Abkommen auf die Ausnahmeregelungen zu Beschränkungen im Welt handelsrecht ein. Der Appellate Body hat in der Entscheidung EU-Hormones⁸ den Einfluss der Codex-Normen und deren Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit von Handelshemmnissen aus Gründen der Lebensmittelsicherheit ausdrücklich hervorgehoben.⁹ Faktisch ist es nunmehr für die Staaten kaum möglich, höhere Standards als im SPS-Abkommen (in dem wiederum die Codex-Normen eine bedeutende Rolle spielen) festzulegen. Dies ergibt sich aus den besonderen Anforderungen, die der Appellate Body für die Begründung eines höheren Schutzniveaus formuliert.¹⁰

Damit gewinnen die Ergebnisse der Codex Alimentarius Kommission eine erhebliche Bedeutung auch für die nationale Rechtsetzung, ohne dass es sich hierbei formal um völkerrechtlich verbindliche Regelungen handelt. Grundsätzlich werden diese Festsetzungen als informelle Leitlinien verstanden.¹¹ Sie werden auch nicht in Form eines völkerrechtlichen Vertrages vereinbart. Zudem ist der Bundestag nicht an ihrem Zustandekommen beteiligt. Durch den Bezug in einem anderen völkerrechtlichen Vertrag in Kombination mit der Rechtspre-

⁷ Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures v. 15.4.1994, UNTS 1897, S. 187.

⁸ WTO-AB, European Communities, Measures concerning meat and meat products (hormones), Urteil v. 16.1.1998, AB-1997-4; WT/DS26/AB/R.

⁹ Vgl. dazu *Pereira*, Why would international administrative activity be any less legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission (2008), 1693, 1704.

¹⁰ WTO-AB, European Communities, Measures concerning meat and meat products (hormones), Urteil v. 16.1.1998, AB-1997-4; WT/DS26/AB/R, Rn. 194; *Pereira*, Why would international administrative activity be any less legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission (2008), 1693, 1704.

¹¹ *Pereira*, Why would international administrative activity be any less legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission (2008), 1693–1718.

chung des Appellate Bodies erreichen sie für den deutschen Gesetzgeber jedoch eine Verbindlichkeit, die weit über bloße Informalität hinausgeht.

Fall 3: Tourismus als kommerzielle Nutzung des San Juan Rivers

Ein Beispiel für die Veränderung eines bilateralen Vertrages bietet der Fall *Costa Rica vs. Nicaragua* aus dem Jahr 2009.¹² Dieser Fall betraf die Auslegung eines bilateralen Vertrages zwischen den beiden Staaten. Es handelte sich dabei um einen im Jahr 1858 geschlossenen Vertrag, dem Cañas-Jerez-Vertrag. Nach diesem Vertrag wurde der San Juan Fluss dem Territorium von Nicaragua zugesprochen, Costa Rica wurden im Gegenzug wirtschaftliche Navigationsrechte eingeräumt. Costa Rica ist dadurch berechtigt, auf dem Fluss zollfrei Waren zu transportieren. Diese Rechte waren in dem Vertrag als „*con objetos de comercio*“ bezeichnet. Im Streitverfahren musste dann geklärt werden, ob Tourismus ebenfalls unter dieses Privileg fällt, das heißt, ob Tourismus eine wirtschaftliche Betätigung in diesem Sinne darstellt. Hintergrund dieses Verfahrens war ein Streit zwischen beiden Staaten darüber, ob Touristenboote aus Costa Rica zollfrei den Fluss passieren dürfen. Der IGH beschäftigte sich daher vor allem mit der Auslegung des Begriffes „*comercio*“ aus dem Vertrag von 1858. Er kam schlussendlich zu dem Ergebnis, dass sich der Begriff des „kommerziellen Zweckes“ zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 1858 noch nicht auf Tourismus erstreckte, da zu diesem Zeitpunkt Tourismus noch nicht als Wirtschaftszweig anerkannt war, dass sich diese Einschätzung jedoch inzwischen geändert habe. Die Bedeutung des Begriffes habe sich über den langen Zeitraum dahingehend geändert, dass nunmehr auch Tourismus als Wirtschaftszweig zu begreifen sei und daher auch unter die Regelung des Vertrages falle.¹³

Im Ergebnis bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass der Wirtschaftszweig „Tourismus“ zu dem Regelungsinhalt des Vertrages nach dem Vertragsschluss neu hinzugetreten ist, ohne dass ein Vertragsänderungsverfahren durchgeführt wurde.

