

# Die Auslegung des Völkerverfassungsrechts

DISSERTATION

der Universität St. Gallen,  
Hochschule für Wirtschafts-,  
Rechts- und Sozialwissenschaften  
sowie Internationale Beziehungen (HSG)  
zur Erlangung der Würde eines  
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Oliver Lohmann**

aus

Deutschland

Genehmigt auf Antrag der Herren

**Prof. Dr. Bardo Fassbender**

und

**Prof. Dr. Oliver Diggelmann**

Dissertation Nr. 4900

Difo-Druck GmbH, Untersiemau 2019

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 23. Mai 2019

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger





# VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2019 von der Universität St. Gallen als Dissertation angenommen. Freilich ganz allein wäre ich nicht so weit gekommen – für die Hilfe, die ich von vielen Seiten erfahren habe, bin ich sehr dankbar.

Zuvorderst gilt dieser Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. Bardo Fassbender, der mich ausdauernd und mit Verständnis unterstützt hat. Ihm verdanke ich auch die gedankliche Grundlegung meiner Arbeit. Für konstruktive Anregungen danke ich gleichsam Prof. Dr. Oliver Diggelmann, der die Dissertation als Korreferent betreut hat.

Dr. Bijan Moini danke ich herzlich für die Zeit, in der wir gemeinsam den Dissertationsweg beschritten haben, ohne seine umfassenden Anmerkungen und seine beharrliche Unterstützung wäre diese Arbeit so nicht entstanden. Mein Dank geht ebenso an Dr. Sophia Schwemmer für ihre immer herzliche und sonnige Hilfe. Von Herzen bedanke ich mich auch bei Sué González Hauck für Ihre Anregungen, die vielen Gespräche in St. Gallen und Berlin und den gegenseitigen Halt. Ich danke Urs Schulte sehr herzlich für das Korrektorat.

Besonders bedanken möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern und meinem Bruder, die mich jederzeit und mit großer Liebe unterstützt haben. Der größte Dank gebührt aber Camille Fleury, ohne deren unermüdliche Beistand und Geduld die vorliegende Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ihr ist sie gewidmet.

Berlin, Juli 2019

*Oliver Lohmann*



# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>I</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XII</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>XVIII</b>
<b>SUMMARY</b> .....	<b>XIX</b>
<b>RÉSUMÉ</b> .....	<b>XX</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>XXI</b>
<b>EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
A. Annahmen der Arbeit .....	7
I. Richtigkeit der Völkerverfassungs- idee .....	7
II. Existenz von Völkerverfassungs- recht .....	8
III. Bias durch Annahmen .....	9
B. Methodik der Arbeit .....	10
I. Zusammenhang von Gegenstand und Methode als Leitidee .....	10
1. Dependenz der Methode vom Gegenstand.....	12
2. Interdependenz von Gegenstand und Methode.....	16
3. Zusammenhang von Verfassungs- theorie und -auslegung .....	19
II. Zwischenfazit .....	22
1. Unschärfe verfassungsrecht- liche Prägung der Verfassungs- auslegung.....	23
2. Erfordernis der Bestimmung einer Völkerverfassungs- ordnung....	23
III. Zirkelschluss und dessen Lösung durch eine „mehrpole Dialektik“ ...	24
1. Herkunft des Zirkelschlusses und Notwendigkeit eines Vor- verständnisses.....	24

## II

2.	Fehlendes Vorverständnis im Völkerverfassungsrecht .....	27
a)	Fehlende überkommene Völkerverfassungstradition .....	27
b)	Fehlende einheitliche völkerrechtliche Auslegungslehre .....	28
c)	Fehlende funktionell vergleichbare Rechtsordnungen .....	30
3.	„Mehrpolige Dialektik“ .....	31
IV.	Fazit .....	33
C.	Aufbau der Arbeit .....	34

## **TEIL I – VÖLKERVERFASSUNGSORDNUNG ..... 35**

### **Kapitel 1 – Zugrundeliegende Völkerverfassungstheorie ..... 35**

A.	Skizze der Konstitutionalisierungsdebatte .....	35
I.	Überblick über die aktuelle Diskussion .....	37
1.	Einordnung der Diskussion in die Konstitutionalismus-Bewegung .....	38
2.	Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion .....	41
II.	Ursprünge der Konstitutionalisierungsidee .....	46
1.	Strukturalismus .....	48
2.	Kommunitarismus .....	50
3.	Funktionalismus .....	53
4.	Zwischenfazit .....	57
III.	Kritik an der Konstitutionalisierungsidee .....	57
1.	Implizite Kritik der Völkerrechtsskepsis .....	58
2.	Empirische Zweifel .....	60
3.	Fehlende symbolisch-ästhetische Dimension .....	62
4.	Fazit .....	68
B.	Relevanter Meinungsausschnitt .....	68
I.	Ungeschriebene Völkerverfassung .....	71
1.	Mainstream .....	71
a)	Pragmatischer Ansatz .....	72
b)	Idealistischer Ansatz .....	75
c)	Fazit .....	77
2.	Konstitutionelles Mehrebenensystem .....	77



### III

3.	Pluralistische Verfassungsordnung .....	78
II.	Konstitutionalisierung als Haltung .....	80
III.	UN-Charta als geschriebene Völkerverfassung .....	81
C.	Bewertung des relevanten Meinungsausschnitts.....	85
I.	Ungeschriebene Völkerverfassung.....	85
1.	Britisches Regierungssystem als untaugliches Vergleichsmodell .	87
2.	Fehlende Völkerverfassungsrechtsüberzeugung .....	90
3.	Unwahrscheinlichkeit einer gewohnheitsrechtlichen Basis.....	93
II.	Konstitutionalisierung als Haltung .....	95
III.	UN-Charta als geschriebene Völkerverfassung .....	96
1.	Rechtstheoretische und empirische Plausibilität.....	96
2.	Schlüssiger Übergang zu einer Verfassungsordnung .....	99
D.	Fazit.....	101

## **TEIL II – VORVERSTÄNDNIS..... 105**

### **Kapitel 2 – Methodenkritik und Völkerverfassungsrecht ..... 105**

A.	Skizze der deutschen Methodenkritik .....	107
I.	Herkunft der klassischen juristischen Methode.....	109
II.	Anpassung des klassischen Auslegungskanons .....	112
III.	Paradoxie oder Endlosregress der juristischen Auslegung?.....	114
IV.	Zwischenfazit: Überleben klassischer Methoden und Annahmen.....	117
B.	Skizze der völkerrechtlichen Methodenkritik .....	119
I.	Keine Standard-Methodenlehre.....	120
II.	Völkerrechtliche Positivismuskritik .....	123
III.	Jüngere Fundamentalkritiken.....	128
1.	Moderne Kritik: „The Limits of International Law“ .....	129
2.	Postmoderne Kritik: „From Apology to Utopia“ .....	131
a)	Unauflösbarer Widerspruch der Völkerrechtswissenschaft.	133
b)	Indeterminismus der juristischen Methode.....	134
c)	Stellungnahme .....	135
IV.	Zwischenfazit: Keine Widerlegung klassischer juristischer Methoden	139
C.	Position der Konstitutionalisierungsthese .....	140

## IV

D. Fazit.....	142
<b>Kapitel 3 – Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen .....</b>	<b>148</b>
A. Verfassungsauslegung in Deutschland .....	150
I. Ausgangspunkt der aktuellen Methodendebatte .....	150
II. Position des Mainstreams .....	153
1. Anwendung der Canones .....	153
2. Anerkannte besondere Auslegungsprinzipien .....	155
a) Einheit der Verfassung und praktische Konkordanz .....	155
b) Integrierende Wirkung.....	159
c) Funktionelle Richtigkeit .....	160
d) Verfassungswandel.....	161
e) Auslegung am einfachen Recht .....	163
f) Geschichtliche Dimension.....	164
3. Besonderheiten des Verfassungsrechts.....	166
4. Zwischenfazit .....	168
a) Abwandlung klassischer Methoden trotz Gesetzesform.....	168
b) Eklektizismus des Mainstreams .....	170
III. Skizze der wesentlichen Auslegungstheorien .....	170
1. Klassisch-hermeneutische Verfassungsauslegung .....	171
2. Topisch-problemorientierte Verfassungsauslegung .....	173
3. Hermeneutisch-konkretisierende Verfassungsauslegung .....	176
4. Kulturwissenschaftliche Verfassungsauslegung.....	178
5. Funktionell-rechtliche Verfassungsauslegung .....	180
IV. Schlussbeobachtung zur Besonderheit des Verfassungsrechts .....	182
B. Verfassungsauslegung in den USA.....	185
I. Herkunft der aktuellen Methodendiskussion.....	185
II. Originalism vs. Evolutionary Interpretation .....	188
1. Originalism .....	190
a) Original Intent.....	191
b) Original Meaning.....	193
c) Verfehlung des eigenen Ziels.....	195
2. Judicial Activism .....	195
a) Living Constitution.....	196
b) Common Law Constitution .....	197

3.	Zwischenfazit .....	198
III.	Schlussbeobachtung zur Schriftlichkeit der Verfassung .....	199
C.	Verfassungsauslegung in der EU .....	200
I.	Autonome Auslegungsmethode.....	202
II.	Auslegung anhand der Canones und deren Besonderheiten .....	203
1.	Wortlaut.....	204
2.	Systematik und Teleologie .....	205
a)	Effet Utile .....	207
b)	Implied Powers .....	208
3.	Historie.....	209
III.	Grundlagen der dynamischen Auslegung.....	210
1.	Rolle des Europäischen Gerichtshofs .....	210
a)	Judicial Activism.....	211
b)	Grenzen der Rechtsfortbildungskompetenz .....	212
2.	Dynamische Disposition des europäischen Verfassungsrechts ..	215
a)	Varianten der dynamischen Auslegung.....	215
b)	EU-rechtliche Grundlage der Dynamik.....	216
c)	Ambivalenz der Präambeln .....	218
3.	Integrationsauftrag als Grund der Dynamik .....	219
IV.	Induktive Rechtsvergleichung .....	219
V.	Schlussbeobachtung zur dynamisch-integrativen Auslegung .....	220
D.	Fazit.....	221
<b>Kapitel 4 – Konstitutionelle Interpretation nach der WVRK .....</b>		<b>223</b>
A.	Auslegung nach der WVRK.....	224
I.	Anwendungsbereich.....	225
II.	Überblick über das Auslegungssystem .....	225
1.	Auslegung nach Treu und Glauben .....	226
2.	Systematisch-kontextuelle Wortlautauslegung .....	226
3.	Auslegung nach Ziel und Zweck .....	227
4.	Auslegung anhand der Travaux Préparatoires.....	228
5.	Auslegung bei verschiedenen Sprachfassungen .....	228
6.	Begrenzte Offenheit der Auslegungsregeln .....	228
III.	Modifikation der Auslegungsregeln bei Gründungsinstrumenten .....	229

## VI

1.	Notwendigkeit der Modifikation.....	231
2.	Besonderheiten der Auslegung.....	234
a)	Auslegungs- und Letztentscheidungsbefugnis.....	234
b)	Dynamisierung .....	235
IV.	Schlussbeobachtungen zur dynamischen Auslegung .....	238
B.	Bisherige Ansätze einer Völkerverfassungsauslegung .....	240
I.	Konstitutionelle Interpretation der UN-Charta .....	241
1.	Anfänge der konstitutionellen Interpretation der UN-Charta ...	241
2.	Völkerverfassungstheoretisch fundierte Abhandlungen .....	243
a)	Auslegung als Verfassung des Völkerrechts (Sloan) .....	243
b)	Auslegung als Verfassung der Weltgemeinschaft (Ress) ...	248
c)	Auslegung als Verfassung der internationalen Gemeinschaft (Fassbender).....	252
II.	Kritik der konstitutionellen Interpretation .....	253
III.	Stellungnahme.....	255
C.	Fazit.....	257
<b>Kapitel 5 – Zusammenfassung.....</b>		<b>260</b>
A.	Anwendungsorientierung der Auslegungsmethoden.....	260
B.	Besonderheiten des Verfassungsrechts.....	261
I.	Politisches Recht.....	263
II.	Formelhaftes und bruchstückhaftes Recht .....	264
III.	Hierarchisch höchstes Recht .....	266
C.	Verfassungstheoretische und -rechtliche Vorgaben.....	266
I.	Weichenstellungen in der Verfassungstheorie .....	266
1.	Verfassungsurkunde oder Gewohnheitsrecht .....	267
2.	Konstitutioneller Moment oder Prozess.....	268
3.	Integrationsordnung oder Rahmenordnung.....	269
4.	Funktionelle oder demokratische Gewaltenteilung .....	270
II.	Anhaltspunkte im Verfassungsrecht .....	270
1.	Bindung an das materielle Recht .....	270
2.	Kompetenzen des Auslegungsorgans .....	272
3.	Integrationsauftrag und -programm.....	273
III.	Keine automatische Dynamisierung.....	273

## VII

D.	Keine Anwendung der WVRK.....	275
I.	Kein Einfluss der Konstitutionalisierungsthese .....	275
II.	Beschränkter Anwendungsbereich .....	276
III.	Fehlende Legitimität gegenüber der Völkerverfassung .....	277
IV.	Fazit: Völkerverfassungsauslegung außerhalb der WVRK.....	277

### **TEIL III – AUSLEGUNGSLEHRE..... 279**

#### **Kapitel 6 – Vorgaben an die Auslegungslehre ..... 279**

A.	Vorgaben der Völkerverfassungstheorie .....	279
I.	Normativ-positivistischer Verfassungsbegriff .....	280
II.	Völkerverfassungssubstrat .....	282
III.	Systematisierung der gesamten Völkerrechtsordnung.....	284
1.	Ius Cogens und Obligationen Erga Omnes .....	285
2.	Allgemeines Völkerrecht .....	287
3.	Universelles Völkerrecht .....	288
4.	Einfaches Völkerrecht .....	289
5.	Andere Völkerverfassungsordnungen .....	289
6.	Fazit: UN-Charta als umfassende Völkerverfassung .....	291
IV.	Living Instrument, Unvollständigkeit und Integration.....	292
V.	Historischer Horizont.....	294
1.	Beginn der Verfassungsqualität .....	294
2.	Völkerverfassungsrechtliche Kontinuität .....	296
VI.	Demokratische Prägung? .....	297
B.	Vorgaben des materiellen Völkerverfassungsrechts .....	300
I.	Rechtliche Anknüpfungspunkte der Auslegung .....	300
1.	Bindung an das positive Völker(verfassungs)recht .....	301
a)	Hinweise auf einen Verfassungspositivismus .....	301
aa)	Bindung an das positive Völkerrecht.....	301
bb)	Formelle Anpassungsmechanismen des Kapitels XVIII .....	302
cc)	Bekanntnis zur Rule of Law .....	304
b)	Grad der positivistischen Bindung.....	307

## VIII

aa)	Anhaltspunkte für eine enge Bindung.....	307
bb)	Anhaltspunkte für eine lose Bindung .....	308
(1)	Bindung an die Prinzipien der UN-Charta .....	309
(2)	Doppelbindung an Recht und Gerechtigkeit... ..	309
cc)	Weniger enge Bindung der UN-Organe.....	312
c)	Zwischenfazit: Kein strenger Verfassungspositivismus.....	312
2.	Systematisierung der Verfassungsordnung .....	313
a)	Norm- und Wertehierarchie der UN-Charta.....	314
aa)	Formelle Normhierarchie .....	314
bb)	Materielle Wertehierarchie.....	315
b)	Werteordnung der UN-Charta .....	318
c)	Zwischenfazit: Beachtung der UN-Charta als Ganzes .....	319
II.	Funktionelle Gewaltenteilung .....	320
1.	Vertikale und horizontal-funktionelle Gewaltenteilung .....	320
2.	Rollen und Kompetenzen der UN-Organe .....	321
a)	Internationaler Gerichtshof.....	322
b)	Sicherheitsrat.....	323
c)	Generalversammlung.....	324
III.	Integrationsprogramm .....	325
IV.	Zwischenfazit.....	327
C.	Zusammenfassung der Rahmenbedingungen .....	327
I.	Neues verfassungsrechtliches Paradigma .....	328
II.	Positivistisches Primat .....	328
III.	Systematisierung der Völkerverfassungsrechtsordnung.....	329
IV.	Keine Prädisposition zu evolutiver Auslegung.....	330
V.	Unterschiedliche Starrheit des Völkerverfassungsrechts.....	331
VI.	UN-Charta als Völkerrechtsverfassung.....	332
VII.	Weiter Kreis an Verfassungsinterpreten .....	333
VIII.	Fehlen demokratischer Auslegungsschranken .....	333
IX.	Wertgebundenheit .....	334
X.	Unvollständigkeit und Integrationsbedürftigkeit .....	335
XI.	Beschränkte Leistungsfähigkeit der Völkerverfassung.....	335

## IX

A.	Begriffsbestimmungen.....	337
I.	Begriff der Auslegungslehre .....	337
II.	Begriff der Auslegung .....	338
1.	Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung.....	338
a)	Unterscheidung in der deutschen Methodenlehre.....	339
b)	Undeutliche Abgrenzung im nationalen Verfassungsrecht..	341
c)	Zweifelhafte Abgrenzung im Völkerrecht.....	343
d)	Keine sinnvolle Abgrenzung im Völkerverfassungsrecht....	344
2.	Völkerverfassungsauslegung als Analyse und Synthese .....	345
B.	Juristische Hermeneutik als Ausgangspunkt.....	347
I.	Keine Übertragung nationaler Auslegungslehren .....	347
II.	Juristische Methoden als Grundlage .....	349
III.	Variable Dynamik .....	349
C.	Dynamik der Auslegung .....	350
I.	Begriffsbestimmungen .....	350
1.	Unterschied zwischen grundsätzlicher und normspezifischer Dynamik .....	350
2.	Unterschied zwischen evolutiver und statischer Auslegung.....	352
II.	Kriterien zur Bestimmung des Dynamisierungsgrades.....	353
1.	Grundsätzliche Ausrichtung der Auslegung .....	353
2.	Bestimmung von starrem Völkerverfassungsrecht.....	355
a)	Grad der Systematisierung .....	355
b)	Bedeutung des in der Norm enthaltenen Wertes .....	356
c)	Entstehungsgeschichte.....	357
3.	Bestimmung von flexiblem Völkerverfassungsrecht.....	357
III.	Umsetzung der Dynamisierung .....	358
1.	Bei starrem Völkerverfassungsrecht .....	358
a)	Historische Auslegung und Wortlautgrenze .....	358
b)	Innere Systematik und Teleologie des Regelungsregimes .	359
2.	Bei flexiblem Völkerverfassungsrecht.....	360
a)	Teleologische Auslegung und Konkretisierung .....	360
b)	Bedeutung des Organhandelns .....	360
c)	Bedeutung der Völkerrechtsordnung .....	360
IV.	Zwischenfazit: Situations- und normabhängige Dynamik .....	361

D.	Auslegungsmechanismen und -prinzipien des Völkerverfassungsrechts ....	361
I.	Historische Betrachtungen .....	361
1.	Geschichtlichkeit der UN-Charta.....	362
2.	Völkerbund als historischer Horizont.....	363
3.	Bedeutung der Travaux Préparatoires.....	363
II.	Innere Systematik und Einheit der Verfassung .....	364
III.	Verwirklichung der Werteordnung .....	365
IV.	Effektivierung und Leistungsfähigkeit .....	365
V.	Offene Gesellschaft der Auslegenden .....	365
VI.	Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts .....	366
1.	Integrationsordnung .....	366
a)	Interne Integration.....	366
b)	Externe Integration.....	367
2.	Verfassungswandel und Verfassungswirklichkeit .....	367
3.	Nachfolgende Organpraxis.....	367
4.	Induktive Auslegungsmethode .....	368
E.	Fazit.....	369

## **Kapitel 8 – Kanon der Auslegungslehre ..... 370**

### **SCHLUSS..... 375**

A.	Anwendungsbeispiel: Preemptive-Strike-Doktrin .....	375
I.	Herleitung der Preemptive-Strike-Doktrin .....	376
1.	Gewohnheitsrechtliche Zulässigkeit .....	377
2.	Veränderung des Gewaltverbots .....	378
3.	Teleologie und Legitimität der Selbstverteidigung .....	379
4.	Wandel der tatsächlichen Umstände.....	380
II.	Stellungnahme.....	381
1.	Auslegung anhand der überkommenen konstitutionellen Interpretation .....	381
2.	Völkerverfassungsrichtige Auslegung .....	384
a)	Reichweite des gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts .....	384



XI

b)	Enges Selbstverteidigungsrecht.....	385
c)	Unterschied zu Humanitarian Interventions .....	387
III.	Fazit .....	387
B.	Abschließende Bemerkung .....	387
	<b>ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>389</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

*Übliche Abkürzungen sind nicht aufgeführt.*

Abl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht (Deutschland)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
Am. J. Comp. Law	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. Law	American Journal of International Law
Annu. Rev. Law Soc. Sci.	Annual Review of Law and Social Science
Annu. Sur. Int. Comp. Law	Annual Survey of International & Comparative Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APSR	American Political Science Review
ArbG	Arbeitsgericht (Deutschland)
ArchSozWiss.	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
Asian J. Int. Law	Asian Journal of International Law
AUILR	American University International Law Review
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BFH	Bundesfinanzhof (Deutschland)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJS	Berliner Journal für Soziologie
Boston Univ. Law Rev.	Boston University Law Review
BSG	Bundessozialgericht (Deutschland)
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache (Deutschland)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
BvL	Normenkontrollverfahren (Aktenzeichen)
BvR	Verfassungsbeschwerde (Aktenzeichen)
BYIL	British Yearbook of International Law
Calif. Law Rev.	California Law Review

Card. Law Rev.	Cardozo Law Review
Chi.-Kent. L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Chin. J. Int. Law	Chinese Journal of International Law
CJICL	Cambridge Journal of International and Comparative Law
CMLRev.	Common Market Law Review
CNJ	Cahiers de la Nouvelle Journée
Colum. J. Transnatl. Law	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. J. Eur. Law	Columbian Journal of European Law
Colum. Law Rev.	Columbia Law Review
Cornell Law Rev.	Cornell Law Review
Denv. J. Int. Law Policy	Denver Journal of International Law and Policy
dms	Der moderne Staat
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drake Law Rev.	Drake Law Review
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EA	Europa-Archiv
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development, Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFTA	European Free Trade Association, Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
Entsch.	Entscheidung
EPO	Europäisches Patentamt
ESIL Proc.	Select Proceedings of the European Society of International Law
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

XIV

FG	Finanzgericht (Deutschland)
Fla. Law Rev.	Florida Law Review
Fordham Int. Law J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
GA	General Assembly/Generalversammlung der UN
GG	Grundgesetz
GJIL	Goettingen Journal of International Law
GLJ	German Law Journal
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GV	Generalversammlung der UN
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv. Int. Law J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. Law Pub. Policy	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
Hitotsubashi J. Law Pol.	Hitotsubashi Journal of Law and Politics
How. Law J.	Howard Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
ICC	International Criminal Court, Internationaler Strafgerichtshof
ICJ	International Court of Justice, Internationaler Gerichtshof
ICJ Rep.	International Court of Justice Reports
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IJCL	International Journal of Constitutional Law
ILO	International Labour Organization, Internationale Arbeitsorganisation
Ind. J. Global Legal Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
Ind. Law J.	Indiana Law Journal
Int. L. Theory	International Legal Theory
Int. Law Stud.	International Law Studies
IOLR	International Organizations Law Review
IWF	Internationaler Währungsfonds
J. Confl. Sec. Law	Journal of Conflict and Security Law
J. Leg. Edu.	Journal of Legal Education
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JWT	Journal of World Trade
JYIL	Japanese Yearbook of International Law
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz

Leg. Stud.	Legal Studies
LG	Landgericht (Deutschland)
LJIL	Leiden Journal of International Law
LQR	Law Quarterly Review
LSG	Landessozialgericht (Deutschland)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mich. J. Int. Law	Michigan Journal of International Law
Mich. St. Int. Law Rev.	Michigan State Journal of International Law
MLR	Modern Law Review
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations
N. Car. J. Int. Law Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
N. Y. Univ. J. Int. Law Politics	New York University Journal of International Law and Politics
NGO	Nichtregierungsorganisation
NILR	Netherlands International Law Review
NJIL	Nordic Journal of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. J. Int. Law Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. Law Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. Law J.	Ohio State Law Journal
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pace Y. B. Int'l L.	Pace Yearbook of International Law
pop	publiclaw.at online publications
PYIL	Polish Yearbook of International Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours
Res./RES	Resolution
RGDIP	Revue générale de droit international public
RITD	Revue internationale de la théorie du droit
RQDI	Revue Quebecoise de droit international
RW	Rechtswissenschaft
S. Diego Law Rev.	San Diego Law Review
S. Tex. Law Rev.	South Texas Law Review
SAPD	Studies in American Political Development

SBV	Schweizer Bundesverfassung
SG	Sozialgericht (Deutschland)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
South. Calif. Law Rev.	Southern California Law Review
SR	Sicherheitsrat der UN
Stanf. Law Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch (Deutschland)
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
SZB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Tex. Law Rev.	Texas Law Review
TIL	Theoretical Inquiries in Law
TLT	Transnational Legal Theory
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U.S./US	United States
UCLA Law Rev.	UCLA Law Review
UK	United Kingdom, Vereinigtes Königreich
UN-Ch.	UN-Charta, Charta der Vereinten Nationen
UNCIO	United Nations Conference on International Organization
Univ. Chic. Law Rev.	University of Chicago Law Review
Univ. Haw. Law Rev.	University of Hawai'i Law Review
Univ. Pa. Law Rev.	University of Pennsylvania Law Review
v.	von, vom/ versus
Va. J. Soc. Policy Law	Virginia Journal of Social Policy & the Law
Va. Law Rev.	Virginia Law Review
Vill. Law Rev.	Villanova Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHO	World Health Organisation, Weltgesundheitsorganisation
Wm. & Mary Law Rev.	William and Mary Law Review
WTO	World Trade Organisation, Welthandelsorganisation
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
Yale Law J.	Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law
YILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

## XVII

ZfP	Zeitschrift für Politik
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZsfgRw	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft

## ZUSAMMENFASSUNG

**Zielsetzung:** Aus dem nationalen Verfassungsrecht ist bekannt, dass konstitutionelles Recht nach anderen Methoden auszulegen ist als einfaches Recht. In dieser Arbeit wird dieser Erkenntnis entsprechend eine Auslegungslehre für das Völkerverfassungsrecht entwickelt. Die Konstitutionalisierungsdebatte, die seit dem Ende des Kalten Krieges begonnen hat, ist bisher nur unzureichend auf die Frage eingegangen, wie Völkerverfassungsrecht auszulegen ist. Die bisherigen Ansätze erschöpfen sich meist in der Feststellung, dass völkerrechtliche Verträge, die einen – nicht weiter definierten – „konstitutionellen Charakter“ haben, dynamisch beziehungsweise evolutiv auszulegen seien.