Fall 4: Krisenreaktionseinsätze der NATO

Der NATO-Vertrag hat durch sein *Neues Strategisches Konzept* aus dem Jahr 1999 ein neues Gesicht bekommen. Dieses Konzept greift einige neue Herausforderungen, der sich die NATO nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion

¹² IGH, Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (*Costa Rica vs. Nicaragua*), Urteil v. 13.7.2009, I. C. J. Reports 2009, S. 213.

¹³ IGH, Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (*Costa Rica vs. Nicaragua*), Urteil v. 13.7.2009, I. C. J. Reports 2009, S. 213 (Rn. 63–71).

stellen musste, auf. Es steht am Ende eines seit dem Ende der 1980er Jahre andauernden Veränderungsprozesses der NATO, der im Zuge der veränderten weltpolitischen Lage zu dieser Zeit erforderlich geworden war.¹⁴ Ursprünglich war die NATO als Verteidigungsbündnis gegenüber der Sowjetunion (Warschauer Pakt) konzipiert worden.¹⁵ Diese Verteidigung war Hauptzweck der NATO bis zum Ende des Kalten Krieges. Der Handlungsspielraum der NATO war daher ursprünglich auf den in Art. 5 NATO-Vertrag¹⁶ geregelten Verteidigungsfall beschränkt. Im Falle eines Angriffs auf einen Mitgliedstaat der NATO sollen die anderen Mitgliedstaaten dem betroffenen Staat Beistand leisten. Ziel dieser Maßnahme ist es, die Sicherheit des nordatlantischen Gebietes wiederherzustellen.

Im Zuge der gravierenden weltpolitischen Veränderungen nach dem Ende des Kalten Krieges musste sich auch die NATO an diese Situation anpassen.¹⁷ Dazu wurde bereits im November 1991 ein neues Konzeptpapier durch die Mitgliedstaaten beschlossen.¹⁸ Darin wird auf die Veränderung der sicherheitspolitischen Anforderungen an das Bündnis abgestellt. Die Bedrohung der Sicherheit der Mitgliedstaaten gehe nunmehr nicht mehr ausschließlich von einem Angriff auf das Territorium der Bündnisstaaten durch den Warschauer Pakt aus, sondern von unterschiedlichen Richtungen, die nicht von vornherein lokalisierbar seien.¹⁹ Dennoch bleibe der Zweck des Bündnisses als sicherheitspolitisches Bündnis grundsätzlich erhalten. Es änderten sich vielmehr die erforderlichen Maßnahmen, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlich seien.²⁰ Als Ziel des NATO-Bündnisses wird weiterhin die Aufrechterhaltung der Freiheit und Sicherheit aller Mitgliedstaaten mit politischen und militärischen Mitteln formuliert. Dieses bleibe ausdrücklich unverändert.²¹ Der Schwerpunkt der Maßnahmen zur Verfolgung dieses Zieles verlagere sich jedoch mehr und mehr in die Richtung einer Konfliktverhütungsstrategie als auf die Abwehr von größeren Aggressionen. Die Bewältigung verschiedenster Krisen sollen mit Hilfe verschiedener Maßnahmen – nicht nur militärischer Art – erfolgen. Die Stationierung konventioneller Truppen soll in Zukunft eine geringere Rolle spielen als dies in der Zeit des Kalten Krieges der Fall war, da sich die Bedrohungssituatio-

¹⁴ Eine Zusammenfassung der Entwicklung findet sich bei *Klein/Schmahl*, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen (1999), 198–209.