**Vorgehen:** Der Arbeit liegt die Annahme zugrunde, dass sich Gegenstand und Methode gegenseitig bedingen. Welche Methoden Anwendung finden, ist nicht allein aus der Sicht der Erkenntnistheorie zu beantworten, sondern vor allem aus Sicht des Verfassungsrechts und der in der Verfassung zum Ausdruck kommenden verfassungsgemäßen Verfassungstheorie. Die völkerverfassungsgerechte Auslegungslehre wird auf der Grundlage der Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft entwickelt. Nach dieser Theorie ist die UN-Charta die Verfassungsurkunde der internationalen Gemeinschaft. Davon ausgehend werden im Rahmen einer „mehrpolgigen“ Dialektik die Kritik an der klassischen juristischen Methode, die Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen, die bisherigen Ansätze der „konstitutionellen Interpretation“ und das materielle Völkerverfassungsrecht untersucht, um Anhaltspunkte für eine völkerverfassungsrichtige Auslegungslehre zu ermitteln. Daran anschließend werden die Erkenntnisse vor dem Hintergrund der Völkerverfassungstheorie und des Völkerverfassungsrechts zu Rahmenbedingungen und Kernelementen der Auslegungslehre weiterentwickelt und schließlich in einen Kanon an Auslegungsregeln überführt.

**Ergebnisse:** Die Arbeit ergibt, dass entgegen den bisherigen Ansätzen die Völkerverfassungsauslegung sowohl statisch als auch dynamisch zu erfolgen hat – je nachdem, welche Norm zu welchem Zeitpunkt ausgelegt wird. Das wesentlichste Merkmal der hier entwickelten Auslegungslehre besteht darin, dass sie die vielfach beschworene Offenheit und Dynamik der Verfassungsauslegung systematisch begründet und methodologisch bindet.

**Stichworte:** Auslegung, Charta der Vereinten Nationen, internationale Gemeinschaft, juristische Methode, Konstitutionalisierung, Konstitutionalismus, Verfassungsauslegung, Völkerverfassung, Völkerverfassungsauslegung, Völkerverfassungsrecht, völkerrechtliche Methodenlehre



## SUMMARY

**Objective:** It is known from national constitutional law that constitutional law should be construed through methods other than those pertaining to statutory law. Following this rationale, this study develops a comprehensive doctrine of interpretation of international constitutional law. The debate on the constitutionalisation of international law which unfolded after the end of the Cold War has so far produced only insufficient answers to the question of how international constitutional law should be interpreted. Those answers are usually limited to the statement that international treaties that have constitutional characteristics are to be interpreted in a dynamic or evolutionary manner.

**Approach:** This study is based on the assumption that Object and Method are mutually dependent. Which methods are to be applied cannot be answered only from the perspective of epistemology, but should be answered above all from the perspective of constitutional law and the constitutional theory expressed in the constitution itself. The doctrine of interpretation of international constitutional law is developed herein based on the theory of the UN Charter as the constitution of the international community. According to this theory, the UN Charter is the sole constitutional document of the international community. On this basis, critical views on classic legal methods, the constitutional interpretation in other constitutional orders, the previous approaches to „constitutional interpretation“ in international law and the provisions of international constitutional law are examined within the framework of a „multipolar“ dialectic to determine reference points for a doctrine of interpretation conforming to international constitutional law. Against the background of international constitutional theory and the substantive international constitutional law these reference points are then transformed into a framework and guiding principles of the doctrine of interpretation and finally translated to a catalogue of rules of interpretation.

**Findings:** This study shows that, contrary to the prevailing approach, international constitutional law must be construed both in a dynamic and a static manner – depending on which legal norm is interpreted at which point of time. The most essential feature of the doctrine of interpretation developed herein is that it systematically substantiates and methodologically binds the much-vaunted openness and dynamism of constitutional interpretation in international law.

**Keywords:** Interpretation, Charter of the United Nations, International Community, Constitutionalisation, Constitutionalism, Constitutional Interpretation, Interpretation of International Constitution, Constitution of International Law, Methodology of International Law.

## RÉSUMÉ

**Objectif:** Le droit constitutionnel national stipule que le droit constitutionnel devrait être interprété selon des méthodes différentes que celles qui relèvent du droit statutaire. Suivant cette logique, cette étude développe une doctrine complète d'interprétation du droit constitutionnel international. Le débat sur la constitutionnalisation du droit international qui s'est ouvert après la fin de la guerre froide n'a jusqu'à présent apporté que des réponses insuffisantes à la question de savoir comment interpréter le droit constitutionnel international. Ces réponses se limitent généralement à l'affirmation selon laquelle les traités internationaux comportant des caractéristiques constitutionnelles doivent être interprétés de manière dynamique ou évolutive.

**Approche:** Cette étude repose sur l'hypothèse que l'objet et la méthode sont interdépendants. Les méthodes à appliquer ne peuvent pas être traitées uniquement du point de vue épistémologique, mais doivent l'être avant tout du point de vue du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle exprimée dans la constitution elle-même. La doctrine d'interprétation du droit constitutionnel international est ici développée sur la base de la théorie de la Charte des Nations Unies en tant que constitution de la communauté internationale. Selon cette théorie, la Charte des Nations Unies est le seul document constitutionnel de la communauté internationale. Sur cette base, les points de vue critiques sur les méthodes juridiques classiques, l'interprétation constitutionnelle dans d'autres ordres constitutionnels, les approches antérieures de «l'interprétation constitutionnelle» en droit international et les dispositions du droit constitutionnel international sont examinés et confrontés afin d'établir un système de références sur lequel fonder une doctrine d'interprétation conforme au droit constitutionnel international. Sur la base de la théorie constitutionnelle internationale et du droit constitutionnel international matériel, ces points de référence sont ensuite transformés en un cadre et des principes directeurs de la doctrine de l'interprétation et finalement traduits en un catalogue de règles d'interprétation.

**Résultat:** Cette étude montre que, contrairement à l'approche prédominante, le droit constitutionnel international doit être interprété de manière à la fois dynamique et statique, en fonction de la règle interprétée et de son contexte temporel. La spécificité de la doctrine d'interprétation développée dans cette thèse consiste à lier de façon systématique et méthodologique l'ouverture et le dynamisme de l'interprétation constitutionnelle.

**Mots-clés:** Interprétation, Charte des Nations Unies, Communauté Internationale, Constitutionnalisation, Constitutionnalisme, Interprétation Constitutionnelle, Interprétation de la Constitution Internationale, Constitution du Droit Public International, Méthodologie

## LITERATURVERZEICHNIS

- Aaken, Anne van*, To do Away with International Law? Some Limits to the „Limits of International Law“, Review Essay of: Jack Goldsmith/Eric Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, EJIL 17 (2006) 289–308.
- Ackerman, Bruce*, Robert Bork’s Grand Inquisition, *Yale Law J.* 99 (1990) 1419–1439.
- Ackerman, David*, International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq, CRS Reports RS21314, 11. April 2003.
- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart/Frank, Stefan*, Österreichisches Staatsrecht, Grundlagen, Bd. 1, 2. Aufl., Wien 2011.
- Ago, Roberto*, Positive Law and International Law, *Am. J. Int. Law* 51 (1957) 691–733.
- Albert, Hans*, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986.
- Allott, Philip*, *Eunomia, New Order for a New World*, Oxford 2001.
- Allott, Philip*, The Emerging International Aristocracy, *N. Y. Univ. J. Int. Law Politics* 35 (2003) 309–338.
- Altwickler, Tilmann/Diggelmann, Oliver*, How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?, *EJIL* 25 (2014) 425–444.
- Altwickler, Tilmann/Diggelmann, Oliver*, What Should Remain of the Critical Approaches to International Law?, *International Law as Critique*, SZIER 24 (2014) 69–92.
- Alvarez, José*, *International Organizations as Law-makers*, Oxford 2006.
- Amar, Akhil*, Foreword: The Document and the Doctrine, *Harv. Law Rev.* 114 (2000) 26–134.
- Amar, Akhil*, *America’s Unwritten Constitution, The Precedents and Principles We Live By*, New York 2012.
- Amerasinghe, Chittharanjan*, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Aufl., Cambridge 2005.
- Amstutz, Marc*, Zwischenwelten, Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Joerges, Christian/Teubner, Gunther (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, 213–237.
- Anweiler, Jochen*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main 1997.

- Arangio-Ruiz, Gaetano*, The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations, RdC 137 (1972) 419–742.
- Arangio-Ruiz, Gaetano*, The Federal Analogy and the UN Charter Interpretation, A Crucial Issue, EJIL 8 (1997) 1–28.
- Arcari, Maurizio*, The Creeping Constitutionalization and Fragmentation of International Law, From „Constitutional“ to „Consistent“ Interpretation, PYIL 13 (2013) 9–25.
- Armington, Klaus/Milewicz, Karolina*, Compensatory Constitutionalisation, A Comparative Perspective, Global Society 22 (2008) 179–196.
- Arnould, Andreas von*, Völkerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2016.
- Arnould, Andreas von/Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Arnould/Münch/Kunig).
- Arnulf, Anthony*, The European Court and Judicial Objectivity, A Reply to Professor Hartley, LQR 112 (1996) 411–423.
- Aryal, Ravi*, Interpretation of Treaties, Law and Practice, New Delhi 2003.
- Augsberg, Ino/Vesting, Thomas*, Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Zu Karl-Heinz Ladeurs Rechts- und Gesellschaftstheorie, in: dies. (Hrsg.), Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Ausgewählte Aufsätze, Tübingen 2013, 1–17.
- Aust, Anthony*, Handbook of International Law, 2. Aufl., Cambridge 2010.
- Aust, Helmut*, Fundamental Rights of States, Constitutional Law in Disguise?, CJICL 5 (2016) 521–546.
- Aust, Helmut*, Eine völkerrechtsfreundliche Union? Grund und Grenze der Öffnung des Europarechts zum Völkerrecht, EuR 52 (2017) 106–120.
- Azubuike, Eustace*, Probing the Scope of Self Defense in International Law, Annu. Sur. Int. Comp. Law 17 (2011) 129–183.
- Badura, Peter*, § 270, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, 591–612 (zit. *Badura*, in: HStR, Bd. XII).
- Bagehot, Walter/Taylor, Miles*, The English Constitution, Oxford 1867 (Nachdruck 2001).
- Baldus, Christian/Vogel, Friederike*, Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre, grammatikalisches und historisches Element, in: Wallerath, Maximilian (Hrsg.), Fiat iustitia, Recht als Aufgabe der Vernunft, Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 237–252 (zit. *Baldus/Vogel*, in: FS Krause).

- Balkin, Jack*, Framework Originalism and the Living Constitution, *Nw. U. Law Rev.* 103 (2009) 549–614.
- Balkin, Jack*, *Living Originalism*, Cambridge, Mass. 2011.
- Barnett, Randy*, Judicial Pragmativism, A Definition, *Cato Journal* 4 (1985) 853–864.
- Barnett, Randy*, Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism, Foreword to the „Symposium on Law and Philosophy“, *Harv. J. Law Pub. Policy* 10 (1987) 273–294.
- Barnett, Randy*, Scalia’s Infidelity, A Critique of Faint-Hearted Originalism, *U. Cin. L. Rev.* 75 (2006-2007) 7–24.
- Bäumlin, Richard*, *Staat, Recht und Geschichte, Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, Entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich 1961.
- Beck, Ulrich*, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main 2007.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver*, *Verfassungsprozessrecht, Ein Lehr- und Handbuch*, 3. Aufl., Heidelberg 2012.
- Berger, Raoul*, Robert Bork’s Contribution to Original Intention, *Nw. U. Law Rev.* 84 (1989-1990) 1167–1189.
- Bernhardt, Rudolf*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte*, Köln 1963.
- Bernhardt, Rudolf*, Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties, Comments on Arts. 27, 28, 29, 38 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, *ZaöRV* 27 (1967) 491–506.
- Bernhardt, Rudolf*, Homogenität, Kontinuität und Dissonanzen in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, Eine Fall-Studie zum Südwestafrika/Namibia-Komplex, *ZaöRV* 33 (1973) 1–37.
- Bernhardt, Rudolf*, Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen, in: *ders./Miehsler, Herbert (Hrsg.), Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, Heidelberg 1973, 7–46.
- Bernhardt, Rudolf*, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, *GYIL* 42 (2000) 11–25.
- Bernhardt, Rudolf/Miehsler, Herbert (Hrsg.)*, *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, Heidelberg 1973.
- Bernstorff, Jochen von*, Sisyphus was an International Lawyer, On Martti Koskeniemi’s „From Apology to Utopia“ and the Place of Law in International Politics, *GLJ* 7 (2006) 1015–1035.

- Bettermann, Karl*, § 73, Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1996, 775–813 (zit. *Bettermann*, in: HStR, Bd. III).
- Biaggini, Giovanni*, Die Idee der Verfassung, Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, ZSchweizR 119 (2000) 445–476.
- Biaggini, Giovanni*, § 7, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: ders./Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, 79–95.
- Bianchi, Andrea*, Textual Interpretation and (International) Law Reading, The Myth of (in) Determinacy and the Genealogy of Meaning, in: Bekker, Peter/Dolzer, Rudolf/Waibel, Michael (Hrsg.), Making Transnational Law Work in the Global Economy, Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge 2010, 34–55 (zit. *Bianchi*, in: FS Vagts).
- Bickel, Alexander*, The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics, New York 1962.
- Bird, Alexander*, Thomas Kuhn, Princeton 2000.
- Black, Henry*, Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws, 2. Aufl., St. Paul 1911.
- Bleckmann, Albert*, Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht, ZaöRV 37 (1977) 504–529.
- Bleckmann, Albert*, Die Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts, Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht, Heidelberg 1978.
- Bleckmann, Albert*, Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht, Materialien zu einer allgemeinen Methoden- und Völkerrechtslehre, Köln 1981.
- Bleckmann, Albert*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht, Freiburg 1982.
- Bleckmann, Albert*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 35 (1982) 1177–1182.
- Bleckmann, Albert*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, Köln 1993.
- Bleckmann, Albert*, Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, JZ 50 (1995) 685–689.
- Blick, Andrew*, Beyond Magna Carta, A Constitution for the United Kingdom, Oxford 2015.
- Bobbitt, Philip/Graber, Mark*, Constitutional Interpretation, in: Hall, Kermit/Ely, James/Grossmann, Joel (Hrsg.), The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, 2. Aufl., Oxford 2005, 211–219.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders. (Hrsg.), Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976, 42–62.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders. (Hrsg.), Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976, 53–89.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 29 (1976) 2089–2099.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner/Wyduckel, Dieter (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, 317–332 (zit. *Böckenförde*, in: FS Scupin).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: Buschmann, Arno/Otte, Gerhard u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1983, 7–20 (zit. *Böckenförde*, in: FS Gmür).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, 3–14 (zit. *Böckenförde*, in: FS Lerche).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, § 24, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 429–496 (zit. *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II).
- Bodansky, Daniel*, Non Liquefies, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. VII, Oxford 2012, 697–700 (zit. *Bodansky*, in: MPEPIL, Bd. VII).
- Bogdandy, Armin von*, Globalization and Europe, How to Square Democracy, Globalization, and International Law, EJIL 15 (2004) 885–906.
- Bogdandy, Armin von*, Constitutionalism in International Law, Comment on a Proposal from Germany, Harv. Int. Law J. 47 (2006) 223–242.
- Bolton, John*, The Legal Case for Striking North Korea First, Does the Necessity of Self-Defense Leave „no Choice of Means, and no Moment of Deliberation“?, The Wall Street Journal (28.02.2018), abrufbar unter: [www.wsj.com/articles/the-legal-case-for-striking-north-korea-first-1519862374](http://www.wsj.com/articles/the-legal-case-for-striking-north-korea-first-1519862374) (zuletzt abgerufen am 01.08.2019).
- Bork, Robert*, Neutral Principles and some First Amendment Problems, Ind. Law J. 47 (1971) 1–36.

- Bork, Robert*, The Constitution, Original Intent, and Economic Rights, *S. Diego Law Rev.* 23 (1986) 823–832.
- Bork, Robert*, The Tempting of America, The Political Seduction of the Law, New York 1990.
- Bos, Maarten*, A Methodology of International Law, Amsterdam 1984.
- Breau, Susan*, The Constitutionalization of the International Legal Order, *LJIL* 21 (2008) 545–561.
- Brennan, William*, The Constitution of the United States, Contemporary Ratification, *S. Tex. Law Rev.* 27 (1985–1986) 433–446.
- Brenncke, Martin*, Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung, *EuR* 50 (2015) 440–460.
- Brest, Paul*, The Misconceived Quest for the Original Understanding, *Boston Univ. Law Rev.* 60 (1980) 204–238.
- Broude, Tomer/Paulus, Andreas*, The Development of the German Constitutional Approach to International Law, Introduction, *GJIL* 4 (2012).
- Brown, Chester*, The Inherent Powers of International Courts and Tribunals, *BYIL* 76 (2006) 195–244.
- Brownlie, Ian/Crawford, James*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Aufl., Oxford 2012.
- Brox, Hans*, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Leibholz, Gerhard/Faller, Hans/Mikat, Paul (Hrsg.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, 808–826 (zit. *Brox*, in: FS Geiger).
- Bruns, Viktor*, Völkerrecht als Rechtsordnung I, *ZaöRV* 1 (1929) 1–56.
- Bruns, Viktor*, Völkerrecht als Rechtsordnung II, Politische und Rechtsstreitigkeiten, *ZaöRV* 3 (1933) 445–487.
- Bryde, Brun-Otto*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 42 (2003) 61–75.
- Bryde, Brun-Otto*, International Democratic Constitutionalism, in: Macdonald, Ronald/Johnston, Douglas (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, Issues in the Legal Ordering of the World Community, Leiden 2005, 103–125.
- Buck, Carsten*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1997.
- Bumke, Christian*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Tübingen 2012, 33–47.
- Bydlinski, Franz*, *Recht, Methode und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1988.
- Bydlinski, Franz*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien 1991.



- Byers, Michael*, Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules, NJIL 66 (1997) 211–239.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Callies/Ruffert).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Funktion und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 48 (1993) 377–428.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Karl Larenz, in: Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Berlin 2010, 263–308.
- Canaris, Claus-Wilhelm/Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., München 2003.
- Cappelletti, Mauro*, Is the European Court of Justice „running wild“?, ELR 12 (1987) 3–17.
- Carey, George*, Separation of Powers and the Madisonian Model, A Reply to the Critics, APSR 72 (1978) 151.
- Cass, Deborah*, The Constitutionalization of the World Trade Organization, Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System, Oxford 2005.
- Cassese, Antonio*, Remarks on Scelle’s Theory of „Role Splitting“ (dédoulement fonctionnel) in International Law, EJIL 1 (1990) 210–231.
- Cassese, Antonio*, International Law, 2. Aufl., Oxford/New York 2005.
- Cerna, Christina*, Book Review: Charta der Vereinten Nationen by Bruno Simma, Am. J. Int. Law 87 (1993) 471–474.
- Chemerinsky, Erwin*, The Jurisprudence of Justice Scalia, A Critical Appraisal, Univ. Haw. Law Rev. 22 (2000) 385–401.
- Chesterman, Simon*, Rule of Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. VIII, Oxford 2012, 1014–1022 (zit. *Chesterman*, in: MPEPIL, Bd. VIII).
- Chesterman, Simon/Franck, Thomas/Malone, David*, Law and Practice of the United Nations, Documents and Commentary, New York 2008.
- Christensen, Ralph*, Was heisst Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989.

- Christensen, Ralph*, Sprache und Normativität oder wie man eine Fiktion wirklich macht, in: Krüper, Julian/Merten, Heike/Morlok, Martin (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2010, 128–138.
- Clapham, Andrew*, *Brierly's Law of Nations, An Introduction to the Role of International Law in International relations*, 7. Aufl., Oxford 2012.
- Classen, Claus*, Gesetzesvorbehalt und dritte Gewalt, JZ 58 (2003) 693–701.
- Cohen, Barak*, Empowering Constitutionalism with Text from an Israeli Perspective, *AUILR* 18 (2003) 585–650.
- Cohen, Jean*, Constitutionalism beyond the State: Myth or Necessity? A Pluralist Approach, *Humanity* 2 (2011) 127–158.
- Coing, Helmut*, Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, *NJW* 34 (1981) 2601–2604.
- Collins, Richard*, Classical Legal Positivism in International Law Revisited, in: Kammerhofer, Jörg/d'Aspremont, Jean (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge 2014, 23–49.
- Conforti, Benedetto/Focarelli, Carlo*, *The Law and Practice of the United Nations*, 4. Aufl., Leiden 2010.
- Conway, Gerard*, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge 2012.
- Corten, Olivier/Klein, Pierre* (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A commentary*, Oxford/New York 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Corten/Klein).
- Corwin, Edward*, Review: The Living Constitution, A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law, *APSR* 22 (1928) 461–463.
- Cottier, Thomas/Hertig, Maya*, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328.
- Craig, Paul*, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, *ELJ* 7 (2001) 125–150.
- Crawford, James*, The Progressive Development of International Law, History, Theory and Practice, in: Alland, Denis/Chetail, Vincent u. a. (Hrsg.), *Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law, Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden 2014, 3–22 (zit. *Crawford*, in: FS Dupuy).
- Cremer, Hans-Joachim*, Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?, *ZaöRV* 67 (2007) 267–296.
- Cremer, Hans-Joachim*, § 235, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, 369–412 (zit. *Cremer*, in: HStR, Bd. XI).

- Dahl, Robert*, A Preface to Democratic Theory, Chicago 1956.
- D'Amato, Anthony*, Is International Law Really „Law“?, *Nw. U. Law Rev.* 79 (1984) 1293–1314.
- Damme, Isabelle van*, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, Oxford 2009.
- Danwitz, Thomas von*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen 1996.
- Danwitz, Thomas von*, Die Kultur in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, *NJW* 58 (2005) 529–536.
- D'Aspremont, Jean*, Epistemic Forces in International Law, Foundational Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation, Northampton, MA 2015.
- Dawson, Mark/Witte, Bruno/Muir, Elise*, Introduction, The European Court of Justice as a Political Actor, in: dies. (Hrsg.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham 2013, 1–10.
- Dederichs, Mariele*, Die Methodik des EuGH, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 2004.
- Deeks, Ashley*, Taming the Doctrine of Pre-Emption, in: Weller, Marc (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, 661–678.
- Degenhart, Christoph*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, Bd. 1, 31. Aufl., Heidelberg 2015.
- Delaney, Erin*, Judiciary Rising, Constitutional Change in the United Kingdom, *Nw. U. Law Rev.* 108 (2014) 543–604.
- Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl., Berlin 2002.
- Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl., Berlin 2002.
- Dicey, Albert*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. Aufl., London 1915.
- Diggelmann, Oliver*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich, Zürich 2000.
- Diggelmann, Oliver*, Georges Scelle (1878–1961), in: Fassbender, Bardo/Peters, Anne (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012, 1163–1166.
- Diggelmann, Oliver*, The Periodization of the History of International Law, in: Fassbender, Bardo/Peters, Anne (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012, 997–1010.
- Diggelmann, Oliver*, Anmerkungen zu den Unschärfen des völkerrechtlichen Rechtsbegriffs, *SZIER* 26 (2016) 381–390.

- Diggelmann, Oliver/Altwicker, Tilmann*, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, *ZaöRV* 68 (2008) 623–650.
- Dixon, Martin*, Textbook on International Law, 7. Aufl., Oxford 2013.
- Djeffal, Christian*, Establishing the Argumentative DNA of International Law, A Cubistic View on the Rule of Treaty Interpretation and its Underlying Legal Culture(s), *TLT* 5 (2015) 128–157.
- Djeffal, Christian*, Static and Evolutive Treaty Interpretation, A Functional Reconstruction, Cambridge 2016.
- Dobler, Rudolph*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth, Günter/Hilpold, Peter (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Bern 2008, 509–559.
- Dodd, Walter*, Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law, *Yale Law J.* 29 (1919) 137.
- Doehring, Karl*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004.
- Doering-Manteuffel, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver*, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Tübingen 2015.
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Heidelberg/New York 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: *Dörr/Schmalenbach*).
- Dreier, Ralf*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: *Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden 1976, 13–47.
- Dreier, Ralf*, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, *JZ* 40 (1985) 353–359.
- Dreier, Ralf*, 40 Jahre Israel – Staat ohne Verfassung?, *Universitas* 43 (1988) 1288–1301.
- Driver, Justin*, The Constitutional Conservatism of the Warren Court, *Calif. Law Rev.* 100 (2012) 1101–1167.
- Dupuy, Pierre-Marie*, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, *MPYUNL* 1 (1997) 1–33.
- Dupuy, Pierre-Marie*, L'unité de l'ordre juridique international, *RdC* 297 (2002) 9–489.
- Dupuy, Pierre-Marie*, Taking International Law Seriously, On the German Approach to International Law, *GYIL* 50 (2007) 375–392.
- Dworkin, Ronald*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1978.

- Dworkin, Ronald*, Bork's Jurisprudence, *Univ. Chic. Law Rev.* 57 (1990) 657–677.
- Dyevre, Arthur/Jakab, András*, Foreword, *Understanding Constitutional Reasoning*, *GLJ* 14 (2013) 983–1016.
- Ehmke, Horst*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVDStRL* 20 (1963) 53–102.
- Ellscheid, Günter*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., Heidelberg 2010, 148–213.
- Ely, John*, Constitutional Interpretivism, Its Allure and Impossibility, *Ind. Law J.* 53 (1978) 399–448.
- Ely, John*, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980.
- Emmerich-Fritsche, Angelika*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin 2007.
- Engisch, Karl*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Vortrag, gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität am 6. Juli 1963, München 1963.
- Engström, Viljam*, *Constructing the Powers of International Institutions*, Leiden 2012.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, *Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970.
- Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, *Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4. Aufl., Tübingen 1990.
- Everling, Ulrich*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, *JZ* 55 (2000) 217–227.
- Kempen, Bernhard; Hillgruber, Christian*, *Fälle zum Völkerrecht*, 2. Aufl., München 2012.
- Fassbender, Bardo*, Die verfassungs- und völkerrechtsgeschichtliche Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648, in: Erberich, Ingo/Hörster, Ansgar u. a. (Hrsg.), *Frieden und Recht*, 38. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Stuttgart 1998, 9–52.
- Fassbender, Bardo*, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, *Colum. J. Transnatl. Law* 36 (1998) 531–616.
- Fassbender, Bardo*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, *A Constitutional Perspective*, Den Haag 1998.
- Fassbender, Bardo*, Quis iudicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control, *EJIL* 11 (2000) 219–232.
- Fassbender, Bardo*, Stories of War and Peace, On Writing the History of International Law in the „Third Reich“ and After, *EJIL* 13 (2002) 479–512.

- Fassbender, Bardo*, Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *EuGRZ* 30 (2003) 1–16.
- Fassbender, Bardo*, Die souveräne Gleichheit aller Staaten – ein angefochtenes Grundprinzip des Völkerrechts, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“) Nr. 43/2004 vom 18. Oktober 2004, 7–13.
- Fassbender, Bardo*, Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2, München 2004, 1089–1101 (zit. *Fassbender*, in: *FS Jayme*, Bd. 2).
- Fassbender, Bardo*, Sovereignty and Constitutionalism in International Law, in: Walker, Neil (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2006, 115–143.
- Fassbender, Bardo*, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-up Action by the United Nations, *IOLR* 3 (2006) 437–485.
- Fassbender, Bardo*, The UN-Charter as a Framework Constitution of the International Community, *ESIL Proc.* 1 (2006) 377–382.
- Fassbender, Bardo*, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, *AöR* 132 (2007) 257–286.
- Fassbender, Bardo*, Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht, in: Deppenheuer, Otto/Heintzen, Markus u. a. (Hrsg.), *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, 73–91 (zit. *Fassbender*, in: *FS Isensee*).
- Fassbender, Bardo*, The Meaning of International Constitutional Law, in: Tsagourias, Nicholas (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism, International and European Models*, Cambridge 2007, 307–329.
- Fassbender, Bardo*, „We the Peoples of the United Nations“, Constituent Power and Constitutional Form in International Law, in: Loughlin, Martin/Walker, Neil (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007, 269–290.
- Fassbender, Bardo*, Selbstverteidigung und Staatengemeinschaftsinteresse in der Zeit des Völkerbundes, Zur Vorgeschichte von Artikel 51 der UN-Charta, in: Bruha, Thomas/Heselhaus, Sebastian/Marauhn, Thilo (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral, Können Gerechtigkeitspostulate Kriege rechtfertigen?*, Tübingen 2008, 99–131.
- Fassbender, Bardo*, Rediscovering a Forgotten Constitution, Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order, in: Dunoff, Jeffrey/Trachtman, Joel (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge 2009, 133–147.

- Fassbender, Bardo*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, Leiden 2009.
- Fassbender, Bardo*, Sovereignty, in: Volger, Helmut (Hrsg.), A Concise Encyclopedia of the United Nations, 2. Aufl., Leiden 2010, 663–667.
- Fassbender, Bardo*, Triepel in Luxemburg, Die dualistische Sicht des Verhältnisses zwischen Europa- und Völkerrecht in der „Kadi-Rechtsprechung“ des EuGH als Problem des Selbstverständnisses der Europäischen Union, DÖV 63 (2010) 333–341.
- Fassbender, Bardo*, Denkschulen im Völkerrecht, in: ders./Wendehorst, Christiane u. a. (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht, Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, Heidelberg 2012, 1–31.
- Fassbender, Bardo*, Optimismus und Skepsis im Völkerrechtsdenken der Gegenwart, Zur Bedeutung von „Denkschulen“ in der Völkerrechtswissenschaft, DÖV 65 (2012) 41–48.
- Fassbender, Bardo*, Westphalia, Peace of (1648), in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. X, Oxford 2012, 865–870 (zit. *Fassbender*, in: MPEPIL, Bd. X).
- Fassbender, Bardo*, Menschenrechte als Utopie? Ihr Siegeszug im Verfassungs- und Völkerrecht und die Schwierigkeiten ihrer Durchsetzung, in: Schraut, Sylvia (Hrsg.), Menschenrechte und Geschichte, Die 13 Offenburger Forderungen des Volkes von 1847, Stuttgart 2015, 299–314.
- Fassbender, Bardo*, International Constitutional Law, Written or Unwritten?, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515.
- Fassbender, Bardo*, Written versus unwritten, Two Views on the Form of an International Constitution, in: Lang, Anthony/Wiener, Antje (Hrsg.), Handbook on Global Constitutionalism, Cheltenham 2017, 265–274.
- Fassbender, Bardo/Wendehorst, Christiane/Wet, Erika de/Peters, Anne/Michaels, Ralf/Tietje, Christian/Merkt, Hanno/Weiss, Friedl/Hein, Jan von* (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht, Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, Heidelberg 2012.
- Fastenrath, Ulrich*, Lücken im Völkerrecht, Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, Berlin 1991.
- Feldman, David*, Factors affecting the Choice of Techniques of Constitutional Interpretation, in: Mélin-Soucramanien, Ferdinand (Hrsg.), L'interprétation constitutionnelle, Paris 2005, 119–138.
- Feldman, David*, The Nature and Significance of „Constitutional“ Legislation, LQR 129 (2013) 343–358.

- Feldman, David*, Statutory Interpretation and Constitutional Legislation, LQR 130 (2014) 473–497.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos*, Sovereignty and Interpretation of International Norms, Berlin 2007.
- Feyerabend, Paul*, Wider den Methodenzwang, Frankfurt am Main 1986.
- Fischer, Christian*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2012.
- Fischer-Lescano, Andreas*, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 41 (2008) 166–177.
- Fleischer, Holger*, Europäische Methodenlehre, Stand und Perspektiven, RabelsZ 75 (2011) 700–729.
- Forsthoff, Ernst*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion, Hans/Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, Zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern, 3. Aufl., Berlin 1959, 35–62 (zit. *Forsthoff*, in: FS C. Schmitt).
- Franck, Thomas*, Book Review: The Law of International Institutions by D. W. Bowett, Harv. Law Rev. 77 (1964) 1565–1568.
- Franck, Thomas*, The „Powers of Appreciation“, Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?, Am. J. Int. Law 86 (1992) 519–523.
- Franck, Thomas*, Is the UN Charter a Constitution?, in: Frowein, Jochen (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden, Liber Amicorum Tono Eitel, Berlin 2003, 95–106 (zit. *Franck*, in: FS Eitel).
- Friedman, Barry/Smith, Scott*, The Sedimentary Constitution, Univ. Pa. Law Rev. 147 (1998) 1–90.
- Friedmann, Wolfgang*, The Changing Structure of International Law, London 1964.
- Friedrich, Manfred*, Der Methoden- und Richtungsstreit, Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre, AöR 102 (1977) 161–209.
- Fritzmaurice, Gerald*, The Law and Procedure of the International Court of Justice, Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points, BYIL 28 (1951) 1–28.
- Fritzmaurice, Gerald*, The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law, RdC 92 (1957) 1–227.
- Frouville, Olivier de*, On the Theory of the International Constitution, in: Alland, Denis/Chetail, Vincent u. a. (Hrsg.), Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law, Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy, Leiden 2014, 77–103 (zit. *de Frouville*, in: FS Dupuy).
- Frowein, Jochen*, Randbemerkungen zu den Grenzen des Richterrechts in rechtsvergleichender Betrachtung, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der



Universität Heidelberg (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, 527–540 (zit. *Frowein*, in: FS Universität Heidelberg).

*Frowein, Jochen*, Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law, RdC 248 (1994) 345–437.

*Frowein, Jochen*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Dicke, Klaus/Hummer, Waldemar/Girsberger, Daniel (Hrsg.), Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System, Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, Heidelberg 2000, 427–447.

*Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960.

*García-Salmones Rovira, Mónica*, The Project of Positivism in International Law, Oxford 2013.

*Gardiner, Richard*, Treaty Interpretation, 2. Aufl., Oxford 2015.

*Garvey, John/Aleinikoff, Thomas/Farber, Daniel*, Modern Constitutional Theory, A Reader, 5. Aufl., St. Paul 2004.

*Garwood-Gowers, Andrew*, Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility, A Test Case for the Doctrine of Pre-emptive Self-Defence?, J. Confl. Sec. Law 16 (2011) 263–291.

*Geis, Max-Emanuel*, Der Methoden- und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre, JuS 29 (1989) 91–96.

*Goldsmith, Jack/Posner, Eric*, The Limits of International Law, Oxford 2005.

*Goodrich, Leland*, The Political Role of the Secretary-General, IOLR 16 (1962) 720–735.

*Goodrich, Leland/Hambro, Edvard*, Charter of the United Nations, Commentary and Documents, 2. Aufl., London 1949.

*Goodrich, Peter*, The Rise of Legal Formalism, Or the Defences of Legal Faith, Leg. Stud. 3 (1983) 248–266.

*Gordon, Edward*, The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties, Some Observations on the Development of an International Constitutional Law, Am. J. Int. Law 59 (1965) 794–833.

*Gordon, Richard*, Constitutional Change and Parliamentary Sovereignty, The Impossible Dialectic, in: Qvortrup, Matt (Hrsg.), The British Constitution, Continuity and Change, A Festschrift for Vernon Bogdanor, Oxford 2013, 153–164 (zit. *Gordon*, in: FS Bogdanor).

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016.
- Graber, Mark*, The Nonmajoritarian Difficulty, Legislative Deference to the Judiciary, *SAPD* 7 (1993) 35–73.
- Graber, Mark*, The Countermajoritarian Difficulty, From Courts to Congress to Constitutional Order, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 4 (2008) 361–384.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EUV/EGV, 40. Aufl., München 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEU, 64. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Grasnack, Walter*, „... hätte es doch Methode“, *JR* 1998 179–184.
- Gray, Christine*, The Use of Force to Prevent the Proliferation of Nuclear Weapons, *JYIL* 52 (2009) 101–126.
- Green, Donald/Shapiro, Ian*, Pathologies of Rational Choice Theory, A Critique of Applications in Political Science, New Haven 1994.
- Green, Leslie*, Introduction, in: Raz, Joseph/Bulloch, Penelope (Hrsg.), The Concept of Law by Hart, H. L. A., 3. Aufl., Oxford 2012, xv–lii.
- Greenwood, Christopher*, Self Defense, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. IX, Oxford 2012, 103–113 (zit. *Greenwood*, in: MPEPIL, Bd. IX).
- Greschek, Eva*, Die evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT, Frankfurt am Main 2012.
- Grewe, Wilhelm*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1984.
- Grey, Thomas*, Do We Have an Unwritten Constitution?, *Stanf. Law Rev.* 27 (1975) 703–718.
- Grey, Thomas*, The Constitution as Scripture, *Stanf. Law Rev.* 37 (1984) 1–25.
- Grey, Thomas*, The Uses of an Unwritten Constitution, *Chi.-Kent. L. Rev* 64 (1988) 211–238.
- Grimm, Dieter*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, *AöR* 97 (1972) 489–537.
- Grimm, Dieter*, Verfassung (II), in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 6, Stuttgart 1990, 863–900.
- Grimm, Dieter*, § 1, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, 3–44 (zit. *Grimm*, in: HStR, Bd. I).

- Grimm, Dieter*, The Constitution in the Process of Denationalization, *Constellations* 12 (2005) 447–463.
- Grimm, Dieter*, The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, 3–22.
- Grimm, Dieter*, Die Zukunft der Verfassung II, Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, Berlin 2012.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Groeben/Schwarze/Hatje).
- Gross, Leo*, On the Degradation of the Constitutional Environment of the United Nations, *Am. J. Int. Law* 77 (1983) 569–584.
- Grote, Rainer*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, *AöR* 126 (2001) 10–59.
- Grundmann, Stephan*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Zugleich eine rechtsvergleichende Studie zur Auslegung im Völkerrecht und im Gemeinschaftsrecht, Konstanz 1997.
- Guzman, Andrew*, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, Oxford 2008.
- Häberle, Peter*, Zeit und Verfassung, Prolegomena zu einem „zeit-gerechten“ Verfassungsverständnis, *ZfP* 21 (1974) 111–137.
- Häberle, Peter*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, *JZ* 30 (1975) 297–305.
- Häberle, Peter*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, *JZ* 40 (1989) 913–919.
- Häberle, Peter*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1998.
- Häberle, Peter*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Neuausgabe des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2010.
- Häberle, Peter*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, Berlin 2013.
- Häberle, Peter/Kotzur, Markus*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden 2016.
- Habermas, Jürgen*, *Die postnationale Konstellation, Politische Essays*, Frankfurt am Main 1998.

- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1998.
- Habermas, Jürgen*, Der gespaltene Westen, Frankfurt am Main 2004.
- Habermas, Jürgen*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, Ein Essay zur Verfassung Europas, ZaöRV 72 (2012) 1–44.
- Haferkamp, Hans-Peter*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt am Main 2004.
- Hager, Günter*, Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009.
- Haltern, Ulrich*, Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende, AöR 128 (2003) 511–557.
- Haltern, Ulrich*, Völkerrecht und Liebe, in: Elm, Ralf (Hrsg.), Ethik, Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess, Eine interdisziplinäre Zusammenführung, Bochum 2003, 429–461.
- Haltern, Ulrich*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005.
- Haltern, Ulrich/Mayer, Franz/Möllers, Christoph*, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, Die Verwaltung 30 (1997) 51–74.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias*, Europarecht, 10. Aufl., Tübingen 2016.
- Hart, Herbert*, The Concept of Law, 3. Aufl., Oxford 2012.
- Hartley, Trevor*, The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, LQR 112 (1996) 95–109.
- Hassemer, Winfried*, Erscheinungsformen des modernen Rechts, Frankfurt am Main 2007.
- Hassemer, Winfried*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 40 (2007) 213–219.
- Hassemer, Winfried*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, 3–16.
- Hauriou, Maurice*, La théorie de l'institution et de la fondation, CNJ 4 (1925) 89–128.
- Haverkate, Görg*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977.
- Hegel, Georg*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nicolai 1820 (datiert auf 1821).
- Heitsch, Christian*, Die Transparenz der Entscheidungsprozesse als Element demokratischer Legitimation der Europäischen Union, EuR 36 (2001) 809–825.

- Henninger, Hartmut*, Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts, Das Handeln der Vereinten Nationen in der Konfliktnachsorge aus der Perspektive einer völkerrechtlichen Prinzipienlehre, Tübingen 2013.
- Herberger, Maximilian*, Rechtsdogmatik, in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, Basel 1992, 266–271.
- Herdegen, Matthias*, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 59 (2004) 873–879.
- Herdegen, Matthias*, Verfassungsgerichtsbarkeit als „pouvoir neutre“, ZaöRV 69 (2009) 257–266.
- Herdegen, Matthias*, Interpretation in International Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. VI, Oxford 2012, 260–273 (zit. *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI).
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 17. Aufl., München 2015.
- Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 16. Aufl., München 2017.
- Hesse, Konrad*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller, Jörg (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 261–272 (zit. *Hesse*, in: FS Huber).
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Heun, Werner*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaximen, in: ders. (Hrsg.), Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014, 213–238.
- Higgins, Rosalyn*, Problems and Process, International Law and How We Use It, Oxford 1994.
- Hillgruber, Christian*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 51 (1996) 118–125.
- Hillgruber, Christian*, Der Staat des Grundgesetzes - nur „bedingt abwehrbereit“? Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation, JZ 62 (2007) 209–218.
- Hillgruber, Christian*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008) 8–49.
- Hirsch, Philip-Alexander*, Legalization of International Politics, On the (Im)Possibility of a Constitutionalization of International Law from a Kantian Point of View, Fordham Int. Law J. 2 (2012) 479–518.
- Hobe, Stephan*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl., Tübingen 2014.
- Hobe, Stephan*, Europarecht, 9. Aufl., München 2017.
- Hoffmann, Birgit*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG, Berlin 2003.

- Hollerbach, Alexander*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt, AöR 46 (1960) 241–270.
- Holtzendorff, Franz von*, Grundrechtsverletzungen und Haftpflicht der Staaten, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Die völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen, Bd. 2, Hamburg 1887, 70–74.
- Holtzendorff, Franz von*, Wesen der Grundrechte und Grundpflichten, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Die völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen, Bd. 2, Hamburg 1887, 47–51.
- Höpfner, Clemens/Rüthers, Bernd*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009) 1–36.
- Höpner, Martin*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH), dms 3 (2010) 165–185.
- Höpner, Martin*, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration, Eine akteursbezogene Erklärung, BJS 21 (2011) 203–229.
- Höreth, Marcus*, The Least Dangerous Branch of European Governance? The European Court of Justice under the Checks and Balances Doctrine, in: Dawson, Mark/Witte, Bruno/Muir, Elise (Hrsg.), Judicial Activism at the European Court of Justice, Cheltenham 2013, 32–55.
- Horn, Norbert*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Heidelberg 2011.
- Hummer, Waldemar/Oberwexer, Walter*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour? Reflexionen über das britische Memorandum über den EuGH vom 23. 7. 1996 zur Frage der „korrigierenden Kodifikation“ von Richterrecht des EuGH, EuZW 8 (1997) 295–305.
- Hurrell, Andrew*, On Global Order, Power, Values, and the Constitution of International Society, Oxford 2007.
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht, 6. Aufl., München 2014.
- Isensee, Josef*, § 15, Staat und Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 3–107 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. II).
- Isensee, Josef*, § 191, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl., Heidelberg 2013, 413–568 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX).

- Isensee, Josef*, § 268, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, 483–557 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. XII).
- Jaenicke, Günther*, International Public Order, in: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, East African Community to Italy-United States Air Transport Arbitration (1965), Bd. 2, Amsterdam 1995, 1348–1351.
- Jellinek, Georg*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880.
- Jestaedt, Matthias*, Die Verfassung hinter der Verfassung, Vom Wesen und Wert der Verfassungstheorie, Paderborn 2009.
- Jestaedt, Matthias*, Richterliche Rechtsetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung, Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, 49–69.
- Jhering, Rudolf von*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, Leipzig 1904.
- Kadelbach, Stefan*, Völkerrecht als Verfassungsordnung? Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, ZaöRV 67 (2007) 599–621.
- Kadelbach, Stefan*, Interpretation of the Charter, in: Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus u. a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, A Commentary, 3. Aufl., Oxford 2012, 71–100.
- Kadelbach, Stefan/Kleinlein, Thomas*, Überstaatliches Verfassungsrecht, Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, AVR 44 (2006) 235–266.
- Kadelbach, Stefan/Kleinlein, Thomas*, International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles, GYIL 50 (2007) 303–348.
- Kahl, Arno/Müller, Thomas*, Anmerkungen zum aktuellen Verfassungsbegriff, pop 2010 5–13.
- Kälin, Walter*, Der Menschenrechtsschutz der UNO, Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?, in: ders./Cottier, Thomas (Hrsg.), Die Öffnung des Verfassungsrechts: Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller, recht Sonderheft 2005, 42–49.
- Kälin, Walter/Künzli, Jörg*, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel 2005.
- Kämmerer, Jörn*, Colonialism, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. II, Oxford 2012, 332–341 (zit. *Kämmerer*, in: MPEPIL, Bd. II).
- Kaufmann, Arthur*, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: Stolleis, Michael (Hrsg.), Die Bedeutung der

Wörter, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München 1991, 105–132 (zit. *Kaufmann*, in: FS Gagnér).

- Kaufmann, Arthur*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: ders./Hasssemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2010, 26–147.
- Kaufmann, Arthur*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: ders./Hasssemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2010, 1–25.
- Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Wien 1920.
- Kelsen, Hans*, The Law of the United Nations, A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, London 1951.
- Kelsen, Hans*, Théorie du droit international coutumier, in: Leben, Charles (Hrsg.), Hans Kelsen, Ecrits français de droit international, Paris 2001, 61–85.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Herausgegeben von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008.
- Kelsen, Hans*, Zur Theorie der Interpretation, in: Klecatsky, Hans/Marcic, René/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien 2010, 1113–1122.
- Kennedy, David*, International Law and the Nineteenth Century, History of an Illusion, NJIL 65 (1996) 385–420.
- Khan, Rahmatullah*, Decolonization, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. II, Oxford 2012, 1093–1098 (zit. *Khan*, in: MPEPIL, Bd. II).
- Kimminich, Otto*, Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl., München 1987.
- Kirchhof, Paul*, § 21, Die Identität der Verfassung, in: Isensee, Josef/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 261–316 (zit. *Kirchhof*, in: HStR, Bd. II).
- Kirchhof, Paul*, Rechtsphilosophische Fundierung des Richterrechts, Die Idee des Rechts, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, 71–83.
- Kirchhof, Paul*, § 273, Verfassung, Theorie und Dogmatik, in: Isensee, Josef/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, 693–760 (zit. *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII).
- Kirchmann, Julius Herrmann von*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Freiburg 1848 (Nachdruck 1990).