¹⁵ *Klein/Schmahl*, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen (1999), 198.

¹⁶ Nordatlantikvertrag v. 4.4.1949, BGBl. 1955 II S.289 i.d.F. des Protokolls v. 17.10.1951, BGBl. 1955 II S.293.

¹⁷ S. dazu ausführlich *Godwin*, NATO's Role in Peace Operations (1999), 1–95.

¹⁸ Neues Strategisches Konzept der NATO (1991), abgedruckt in BVerfGE 90, 286 (300).

¹⁹ Neues Strategisches Konzept der NATO (1991), Rn. 8–15.

²⁰ Neues Strategisches Konzept der NATO (1991), Rn. 15.

²¹ Neues Strategisches Konzept der NATO (1991), Rn. 16.

nen nunmehr verändert hätten.²² Dabei wird wiederholt betont, dass die Hauptaufgabe des Bündnisses unverändert in der Gewährleistung der Sicherheit und der territorialen Unversehrtheit der Mitgliedstaaten bestehe, wobei auch betont wird, dass der Ausbruch eines Krieges in Europa durch die Veränderung der weltpolitischen Situation äußerst unwahrscheinlich geworden sei.²³ Als wesentliche Maßnahme, die aus dieser veränderten Situation folge, wird die Reduzierung bei gleichzeitiger Flexibilisierung der Streitkräfte genannt.²⁴

Sodann wurde die NATO zunehmend in der allgemeinen internationalen Krisenbewältigung aktiv. Im Rahmen des Jugoslawienkriegs kam es zu einigen *out of area*-Einsätzen (gemäß Art. 6 NATO-Vertrag trifft die NATO grs. nur Maßnahmen auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten).

Die NATO wurde Anfang der 1990er Jahre ein wichtiger Partner der Vereinten Nationen und unterstützte maßgeblich deren Friedensmissionen. Die Vereinten Nationen fanden in der NATO einen strategisch wichtigen Partner zur Umsetzung ihrer Ziele zur Erhaltung des Weltfriedens.²⁵ Insbesondere ihre ausgebildete Kommandostruktur und ihre militärische Stärke führte dazu, dass die NATO diese Aufgaben besser wahrnehmen konnte als die vergleichsweise „schwachen“ UN- Blauhelmissionen. Die „Schwäche“ der Vereinten Nationen zeigte sich besonders bei dem Einsatz der Blauhelmission in Bosnien und Herzegowina in dessen Zusammenhang das Massaker von Srebrenica verübt wurde, was die UN-Truppen nicht zu verhindern wussten.²⁶ Der UN Generalsekretär Kofi Annan förderte und forderte diese Zusammenarbeit der UN mit regionalen Organisationen.²⁷ Die NATO betonte die Zusammenarbeit in ihrer *Oslo-Declaration*, die im Juni 1992 verabschiedet wurde.²⁸

Die Einsätze der NATO fanden ihren vorläufigen Höhepunkt in dem Einsatz von Luftstreitkräften im Kosovo, der wiederum ohne Mandat des Sicherheitsrates erfolgte. Dieser Einsatz wurde mit drohenden Menschenrechtsverletzungen und einem drohenden Genozid im Kosovo begründet,²⁹ hatte also keinen direkten Bezug zu Sicherheitsinteressen der Bündnisstaaten, sondern einen humanitären Charakter, ging also auch über Art. 5 NATO-Vertrag hinaus. Diesem

²² Neues Statistisches Konzept der NATO (1991), Rn. 32–39.

²³ Neues Statistisches Konzept der NATO (1991), Rn. 41–44.

²⁴ Neues Statistisches Konzept der NATO (1991), Rn. 47.

²⁵ Festgehalten wurde dieses Engagement in NATO, Ministerial Meeting of the North Atlantic Council in Oslo, 4.6.1992, Rn. 13.