- Klabbers, Jan*, The Transformation of International Organizations Law, *EJIL* 26 (2015) 9–82.
- Klabbers, Jan*, International Legal Histories, The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation? *NILR* 50 (2003) 267–288.
- Klabbers, Jan*, Constitutionalism Lite, *IOLR* 1 (2004) 31–58.
- Klabbers, Jan*, Review: The United Nations Charter as the Constitution of the International Community by Bardo Fassbender, *IOLR* 6 (2009) 667–673.
- Klabbers, Jan*, Setting the Scene, in: ders./Peters, Anne/Ulfstein, Geir (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, 1–44.
- Klabbers, Jan*, Contending Approaches to International Organizations, Between Functionalism and Constitutionalism, in: ders./Wallendahl, Åsa (Hrsg.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Northampton 2011, 3–30.
- Klabbers, Jan*, Two Contending Approaches to the Law of International Organizations, in: ders./Wallendahl, Åsa (Hrsg.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham 2011, 3–31.
- Klabbers, Jan*, International Legal Positivism and Constitutionalism, in: Kammerhofer, Jörg/d'Aspremont, Jean (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge 2014.
- Klabbers, Jan*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl., Cambridge 2015.
- Klabbers, Jan*, *International Law*, 2. Aufl., Cambridge 2017.
- Klein, Eckart*, *Statusverträge im Völkerrecht, Rechtsfragen territorialer Sonderregime*, Berlin 1980.
- Klein, Eckart*, United Nations, Specialized Nations, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. X, Oxford 2012, 489–509 (zit. *Klein*, in: *MPEPIL*, Bd. X).
- Klein, Eckart/Schmahl, Stefanie*, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Vitzthum, Wolfgang Graf/Proelß, Alexander (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl., Berlin 2016, 237–350.
- Kleinlein, Thomas*, On Holism, Pluralism, and Democracy, Approaches to Constitutionalism beyond the State, *EJIL* 21 (2011) 1075–1084.
- Kleinlein, Thomas*, Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?, *GJIL* 4 (2012) 385–416.
- Kleinlein, Thomas*, Between Myths and Norms, Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, *NJIL* 81 (2012) 79–132.

- Kleinlein, Thomas*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, Berlin 2012.
- Kloepfer, Michael*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011.
- Knauff, Matthias*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *ZaöRV* 68 (2008) 453–490.
- Koch, Martin*, Verselbständigungsprozesse internationaler Organisationen, Wiesbaden 2008.
- Köck, Heribert*, Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention, Zur Bedeutung der Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention 1969, Berlin 1976.
- Koh, Tommy*, Foreword, in: Macdonald, Ronald/Johnston, Douglas (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism, Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden 2005, ix–xiii.
- Kokott, Juliane*, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, *ZaöRV* 64 (2004) 517–533.
- Kokott, Juliane*, Der *pouvoir neutre* im Recht der Europäischen Union, *ZaöRV* 69 (2009) 275–288.
- Kokott, Juliane/Doehring, Karl/Buergenthal, Thomas*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Kokott, Juliane/Sobotta, Christoph*, The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?, *EJIL* 23 (2012) 1015–1024.
- Kolb, Robert*, Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?, *ZaöRV* 64 (2004) 21–35.
- Kolb, Robert*, Du domaine réservé, *Réflexions sur la théorie de la compétence nationale*, *RGDIP* 110 (2006) 597–646.
- Kolb, Robert*, *Interprétation et création du droit international, Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Brüssel 2006.
- Koskenniemi, Martti*, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989.
- Koskenniemi, Martti*, Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations, in: Byers, Michael (Hrsg.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2001, 17–34.
- Koskenniemi, Martti*, *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2002.
- Koskenniemi, Martti*, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Cambridge 2005.

- Koskenniemi, Martti*, International Law in Europe, Between Tradition and Renewal, EJIL 16 (2005) 113–124.
- Koskenniemi, Martti*, Constitutionalism as Mindset, Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, TIL 8 (2006) 9–36.
- Koskenniemi, Martti*, The Legacy of the Nineteenth Century, in: Armstrong, James (Hrsg.), Routledge Handbook of International Law, London 2009, 141–153.
- Kotzur, Markus*, Wechselwirkung zwischen Europäischer Verfassungs- und Völkerrechtslehre, Eine Skizze zu den Methoden und Inhalten, in: Blankenagel, Alexander/Pernice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Liber amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, 289–308 (zit. *Kotzur*, in: FS Häberle).
- Krajewski, Markus*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welt-handelsorganisation (WTO), Berlin 2001.
- Kramer, Ernst*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2016.
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, § 272, Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienst der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, 659–692 (zit. *Kreuter-Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII).
- Krey, Volker*, Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III), JZ 33 (1978) 465–468.
- Krey, Volker*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), JZ 33 (1978) 361–368.
- Krey, Volker*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (II), JZ 33 (1978) 428–432.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Kriele, Martin*, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979.
- Krisch, Nico*, Beyond Constitutionalism, The Pluralist Structure of Postnational Law, Oxford 2012.
- Krüger, Herbert*, Subkonstitutionelle Verfassungen, DÖV 29 (1976) 613–624.
- Kruse, Hans*, Implied Powers und Implied Limitations, AVR 4 (1953) 169–182.
- Kühl, Kristian/Heger, Martin* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl).
- Kumm, Mattias*, The Legitimacy of International Law, A Constitutionalist Framework of Analysis, EJIL 15 (2004) 907–931.
- Kumm, Mattias*, The Best of Times and the Worst of Times, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 201–219.
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, Tübingen 1876.

- Ladeur, Karl-Heinz*, Postmoderne Verfassungstheorie, in: Augsberg, Ino/Vesting, Thomas (Hrsg.), *Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Ausgewählte Aufsätze*, Tübingen 2013, 77–98.
- Lahusen, Benjamin/Renner, Moritz*, Gespenster zweiter Ordnung, in: Calliess, Graf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas u. a. (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin 2009, 69–82 (zit. *Lahusen/Renner*, in: FS Teubner).
- Langenbacher, Katja*, Europarechtliche Methodenlehre, in: dies. (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, 1–40.
- Larenz, Karl*, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1966.
- Larenz, Karl*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1975.
- Larenz, Karl*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991.
- Larenz, Karl*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1992.
- Lauterpacht, Hersch*, *Westlake and Present Day International Law*, *Economica* 15 (1925) 307–325.
- Lauterpacht, Hersch*, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933.
- Lauterpacht, Hersch*, *Restrictive Approach and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, *BYIL* 26 (1949) 48–85.
- Lauterpacht, Hersch*, *Some Observations on the Prohibition of „Non Liqueur“ and the Completeness of the Law*, in: Asbeck, Frederik van (Hrsg.), *Symbolae Verzijl, présentées au professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXXX-ième anniversaire*, Den Haag 1958, 196–221 (zit. *Lauterpacht*, in: FS J. H. W. Verzijl).
- Lauterpacht, Hersch*, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1982 (Nachdruck 2010).
- Leisner, Walter*, *Betrachtungen zur Verfassungsauslegung*, *DÖV* 14 (1961) 641–653.
- Leisner, Walter*, *Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH*, *EuR* 42 (2007) 689–706.
- Lerche, Peter*, *Stil, Methode, Ansicht, Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem*, *DVBl* 76 (1961) 690–701.
- Lerche, Peter*, *Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln 1961.
- Levinson, Sanford*, *Law as Literature*, *Tex. Law Rev.* 60 (1982) 373–404.
- Lewis, Frederick*, *The Context of Judicial Activism, The Endurance of the Warren Court Legacy in a Conservative Age*, Lanham 1999.

- Ley, Isabelle*, Kant versus Locke, Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, *ZaöRV* 69 (2009) 317–345.
- Liivoja, Rain*, The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter, *ICLQ* 57 (2008) 583–612.
- Linde, Hans*, Judges, Critics, and the Realist Tradition, *Yale Law J.* 82 (1972) 227–256.
- Liste, Philip*, Völkerrecht-Sprechen, Die Konstruktion demokratischer Völkerrechtspolitik in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2012.
- Loughlin, Martin*, *Sword and Scales, An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Portland 2000.
- Loughlin, Martin*, Großbritannien, in: Bogdandy, Armin von/Cruz Villalón, Pedro u. a. (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Bd. I, Heidelberg 2007, 217–272.
- Loughlin, Martin*, What is Constitutionalisation?, in: Dobner, Petra/ders. (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, 47–70.
- Luhmann, Niklas*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997.
- Luhmann, Niklas*, *Organisation und Entscheidung*, Wiesbaden 2000.
- Macdonald, Ronald*, The United Nations Charter, Constitution or Contract?, in: ders./Johnston, Douglas (Hrsg.), *The Structure and Process of International Law, Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Dordrecht 1983, 889–912.
- Macdonald, Ronald*, The Charter of the United Nations as a World Constitution, in: Schmitt, Michael (Hrsg.), *International Law Across the Spectrum of Conflict, Essays in Honour of Professor L. C. Green on the Occasion of His Eightieth Birthday*, Newport 2000, 263–300 (zit. *Macdonald*, in: FS L. C. Green).
- Mantl, Wolfgang*, Hans Kelsen und Carl Schmitt, *Rechtstheorie* 3 (1982) 185–200.
- Marauhn, Thilo*, Plädoyer für eine grundlagenorientierte und zugleich anwendungsbezogene Völkerrechtswissenschaft, *ZaöRV* 67 (2007) 639–656.
- Marceau, Gabrielle*, A Call for Coherence in International Law, Praises for the Prohibition Against „Clinical Isolation“ in WTO Dispute Settlement, *JWT* 33 (1999) 87–152.
- Marshall, Geoffrey/Yardley, David*, Constitutional Jurisdiction in the United Kingdom, *ZaöRV* 22 (1962) 540–559.
- Mastronardi, Philippe*, *Juristisches Denken, Eine Einführung*, Bern 2001.
- Mastronardi, Philippe*, *Angewandte Rechtstheorie*, Bern 2009.
- Mastronardi, Philippe/Windisch, Florian*, *Vernünftig wissenschaftlich entscheiden, Zur Verfassung des interrationalen wissenschaftlichen Diskurses*, Berlin 2013.

- Matz-Lück, Nele*, Treaties, Conflict Clauses, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. IX, Oxford 2012, 1093–1096 (zit. *Matz-Lück*, in: MPEPIL, Bd. IX).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 83. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 54. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge).
- Maurer, Hartmut*, *Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 6. Aufl., München 2010.
- May, James/Daly, Erin*, *Global Environmental Constitutionalism*, New York 2014.
- McBain, Howard*, *The Living Constitution, A Consideration of the Realities and Legends of our Fundamental Law*, New York 1937.
- McDougal, Myres/Lasswell, Harold/Reisman, W.*, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, *J. Leg. Edu.* 19 (1967) 253–300.
- McDowell, Gary*, *Interpretivism and Noninterpretivism*, in: Hall, Kermit/Ely, James/Grossmann, Joel (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl., Oxford 2005, 504.
- McNair, Arnold*, *The Functions and Differing Legal Character of Treaties*, *BYIL* 11 (1930) 100–118.
- Mégret, Frédéric*, *Globalization*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. IV, Oxford 2012, 493–503 (zit. *Mégret*, in: MPEPIL, Bd. IV).
- Meng, Werner*, *Das Recht der internationalen Organisationen, Eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, Zugleich eine Untersuchung zur Rechtsnatur des Rechtes der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden 1979.
- Menzenbach, Steffi/Netterscheidt, Anja/Beckebanze, Maren/Kuhn, Lena*, *Änderungen des Grundgesetzes seit 1949, Inhalt, Datum, Abstimmungsergebnis und Textvergleich*, *WD 3 – 380/09*, 18. November 2009.
- Miehler, Herbert*, *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, in: Bernhardt, Rudolf/ders. (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, Heidelberg 1973, 47–83.
- Milewicz, Karolina*, *Emerging Patterns of Global Constitutionalization, Toward a Conceptual Framework*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 413.

- Mohnhaupt, Heinz*, Verfassung (I), in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 6, Stuttgart 1990, 831–862.
- Möllers, Christoph*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Möllers, Christoph*, § 3, Methoden, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Abmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Bd. I, München 2012, 123–178.
- Morgenthau, Hans*, Positivism, Functionalism, and International Law, *Am. J. Int. Law* 34 (1940) 260–284.
- Mosler, Hermann*, The International Society as a Legal Community, *RdC* 140 (1974) 1–320.
- Mosler, Hermann*, Völkerrecht als Rechtsordnung, *ZaöRV* 36 (1976) 6–49.
- Mosler, Hermann*, The International Society as a Legal Community, *Alphen aan den Rijn* 1980.
- Mowbray, Alastair*, The Creativity of the European Court of Human Rights, *HRLR* 5 (2005) 57–79.
- Mueller, Karl/Castillo, Jasen/Morgan, Forrest/Pegahi, Negeen/Rosen, Brian*, *Striking First, Preemptive and Preventive Attack in U.S. National Security Policy*, Santa Monica, CA 2006.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, *Juristische Methodik, Europarecht*, Bd. II, 3. Aufl., Berlin 2012.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, *Juristische Methodik, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Bd. I, 11. Aufl., Berlin 2013.
- Murkens, Jo*, The Quest for Constitutionalism in UK Public Law Discourse, *OJLS* 29 (2009) 427–455.
- Murphy, Sean*, The Doctrine of Preemptive Self-Defense, *Vill. Law Rev.* 50 (2005) 699–748.
- Neergaard, Ulla/Nielsen, Ruth/Roseberry, Lynn*, *European Legal Method, Paradoxes and Revitalisation*, Copenhagen 2011.
- Neff, Stephen*, A Short History of International Law, in: Evans, Malcolm (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., Oxford 2014, 3–28.
- Nehne, Timo*, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Tübingen 2012.
- Neumann, Ulfrid*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie* 32 (2001) 239–255.

## L

- Neumann, Ulfrid*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/ders. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2010, 385–400.
- Neuner, Jörg*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München 2005.
- Neuner, Jörg*, § 12, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., Berlin 2015, 245–262.
- Nichol, Gene*, Bork's Dilemma, Va. Law Rev. 76 (1990) 337–348.
- Niesen, Peter*, Constituent Power in Global Constitutionalism, in: Lang, Anthony/Wiener, Antje (Hrsg.), Handbook on Global Constitutionalism, Cheltenham 2017, 222–233.
- Nolte, Barbara*, Uniting for Peace, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl., München 1991, 950–956.
- Nolte, Georg*, Kosovo und Konstitutionalisierung, Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten, ZaöRV 59 (1999) 941–960.
- Nolte, Georg*, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008) 130–156.
- Nowak, Manfred/McArthur, Elizabeth/Buchinger, Kerstin*, The United Nations Convention against Torture, A Commentary, Oxford 2008.
- Obayemi, Olumide*, Legal Standards Governing Pre-Emptive Strikes and Forcible Measures of Anticipatory Self-Defense under the U.N. Charter and General International Law, Annu. Sur. Int. Comp. Law 12 (2006) 19–42.
- O'Donoghue, Aoife*, Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalization Debate, OJLS 32 (2012) 799–822.
- O'Donoghue, Aoife*, Constitutionalism in Global Constitutionalisation, Cambridge 2014.
- Ohlin, Jens*, The Doctrine of Legitimate Defense, Int. Law Stud. 91 (2015) 119–154.
- Oppenheim, Lassa*, The Science of International Law, Its Task and Method, Am. J. Int. Law 2 (1908) 313–356.
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus/Nettesheim, Martin*, Europarecht, 7. Aufl., München 2016.
- Opsahl, Torkel*, An „International Constitutional Law“?, ICLQ 10 (1961) 760–784.
- Orakhelashvili, Alexander*, The Acts of the Security Council, Meaning and Standards of Review, MPYUNL 11 (2007) 183–198.
- Orakhelashvili, Alexander*, The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford 2008.
- Ossenbühl, Fritz*, Probleme und Wege der Verfassungenauslegung, DÖV 18 (1965) 649–661.



- Ossenbühl, Fritz*, § 100, Gesetz und Recht - Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, 135–182 (zit. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V).
- Patberg, Markus*, Constituent Power beyond the State, An Emerging Debate in International Political Theory, Millennium 42 (2013) 224–238.
- Patberg, Markus*, Souveränität als Kompetenzdistribution, Zum Konzept der supra-staatlichen Verfassungspolitik, in: Volk, Christian/Kuntz, Friederike (Hrsg.), Der Begriff der Souveränität in der transnationalen Konstellation, Baden-Baden 2014, 79–108.
- Patberg, Markus*, Usurpation und Autorisierung, Dissertation, Frankfurt am Main 2018.
- Paulus, Andreas*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, München 2001.
- Paulus, Andreas*, Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, The Legitimacy of International Law and the Role of the State, Mich. J. Int. Law 25 (2004) 1047–1073.
- Paulus, Andreas*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67 (2007) 695–719.
- Paulus, Andreas*, The International Legal System as a Constitution, in: Dunoff, Jeffrey/Trachtman, Joel (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge 2009, 69–109.
- Paulus, Andreas*, Between Constitutionalization and Fragmentation, Concepts and Reality of International Law in the 21st Century, in: Hellmann, Gunther (Hrsg.), Justice and Peace, Interdisciplinary Perspectives on a Contested Relationship, Frankfurt am Main 2013, 163–172.
- Paulus, Andreas*, Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Perspektive, in: ders./Dethloff, Nina u. a. (Hrsg.), Internationales, nationales und privates Recht, Hybridisierung der Rechtsordnungen?, Immunität, Heidelberg 2014, 7–46.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen, Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- Payandeh, Mehrdad*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 66 (2006) 41–71.

- Payandeh, Mehrdad*, Internationales Gemeinschaftsrecht, Zur Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Strukturen im Völkerrecht der Globalisierung, Berlin 2010.
- Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola*, § 7, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., Berlin 2015, 125–145.
- Peczenik, Aleksander*, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien 1983.
- Pernice, Ingolf*, Die Europäische Verfassung, in: Cremer, Hans-Joachim/Giegerich, Thomas u. a. (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, 1319–1345 (zit. *Pernice*, in: FS Steinberger).
- Pernice, Ingolf*, The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism, A Legal Response to the Challenges of Globalisation, in: Dupuy, Pierre-Marie/Fassbender, Bardo u. a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl 2006, 973–1005 (zit. *Pernice*, in: FS Tomuschat).
- Pernice, Ingolf*, Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes, in: Calliess, Christian (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum Deutschen und Europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006, Tübingen 2007, 61–92.
- Pernice, Ingolf*, The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action, Colum. J. Eur. Law 15 (2009) 349–407.
- Pernice, Ingolf*, La Rete Europea di Costituzionalità, Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 70 (2010) 51–71.
- Peters, Anne*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001.
- Peters, Anne*, Global Constitutionalism in a Nutshell, in: Dicke, Klaus/Hobe, Stephan u. a. (Hrsg.), Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück, Berlin 2005, 535–550 (zit. *Peters*, in: FS Delbrück).
- Peters, Anne*, Global Constitutionalism Revisited, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67.
- Peters, Anne*, Compensatory Constitutionalism, The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, LJIL 19 (2006) 579–610.
- Peters, Anne*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft, Wider den epistemischen Nationalismus, ZaöRV 67 (2007) 721–776.
- Peters, Anne*, Conclusions, in: Klabbers, Jan/dies./Ulfstein, Geir (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009, 342–352.
- Peters, Anne*, Humanity as the  $\Lambda$  and  $\Omega$  of Sovereignty, EJIL 20 (2009) 513–544.

- Peters, Anne*, Membership in the Global Constitutional Community, in: Klabbers, Jan/dies./Ulfstein, Geir (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, 153–263.
- Peters, Anne*, The Merits of Global Constitutionalism, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 397–411.
- Peters, Anne*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung, Zur Neubestimmung der Verhältnisse, *ZÖR* 65 (2010) 3–63.
- Peters, Anne*, Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?, *LJIL* 24 (2011) 95–108.
- Peters, Anne*, Das Gründungsdokument internationaler Organisationen als Verfassungsvertrag, *ZÖR* 68 (2013) 1–57.
- Peters, Anne*, Constitutional Fragments, On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law, Centre for Global Constitutionalism St Andrews - Working Paper 2 (2015) 1–42.
- Peters, Anne*, The Refinement of International Law, From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization, *IJCL* 15 (2017) 671–704.
- Peters, Anne/Altwicker, Tilmann*, Europäische Menschenrechtskonvention, Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2. Aufl., München 2012.
- Peters, Anne/Armingeon, Klaus*, Introduction, Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 385–395.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities, *CMLRev.* 20 (1983) 397–437.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden? Verfassungsrechtliche Bindungen der Außenhandelspolitik, *EA* 44 (1989) 55–64.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization, *EJIL* 6 (1995) 161–22.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the „International Law Revolution“, in: Götz, Volkmar/Selmer, Peter/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke zum 85. Geburtstag*, Berlin 1998, 313–352 (zit. *Petersmann*, in: FS Jaenicke).
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?, *Mich. J. Int. Law* 20 (1999) 1–30.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Time for a United Nations „Global Compact“ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations, *EJIL* 13 (2002) 621–650.

- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Constitutional Approaches to International Law, Interrelationships between National, International and Cosmopolitan Constitutional Rules, in: Bröhmer, Jürgen/Bieber, Roland u. a. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln 2005, 207–222 (zit. *Petersmann*, in: FS Ress).
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, *ZaöRV* 65 (2005) 543–585.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization, Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society, *LJIL* 19 (2006) 633–667.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism, in: Joerges, Christian/ders. (Hrsg.), Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Oxford 2006, 5–58.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Narrating „International Economic Law“, Methodological Pluralism and Its Constitutional Limits, *ZaöRV* 74 (2014) 763–821.
- Piris, Jean-Claude*, Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?, *EuR* 35 (2000) 311–349.
- Pollux (Hambro, Edvard)*, The Interpretation of the Charter, *BYIL* 23 (1946) 54–82.
- Popper, Karl*, Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie, Aufgrund von Manuskripten aus den Jahren 1930–1933, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2010.
- Poscher, Ralf*, Theorie eines Phantoms, Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, *RW* 1 (2010) 349–372.
- Posner, Richard*, What has Pragmatism to offer Law, *South. Calif. Law Rev.* 63 (1989–1990) 1653–1670.
- Posner, Richard*, Pragmatic Adjudication, *Card. Law Rev.* 18 (1996–1997) 1–20.
- Posner, Richard*, The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, *Calif. Law Rev.* 100 (2012).
- Prandini, Riccardo*, The Morphogenesis of Constitutionalism, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 309–326.
- Preuss, Ulrich*, Disconnecting Constitutions from Statehood, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 23–46.
- Pulkowski, Dirk*, The Law and Politics of International Regime Conflict, Oxford 2014.
- Purvis, Nigel*, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harv. Int. Law J.* 32 (1991) 81–127.

- Puttler, Adelheid*, § 98, Völkergewohnheitsrecht, in: Kube, Hanno/Morgenthaler, Gerd u. a. (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, Bd. I, München 2013, 1044–1055 (zit. *Puttler*, in: FS Kirchhof, Bd. I).
- Quaritsch, Helmut*, Standort und Aufgaben der Staatslehre heute, in: Neuhaus, Helmut (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Kurt G. A. Jeserich zum 90. Geburtstag*, Köln 1994, 355–371 (zit. *Quaritsch*, in: FS Jeserich).
- Randelzhofer, Albrecht*, Ziele und Grundsätze der UN, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl., München 1991, 1151–1158.
- Rasmussen, Hjalte*, *On Law and Policy in the European Court of Justice, A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht 1986.
- Rasmussen, Hjalte*, *The European Court of Justice*, Copenhagen 1998.
- Redish, Martin/Arnould, Matthew*, *Judicial Review, Constitutional Interpretation, and the Democratic Dilemma, Proposing a „Controlled Activism“ Alternative*, Fla. Law Rev. 64 (2012) 1485–1537.
- Rehnquist, William*, *The Notion of a Living Constitution*, Harv. J. Law Pub. Policy 29 (2006) 401–415.
- Reimer, Franz*, Ziele und Zuständigkeiten, Die Funktionen der Unionszielbestimmungen, EuR 38 (2003) 992–1012.
- Reisman, Michael/Armstrong, Andrea*, *The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense*, Am. J. Int. Law 100 (2006) 525–550.
- Ress, Georg*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaöRV 36 (1976) 227–279.
- Ress, Georg*, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: ders./Schreuer, Christoph (Hrsg.), *Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Heidelberg 1982, 7–60.
- Ress, Georg*, *Auslegung der Charta*, in: Simma, Bruno (Hrsg.), *Charta der Vereinten Nationen, Kommentar*, München 1991, XLV–LXVIII.
- Ress, Georg*, *The Interpretation of the Charter*, in: Simma, Bruno (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, München 1994, 25–45.
- Ress, Georg*, *Interpretation of the Charter*, in: Simma, Bruno (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2. Aufl., Oxford 2002, 13–32.
- Richers, Dominik*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, ZaöRV 67 (2007) 509–540.
- Riesenhuber, Karl*, § 1, Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 3. Aufl., Berlin 2015, 1–5.

- Rittberger, Volker/Zangl, Bernhard/Kruck, Andreas*, Internationale Organisationen, 4. Aufl., Wiesbaden 2013.
- Roberts, Guy*, The Counterproliferation Self-Help Paradigm, A Legal Regime for Enforcing the Norm Prohibiting the Proliferation of Weapons of Mass Destruction, *Denv. J. Int. Law Policy* 27 (1999) 483–539.
- Röhl, Klaus*, Rechtssoziologie, Köln 1987.
- Röhl, Klaus/Röhl, Hans*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008.
- Romano, Santi*, L'ordinamento giuridico, Studi sul concetto le fonti e i caratteri del diritto, Pisa 1918.
- Romano, Santi*, Corso di diritto internazionale, Padova 1926.
- Rosenne, Shabtai*, Is the Constitution of an International Organization an International Treaty? Reflections on the Codification of the Law of Treaties, *Comunicazioni e Studi* 12 (1966) 21–89.
- Rosenne, Shabtai*, The Law and Practice of the International Court, 1920 - 2005, The Court and the United Nations, Bd. 1, 4. Aufl., Leiden 2006.
- Rosenne, Shabtai*, International Court of Justice (ICJ), in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. V, Oxford 2012, 459–487 (zit. *Rosenne*, in: MPEPIL, Bd. V).
- Roth, Wulf-Henning*, Europäische Verfassung und europäische Methodenlehre, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844.
- Rudolf, Beate*, United Nations Committees and Subsidiary Bodies, System of, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. X, Oxford 2012, 295–302 (zit. *Rudolf*, in: MPEPIL, Bd. X).
- Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.
- Ruffert, Matthias/Walter, Christian*, Institutionalisiertes Völkerrecht, Das Recht der Internationalen Organisationen und seine wichtigsten Anwendungsfelder, 2. Aufl., München 2015.
- Rüthers, Bernd*, Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, *NJW* 49 (1996) 1249–1253.
- Rüthers, Bernd*, Methodenfragen als Verfassungsfragen?, *Rechtstheorie* 40 (2009) 253–283.
- Rüthers, Bernd*, Rechtswissenschaft ohne Recht?, *NJW* 64 (2011) 434–435.
- Sachs, Michael*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2018, 4–20 (zit. *Sachs*, in: Sachs).
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2018 (zit. *Be-arbeiter*, in: Sachs).

- Sands, Philippe/Klein, Pierre*, *Bowett's Law of International Institutions*, 6. Aufl., London 2009.
- Satō, Tetsuo*, *Constituent Instruments of International Organizations and Their Interpretative Framework*, Introduction to the Principal Doctrines and Bibliography, *Hitotsubashi J. Law Pol.* 14 (1986) 1–22.
- Satō, Tetsuo*, *Evolving Constitutions of International Organizations, A Critical Analysis of the Interpretative Framework of the Constituent Instruments of International Organizations*, Den Haag 1996.
- Sauer, Ernst*, *Zur Grundlegung völkerrechtlichen Methodologie*, *NJIL* 33 (1963) 121–131.
- Sauer, Tom*, *The Preventive and Pre-Emptive Use of Force, To be Legitimized or to be De-Legitimized?*, *Ethical Perspectives* 11 (2004) 130–143.
- Savigny, Friedrich Carl von*, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, *ZsfgRw* 1 (1815) 1–18.
- Savigny, Friedrich Carl von*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840.
- Savigny, Friedrich Carl von*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Berlin 1840.
- Scalia, Antonin*, *Originalism, The Lesser Evil*, *U. Cin. L. Rev.* 57 (1988-1989) 849–866.
- Scalia, Antonin*, *Common-Law Courts in a Civil-Law System, The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in: ders./Gutmann, Amy (Hrsg.), *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton 1998, 3–48.
- Scalia, Antonin/Garner, Bryan*, *Reading Law, The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul 2012.
- Scelle, Georges*, *Le Droit constitutionnel international*, in: Duquesne, Joseph (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg*, Paris 1933, 501–516 (zit. *Scelle*, in: *FS Carré de Malberg*).
- Scelle, Georges*, *Règles générales du droit de la paix*, *RdC* 46 (1933) 327–703.
- Schachter, Oscar/Kelsen, Hans*, *The Law of the United Nations*, *Yale Law J.* 60 (1951) 189–193.
- Schauer, Frederick*, *Easy Cases*, *South. Calif. Law Rev.* 58 (1985) 399–440.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, *NJW* 32 (1979) 1321–1329.
- Schermers, Henry*, *The European Court of Justice, Promoter of European Integration*, *Am. J. Comp. Law* 22 (1974) 444–464.

- Schermers, Henry/Blokker, Niels*, International Institutional Law, Unity Within Diversity, 4. Aufl., Boston 2003.
- Scheuner, Ulrich*, Aussprache und Schlussworte, VVDStRL 20 (1963) 103–134.
- Scheuner, Ulrich*, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) 1–100.
- Schilling, Theodor*, The Autonomy of the Community Legal Order, An Analysis of Possible Foundations, Harv. Int. Law J. 37 (1996) 389–409.
- Schladebach, Marcus*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Eine Verteidigung, Der Staat 53 (2014) 263–283.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl., München 2015.
- Schlüter, Dietrich*, Materialobjekt/Formalobjekt, in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 5, Basel 1980, 870.
- Schmid-Aßmann, Eberhard*, § 26, Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 541–612 (zit. *Schmid-Aßmann*, in: HStR, Bd. II).
- Schmitt, Carl*, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 7. Aufl., Berlin 1996.
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, 9. Aufl., Berlin 2003.
- Schmitt, Michael*, Preemptive Strategies in International Law, Mich. J. Int. Law 24 (2003) 515–548.
- Schmoeckel, Mathias*, The Internationalist as a Scientist and Herald, Lassa Oppenheim, EJIL 11 (2000) 699–712.
- Schmoeckel, Mathias*, Lassa Oppenheim (1858–1919), in: Fassbender, Bardo/Peters, Anne (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford 2012, 1152–1155.
- Schneider, Hans-Peter*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 28 (1975) 443–452.
- Schneider, Hans-Peter*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidung, NJW 33 (1980) 2103–2111.
- Schneider, Peter*, In dubio pro libertate, in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Im Auftrage der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, 263–290 (zit. *Schneider*, in: FS Deutscher Juristentag, Bd. II).



- Schönberger, Christoph*, Bundeslehre und Europäische Union, in: Franzius, Claudio/Mayer, Franz/Neyer, Jürgen (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden 2010, 87–96.
- Schöndorf, Harald*, Gegenstand/Objekt, in: Brugger, Walter/ders. (Hrsg.), *Philosophisches Wörterbuch*, Freiburg 2010, 149.
- Schrijver, Nico*, The Future of the Charter of the United Nations, *MPYUNL* 10 (2006) 1–34.
- Schröder, Jan*, Begriffsjurisprudenz, in: Cordes, Albrecht/Lück, Heiner u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Aachen – Geistliche Bank, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 2008, 500–502.
- Schröder, Jan*, Recht als Wissenschaft, *Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 - 1933)*, 2. Aufl., München 2012.
- Schröder, Meinhard*, Revision der Charta, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl., München 1991, 701–706.
- Schroeder, Werner*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Tübingen 2002.
- Schüle, Adolf*, Leitsätze zum Bericht von Prof. Schüle, in: ders./Gamillschegg, Franz u. a. (Hrsg.), *Methoden der Völkerrechtswissenschaft*, Heidelberg 1959, 23–24.
- Schüle, Adolf*, *Methoden der Völkerrechtswissenschaft*, AVR 8 (1959) 129–150.
- Schüle, Adolf/Gamillschegg, Franz/Möller, Hans/Bülck, Hartwig* (Hrsg.), *Methoden der Völkerrechtswissenschaft*, Heidelberg 1959.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, in: Leibholz, Gerhard/Häberle, Peter (Hrsg.), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen 2002, 1–68.
- Schuppert, Gunnar*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein 1980.
- Schuppert, Gunnar*, Self-restraints der Rechtsprechung, Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, *DVBl* 103 (1988) 1191–1200.
- Schuppert, Gunnar*, Verfassung und Verfassungsstaatlichkeit in multidisziplinärer Perspektive, in: Huber, Peter/Brenner, Michael/Möstl, Markus (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes, Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, 529–552 (zit. *Schuppert*, in: FS Badura).
- Schwartzmann, Rolf*, Private im Wirtschaftsvölkerrecht, Tübingen 2005.

- Schwöbel, Christine*, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden 2011.
- Schwöbel, Christine*, *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, *GLJ* 13 (2012) 1–22.
- Scobbie, Ian*, *Hersch Lauterpacht (1897–1960)*, in: Fassbender, Bardo/Peters, Anne (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012, 1179–1182.
- Seydel, Max von*, *Der Bundesstaatsbegriff*, *ZgStW* 28 (1872) 185–257.
- Seydel, Max von*, *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg 1893.
- Shaw, Malcolm*, *International Law*, Cambridge 2014.
- Sicilianos, Linos-Alexander*, *The European Court of Human Rights Facing the Security Council, Towards Systemic Harmonization*, *ICLQ* 66 (2017) 783–804.
- Siegel, Reva*, *Heller and Originalism’s Dead Hand*, *In Theory and Practice*, *UCLA Law Rev.* 56 (2009) 1399–1424.
- Simma, Bruno*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *RdC* 250 (1994) 217–384.
- Simma, Bruno*, *Human Rights*, in: Tomuschat, Christian (Hrsg.), *The United Nations at Age Fifty, A Legal Perspective*, Den Haag 1995, 263–280.
- Simma, Bruno*, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, *EJIL* 6 (1995) 33–54.
- Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 3. Aufl., Oxford 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus).
- Simma, Bruno/Paulus, Andreas*, *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts, A Positivist View*, *Am. J. Int. Law* 93 (1999) 302–316.
- Simma, Bruno/Pulkowski, Dirk*, *Of Planets and the Universe, Self-contained Regimes in International Law*, *EJIL* 17 (2006) 483–529.
- Skubiszewski, Krzysztof*, *Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter*, in: Bernhardt, Rudolf/Geck, Wilhelm u. a. (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte*, Festschrift für Hermann Mosler, Berlin 1983, 891–902 (zit. *Skubiszewski*, in: FS Mosler).
- Slager, Katherine*, *Legality, Legitimacy and Anticipatory Self-Defense, Considering an Israeli Preemptive Strike on Iran’s Nuclear Program*, *N. Car. J. Int. Law Com. Reg.* 38 (2012) 267–325.
- Sloan, Blaine*, *The United Nations Charter as a Constitution*, *Pace Y. B. Int’l L.* 1 (1989) 61–126.
- Smend, Rudolf*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928.

- Sofaer, Abraham*, On the Necessity of Pre-emption, *EJIL* 14 (2003) 209–226.
- Sohn, Louis*, The UN System as Authoritative Interpreter of its Law, in: Schachter, Oscar/Joyner, Christopher (Hrsg.), *United Nations Legal Order*, Bd. 1, Cambridge 1995, 169–229.
- Starck, Christian*, *Verfassungen, Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*, Tübingen 2009.
- Starck, Christian*, § 271, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, 613–658 (zit. *Starck*, in: *HStR*, Bd. XII).
- Stein, Ekkehart/Frank, Götz*, *Staatsrecht*, 21. Aufl., Tübingen 2010.
- Stein, Torsten*, Der Bundespräsident als „pouvoir neutre“?, *ZaöRV* 69 (2009) 249–256.
- Stein, Torsten/Buttlar, Christian von/Kotzur, Markus*, *Völkerrecht*, 14. Aufl., München 2017.
- Stern, Klaus*, Interpretation – eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, *NJW* 11 (1958) 695–698.
- Stern, Klaus*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, Bd. I, 2. Aufl., München 1984.
- Stern, Klaus*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Bd. III/2, München 1994.
- Stoll, Peter-Tobias*, Freihandel und Verfassung, Einzelstaatliche Gewährleistung und die konstitutionelle Funktion der Welthandelsorganisation (GATT/WTO), *ZaöRV* 57 (1997) 83–146.
- Stolleis, Michael*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914 bis 1945*, Bd. 3, München 2002.
- Stone, Julius*, Non Liqueur and the Function of Law in the International Community, *BYIL* 35 (1959) 124–161.
- Strauss, David*, Common Law Constitutional Interpretation, *Univ. Chic. Law Rev.* 63 (1996) 877–935.
- Strauss, David*, The Common Law Genius of the Warren Court, *Wm. & Mary Law Rev.* 49 (2007) 845–879.
- Strauss, David*, Do We Have a Living Constitution?, *Drake Law Rev.* 59 (2010-2011) 973–984.
- Strauss, David*, *The Living Constitution*, Oxford 2010.

- Streinz, Rudolf*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw. Unionsrechts durch den EuGH, Eine kritische Betrachtung, in: Griller, Stefan/Riill, Heinz (Hrsg.), *Rechtstheorie: Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung*, Wien 2011, 209–264.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl., München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Streinz).
- Streinz, Rudolf*, *Europarecht*, 10. Aufl., Heidelberg 2016.
- Susani, Nadine*, United Nations, Purposes and Principles, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. X, Oxford 2012, 418–427 (zit. *Susani*, in: MPEPIL, Bd. X).
- Suy, Eric*, The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organization and the Hierarchy of Norms, in: Beyerlin, Ulrich/Bothe, Michael u. a. (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin 1995, 267–277 (zit. *Suy*, in: FS Bernhardt).
- Sydow, Gernot*, Der geplante Supreme Court für das Vereinigte Königreich im Spiegel der britischen Verfassungsreformen, *ZaöRV* 64 (2004) 65–94.
- Szurek, Sandra*, La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?, in: Cot, Jean-Pierre/Pellet, Alain/Forteau, Mathias (Hrsg.), *La charte des Nations Unies*, Commentaire article par article, 3. Aufl., Paris 2005, 29–69.
- Taki, Hiroshi*, Opinio Juris and the Formation of Customary International Law, A Theoretical Analysis, *GYIL* 51 (2008) 447–466.
- Terhechte, Jörg*, Die Europäische Union als Innovationsverbund, Innovationsverfassung und rechtliche Innovationen in der EU, *EuR* 52 (2017) 3–30.
- Teubner, Gunther*, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.
- Teubner, Gunther*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien, Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges, Christian/ders. (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, 25–46.
- Teubner, Gunther*, Globale Zivilverfassungen, Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 63 (2003) 1–28.
- Teubner, Gunther*, Societal Constitutionalism, Alternatives to State-centred Constitutional Theory, in: Joerges, Christian/Sand, Inger-Johanne/ders. (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford 2004, 3–28.
- Teubner, Gunther*, Fragmented Foundations, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, 327–342.
- Teubner, Gunther*, *Constitutional Fragments, Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford 2012.

- Teubner, Gunther/Fischer-Lescano, Andreas*, Regime-Collisions, The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, *Mich. J. Int. Law* 25 (2004) 999–1046.
- Teubner, Gunther/Korth, Peter*, Zwei Arten des Rechtspluralismus, Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft, in: Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen, Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden 2009, 137–168.
- Thierry, Hubert*, The European Tradition in International Law: Georges Scelle, The Thought of Georges Scelle, *EJIL* 1 (1990) 193–209.
- Thirlway, Hugh*, *The Sources of International Law*, Oxford 2014.
- Thomas, Clarence*, Toward a „Plain Reading“ of the Constitution, The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation, *How. Law J.* 30 (1987) 983–996.
- Thürer, Daniel*, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: ders./Aubert, Jean-François/Müller, Jörg (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, 37–62.
- Thürer, Daniel*, Europa zwischen Erfahrung und Experiment – eine rule-of-law-Perspektive, *ZSE* 6 (2008) 7–35.
- Timmermans, Christiaan*, The Constitutionalization of the European Union, *YEL* 21 (2001) 1–11.
- Tomuschat, Christian*, *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1972.
- Tomuschat, Christian*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *VVDStRL* 36 (1978) 7–64.
- Tomuschat, Christian*, Obligations Arising for States Without or Against Their Will, *RdC* 241 (1993) 195–374.
- Tomuschat, Christian*, Die internationale Gemeinschaft, *AVR* 33 (1995) 1–20.
- Tomuschat, Christian*, Foreword, in: ders. (Hrsg.), *The United Nations at Age Fifty, A Legal Perspective*, Den Haag 1995, ix–xii.
- Tomuschat, Christian*, International Law as the Constitution of Mankind, in: Vereinte Nationen (Hrsg.), *International Law on the Eve of the Twenty-First Century, Views from the International Law Commission*, New York 1997, 27–50.
- Tomuschat, Christian*, International Law, Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *RdC* 281 (1999) 8–438.
- Tomuschat, Christian*, United Nations, General Assembly, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. X, Oxford 2012, 371–380 (zit. *Tomuschat*, in: *MPEPIL*, Bd. X).

- Toth, Akos*, Review: On Law and Policy in the European Court of Justice by H. Rasmussen, YEL 7 (1987) 411–413.
- Treves, Tullio*, Customary International Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. II, Oxford 2012, 937–957 (zit. *Treves*, in: MPEPIL, Bd. II).
- Tribe, Laurence/Dorf, Michael*, Levels of Generality in the Definition of Rights, Univ. Chic. Law Rev. 57 (1990) 1057–1108.
- Triepel, Heinrich*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.
- Triepel, Heinrich*, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich, Tübingen 1907.
- Tsagourias, Nicholas*, Introduction, Constitutionalism: a theoretical roadmap, in: ders. (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, International and European Models, Cambridge 2007, 1–15.
- Tsagourias, Nicholas*, Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter, and the Principle of Subsidiarity, LJIL 24 (2011) 539–559.
- Tschentscher, Axel*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- Tschentscher, Axel*, Dialektische Rechtsvergleichung, Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 62 (2007) 807–816.
- Uerpman, Robert*, Internationales Verfassungsrecht, JZ 56 (2001) 565–573.
- Ulfstein, Geir*, Institutions and Competences, in: Klabbers, Jan/Peters, Anne/ders. (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009, 45–80.
- Ulfstein, Geir*, The International Judiciary, in: Klabbers, Jan/Peters, Anne/ders. (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009, 126–152.
- Ulfstein, Geir*, The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism, GJIL 4 (2012) 575–583.
- Ullmann, Walter*, Law and politics in the Middle Ages, An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas, London 1975.
- Unruh, Peter*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, Tübingen 2002.
- Vec, Miloš*, From the Congress of Vienna To the Paris Peace Treaties of 1919, in: Fassbender, Bardo/Peters, Anne (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford 2012, 654–677.
- Venzke, Ingo*, How Interpretation Makes International Law On Semantic Change and Normative Twists, Oxford 2012.
- Verdross, Alfred*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien 1926.
- Verdross, Alfred*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, Eine Einführung, Freiburg 1973.

- Verdross, Alfred/Simma, Bruno*, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, Berlin 1976.
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno*, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984.
- Vermeule, Adrian*, Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason Columbia Law Review, Colum. Law Rev. 107 (2007) 1482–1532.
- Vesting, Thomas*, Constitutionalism or Legal Theory, Comments on Gunther Teubner, in: Joerges, Christian/Sand, Inger-Johanne/Teubner, Gunther (Hrsg.), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford 2004, 29–40.
- Vidmar, Jure*, Norm Conflicts and Hierarchy in International Law, Towards a Vertical International Legal System?, in: de Wet, Erika/ders. (Hrsg.), Hierarchy in International Law, The Place of Human Rights, Oxford 2012, 13–41.
- Viehweg, Theodor*, Topik und Jurisprudenz, München 1953.
- Viehweg, Theodor*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1974.
- Villiger, Mark*, The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 40 Years After, RdC 344 (2011) 9–192.
- Villiger, Mark E.* (Hrsg.), Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Villinger).
- Vitzthum, Nikolaus Graf*, Methoden für das Europarecht, GPR 6 (2009) 129–132.
- Vitzthum, Wolfgang Graf*, Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts, in: Vitzthum, Wolfgang Graf/Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl., Berlin 2016, 1–60.
- Vogel, Joachim*, Juristische Methodik, Berlin 1998.
- Vogenaier, Stefan*, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts, Plädoyer und Programm, ZEuP 13 (2005) 234–263.
- Volkmann, Uwe*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 60 (2005) 261–271.
- Volkmann, Uwe*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008) 58–88.
- Voßkuhle, Andreas*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004) 450–459.
- Voßkuhle, Andreas*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010) 1–8.
- Voßkuhle, Andreas*, § 1, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, Bd. I, München 2012, 1–64.

- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 57 (2002) 673–682.
- Waele, Henri de/Vleuten, Anna van der*, Judicial Activism in the European Court of Justice, The Case of LGBT Rights, Mich. St. Int. Law Rev. 19 (2013) 639–666.
- Wahl, Rainer*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Der Staat 39 (2000) 495–518.
- Wahl, Rainer*, Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, JuS 41 (2001) 1041–1048.
- Wahl, Rainer*, In Defence of „Constitution“, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 220–242.
- Waldock, Claud*, The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, RdC 81 (1951) 451–517.
- Waldock, Claud*, General Course on Public International Law, RdC 106 (1962) 1–251.
- Waldock, Claud*, Third Report on the Law of Treaties, YILC 1964-II 5–65.
- Walker, Neil*, Constitutional Change in the EU, Between Uniformity and Flexibility, in: de Búrca, Gráinne/Scott, Joanne (Hrsg.), Constitutional Change in the EU, From Uniformity to Flexibility?, Oxford 2000, 9–30.
- Walker, Neil*, The Idea of Constitutional Pluralism, MLR 65 (2002) 317–359.
- Walker, Neil*, Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation, in: Weiler, Joseph/Wind, Marlene (Hrsg.), European Constitutionalism beyond the State, Cambridge 2003, 27–54.
- Walker, Neil*, Beyond the Holistic Constitution?, in: Dobner, Petra/Loughlin, Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 291–308.
- Warbrick, Colin*, The Principle of Sovereign Equality, in: Lowe, Vaughan/ders. (Hrsg.), United Nations and the Principles of International Law, Essays in Memory of Michael Akehurst, London 1994, 204–229.
- Weber, Max*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, ArchSozWiss. 19 (1904) 22–87.
- Weber, Max*, Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.
- Wechsler, Herbert*, Toward Neutral Principles of Constitutional Law Review, Harv. Law Rev. 73 (1959) 1–35.
- Weiler, Joseph*, The Court of Justice on Trial, A Review of Hjalte Rasmussen: On Law and Policy in the European Court of Justice, CMLRev. 24 (1987) 555–589.
- Weiler, Joseph/Trachtman, Joel*, European Constitutionalism and Its Discontents, Nw. J. Int. Law Bus. 17 (1996–1997) 354–397.



- Werner, Wouter*, The Never-Ending Closure, Constitutionalism and International Law, in: Tsagourias, Nicholas (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, International and European Models, Cambridge 2007, 329–367.
- Wet, Erika de*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, Oxford 2004.
- Wet, Erika de*, The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order, LJIL 19 (2006) 611–632.
- Wet, Erika de*, The International Constitutional Order, ICLQ 55 (2006) 51–76.
- White, Nigel*, The United Nations System, Toward International Justice, Boulder 2002.
- White, Nigel*, Hierarchy in Organizations, Regional Bodies and the United Nations, in: Tsagourias, Nicholas (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, International and European Models, Cambridge 2007, 135–159.
- Wieacker, Franz*, Vom Nutzen und Nachteil des Szientismus in der Rechtswissenschaft, in: Kaulbach, Friedrich/Krawietz, Werner (Hrsg.), Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlin 1978, 745–764 (zit. *Wieacker*, in: FS Schelsky).
- Wiegandt, Jan*, Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung? Eine Anmerkung zum Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht, ZaöRV 71 (2011) 31–76.
- Wilfred, Jenks*, Some Constitutional Problems of International Organizations, BYIL 22 (1945) 11–72.
- Wilson, Woodrow*, Constitutional Government in the United States, New York 1908.
- Wolcher, Louis*, A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom, Va. J. Soc. Policy Law 13 (2005) 239–298.
- Wolff, Heinrich*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000.
- Wolfrum, Rüdiger*, General International Law (Principles, Rules, and Standards), in: ders. (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. IV, Oxford 2012, 344–368 (zit. *Wolfrum*, in: MPEPIL, Bd. IV).
- Wolfrum, Rüdiger*, Legitimacy in International Law, in: ders. (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. VI, Oxford 2012, 808–814 (zit. *Wolfrum*, in: MPEPIL, Bd. VI).
- Wood, Michael*, „Constitutionalization“ Of International Law, A Sceptical Voice, in: Kaikobad, Kayan/Bohlander, Michael (Hrsg.), International Law and Power, Perspectives on Legal Order and Justice, Leiden 2009, 85–98.