²⁶ *Godwin*, NATO's Role in Peace Operations (1999), 1, 59.

²⁷ Kofi Annan, UN Peacekeeping Operations and Cooperation with NATO, in UN Peace Operations 406, 1995.

²⁸ NATO, Ministerial Meeting of the North Atlantic Council in Oslo, 4.6.1992, Rn. 13.

²⁹ Vgl. dazu die Pressemitteilung des Sicherheitsrates v. 24.3.1999 NATO Action against Serbian Military targets prompts divergent views as security council holds urgent meeting on situation in Kosovo, SC/6657, sowie die Erklärung des NATO-Generalsekretärs Solana v. 24.3.1999.

Einsatz folgte das *Neue Strategische Konzept der NATO* aus dem Jahr 1999³⁰, welches hier nun eingehender betrachtet werden soll:

Dieses Konzept unterscheidet sich im Wesentlichen von dem Konzept aus dem Jahr 1991, indem es den Begriff des *Krisenreaktionseinsatzes* prägt.

Das Neue Strategische Konzept greift die veränderten Sicherheitsinteressen auf und behält der NATO nun ausdrücklich das Recht vor, auch dann militärisch einzugreifen, wenn kein Bündnisfall im Sinne des Art. 5 NATO-Vertrag vorliegt. Diese Einsätze werden als Krisenreaktionseinsätze bezeichnet.³¹ Dabei betont das Neue Strategische Konzept, dass das Ziel des Bündnisses, nämlich die Gewährung der Sicherheitsinteressen der Bündnispartner gleich geblieben sei, dieses Ziel jedoch veränderte Maßnahmen erfordere, damit es erreicht werden könne.³² Die Sicherheit der Bündnispartner sei nicht mehr ausschließlich durch direkte bewaffnete Angriffe auf das Gebiet desselben bedroht, sondern zunehmend auch durch andere Faktoren wie Terrorismus, Sabotage, organisiertes Verbrechen, Menschenrechtsverletzungen ethnische und religiöse Konflikte *out of area*, sowie daraus resultierenden politische und soziale regionale Krisen etc.³³ Um weiterhin die Ziele des Bündnisses verwirklichen zu können, seien zunehmend Einsätze, die nicht von Art. 5 NATO-Vertrag gedeckt seien (sog. Krisenreaktionseinsätze) erforderlich.³⁴ Dazu bekennt sich die NATO in ihrem Konzept an verschiedenen Stellen.³⁵ Dies geht bis zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Bereitschaft zur Durchführung derartiger Einsätze.³⁶ Zusammenfassend betont das Konzept noch einmal die Notwendigkeit, die strategische Ausrichtung der NATO den veränderten weltpolitischen Rahmenbedingungen anzupassen. Es wird ausdrücklich auf eine „verwandelte NATO“ hingewiesen.³⁷

Die wesentliche Veränderung des NATO-Bündnisses durch das Neue Strategische Konzept besteht in der Ausweitung der Einsatzmöglichkeiten auf sog. Krisenreaktionseinsätze außerhalb des Bündnisfalls (Art. 5 NATO-Vertrag). Diese wurden als Folge der Entwicklungen nach dem Ende des Kalten Krieges auf dem Balkan und den dortigen Einsätzen der NATO nun in die Sicherheitsstrategie mit aufgenommen. Gerade diese Einsatzform war ursprünglich nicht vorgesehen. Vielmehr geht aus Art. 5 und 6 NATO-Vertrag hervor, dass der Bündnisfall auf bewaffnete Angriffe auf das Gebiet eines Bündnispartners

³⁰ Neues Strategisches Konzept der NATO 1999 v. 28.4.1999, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 24/99 v. 3.5.1999.

³¹ Ausführlichere Ausführungen dazu in *Klein/Schmahl*, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen (1999), 198–199.

³² Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 6–11.

³³ Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 20–24.

³⁴ Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 28–32.