- Wood, Stephan/Clarkson, Stephen*, NAFTA Chapter 11 as Supraconstitution, Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 43/2009.
- Wright, Skelly*, Role of the Supreme Court in a Democratic Society – Judicial Activism or Restraint?, *Cornell Law Rev.* 54 (1968–1969) 1–28.
- Wright, Skelly*, Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court, *Harv. Law Rev.* 84 (1971) 769–805.
- Zacklin, Ralph*, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968.
- Zemanek, Karl*, Book Review: Bardo Fassbender, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, *ARIEL* 14 (2009) 651–653.
- Zemanek, Karl*, Can International Law be „Constitutionalized“?, in: Kohen, Marcelo/Kolb, Robert/Tehindrazanarivelo, Djacoba (Hrsg.), *Perspectives of International Law in the 21st Century, Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Leiden 2012, 25–46 (zit. *Zemanek*, in: FS Dominicé).
- Zietlow, Rebecca*, The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters), *Ohio St. Law J.* 69 (2008) 255–294.
- Zimmermann, Andreas/Tomuschat, Christian/Oellers-Frahm, Karin/Tams, Christian* (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2. Aufl., Oxford 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams).
- Zippelius, Reinhold*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012.
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl., München 2008.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung, Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1996.

## EINLEITUNG

Mit dieser Arbeit soll eine Auslegungslehre des Völkerverfassungsrechts entwickelt werden – aber *was* ist das Völkerverfassungsrecht? Völkerrechtler<sup>1</sup> sind sich uneinig; erst recht darin, *wie* das Völkerverfassungsrecht ist. Es fehlt bereits ein klares Bauchgefühl: Demokratie, Freiheit und Menschenrechte oder Einheit, Recht und Ordnung sind häufige Erwartungen an Verfassungen, die das internationale Recht nicht einzulösen scheint. Nicht wenige sehen heute eine genau entgegengesetzte Entwicklung der internationalen Ordnung: Völkerrecht wird immer regionaler, bilateraler und bruchstückhafter; nationale Interessen werden über internationale gestellt und ehemals aktive Staaten ziehen sich aus der internationalen Gemeinschaft zurück. Kurzum: Die Fakten, die die internationale Politik schafft, lassen gegenwärtig scheinbar keinen Raum für eine Völkerverfassung.

Ist die „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ dann also bloß akademische Fantasie? Eine mittlerweile überholte Theorie, die Idealisten in den 1990er Jahren zur Zeit eines weltweiten Optimismus erdachten?

In der Tat, die Konstitutionalisierungsdebatte ist akademisch – die „Völkerverfassungsidee“<sup>2</sup> ist abstrakt und holistisch. Das allein macht die „Völkerverfassungsthese“ aber nicht zu einem rein theoretischen oder bloß idealistischen Erklärungsmodell. Der Vorwurf gegenüber der „Völkerverfassungsrechtswissenschaft“<sup>3</sup>, nicht den Mittelweg zwischen Idealismus und Realismus zu finden, verkennt, dass sie ihr

---

<sup>1</sup> In dieser Arbeit wird anstelle des generischen Maskulinums – ohne Regelmäßigkeit, aber in und mit gleicher Bedeutung – auch das generische Femininum verwendet.

<sup>2</sup> In dieser Arbeit werden die Begriffe „Konstitutionalisierungsidee“, „Völkerverfassungsidee“, „Konstitutionalisierungsthese“ und „Völkerverfassungsthese“ überwiegend synonym verwendet und weit verstanden, d. h. sie umfassen neben dem Phänomen der „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ auch Teile des mit „Konstitutionalismus“ umschriebenen akademischen Projekts der Verbreitung konstitutioneller Überlegungen auf internationaler Ebene; zur Unterscheidung siehe *Peters*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 397–411, 397 f.

<sup>3</sup> Die Völkerverfassungsrechtswissenschaft wird hier als Subdisziplin der Völkerrechtswissenschaft verstanden, die sich rechtsdogmatisch und bisher vor allem rechtstheoretisch mit dem Völkerverfassungsrecht bzw. mit der (möglichen) konstitutionellen Dimension überstaatlicher Rechtsordnungen auseinandersetzt. Sie umfasst insofern auch Teile des politischen Konstitutionalismus; zum Begriff der Völkerverfassungsrechtswissenschaft siehe auch *Fassbender*, in: *Loughlin/Walker* (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 269; *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 1.

„kritisches Potenzial“<sup>4</sup> gerade aus dem Ideellen schöpft. Es ist das Präskriptive – also das, was rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung ausmacht –, was einer Völkerverfassung ihren Wert verleiht.<sup>5</sup>

Diese normative Ausrichtung belegt aber weder, dass Tatsachen vernachlässigt werden, noch widerlegt sie die Völkerverfassungsidee als solche. Die Völkerverfassungsrechtswissenschaft ringt hier, ganz ähnlich wie ihr nationales Gegenstück, lediglich mit dem Verhältnis von Verfassungsrecht zu Verfassungswirklichkeit. Auch im Nationalstaat bedingen sich auf oberster Rechtsebene Sein und Sollen in eigentümlicher Weise; manchmal fallen sie auch im Nationalstaat auseinander, ohne dass deshalb die Idee oder die Existenz der staatlichen Verfassung infrage gestellt werden würde oder müsste.<sup>6</sup>

Die Völkerverfassungsrechtswissenschaft hingegen reagiert auf dieses Auseinanderfallen nicht selten überzogen: Entweder sie sorgt sich zu stark um die (fehlende) Wirkung der Völkerverfassung auf die internationale Politik.<sup>7</sup> Oder, häufiger noch, zieht sie sich auf eine rein politische, bisweilen rechtskonstruktivistische Position zurück.<sup>8</sup> Die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen erklärt sie dann damit, dass das Völkerverfassungsrecht gerade erst im Begriff sei, sich zu entwickeln. Die Konstitutionalisierung sei also (nur) ein Projekt; etwas, das es erst noch zu erreichen gelte. Aus

---

<sup>4</sup> Peters, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 351 (Übersetzung durch den Verfasser); Fassbender hat bereits in seiner Dissertation das „kritische Potenzial“ der Völkerverfassungsthese erkannt und daraus Anforderungen an die Reform des Veto-Rechts im Sicherheitsrat abgeleitet, siehe Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, 1998; das genannte „kritische Potenzial“ darf nicht verwechselt werden mit dem „critical approach“ im Völkerrecht; zum critical approach siehe z. B. Altwickler/Diggelmann, *SZIER* 24 (2014) 69–92.

<sup>5</sup> Peters, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 343, passim; zu den seit jeher bestehenden unterschiedlichen Auffassungen, was Völkerrecht leisten kann und soll, siehe Fassbender, *DÖV* 65 (2012) 41–48; kritisch gegenüber einem allzu präskriptiven Verständnis von Völkerrechtswissenschaft ist Dupuy, *RdC* 297 (2002) 9–489, 211.

<sup>6</sup> Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 41 ff., insb. Rn. 47 f.; zum vielschichtigen Verhältnis von Verfassungsrecht und Politik siehe Isensee, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557.

<sup>7</sup> So z. B. Peters, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 348 ff., 351 f.

<sup>8</sup> Diggelmann/Altwickler, *ZaöRV* 68 (2008) 623–650, 642 ff.; in die konstruktivistische Richtung geht auch Kleinlein, *NJIL* 81 (2012) 79–132, 131 f.; ders., *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 617 ff., passim, 686 – mit Bezug auf die Diskurstheorie; in ähnliche Richtung geht Peters, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 343, passim.

wissenschaftlicher Sicht ist das legitim. Ginge man diesen Weg aber zu Ende, entbände man die Völkerverfassungstheorie von der Verpflichtung, geltendes Völkerrecht zu besprechen. Damit würde sie zu einem allein politischen Unterfangen werden, dem die Rechtswissenschaft nur noch als Stichwortgeber diene. Die Konstitutionalisierung gäbe es dann auch nur, solange dieses Projekt Unterstützer fände.

Den politischen Aspekt der Völkerverfassungstheorie darf man sicherlich nicht unterschätzen. Man schöpft das Potenzial der Konstitutionalisierungsidee aber nicht aus, wenn man nur auf das Politische blickt: Die Konstitutionalisierung hat fraglos Einfluss auf die Rechtsanwendung – eine ureigene Aufgabe der Juristen. Den Einfluss belegen Entscheidungen internationaler Gerichte, die schon sehr früh Argumente enthielten, die aus der nationalen Verfassungstheorie stammen: Bereits der Ständige Internationale Gerichtshof wendete sinngemäß die Implied-Powers-Lehre auf internationale Organisationen an;<sup>9</sup> und auch der Internationale Gerichtshof bediente sich nach kurzer Zeit dieses Arguments, später sogar unter ausdrücklicher Nennung des Begriffs.<sup>10</sup> Dabei ist diese Doktrin eine der ältesten Ideen, die zur Auslegung des US-amerikanischen Verfassungsrechts herangezogen werden.<sup>11</sup> Zu solchen konstitutionell begründeten Auslegungsregeln hat sich sehr früh auch *de Visscher* als Richter des Internationalen Gerichtshofs bei der Auslegung der UN-Charta bekannt:

„It is an acknowledged rule of interpretation that treaty clauses must not only be considered as a whole, but must also be interpreted so as to avoid as much as possible depriving one of them of practical effect for the benefit of others. This rule is particularly applicable to the interpretation of a text of a treaty of a constitutional character like the *United Nations Charter*, above all when, as in this case, its provisions create

---

<sup>9</sup> StIGH, Entsch. v. 23.07.1926, Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer, Advisory Opinion, Serie B, Nr. 13, 18.

<sup>10</sup> IGH, Entsch. v. 11.04.1949, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Rep. 1949, 174, S. 180 ff.; IGH, Entsch. v. 13.07.1954, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Rep. 1954, 47, 58 ff.; *Klabbers*, IOLR 1 (2004) 31–58, 38; *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 35.

<sup>11</sup> Siehe nur US Supreme Court, Entsch. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316, 406: „Among the enumerated powers, we do not find that of establishing a bank or creating a corporation. But there is no phrase in the instrument which, like the Articles of Confederation, excludes incidental or implied powers and which requires that everything granted shall be expressly and minutely described.“

a well-defined international regime, and for that reason may be considered as complementary to one another.“<sup>12</sup>

„In this connexion [sic] *one must bear in mind that in the interpretation of a great international constitutional instrument, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice.*“<sup>13</sup>

In den Ausführungen von *de Visscher* klingen zwei weitere aus dem nationalen Verfassungsrecht bekannte Ideen an: Zum einen die Vorstellung, dass eine Verfassung „als Ganzes“ verstanden werden muss und entsprechend als Einheit auszulegen sei – ein Auslegungsprinzip, das dem Bundesverfassungsgericht in den Anfangsjahren von größter Bedeutung schien:

„*Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.*“<sup>14</sup>

Zum anderen klingen die Ausführungen von *de Visscher* wie die bekannte Sentenz des Chief Justice des US Supreme Court, *John Marshall*, im Fall *McCulloch v. Maryland*:

„[W]e must never forget that it is *a Constitution* we are expounding.“<sup>15</sup>

Die Übertragung solcher verfassungsrechtlichen Denkmuster auf die internationale Ebene ist nicht kritiklos geblieben.<sup>16</sup> Die Kritik ist aber nur insoweit berechtigt, als keine verfassungstheoretische Vorarbeit geleistet wird. Denn ohne Stütze in einer Theorie, die die Existenz von Völkerverfassungsrecht erklären kann, fällt die Übertragung in sich zusammen. Umgekehrt bedeutet das aber wiederum, dass die

<sup>12</sup> Abweichende Meinung des Richters *de Visscher*, IGH, Entsch. v. 11.07.1950, International Status of South-West Africa (Namibia), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, 128, 187 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>13</sup> Abweichende Meinung des Richters *de Visscher*, IGH, Entsch. v. 11.07.1950, International Status of South-West Africa (Namibia), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, 128, 189 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>14</sup> BVerfG, Ur. v. 14.12.1965, Kirchenbausteuer, 1 BvR 413/60 und 416/60, Rn. 49 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>15</sup> Chief Justice *Marshall*, US Supreme Court, Ur. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (Hervorhebung des Originals).

<sup>16</sup> *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28; *ders.*, RdC 137 (1972) 419–742, 629 ff.

Rechtsanwendung neu überdacht werden muss, wenn Völkerverfassungsrecht existiert.

Der Einfluss der Konstitutionalisierungsthese auf die Rechtsanwendung ist auch in der Völkerrechtswissenschaft nicht unerkannt geblieben;<sup>17</sup> die meisten Autorinnen und Autoren beschränken die Wirkung aber auf eine Dynamisierung der Auslegung.<sup>18</sup> Oft fehlt diesen Äußerungen ein ausgearbeitetes völkerverfassungsrechtliches Grundverständnis,<sup>19</sup> womit der Zusammenhang von Verfassungsqualität und Auslegung nur semantisch hergestellt und damit verkürzt wird. Ein solch verkürztes Verständnis von Verfassungsauslegung kann zu dem Widerspruch führen, dass anti-konstitutionelle Tendenzen im Völkerrecht als methodisch plausible Ergebnisse einer verfassungsrechtlich verstandenen Auslegung anzuerkennen sind: Die US-amerikanische Preemptive-Strike-Doktrin könnte man etwa mit konstitutionellen

<sup>17</sup> Vgl. z. B. *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 41, 63; *Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 47; *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 6, 131 ff. m. w. N.; *Satō*, Evolving Constitutions of International Organizations, 1996, S. 11 ff.; *Sohn*, in: Schachter/Joyner (Hrsg.), United Nations Legal Order, 1995, Bd. 1, 169–229, 227; früher auch schon *Bleckmann*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, 1982, S. 26, der implizit sagt, dass eine geschriebene Verfassung insgesamt Auswirkungen auf das Verständnis der Auslegungsmethoden haben würde; *Macdonald*, in: ders./Johnston (Hrsg.), The Structure and Process of International Law, 889–912, 890, 892, mit Verweis auf *Rosenne*, *Comunicazioni e Studi* 12 (1966) 21–89; sehr früh zu diesem Thema *L. Goodrich*, *IOLR* 16 (1962) 720–735, 723, 726. Es ist allerdings fraglich, inwieweit sich die Verfassungsbegriffe der einzelnen Autoren decken. *Kadelbach* steht der konstitutionellen Interpretation kritisch gegenüber; er erkennt darin nur eine Randerscheinung der Auslegung der UN-Charta, die von einer praktischen Anwendung beiseitegedrängt wird; *Kadelbach*, in: *Simma/Khan/Nolte/A. Paulus* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 3–6.

<sup>18</sup> Exemplarisch für Gründungsdokumente internationaler Organisationen *Peters*, *ZÖR* 68 (2013) 1–57, 15 ff., passim; zu den Auswirkungen einer konstitutionellen Interpretation von Gründungsdokumenten siehe auch *Gordon*, *Am. J. Int. Law* 59 (1965) 794–833. Meist wird die Dynamisierung unter den Begriffen der „dynamisch-evolutiven“ bzw. „objektiven Methode“ behandelt; diese Bezeichnungen dürften auf Bernhards Analyse der IGH-Rechtsprechung zurückgehen: *Bernhardt*, *ZaöRV* 33 (1973) 1–37, 29, 33 ff.

<sup>19</sup> Kritisch zum fehlenden Völkerverfassungsrechtsverständnis *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 6, u. a. mit Verweis auf *Skubiszewski*, in: *FS Mosler*, 1983, 891–902. Demgegenüber entwickelt *Fassbender* in seiner Arbeit eine umfassende Völkerverfassungstheorie; aber auch seine Anmerkungen zur „konstitutionellen Interpretation“ (*Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 131–136) stellen keine eigenständige Auslegungslehre dar, sie scheinen eher als Überblick bzw. als Denkanstoß gedacht zu sein: „I shall address some of them [Anm.: Folgen aus der Verfassungseigenschaft der UN-Charter], without exhausting the legal consequences of a constitutional perception of the Charter“ (a. a. O., S. 129); „The interpretive method outlined here [...]“ (a. a. O., S. 135).

Argumenten begründen,<sup>20</sup> obwohl sie dem Wesen und Anliegen der Völkerverfassungsidee widerspricht.<sup>21</sup>

Versteht man die Völkerverfassungsauslegung im Wesentlichen als dynamische Interpretationsmethode, ist die Rechtsfortbildung per Auslegung nicht nur möglich, sondern der Auslegungslehre inhärent und damit gefordert. Auf Grundlage dieser Prädisposition lässt sich dann ohne Weiteres die überkommene Anordnung der Verfassungsnormen gegeneinander verschieben. Dementsprechend ließe sich argumentieren, dass das Selbstverteidigungsrecht aufgrund gegenüber der Gründungszeit veränderter (praktischer) Bedürfnisse ausgeweitet und zeitlich vorverlegt werden müsse. Das Vorverlegen einer Verteidigungshandlung in einen Zeitraum, in dem noch kein unmittelbarer Angriff abgewehrt werden muss, bedeutet aber eine Verkürzung des allgemeinen Gewaltverbots. Die Verkürzung einer so zentralen Verfassungsnorm der UN-Charta würde einen Verstoß gegen das Ziel der Friedenssicherung darstellen. Dementsprechend müsste eine völkerverfassungsrichtige Auslegungslehre auch zu einem anderen Auslegungsergebnis kommen, als es ein allein auf die Fortentwicklung des Verfassungsrechts gerichtetes Auslegungsverständnis möglich macht.<sup>22</sup>

Eine solche völkerverfassungsrichtige Auslegungslehre soll in der vorliegenden Arbeit in drei Teilen entwickelt werden. Der erste Teil befasst sich mit der Bestimmung der Völkerverfassungsordnung, für die und anhand derer die Auslegungslehre entwickelt werden soll. Hierbei ist eine Auseinandersetzung mit Theorien notwendig, die die Völkerverfassungsdebatte hervorgebracht hat. Bevor aus dem Völkerverfassungsrecht und dessen theoretischer Grundlage dann eine Auslegungslehre abgeleitet werden kann, ist im zweiten Teil zunächst ein Vorverständnis davon zu bilden, was es bedeutet, eine Verfassung auszulegen und was es im Völkerrecht bedeuten könnte, eine Völkerverfassung auszulegen. Daran anschließend wird im dritten Teil die Auslegungslehre entwickelt.

---

<sup>20</sup> Dazu *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 62 f.

<sup>21</sup> Peters ordnet diese Doktrin jedenfalls den Entwicklungen zu, die der Konstitutionalisierung entgegenlaufen: *Peters*, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67, 62.

<sup>22</sup> Für einen frühen Hinweis darauf, welche Praktiken der UN aus konstitutioneller Sicht kritikwürdig sind, siehe *Gross*, Am. J. Int. Law 77 (1983) 569–584, wobei sich seine Vorstellung von der Verfassungseigenschaft der UN-Charta auf die Eigenschaft als Gründungsinstrument beschränkt bzw. in die Richtung eines „mindset“ geht (vgl. a. a. O., 569). Mit „mindset“ ist eine – vom geltenden Recht unabhängige – konstitutionelle Einstellung gemeint, aus der heraus das Völkerrecht gestaltet werden soll.



Der gedankliche Aufbau ergibt sich aus den Annahmen und der Methodik, die der Arbeit zugrunde liegen. Diese Grundlagen werden noch vor dem dreiteiligen Hauptteil in den folgenden Abschnitten einleitend dargestellt.

## A. Annahmen der Arbeit

Die vorliegende Arbeit entwickelt eine anwendungsorientierte Theorie der Auslegung des Völkerverfassungsrechts auf Grundlage einer konkreten völkerverfassungsrechtlichen Ordnung.<sup>23</sup> Die Arbeit basiert damit auf zwei Annahmen: Erstens, dass die Völkerverfassungsidee richtig ist, und zweitens, dass Völkerverfassungsrecht existiert.

### I. Richtigkeit der Völkerverfassungsidee

Ob die Völkerverfassungsidee richtig ist, ist eine abstrakte Frage. Im Kern ist dabei zu fragen, ob Völkerrecht (auch) anhand konstitutioneller Kriterien und Begriffe, die vorwiegend aus dem Staatsrecht stammen, verstanden und erklärt werden kann. Diese Frage ist Gegenstand umfassender Auseinandersetzungen in den letzten drei Jahrzehnten gewesen. Dabei sprechen die besseren Gründe für die Übertragbarkeit der aus dem staatlichen Verfassungsrecht stammenden Überlegungen.<sup>24</sup> Die dieser Vorstellung widersprechende Ansicht, wonach der Verfassungsbegriff untrennbar mit dem Staatsbegriff verbunden sei,<sup>25</sup> überzeugt dagegen nicht.<sup>26</sup>

Die Verfassungsbildung an die Existenz eines Staatsgebildes zu knüpfen, hieße, die Verfassung von einer empirisch ungewissen Größe – dem Staat – abhängig zu machen. Zu Ende gedacht folgt daraus, dass sich die Legitimation der Verfassung von einer Vorbedingung ableitet, die aber selbst legitimierungsbedürftig ist. Dabei lässt sich diese Vorbedingung – der Staat – empirisch wie theoretisch kaum eindeutiger begründen als eine Verfassung: Der wissenschaftliche Staatsbegriff ist ebenso fragil wie der Verfassungsbegriff – daran ändert auch die Verbindung der beiden nichts.

---

<sup>23</sup> Zur Begründung der Anwendungsorientierung siehe die späteren Ausführungen unter Kap. 2. Abschn. D; Kap 6, Abschn. A.

<sup>24</sup> Siehe hierzu *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 52 ff.; umfänglich *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 99 ff.; siehe auch *Kadelbach/Kleinlein*, *GYIL* 50 (2007) 303–348.

<sup>25</sup> Siehe nur *Grimm*, in: *HStR*, Bd. I, 3. Aufl. 2003, 3–44.

<sup>26</sup> So z. B. *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 155 ff.

Eine solche Verbindung lässt sich nur als historisches Phänomen darstellen, womit aber keine (normative) Abhängigkeit begründet werden kann. Die Bildung einer Verfassung ist also nicht zwingend von einem Staatsgebilde abhängig. Dementsprechend ist die Anwendung des Verfassungsbegriffs auf das Völkerrecht im Kern auch anerkannt,<sup>27</sup> wenngleich die Völkerverfassungsthese umstritten bleibt.<sup>28</sup>

## II. Existenz von Völkerverfassungsrecht

Größere Uneinigkeit besteht hingegen hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang und in welcher Qualität Völkerverfassungsrecht bereits existiert. Üblicherweise wird angenommen, dass aktuell ein Prozess der Konstitutionalisierung ablaufe, der zwar schon zur Bildung eines Minimums an konstitutionellem Recht geführt habe, der genaue Umfang dieses Rechts sei allerdings offen.<sup>29</sup>

Die grundsätzliche Frage nach der Existenz von Völkerverfassungsrecht ist für diese Arbeit aber genauso wie die Richtigkeit der Völkerverfassungsidee ein argumentativ vorgelagertes Problem.<sup>30</sup> Eine Beweisführung erfolgt daher nicht,<sup>31</sup> obgleich die

<sup>27</sup> *Fassbender*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 307–329, 309 m. v. N.; zweifelnd aber *Kleinlein*, NJIL 81 (2012) 79–132, 79: „Today, most international lawyers seem to favour a reserved or even critical stance towards international constitutionalism. ‚Constitutionalization‘ has always been a vague concept, but now – forceful defenders notwithstanding – it carries, in the view of many scholars, a dubious connotation.“

<sup>28</sup> Kritisch z. B. *Brownlie/Crawford*, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Aufl. 2012, S. 17; zurückhaltend auch *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 628 ff.; *Wood*, in: Kaikobad/Bohlander (Hrsg.), *International Law and Power*, 2009, 85–98, 96 f.; *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 33 ff.

<sup>29</sup> *Peters*, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67, 47, die von „embryonic hierarchical elements“ spricht, mit Verweis auf *Uerpman*, JZ 56 (2001) 565–573, 571 f.