³⁵ Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 29, 31; 41, 43, 54.

³⁶ Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 41.

³⁷ Neues Strategisches Konzept der NATO (1999), Rn. 65.

beschränkt war. Dadurch hat sich das Einsatzfeld des Bündnisses erheblich erweitert.³⁸

Die Mitgliedstaaten der NATO haben das neue Konzept auf der Washingtoner Konferenz im April 1999 beschlossen.

Probleme ergeben sich im deutschen Verfassungsrecht, da streitig ist, ob die Bundesregierung, bevor sie dem Konzept förmlich zugestimmt hatte, eine Zustimmung des Bundestages hätte einholen müssen (Art. 59 Abs. 2 GG).³⁹

Fall 5: Interinstitutionelle Vereinbarungen als Handlungsform der EU

In Art. 295 AEUV ist die Zusammenarbeit zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission innerhalb der Europäischen Union geregelt. Danach können die genannten Organe zur einvernehmlichen Regelung ihrer Zusammenarbeit *interinstitutionelle Vereinbarungen* schließen. Art. 295 AEUV kodifiziert damit erstmals im Primärtext der Europäischen Verträge diese Handlungsform.⁴⁰

Vereinbarungen zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission werden jedoch bereits seit den 1970er Jahren geschlossen. Sie betreffen die Zusammenarbeit der drei Organe, insbesondere in Haushaltsangelegenheiten. Die erste Vereinbarung dieser Art betraf die Einführung eines Konzertierungsverfahrens.⁴¹ Der Abschluss dieser Vereinbarungen diente im Folgenden vor allem zur Beteiligung des Parlaments in Haushaltsangelegenheiten. Zu diesem Zeitpunkt war diese noch nicht in den Verträgen vorgesehen. So erlangte das Europäische Parlament Einfluss und Mitspracherechte in diesem Bereich.

Ursprünglich wurden die Vereinbarungen als „Gemeinsame Erklärungen“ bezeichnet, seit den späten 1980er Jahren hat sich der Begriff der „Interinstitutionellen Vereinbarung“ etabliert.⁴²

In der Schlussakte zum Vertrag von Nizza (2003) wurde diese Form der Kooperation zwischen den Organen erstmals ausdrücklich in den Primärtext aufgenommen.⁴³

³⁸ Eine Veränderung des NATO-Vertrages wird z. B. gefordert von *Godwin*, *NATO's Role in Peace Operations* (1999), 1, 66, 93.

³⁹ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen s. Teil IV.

⁴⁰ Allgemein zu Interinstitutionellen Vereinbarungen sowie im Besonderen zum Begriff der Handlungsform vgl. *Alemann*, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung* (2006), S. 175 ff., *Bogdandy/Bast/Arndt*, *Handlungsformen im Unionsrecht* (2002), 77, 82.

⁴¹ *Amtsblatt EU* 1975 C 89 v. 22.4.1975, S. 1.

⁴² Vgl. *Interinstitutionelle Vereinbarung v. 29.6.1988 zur Haushaltsdisziplin und zur Verbesserung des Haushaltsverfahrens*, *Abl.* 1988 L 185 vom 15.7.1988, S. 33.

⁴³ Allerdings unter dem Hinweis, dass dadurch die Verträge nicht geändert werden dürften,

Bereits vor der Kodifizierung im Vertrag von Lissabon 2009 wurden interinstitutionelle Vereinbarungen als Handlungsform der EU anerkannt.⁴⁴ Die Kompetenz der Organe zum Abschluss dieser Vereinbarungen wurde aus der allgemeinen Organisationsgewalt (organübergreifende Selbstorganisation Internationaler Organisationen) abgeleitet.⁴⁵

Dafür spricht, dass der EuGH diesen Vereinbarungen bereits zu diesem Zeitpunkt in Einzelfällen Rechtswirkungen zugesprochen hat.⁴⁶ Überdies wurden sie teilweise im Amtsblatt der Union veröffentlicht. Ihre äußere Form, sowie das Verfahren, das sich zu ihrer Entstehung etabliert hatte, sprechen außerdem dafür. Sie ähnelten formal (bezügl. Verfahren, Aufbau, Begründung) den klassischen Rechtsakten der EU.⁴⁷

Vor diesem Hintergrund wirkt die Kodifikation im Jahr 2009 eher deklaratorisch als konstitutiv.

Fazit

Die dargestellten Fälle zeigen unterschiedliche Modifikationformen, denen völkerrechtliche Verträge unterliegen können, um sie an aktuelle Gegebenheiten anzupassen. Die Auslegung der Abstimmungsmodalitäten innerhalb des Sicherheitsrates wurden maßgeblich durch die Anwendung des Art. 27 Abs. 3 UNC geprägt. Mit der Codex Alimentarius Kommission gewinnt ein internationales Expertengremium Einfluss auf den Vertragsinhalt. Im Fall des Vertrages über die Nutzung des San Juan Flusses zwischen Nicaragua und Costa Rica spielte die Auslegung des Begriffs *comercio* unter aktuellen Gesichtspunkten eine wesentliche Rolle. Die Veränderungen des NATO-Vertrages und die Aufnahme

vgl. Amtsblatt EU, C 80/77 v. 10.3.2001: 3. Erklärung zu Artikel 10 der Schlussakte zum Vertrag von Nizza; erste Ansätze, die auf die Anerkennung der Vereinbarungen als Rechtsquelle hindeuten, wurden bereits Vertrag von Amsterdam (Art. 218 Abs. 1) geregelt. Seither lassen sich zudem Ansätze und Spezialfälle im Primärrecht erkennen (Art. 193 Abs. 3 und Art. 195 Abs. 4 EGV), vgl. dazu *Bobbert*, Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2001).

⁴⁴ *Bobbert*, Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2001), S. 121; *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung (2006), S. 175.

⁴⁵ Es handelte sich bereits vor 2009 um ein „Standardinstrument der Interorgankooperation“, *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung (2006), S. 440; *Bobbert*, Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2001); *Schwarze*, Möglichkeiten und Grenzen interinstitutioneller Vereinbarungen nach Maastricht (1995), S. 49–67.

⁴⁶ Vgl. dazu die Qualifikation als möglicher Klagegegenstand bei *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung (2006), S. 283 f.; *Bobbert*, Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2001), Fn. 20.

⁴⁷ *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung (2006), S. 124.

von Interinstitutionellen Vereinbarungen in das EU-Recht gehen dagegen wiederum auf die Initiative der Mitgliedstaaten zurück.

Im folgenden Teil II werden die verschiedenen Modifikationsformen abstrakt herausgearbeitet und voneinander abgegrenzt, um sodann die Fälle jeweils zuzuordnen. Dabei steht die Abgrenzung von Vertragsauslegung und Vertragsänderung im Vordergrund. Im Anschluss daran wird aus verfassungsrechtlicher Perspektive das Erfordernis einer Parlamentsbeteiligung an diesen Entwicklungen erörtert (Teile III und IV).

Teil II

Vertragsänderungen und Vertragsauslegung im Völkerrecht

Auf völkerrechtlicher Ebene stellt sich die Frage, ob es für eine Vertragsänderung unbedingt einer formellen Textänderung bedarf. Im folgenden Abschnitt sollen daher Kriterien für die Beurteilung einer Vertragsänderung in Abgrenzung zu einer evolutiven Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags entwickelt werden.

Dazu ist es zunächst erforderlich, den Begriff der Vertragsänderung zu definieren (Abschnitte 1 und 2). Sodann wird der Prozess der Auslegung eines Vertrages genauer beleuchtet (Abschnitt 3) und die einzelnen Auslegungsmethoden auf ihr Änderungspotential hinsichtlich des Vertrages hin untersucht. Dies führt im Ergebnis zu einer Abgrenzung von evolutiver Auslegung und Vertragsänderung. Gleichzeitig wird dadurch eine weitere Kategorie der informellen Vertragsänderung herausgearbeitet, die als Vertragsgewohnheitsrecht bezeichnet wird (Abschnitt 4).