<sup>30</sup> Aus der Richtigkeit der Völkerverfassungsidee folgt nicht, dass Völkerverfassungsrecht auch existiert. Die Völkerverfassungsidee umfasst zunächst nur die wissenschaftliche Behauptung, dass es eine (universelle) Verfassung auf internationaler Ebene geben kann. Die Frage nach der Existenz von Völkerverfassungsrecht hängt davon ab, von welchen Voraussetzungen für das Entstehen von Völkerverfassungsrecht ausgegangen wird. Hier stellt sich das Problem, dass unklar ist, welchem Referenzrahmen diese Voraussetzungen entnommen werden, siehe dazu auch die folgende Fn. 31.

<sup>31</sup> Ein solcher Nachweis wurde z. B. überzeugend von *Fassbender* geführt: *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009. Beim Nachweis der Existenz von Völkerverfassungsrecht stößt man aber unter bestimmten Voraussetzungen an erkenntnistheoretische Grenzen mit der Folge, dass der Nachweis nicht ohne Weiteres zu führen wäre: Sähe man die Konstitutionalisierung des Völkerrechts als Paradigmenwechsel im Sinne Kuhns an, dürfte deren Existenz gegenüber einer anderen Entwicklung der Völkerrechtsordnung nicht mehr anhand eines gemeinsamen Referenzrahmens überprüfbar sein (zum Paradigmenwechsel *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 138 f.). Aber auch wenn man

Annahme an einigen Stellen plausibilisiert werden wird. Für die Zwecke dieser Arbeit wird angenommen, dass Normen existieren, die sich vom übrigen Völkerrecht unterscheiden, weil ihnen auf der Grundlage eines bestimmten Verfassungsbegriffs Völkerverfassungsrechtscharakter zukommt. Zusammen bilden diese Normen die (oder eine) Verfassung des Völkerrechts, die zwar nicht der Verfassung eines Staates entspricht, ihr aber doch konzeptionell ähnelt.

Diese Grundlegung beantwortet hingegen nicht die Frage nach der konkret existierenden Verfassungsordnung, die wiederum den Inhalt der Auslegungslehre wesentlich beeinflusst (dazu sogleich mehr). Die Konstitutionalisierungsdebatte hat hier eine Vielzahl unterschiedlicher Entwürfe hervorgebracht, wie und durch welche Normen die Völkerverfassung gebildet wird. Insofern bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Konstitutionalisierungsdebatte selbst.

### III. Bias durch Annahmen

Es ist einzuräumen, dass aus den getroffenen Annahmen ein Bias<sup>32</sup> folgt, das die Auslegungslehre beeinflussen wird. Der Völkerverfassungsidee liegt aus rechtswissenschaftlicher Sicht bereits die Annahme zugrunde, dass Recht, Politik und Gesellschaft unterschieden werden können und dementsprechend Verfassungsrecht der juristischen Interpretation – im Gegensatz beispielsweise zu einer nur politischen oder gesellschaftlichen Interpretation – zugänglich ist. Mit anderen Worten: Die rechtswissenschaftliche Übertragung des Verfassungsbegriffs auf das Völkerrecht indiziert,

---

die Veränderung der Völkerrechtsordnung nicht als Revolution, sondern nur als Evolution ansieht, wäre die Existenz der Verfassung jedenfalls am Anfang des Prozesses empirisch schwierig nachzuweisen. Von einem Paradigmenwechsel spricht mit ausdrücklichem Verweis auf Kuhn z. B. *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 8; ohne Verweis auf Kuhn *Peters*, *Int. L. Theory* 39 (2005) 39–67, 51, 64 ff.; die Konstitutionalisierung wird als „kopernikanische Wende[...]“ bezeichnet bei *Halter*, *AöR* 128 (2003) 511–557; zum Zusammenhang von Paradigmenwechsel und Verfassungswechsel siehe *Bird*, *Thomas Kuhn*, 2000, S. 25; auch die europäische Konstitutionalisierung wurde schon als „kopernikanische Wende“ bezeichnet, siehe *Wahl*, *Der Staat* 39 (2000) 495–518, 496, mit Verweis auf *von Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, der von einem „kopernikanischen Perspektivenwechsel“ im Hinblick auf die Beeinflussung des Verwaltungsrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht berichtet (a. a. O., S. 1), das Gleiche sei, so von Danwitz, auch im Jahr 1865 geschehen, als Carl Friedrich von Gerber einen Perspektivenwechsel bei den Staatswissenschaften vollzogen habe (a. a. O., S. 30).

<sup>32</sup> Bias wird hier verstanden als die vom Vorverständnis des Verfassers rührende Verengung der argumentativen Auseinandersetzung; angelehnt ist dies am Bias-Begriff der Meinungsforschung, siehe hierzu *Alich/Arentzen/Winter* (Hrsg.), *Gabler Wirtschaftslexikon*, 2004, Stichwort: *Bias*, S. 469.

dass das hierdurch beschriebene Völkerverfassungsrecht auch im Sinne der juristischen Methodenlehre ausgelegt werden soll. Auch wenn man diese Indikation wiederum plausibilisieren kann, verbleibt ein Bias zugunsten juristischer Methoden.

## **B. Methodik der Arbeit**

Diese Arbeit teilt sich gedanklich in drei Teile: die Bestimmung der zugrunde gelegten Völkerverfassungsordnung im ersten Teil, die Erarbeitung eines Vorverständnisses von völkerverfassungsrechtlicher Auslegung im zweiten Teil und schließlich die Erarbeitung der Auslegungslehre auf der Grundlage der ersten beiden Teile im dritten Teil. Diese Dreiteilung der Arbeit ergibt sich aus ihrer Methodik. Die Methodik der Arbeit hängt wiederum von der Frage ab, woraus sich Methoden im Allgemeinen und juristische Methoden im Besonderen ableiten lassen.

Der Ansatz der Arbeit ist hierbei, vom Völkerverfassungsrecht aus zu denken. Dem liegt die methodische Leitidee zugrunde, dass Gegenstand und Methode zusammenhängen. Unklar ist aber, wie sich dieser Zusammenhang genau bildet. Es wird daher zunächst geklärt werden müssen, wie er für das Thema der Arbeit zu verstehen ist. Dabei wird sich zeigen, dass Verfassungen der Leitidee des Zusammenhangs von Gegenstand und Methode entsprechend nach besonderen Methoden auszulegen sind, dieser Zusammenhang aber nur sinnvoll hergestellt werden kann, wenn der auszulegende Gegenstand (d. h. die Völkerverfassung) nicht nur abstrakt bekannt ist, sondern auch inhaltlich (d. h. das Völkerverfassungsrecht) feststeht. Mit der Bestimmung der *de lege lata* bestehenden Völkerverfassung sind aber noch nicht alle Methodenprobleme gelöst. Es besteht darüber hinaus die Gefahr, dass die Gedankenführung aufgrund des fehlenden Vorverständnisses völkerverfassungsrechtlicher Auslegung tautologisch wird. Dieses Tautologieproblem soll mittels einer „mehrpoligen Dialektik“ gelöst werden.

## **I. Zusammenhang von Gegenstand und Methode als Leitidee**

Auslegungsmethoden können im Wesentlichen aus drei verschiedenen Richtungen entwickelt werden: der Rechts- bzw. Erkenntnistheorie, dem Verfassungsrecht und der Anwendungspraxis. Dabei können die unterschiedlichen Ansätze zu sehr unterschiedlichen Auslegungslehren führen. Ist man zum Beispiel davon überzeugt, dass man aus epistemologischen Gründen Normtexten keinen objektiv bestimmbaren Inhalt entnehmen kann, dann müsste man allein aus der Sicht der Erkenntnistheorie

für eine Auslegungslehre ohne Regeln plädieren. Hielte man hingegen allein das Verfassungsrecht für entscheidend, müsste man zum Beispiel aus der im Verfassungsrecht angelegten Gewaltenteilung folgern, dass Richterinnen bei der Auslegung von Recht nicht die Arbeit der Parlamentarier übernehmen dürfen – entsprechend wäre eine enge methodische Bindung notwendig. Beim Blick auf den Rechtsanwender wären indessen die Auslegungsregeln anhand ihrer Funktion für die konkrete Anwendungssituation zu entwickeln. Die Situation und Rolle der „Zielgruppe“ der Auslegungslehre dürfte nicht missachtet werden. Danach wäre eine Auslegungslehre, die den Richtern freie Methodenwahl ließe, nicht vereinbar mit ihrer Aufgabe, einen Rechtsstreit anhand geltenden Rechts zu entscheiden.<sup>33</sup>

Der Zusammenhang von Gegenstand und Methode kann sowohl bei der erkenntnistheoretischen als auch bei der verfassungsrechtlichen Sichtweise eingeordnet werden. Der Zusammenhang von Gegenstand und Methode reicht in seinem Inneren zur Frage nach dem richtigen Wissenschaftsbegriff der Jurisprudenz; dort formt er sich schließlich zum Problem der Erkenntnistheorie. So tief wird dieser Abschnitt nicht graben können; die Arbeit richtet ihr Hauptaugenmerk auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die Diskussion um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft wird ausgeblendet,<sup>34</sup> denn eine Auseinandersetzung mit ihr würde den Weg zur Lösung der hier auftretenden Probleme verstellen. Antworten sollen nicht im Bereich der Erkenntnistheorie gesucht werden, sondern völkerverfassungsrechtlich fundiert und anwendungsorientiert sein.

---

<sup>33</sup> Ein anderer Ansatz mit Blick auf die Anwendungspraxis wäre, die Auslegungslehre anhand rechtssoziologischer Erkenntnisse über den konkreten Rechtsanwender zu entwickeln. Danach wäre z. B. denkbar, einem Verwaltungsbeamten eindeutige Auslegungsregeln an die Hand zu geben als einer Verfassungsrichterin, weil Verwaltungsbeamte Entscheidungen in größerer Anzahl und kürzerer Zeit treffen müssen als Verfassungsrichter.

<sup>34</sup> Für einen Überblick über die Diskussion und weitere Nachweise siehe etwa *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 60 ff. und 76 ff.; *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 79 ff., S. 135 ff.; *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/ders. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 385–400, passim; siehe auch *Wieacker*, in: FS Schelsky, 1978, 745–764; *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966; *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 5 f., 35, 36 ff. und 84 ff.; damit zusammenhängend zum Theorienbegriff auf Ebene der Rechtsdogmatik siehe *Canaris*, JZ 48 (1993) 377–428.

## 1. Dependenz der Methode vom Gegenstand

Der Zusammenhang von Gegenstand und Methode ist ein anerkanntes Prinzip; jede Wissenschaft hat ihre eigenen Methoden: Physiker forschen anders als Juristen.<sup>35</sup> Zur Unterscheidung werden Wissenschaften üblicherweise nach ihren Material-<sup>36</sup> und ihren Formalobjekten<sup>37</sup> abgegrenzt,<sup>38</sup> das heißt danach, *was* untersucht und *inwiefern* dieses untersucht wird. Nach dieser Unterscheidung können auch Subdisziplinen einer Wissenschaft ihre eigenen Methoden bilden: Rechtsphilosophen<sup>39</sup> arbeiten mit anderen Mitteln als Rechtshistoriker, die Rechtssoziologie bedient sich der empirischen Sozialforschung<sup>40</sup> und die Rechtsdogmatik<sup>41</sup> der Auslegung.

Aber selbst innerhalb der Subdisziplinen findet man unterschiedliche Methoden. In der Rechtsdogmatik etwa, die im Wesentlichen das gleiche Material- und Formalobjekt untersucht – das geltende Recht –, können für unterschiedliche Rechtsgebiete unterschiedliche Auslegungsmethodiken gefunden werden.<sup>42</sup>

„Juristische Methodik ist Sachlogik. Als Methodik alltäglicher Sacharbeit ist sie nach Normtypen, Funktionstypen und typischen Regelungs- und Entscheidungslagen der einzelnen Rechtsgebiete vielfach zu

<sup>35</sup> Siehe nur *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, Rn. 39 f., 163; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 1.

<sup>36</sup> „Das Materialobjekt einer Wissenschaft sind die Gegebenheiten ihres Sachgebiets als solche“, *Schlüter*, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, 1980, Bd. 5, 870, 870.

<sup>37</sup> „Das Formalobjekt [...] ist der spezielle Aspekt, unter dem jene Gegebenheiten [Anm.: des Materialobjekts] zur Frage stehen und erforscht werden“ (*ders.*, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, 1980, Bd. 5, 870, 870).

<sup>38</sup> Zur Unterscheidung siehe auch *Schöndorf*, in: Brugger/*ders.* (Hrsg.), Philosophisches Wörterbuch, 2010, 149, S. 149.

<sup>39</sup> Eine Subdisziplin nur, wenn man die Rechtsphilosophie als Teil der Rechtswissenschaft sieht; a. A. etwa *Kaufmann*, in: *ders./Hassemer/Neumann* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 1–25, 1.

<sup>40</sup> *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 69 ff. und S. 111 ff.

<sup>41</sup> Der Begriff (Rechts-)Dogmatik hat eine Doppelnatur: Er bezeichnet sowohl die wissenschaftliche Arbeit der Rechtsdogmatik als auch das Ergebnis dieser Arbeit, die man ggf. auch als materielle Rechtsdogmatik bezeichnen könnte.

<sup>42</sup> *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*ders.* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, Bd. I, 1–64, Rn. 1: „Aber auch innerhalb der Rechtsdogmatik bestehen je nach Fachgebiet (Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht) und selbst innerhalb des einzelnen Fachgebiets partikuläre Methodiken.“ Siehe auch *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 71, der z. B. zwischen der Auslegung des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte unterscheidet; siehe des Weiteren mit Blick auf das Völkerrecht *Bleckmann*, Die Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts, 1978, S. 2; mit Blick auf das Europarecht *ders.*, NJW 35 (1982) 1177–1182, 1178.

differenzieren. Eine abstrakt-gleichmäßig ausgearbeitete einheitliche Methodik wäre entweder illusionär oder unfruchtbar.<sup>43</sup>

Inwieweit Subdisziplinen eigene Methoden haben, hängt auch davon ab, wie eng man den Begriff des Gegenstandes fasst. Führte man die Überlegung jedoch konsequent fort, könnte potenziell jede Norm ihre eigenen Auslegungsregeln hervorbringen.<sup>44</sup> Je konkreter man den Untersuchungsgegenstand fasst, umso weniger vermögen abstrakte rechtstheoretische Überlegungen genügen, um das Auslegungsobjekt richtig zu beschreiben. Inhaltliche Vorgaben werden entscheidend. Einen solchen „normbezogenen Methodenspezialismus“ mag man etwa bei der Auslegung von Grundrechten erkennen: Dort hat sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung (wohl) im Rahmen der teleologischen Auslegung als besondere Abwägungstechnik etabliert. Die „Dreistufentheorie“<sup>45</sup> kommt als spezielle Form dieser Abwägungstechnik aber nur beim Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) zur Anwendung.

Zwar könnte man aus der exklusiven Anwendung anstatt eines normbezogenen Methodenspezialismus auch ableiten, dass die Dreistufentheorie der (materiellen)<sup>46</sup> Rechtsdogmatik und nicht der Methodenlehre entspringt.<sup>47</sup> Dem würde die Vorstellung *Volkmanns* von Dogmatik entsprechen, der diese als „Speicher für richtige, das heißt *im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründbare* Lösungen“<sup>48</sup> beschreibt. Und auch nach *Kirchhof* vermittelt sie „zwischen allgemeinem Gesetz und

<sup>43</sup> F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 539.

<sup>44</sup> Eine spezifische Ausformung wird etwa angedeutet bei *Pawłowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, Rn. 7: „In der juristischen Praxis (wie auch bereits im juristischen Studium) macht man aber immer wieder die Erfahrung, daß man verschiedene Gesetze verschieden auslegen muß: Einmal ist man strikt an den Wortlaut eines Gesetzes gebunden, ein andermal kann man den Gesetzestext gewissermaßen mit leichter Hand beiseite schieben – und zwar ohne daß man den unterschiedlichen Umgang mit den Gesetzen als ‚falsch‘ empfindet.“

<sup>45</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958, Apothekenurteil, 1 BvR 596/56.

<sup>46</sup> Der Begriff (Rechts-)Dogmatik hat eine Doppelnatur, siehe Einl., Fn. 41. Hier bezeichnet er ein System von Sätzen, mit denen das geltende Recht begrifflich-systematisch durchdrungen und auf abstraktere Institute zurückgeführt wird, um so seine Anwendung zu steuern, siehe *Volkmann*, JZ 60 (2005) 261–271, 262 m. w. N.; zur Wandlung des Begriffs Rechtsdogmatik siehe *Herberger*, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 1992, Bd. 8, 266–271.

<sup>47</sup> So etwa *Volkmann*, JZ 60 (2005) 261–271, 262; zu überlegen wäre dann aber trotzdem, ob nicht wenigstens bestimmte Typen von Verfassungsnormen (wie z. B. Kurations-, Kompetenz-, Aufgaben-, Verfahrens- Grundrechtsnormen usw.) spezifische Auslegungsregeln hervorbringen können; für eine Liste verfassungsrechtlicher Normtypen siehe *Biaggini*, in: ders./Gächter/Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. Aufl. 2015, 79–95, 83.

<sup>48</sup> *Volkmann*, JZ 60 (2005) 261–271, 262 (Hervorhebung des Verfassers).

konkretem Fall<sup>49</sup>, sie leitet den „hin- und herwechselnden Blick der Juristen“<sup>50</sup>. Dogmatiken stehen also auf halber Höhe zwischen Fall und Norm.<sup>51</sup> In Abgrenzung dazu müsste man Methoden als abstrakter und weniger variabel, weil vom geltenden Recht unabhängiger, ansehen.<sup>52</sup>

Das ist aber nur im Kern richtig. Für den Randbereich gilt dies nicht mehr, dort sind die Grenzen fließend. Die Rechtsdogmatik steht nicht auf *halber Höhe* zwischen Fall und Norm,<sup>53</sup> sondern sie steht irgendwo zwischen Fall, Norm und Theorie.<sup>54</sup> Insofern wird man zumindest bei einer anwendungsorientierten<sup>55</sup> Methodenlehre Teile der Rechtsdogmatik der Methodik zuordnen müssen, so dann auch Mechanismen wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung oder die Dreistufentheorie.

Eine solche Zuordnung ist insbesondere geboten, wenn man sich auf der höchsten Normebene bewegt und mit *Herdegen* die zentrale Aufgabe „der methodischen Bindung moderner Verfassungsinterpretation“ darin sieht, „Interpretationsreserven innerhalb und außerhalb der Verfassung Konturen zu geben“, wozu unter anderem auch die „Hierarchie von Verfassungswerten“ gehört.<sup>56</sup> Hier rücken materielles Verfassungsrecht (Hierarchie von Verfassungswerten) und Auslegungsmethode sehr eng zusammen.

---

<sup>49</sup> *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 13.

<sup>50</sup> *Ders.*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 13, u. a. mit Verweis auf *Hassemer*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 3–16, 5 f.

<sup>51</sup> So *Hassemer*, ZRP 40 (2007) 213–219, 217, der aber auch die Rechtsdogmatik für strukturell ähnlich mit der Methodenlehre hält.

<sup>52</sup> Zur Variabilität nochmals *Volkmann*, JZ 60 (2005) 261–271, 262; den Bezug zum geltenden Recht betont auch Kirchhof bei der Abgrenzung von Verfassungstheorie und -dogmatik *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 12 ff.

<sup>53</sup> So *Hassemer*, ZRP 40 (2007) 213–219, 217, der aber auch die Rechtsdogmatik für strukturell ähnlich mit der Methodenlehre hält.

<sup>54</sup> Ähnlich letztlich auch *ders.*, ZRP 40 (2007) 213–219, 217, der die Rechtsdogmatik für strukturell vergleichbar mit der Methodenlehre hält. Hierzu passen auch Canaris' Ausführungen zum „strukturalistischen Theorienkonzept“, *Canaris*, JZ 48 (1993) 377–428, 379 f. Danach ist eine Theorie immer auch mit dem intendierten Anwendungsfall zu denken. Dies muss dann aber auch für Methodenlehren gelten, die mit dem Anwendungsfall einer bestimmten Rechtsordnung entwickelt werden. In dem Spannungsverhältnis von Methodenlehre und Rechtsdogmatik ist auch die Zuordnung der Figur des „Verfassungswandels“ angesiedelt, *Volkmann*, VVDStRL 67 (2008) 58–88, 64 m. w. N.

<sup>55</sup> Zur Anwendungsorientierung der Rechtswissenschaft gegenüber den Naturwissenschaften siehe *Schulze-Fielitz*, in: Leibholz/Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2002, 1–68, 13 m. w. N.

<sup>56</sup> *Herdegen*, JZ 59 (2004) 873–879, 873.



In der Rechtswissenschaft, gewiss aber in der Rechtsdogmatik, hängt die Methode also nicht nur von einem abstrakten Formal- oder Materialobjekt ab, sondern sie wird auch durch die inhaltlichen Vorgaben des Rechts geprägt.<sup>57</sup> Die Rechtsdogmatik analysiert das geltende Recht; ihre Methoden müssen daher auch dessen Normativität achten. „[A]usdrücklich kodifiziertes Methodenrecht“<sup>58</sup>, wie zum Beispiel in Art. 31 ff. WVRK, Art. 1 ZGB oder §§ 46 ff. ALR, muss genauso befolgt werden wie der verfassungsrechtliche Rahmen.<sup>59</sup>

In Deutschland regelt das Grundgesetz zum Beispiel die richterliche Auslegungstätigkeit durch Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG.<sup>60</sup> Der Rahmen bindet zwar nur staatliche Rechtsanwender, aber auch die Subdisziplin der Rechtsdogmatik muss die Vorgaben beachten, will sie nicht ihre praktische Relevanz aufs Spiel setzen. Die erkenntnistheoretische Legitimation der Methoden muss dabei nicht deckungsgleich mit ihrer demokratischen beziehungsweise materiell-rechtlichen Legitimität sein. Auf einem anderen Blatt steht, welcher man den Vorzug gibt.

Wie stark aber materielles Recht Methodenfragen beeinflussen kann, zeigt sich auch im Schnittfeld aus deutschem und europäischem Recht. Dort wird das Problem der richtlinienkonformen Auslegung deutschen Rechts – eine Methodenfrage – unter anderem anhand der Frage nach der Kompetenz der Union zur Regelung einer „vollständig vereinheitlichte[n], gemeineuropäische[n] Methodenlehre“<sup>61</sup> – einer Rechtsfrage – untersucht.<sup>62</sup>

Es zeigt sich also zum einen, dass Methodenfragen vor allem auch Rechtsfragen sind und nicht (allein) von einer abstrakten Ebene (zum Beispiel einer Erkenntnistheorie) deduziert werden können. Zum anderen wird deutlich, dass die Rechtswissenschaft den Zusammenhang von Gegenstand und Methode anders herstellt, als es das Grundmuster vorgibt: Im Recht gibt es keine lineare Abhängigkeit der Methoden

---

<sup>57</sup> Die konkreten materiellen Vorgaben des Rechts sind dabei etwas anderes als das Materialobjekt, denn das Materialobjekt beschreibt die Eigenschaft des Objektes „Rechts“ und daher eine abstraktere Frage, die man z. B. auf der Ebene der Rechtstheorie beantworten müsste.

<sup>58</sup> Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 5; für weitere Beispiele materiell-rechtlich vorgegebener Auslegungsmethoden siehe dort Fn. 19.

<sup>59</sup> Mit Blick auf das österreichische Recht z. B. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 41 ff.

<sup>60</sup> Ausführlich etwa die abweichende Meinung des Richters Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio, BVerfG, Entsch. v. 15.01.2009, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2 BvR 2044/07, Rn. 95 ff., m. w. N. der Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>61</sup> Brenneke, EuR 50 (2015) 440–460, 440.

<sup>62</sup> Ders., EuR 50 (2015) 440–460, 445.

vom Gegenstand. Die intuitiv verständliche Dependenz wird abgelöst durch eine komplexere Interdependenz von Gegenstand und Methode.

## 2. Interdependenz von Gegenstand und Methode

Im Recht beeinflusst nicht nur der Gegenstand die Methoden, sondern auch die Methoden beeinflussen den Gegenstand: (Dogmatische) Theorien setzen Normen, Auslegung schafft neuen Auslegungstoff.<sup>63</sup>

Recht findet erst mit seiner Anwendung seine vorläufige praktisch-gültige Form.<sup>64</sup> Davon ausgehend kann das Recht dann ohne Gesetzesänderung weiterentwickelt werden. Die mehrmalige Anwendung führt in der Folge nicht selten zu einer bewussten oder unbewussten Veränderung des Rechts. Folgt man nun dem Grundsatz, dass der Inhalt des Rechts auch dessen Auslegungsmethode bestimmt, müssten die spezifischen Auslegungsmethoden angepasst werden, wenn ein bestimmtes Maß der Veränderung überschritten wird. Insofern beeinflussen sich Auslegungsmethode und Recht gegenseitig.