Abschnitt 1: Definition Vertragsänderung

Die klassische Form der Veränderung eines Vertrages ist die Änderung des Vertragstextes. Den Wortlaut eines Vertrages zu verändern bedeutet, den Vertrag *formell* zu verändern.

Eine formelle Vertragsänderung ist verfassungsrechtlich im Hinblick auf die Beteiligung des Bundestages unproblematisch. In diesem Fall wird ein Ratifikationsverfahren eingeleitet und das Parlament gemäß Art. 59 Abs. 2 GG beteiligt. Für das Zustimmungserfordernis des Parlaments aus Art. 59 Abs. 2 GG ist es jedoch problematisch, wenn eine materielle Vertragsänderung erfolgt ist, ohne dass diese formell vollzogen wurde.

Im folgenden Abschnitt möchte ich die Möglichkeiten materieller Vertragsänderungen im Völkerrecht darstellen. Eine besondere Rolle spielt dabei die informelle Vertragsänderung, bei der es an einer formellen Umsetzung in den Vertragstext fehlt. Diese kann, da der Vertragstext nicht verändert wird, unter Umständen ohne die Beteiligung einzelner Mitgliedstaaten (bei multilateralen Verträgen), aber vor allem ohne formelles Änderungsverfahren, an denen auch nationale Parlamente beteiligt sind, erfolgen. Besonders im Fokus steht dabei die Frage, welche Mechanismen zu einer derartigen informellen Vertragsänderung führen können, und welche Kriterien dafür erfüllt sein müssen.

Eine materielle Vertragsänderung liegt vor, wenn sich der Inhalt des Vertrages zum Anschauungszeitpunkt anders darstellt als zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Völkerrecht ist dies der Zeitpunkt, an dem der Text des Vertrages angenommen wird (Art. 9 WVK¹). Auf das Inkrafttreten des Vertrages kommt es nicht an. Dieses ändert nichts an der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages. Mithin kann ein Vertrag bereits vor seinem Inkrafttreten geändert werden.² Mit der Festlegung und Annahme des authentischen Textes durch die Vertragsstaaten wird der (ursprüngliche) Inhalt des Vertrages festgelegt. Eine Vertragsänderung erfordert also eine materielle Veränderung des Vertragsinhaltes gemessen an seinem Inhalt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ermittelte Vertragsinhalt ist der Maßstab für die Bestimmung zukünftiger Veränderungen. Dieser wird durch die Auslegung des Vertragstextes ermittelt. Dabei kann die Verwendung und Gewichtung der einzelnen Auslegungsmethode unter Umständen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. In diesem Fall kann ein Vertragstext verschiedene Vertragsinhalte hervorbringen. Eine Vertragsänderung liegt in diesem Fall – wie im Folgenden noch zu erläutern ist – nicht vor.

Sobald darüber hinaus von dem ursprünglichen Vertragsinhalt abgewichen wird, liegt eine Vertragsänderung vor. Voraussetzung dafür ist eine materielle Abweichung des Inhalts. Dies kann zum einen bedeuten, dass sich Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben, verändert haben, indem sie anders ausgestaltet oder weggefallen bzw. hinzugetreten sind. Ebenfalls können ganze Abschnitte des Vertrages wegfallen oder hinzutreten. Rein formale Veränderungen des Vertragstextes (sofern so etwas überhaupt möglich ist), stellen also keine Vertragsänderung dar. Anders herum sind materielle Vertragsänderungen auch nicht auf Veränderungen des Vertragstextes beschränkt, wie im Folgenden noch erläutert wird. Diese sind vielmehr die Ausnahme.

Mithin geht es bei der Begründung einer Vertragsänderung darum, einen „Vorher/Nachher-Vergleich“ im Hinblick auf den Regelungsinhalt und Gegenstand des in Rede stehenden Vertrages vorzunehmen. Änderungen können demnach sowohl Ergänzungen als auch Beschränkungen des Regelungsinhaltes sein. Eine Substitution eines bestimmten Gegenstandes durch einen anderen ist ebenfalls denkbar. Vertragsänderung meint aber auch, dass Regelungslücken, die der Vertrag aufweist, geschlossen werden. Auch dies führt bei einem „Vorher/Nachher-Vergleich“ dazu, dass die Situation sich anfangs anders dargestellt hat als zu einem späteren Zeitpunkt. Veränderung kann sich also nur über einen bestimmten Zeitraum hinweg vollziehen. Nur ein im Hin-

¹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, S. 927, UNTS, Vol. 1155, S. 331, in Kraft getreten am 27.1.1980, für die Bundesrepublik Deutschland am 20.8.1987.

² *Brunnée*, Treaty Amendments (2012), S. 364.

blick auf den Vertragsschluss nachträgliches Ereignis führt zu einer Veränderung des Vertragsinhaltes.

Abschnitt 2: Formelle Vertragsänderungen

Regelungen, die die Modalitäten, unter denen ein völkerrechtlicher Vertrag geändert werden kann, festlegen, ergeben sich zunächst aus dem Vertrag. Die Formulierung in Art. 39 und 40 WVK „sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht“ (engl.: „insofar as the treaty may otherwise provide“) begründet den Vorrang einer vertraglichen Regelung.

Man kann grundsätzlich vier Änderungsmodelle unterscheiden, die im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet sein können. Unterschiede ergeben sich insbesondere bei den erforderlichen Mehrheitsverhältnissen, sowie bei der Bindungswirkung der Änderung:

1. Die klassische Regelungsform ist die einstimmige Entscheidung der Vertragsstaaten. Dieses Modell erfordert die ausdrückliche und einstimmige Zustimmung aller Vertragsstaaten für die Änderung des Vertrags.³

2. Ein weiteres mögliches Regelungsmodell ist die verpflichtende Änderung durch Mehrheitsentscheidung. Dieses wird dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsänderung vorgenommen wird, sobald eine (näher festgelegte) Mehrheit der Vertragsstaaten ihr zustimmen. Diese Änderung ist dann auch für die anderen Vertragsstaaten, die der Änderung nicht zugestimmt haben, bindend. Ein Beispiel für dieses Modell ist Art. 108 UNC. Dieser sieht vor, dass Änderungen der UNC einer Annahme von 2/3 der Mitglieder der Generalversammlung, sowie einer Ratifikation von 2/3 der Mitglieder einschließlich der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates bedürfen. Die beschlossene Änderung gilt dann für alle Mitgliedstaaten. Mithin bedarf es für eine Änderung der UNC keiner einstimmigen Entscheidung aller Mitgliedstaaten.

3. Überdies besteht die Möglichkeit, dass eine Vertragsänderung nur von einer bestimmten Anzahl von Mitgliedstaaten ratifiziert werden muss und auch nur für diese Staaten verbindlich wird. Art. 316 SRÜ⁴ sieht ein solches Modell vor. In diesem Fall gelten u. U. unterschiedliche Regelungen für die einzelnen Mitgliedstaaten.

4. Darüber hinaus gibt es das System eines stillschweigenden Konsenses mit *opt-out*-Möglichkeit.⁵ Dies bedeutet, dass die vorgeschlagene Änderung des Vertrages für alle Vertragsparteien in Kraft tritt, die dies nicht ausdrück-

³ Z. B. International Convention for the Safety of Life at Sea v. 1.11.1974, UNTS 1184, 1185, S. 2; vgl. Art. 40 WVK.

⁴ Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, ILM 21 (1982), S. 1261; BGBl. 1994 II S. 1799.

⁵ Z. B. Convention on International Civil Aviation v. 7.12.1944, UNTS 15, 295.