Rechtstheoretisch ließe sich das Problem natürlich auch ohne eine gegenseitige Beeinflussung lösen: Die praktisch gültige Form des Rechts bleibt rechtlich unverbindlich und wird nicht Teil des (positiven) Untersuchungsgegenstandes „Recht“. Spuren dieser Sichtweise im deutschen Verfassungsrecht enthält auch das Gesetzesrecht. So werden zum Beispiel gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG neben den Parteien des Rechtsstreits auch die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden. Durch die Erweiterung der Rechtskraft wird zwar die Besonderheit der Entscheidungen verdeutlicht, die Norm zeigt aber auch, dass dem Auslegungsergebnis des Bundesverfassungsgerichts allenfalls die Wirkung („Gesetzeskraft“), nicht aber die Qualität von Recht zuerkannt wird.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Siehe hierzu *Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, 1983, S. 88 ff.; dazu auch *Canaris*, JZ 48 (1993) 377–428, 384: „Insgesamt kann man eine juristische Theorie somit als Trias aus Wertungen bzw. allgemeinen Rechtsprinzipien, Regeln und paradigmatischen Problemlösungen kennzeichnen.“ Zur Auslegungsbedürftigkeit gerichtlicher Entscheidungen z. B. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 93; *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 359.

<sup>64</sup> *Bleckmann*, JZ 50 (1995) 685–689, 686; man könnte das auch als Konkretisierung bezeichnen.

<sup>65</sup> So die h. M., siehe nur *Benda/E. Klein/O. Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 1439; *Meyer*, in: *Arnauld/Münch/Kunig*, 6. Aufl. 2012, Art. 94, Rn. 23; *Brox*, in: *FS Geiger*, 1974, 808–826, 818 m. w. N.

Allerdings trifft man mit dieser rechtstheoretischen Lösung nicht das Wesen der tatsächlichen Rechtsanwendung: Gerichte, Behörden und Rechtswissenschaft bewegen sich im Rahmen der durch sie entwickelten Rechtsdogmatik und bauen darauf auf. Untersuchungsobjekt ist im Kern – mit erheblicher Unschärfe im ausgedehnten Randbereich – das praktisch gültige Recht. Die Rechtsanwender entwickeln die Dogmatiken ständig fort, wobei sich diese auch verselbstständigen können. Das zeigt sich dann, wenn sie auch Gesetzesänderungen überleben.

Die Überlegung, dass theoretisch zu jedem Zeitpunkt von früheren Anwendungsergebnissen abgewichen werden kann,<sup>66</sup> ändert also nichts daran, dass die Struktur der Rechtsanwendung ihrem Wesen nach dialektisch ist. *Larenz* beschreibt dies folgendermaßen:

„Neben der unveränderten Anwendung der Norm (in der ihr einmal von den Gerichten gegebenen Auslegung) gibt es ebenso immer wieder neue Auslegungen, durch die ihr Inhalt – mit beispielgebender Wirkung für künftige Entscheidungen – weiter konkretisiert, präzisiert, abgewandelt wird. Beides, die Maßstabsfunktion der Norm – die ihre gleichmäßige Anwendung verlangt – und ihre immer erneut zutage tretende (weitere) Auslegungsbedürftigkeit, schließlich die ‚Rückwirkung‘ der einmal erfolgten Auslegung und Konkretisierung auf die weitere Anwendung der Norm müssen gesehen werden, soll der – seiner Struktur nach ‚dialektische‘ – Prozeß der Rechtsanwendung nicht nur einseitig und deshalb unrichtig gedeutet werden.“<sup>67</sup>

Und auch *Pawlowksi* erkennt die Interdependenz:

„[E]s liegt auf der Hand, dass die Gesetze in dem Sinn gelten, den sie durch die Praxis der Gerichte erhalten haben – was dann auch bei der Ausbildung dogmatischer Theorien zu beachten ist. Gesetze, dogmatische Theorien und Präjudizien (Rechtsprechung) wirken aufeinander ein und bedingen sich gegenseitig: Die Gesetze haben den Sinn, den ihnen Rechtsprechung und Rechtsdogmatik heute zusprechen. Die Rechtsprechung und die Rechtsdogmatik berufen sich ihrerseits zu ihrer Legitimation auf die Gesetze.“<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Selbst hier gibt es aber – wenigstens rechtsprozessuale – Einschränkungen für die Rechtsprechung: Sofern ein Senat des BGH von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, muss die Rechtsfrage durch den Großen Senat entschieden werden, § 132 Abs. 2 GVG.

<sup>67</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 102.

<sup>68</sup> *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 10.

Insofern besteht auch eine Dialektik zwischen Rechtsanwendung und Auslegungsmethoden. Die dialektische Natur lässt sich vor allem dort beobachten, wo Änderungen am Normenbestand selten sind. Beispielsweise musste die Methode der grundrechtskonformen Auslegung entwickelt werden, nachdem der Gehalt der Grundrechte von subjektiven Abwehrrechten auf eine objektive Werteordnung ausgedehnt wurde. Und der weite Anwendungsbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG schuf erst das Bedürfnis nach einer Abwägungslehre.

Diese Art von induktiv-deduktiven Denkwelten lässt sich auch historisch nachweisen: Der „Weimarer Methoden- und Richtungsstreit“ entwickelte aus konkreten verfassungsrechtlichen (Auslegungs-)Problemen abstrakte, verfassungstheoretische Positionen.<sup>69</sup> Es entwickelte sich schließlich eine Debatte darüber, ob (auch) das Verfassungsrecht nach den traditionellen Methoden des Rechtspositivismus ausgelegt werden solle, wobei insbesondere *Hans Kelsen* (Rechtspositivismus), *Carl Schmitt* (Dezisionismus), *Rudolf Smend* (Integrationslehre) und *Hermann Heller* (Zwischenposition) prägend waren.<sup>70</sup> Aus einzelnen theoretischen Positionen dieser Debatte konnten dann wiederum spezielle verfassungsrechtliche Auslegungsmechanismen abgeleitet werden,<sup>71</sup> die ihrerseits Einfluss auf die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht genommen haben: Das Prinzip der „praktischen Konkordanz“ wird regelmäßig vom Bundesverfassungsgericht zur Auslegung herangezogen.<sup>72</sup> Dieses Prinzip wurde aber wesentlich von *Hesse* entwickelt und geprägt,<sup>73</sup> der diese Idee wiederum der Integrationslehre *Smends* entnehmen konnte.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> *Geis*, JuS 29 (1989) 91–96, 96; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 2002, S. 154, der die praktische Arbeit und den Methodenstreit als verwoben ansieht; zur Entwicklung des Streits siehe auch *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 184 ff.

<sup>70</sup> Für einen Überblick der Positionen siehe auch *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 14 ff.

<sup>71</sup> Insbesondere Smend und seine Schüler (Ulrich, Scheuner, Hesse und Ehmke) gaben wesentliche Impulse für die Interpretation des Grundgesetzes, *Geis*, JuS 29 (1989) 91–96, 95; siehe auch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 49 ff.

<sup>72</sup> Aus der aktuellen Rechtsprechung z. B. BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014, Loyalitätspflichten – kirchliches Arbeitsrecht, 2 BvR 661/12, Rn. 65, 124, 177.

<sup>73</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72 m. w. N.

<sup>74</sup> Zum Einfluss der Integrationslehre auf die eigene Auslegungslehre siehe *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 4; dazu auch *Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius*, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, 2015, S. 190 m. w. N.; so wird auch die Lüth-Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 15.01.1958, Lüth, 1 BvR 400/51) als „philosophische“ Abkehr vom Rechtspositivismus hin zur Smend’schen

Abstrakter besehen bedeutet diese Dialektik schließlich nichts anderes, als dass die Beobachtung in der Rechtswissenschaft selbst den Beobachtungsgegenstand bestimmt<sup>75</sup> – der Gegenstand folgt der Methode.<sup>76</sup> Bei einem empirischen Wissenschaftsverständnis würde dieser Befund Unbehagen auslösen, der Rechtswissenschaft ist er, auch ohne ein modernes oder postmodernes Wissenschaftsverständnis, hingegen inhärent.<sup>77</sup> Die Untersuchung des Gegenstands „Recht“ ist also ein (nicht-linearer) Prozess, dessen Veränderungen der fortlaufenden Anpassung des Rechts und der Justierung der Methoden bedarf. Das heißt allerdings nicht, dass Auslegungsmethoden völlig frei entstehen, sondern nur, dass man sich bewusst sein muss, dass Methoden zeitlich nicht statisch angewendet werden können, sondern offen für Anpassungen sein müssen.

Für die Methodik der Arbeit lässt sich damit festhalten, dass die *Gegenstandsrichtigkeit* von Methoden allenfalls eine relative Richtigkeit sein kann, die nicht unmaßgeblich von einem Vorverständnis abhängt. Denn wenn es eine Interdependenz zwischen Gegenstand und Methode gibt, dann ist der Gegenstand allein und dessen materieller Inhalt kein eindeutiger Geltungsgrund mehr für Methoden.

### 3. Zusammenhang von Verfassungstheorie und -auslegung

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass neben dem abstrakten Auslegungsgegenstand „Recht“ auch dessen materieller Inhalt Einfluss auf die Auslegungsmethoden hat. Das gilt insbesondere für das Verfassungsrecht, dessen normative Vorgaben auch im Rahmen der Methodenlehre berücksichtigt werden müssen: Richter dürfen bei der Auslegung nicht die ihnen im Rahmen der Judikative vorgegebene Verfassungsrolle überschreiten.

---

Integrationslehre angesehen: *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 161; kritisch demgegenüber aber *Forsthoff*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 35 ff., 51.

<sup>75</sup> Für das Völkerrecht mit ähnlicher Beobachtung *Djeffal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 3 ff.

<sup>76</sup> In diese Richtung *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/ders. (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. 2010, 385–400, 394 ff.; dieser Zusammenhang klingt auch bei Böckenförde an, wenn er davon spricht, dass Ehmke und Häberle ihre Verfassungstheorie von einer Auslegungstheorie her entwickeln: *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2097.

<sup>77</sup> Siehe dazu *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/ders. (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. 2010, 385–400, 386 f., 389, 394 ff.; *Schulze-Fieltz*, in: Leibholz/Häberle (Hrsg.), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2002, 1–68, 35.

Inwieweit dies auch beim Verfassungsrecht selbst gilt, ist hingegen fraglich. Dort ist das Zusammenspiel von materiellen Vorgaben und Auslegungsmethoden besonders delikat. Kann man beim einfachen Gesetzesrecht noch auf höherrangiges Recht als inhaltliche Auslegungshilfe zurückgreifen, gibt es diese Möglichkeit bei der Auslegung von Verfassungsrecht nicht mehr. Inwieweit die Auslegungsregeln dann „verfassungsrichtig“ sind, kann aus dem materiellen Recht heraus nicht mehr ohne Weiteres beantwortet werden.

Vor diesem Hintergrund hat *Böckenförde* einen Ansatz entwickelt, der in Teilen für diese Arbeit genutzt werden kann. Er sagt, dass die Kernfrage der *richtigen* Verfassungsinterpretation „die nach der *richtigen, oder besser* nach der *verbindlichen* Verfassungstheorie“<sup>78</sup> sei.<sup>79</sup> Dabei sei die Entwicklung einer Verfassungstheorie nicht „Sache von subjektivem Vorverständnis und bestehendem politischen Konsens bzw. Konsenswandel“, sondern müsse als „*in der Verfassung ausdrücklich oder implizit enthaltende Verfassungstheorie*, die aus Verfassungstext und Verfassungsentstehung mit rationalen Erkenntnismitteln erhebbar ist [...] ihren Ausgang von der Verfassung selbst nehmen, ihren Grundentscheidungen und tragenden Prinzipien, den übernommenen oder modifizierten Elementen der Verfassungstradition, der errichteten Zuordnung, Balancierung der Funktionen/Gewalten u. a. m.“<sup>80</sup>

*Böckenförde*s Ansatz ist im Kern positivistisch, denn er geht von der geltenden, konkreten Verfassungsordnung des Grundgesetzes aus. Darüber hinaus bettet er sein Vorgehen mit den „Elementen der Verfassungstradition“ aber auch in ein – wenn gleich seiner Meinung nach nicht subjektives – Vorverständnis ein. Dieses Vorverständnis soll aber wiederum an der Verfassung gemessen werden; nur die Teile des Vorverständnisses, die durch die Verfassung bestätigt werden, sollen relevant sein.<sup>81</sup> Sein Ansatz zielt schließlich auf die Entwicklung einer „gebundene[n] Verfassungstheorie“<sup>82</sup> ab.

---

<sup>78</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2098 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>79</sup> In diese Richtung geht z. B. auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 18: „Zugespielt könnte man also sagen: Welche Auslegung einer wählt, hängt davon ab, was für eine Staatsphilosophie er hat.“

<sup>80</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2098 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>81</sup> So auch die Einordnung des Vorgehens bei *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 28, der *Böckenförde* insgesamt zu einer Gruppe zählt, die einen deskriptiven Verfassungsbegriff vertritt (a. a. O., S. 27). Man könnte diesen Verfassungsbegriff „historisch-positivistisch“ nennen; als Beispiel siehe *Böckenförde*, in: FS Gmür, 1983, 7–20.

<sup>82</sup> *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 27.

Das offenbart einen dezidiert nicht-universellen Blick auf die Verfassungstheorie, der in *Böckenfördes* staatstheoretischem Denken gründet. Für ihn ist – ähnlich wie für *Carl Schmitt* – die Homogenität des Staats- bzw. Verfassungssubstrats entscheidend für das Funktionieren des modernen Verfassungsstaats.<sup>83</sup> Das Verfassungsrecht individualisiert sich dadurch insbesondere durch sein Substrat, dessen Teile durch eine „vor-rechtliche Gemeinsamkeit“<sup>84</sup> verbunden sind.<sup>85</sup> Dieses gedankliche Fundament kann – bereits unabhängig von den Zweifeln an seiner Richtigkeit – der Arbeit nicht zugrunde gelegt werden: Ein solcher staatstheoretischer Unterbau widerspräche der Grundannahme der Konstitutionalisierungsidee, dass sich Völkerrecht auch ohne Weltstaat verfassungsrechtlich erklären lässt; es widerspräche auch dem Anspruch der Völkerverfassung auf Universalität in einer inhomogenen internationalen Gemeinschaft.

*Böckenfördes* Ansatz ist aber auch ohne diesen Unterbau für die Arbeit einträglich, solange er nicht substrat-, sondern normbezogen verstanden wird. Er ist nämlich insoweit richtig, als er die Verfassung als das grundlegendste Rechtsinstrument einer Rechtsordnung angemessen ernst nimmt. Ausgangspunkt der Überlegungen zu einer verfassungsrichtigen Auslegungslehre muss das in der Verfassung enthaltene Recht sein. Hier zeigt *Böckenfördes* Position, dass ein Vorverständnis zwar notwendig ist, allerdings darf dieses nur insoweit relevant werden, wie es sich durch das materielle Verfassungsrecht selbst begründen lässt.<sup>86</sup> Das gilt für den historischen Horizont genauso wie für die Verfassungstheorie selbst. Diesen Mechanismus kann man auch ohne eine spezifische Staatsphilosophie anwenden.

---

<sup>83</sup> Er selbst hat es am pointiertesten in dem nach ihm benannten Diktum ausgedrückt: „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat“ (*Böckenförde*, in: ders. (Hrsg.), *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, 42–62, 60, Hervorhebung des Originals). Zur Bedeutung des Erfordernisses der Homogenität im Völkerverfassungsrecht siehe *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 72 f.; kritisch gegenüber *Fassbenders* Position *Zemanek*, *ARIEL* 14 (2009) 651–653, 652.

<sup>84</sup> *Böckenförde*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 429–496, Rn. 47.

<sup>85</sup> *Ders.*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 429–496, Rn. 46 ff.; in den früheren Auflagen hat er noch den belasteten Begriff „Gleichartigkeit“ verwendet (siehe dazu a. a. O. die Fn. 106).

<sup>86</sup> Im Kern ist das eine hermeneutische Spirale.

*Böckenfördes* Ansatz setzt aber voraus, dass eine konkrete Völkerverfassungsordnung – wie sie etwa durch das Grundgesetz niedergelegt wird – zweifelsfrei besteht. An dieser Zweifelsfreiheit fehlt es jedoch im Völkerrecht.

## II. Zwischenfazit

Vor der Entwicklung einer Auslegungslehre stellt sich eine entscheidende Frage: Was kommt als Erstes – die Methode oder das Objekt? Die Antwort darauf hängt zunächst von der persönlichen Perspektive ab: Der Positivist blickt zuerst auf das Objekt, der Konstruktivist auf die Methode. Die Antwort hängt aber auch davon ab, wer die Methoden anwenden soll: Die Rechtsphilosophin oder der Rechtswissenschaftler mag sich auf die Erkenntnistheorie stützen, die Richterin, der Verwaltungsbeamte und – wohl auch – die Rechtsdogmatikerin hingegen müssen das geltende Recht beachten.

Die Geltung von Recht, die in allen Rechtsordnungen vorausgesetzt wird, wäre aber unvollständig und letztlich ohne Sinn, hätte sie keine Auswirkungen auf die Methoden: Die Achtung des positiven Rechts durch Richter und Verwaltungsbeamtin wäre zu leicht zu umgehen, gälte eine Methode, die eine Achtung des Rechts nicht umsetzen würde.

Entsprechend ist das positive Recht auch danach zu befragen, wie Recht auszulegen ist. Die hierfür letzte Instanz ist das Verfassungsrecht. Zu Recht wird daher dafür plädiert, die „Methodendiskussion ‚von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße‘ zu stellen“<sup>87</sup>. Diese Forderung gilt allemal dann, wenn es um die Kontrolle gerichtlicher Auslegungspraxis unterhalb des Verfassungsrechts geht.<sup>88</sup> Sie muss nach der Grundidee der Wechselwirkung von Gegenstand und Methode aber auch im Verfassungsrecht gelten. Im Verfassungsrecht sind die Konturen dieser Wechselwirkung aber unschärfer als im einfachen Recht, sodass sich die inhaltlichen Vorgaben der Verfassung für die Verfassungsauslegung nicht ohne Weiteres bestimmen lassen. Voraussetzung für eine verfassungsrechtlich fundierte Auslegungslehre ist jedenfalls, dass eine konkrete Verfassungsordnung feststeht.

---

<sup>87</sup> *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729, 705, mit Zitat von *H.-P. Schneider*, *DÖV* 28 (1975) 443–452, 452.

<sup>88</sup> Siehe hierzu aus der Verfassungsrechtsprechung v. a. die abweichende Meinung des Richters Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio, *BVerfG*, *Beschl. v. 15.01.2009*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 2 *BvR* 2044/07, *Rn.* 95 ff.; dazu *Rüthers*, *NJW* 64 (2011) 434–435.



## 1. Unschärfe verfassungsrechtliche Prägung der Verfassungsauslegung

Die verfassungsrechtliche Bindung der Verfassungsauslegung ist schwieriger umzusetzen als bei der Gesetzesauslegung: Die Verfassungsrichterin steht vor dem Problem, sowohl Inhalt des Verfassungsrechts als auch die Art und Weise, wie sie diesen Inhalt bestimmt, aus demselben Normtext ableiten zu müssen. Der Richter am Amtsgericht kann sich hingegen immer noch auf die Verfassung berufen, um seine Methode zur Auslegung von einfachem Recht zu begründen.

Zu den materiellen Vorgaben der Verfassung muss daher ein verfassungsrichtiges Vorverständnis der Verfassungsauslegung hinzutreten. Erst dann kann die Auslegungslehre vom Auslegungsgegenstand her entwickelt werden. Entscheidend hierfür ist letztlich die konkrete Verfassungsordnung, wie sie sich aus dem materiellen Verfassungsrecht ergibt.

Auf internationaler Ebene ist aber problematisch, dass nicht eindeutig ist, welche Normen die konkrete Völkerverfassungsrechtsordnung ausmachen. Eine solche muss daher erst noch bestimmt werden.

## 2. Erfordernis der Bestimmung einer Völkerverfassungsordnung

Bei der Bestimmung einer plausiblen Völkerverfassungsordnung besteht das Problem, dass die Konstitutionalisierungsidee bestritten wird und selbst die Befürworter der Idee sich nicht einig sind, welcher Teil des Völkerrechts das Völkerverfassungsrecht bildet.<sup>89</sup> Angesichts der Bedeutung einer Verfassung mag die Meinungsverschiedenheit verwundern – gerade Verfassungen sollten doch unzweifelhaft bestimmbar sein. Sie liegt aber zunächst darin begründet, dass ein internationaler „pouvoir constituant“ bisher in keinem *formellen* Verfahren zusammengetreten ist, um eine Völkerverfassung zu verabschieden. Einen offiziellen Völkerverfassungskonvent hat es jedenfalls nicht gegeben.

Ohne konkrete Verfassungsordnung lässt sich aber keine völkerverfassungsgemäße Auslegungslehre erarbeiten. Die Richtigkeit bzw. Verbindlichkeit der Auslegungslehre im Sinne von *Böckenförde* kann nur vor dem Hintergrund einer geltenden Verfassung bewertet werden, deren wesentlichste Grundlage – ein Kernumfang von Verfassungsnormen – wenigstens unumstritten ist. Für diese Arbeit lässt sich eine solche

---

<sup>89</sup>

Siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. A.I; Kap. 1, Abschn. A.I und A.III.

konkrete Völkerverfassungsordnung nur anhand der Beiträge der Konstitutionalisierungsdebatte bestimmen. Ohne autoritative Festlegung oder breiten Konsens ist der Arbeit diejenige Völkerverfassungstheorie<sup>90</sup> zugrunde zu legen, die den Verfasser am meisten überzeugt. Der Maßstab hierfür kann aktuell nur die völkerrechtswissenschaftliche Plausibilität der einzelnen Beiträge sein.

### **III. Zirkelschluss und dessen Lösung durch eine „mehrpolige Dialektik“**

Durch die Festlegung auf eine bestimmte Völkerverfassungstheorie werden aber noch nicht alle methodischen Probleme gelöst. Es bedarf noch eines Vorverständnisses davon, wie das Verfassungsrecht auszulegen ist. Dieses ist notwendig, um den Zirkelschluss zu vermeiden, der aus dem Zusammenhang von Gegenstand und Methode entsteht: Im nationalen Verfassungsrecht ist man sich zum Beispiel (unausgesprochen) darüber einig,<sup>91</sup> welche rechtstheoretischen und/oder staats- und rechtsphilosophischen Vorstellungen der jeweiligen Verfassung zu unterstellen sind und wie die Verfassung (auf Grundlage dieser Vorstellungen) im Grundsatz auszulegen ist.

Wie sich sogleich zeigen wird, fehlt es im Völkerverfassungsrecht aber an einem vergleichbaren Vorverständnis. Daraus entsteht die Gefahr eines zirkulären Argumentierens (hierzu gleich mehr). Um das Problem dieser Tautologie und den Mangel an einem Vorverständnis zu umgehen, folgt die Arbeit daher einer Vorgehensweise, die hier als „mehrpolige Dialektik“ bezeichnet wird.

#### **1. Herkunft des Zirkelschlusses und Notwendigkeit eines Vorverständnisses**

Das Tautologieproblem ist im Zusammenhang von Gegenstand und Methode angelegt: Wenn die zu erarbeitenden Erkenntnismittel zum Verstehen eines

---

<sup>90</sup> Mit dem Begriff der Völkerverfassungstheorie sind die unterschiedlichen Verfassungskonzepte innerhalb der Konstitutionalisierungsdebatte gemeint, die wohl nicht alle als wissenschaftliche Theorie bezeichnet werden können.

<sup>91</sup> Dieser Verallgemeinerungsgrad trifft natürlich nicht zu. Er soll aber verdeutlichen, dass es einen Konsens über bestimmte gedankliche Grundlagen gibt und dass, solange man diese Grundlagen nicht verlässt, es keiner Darlegung derselben bedarf. Das Abweichen von diesem Konsens wird hingegen als begründungsbedürftig angesehen. Freilich könnte man versuchen, diesen Konsens durch die Beschreibung der jeweiligen (wissenschaftlichen) Paradigmen herauszuarbeiten.

Beobachtungsgegenstandes von diesem abhängen, dann muss man diesen Gegenstand zunächst selbst verstehen, das heißt, mit bestimmten Erkenntnismitteln analysieren. Diese Erkenntnismittel müssen aber wiederum selbst dem Beobachtungsgegenstand gemäß sein, um richtig zu sein. Wie sollen diese Erkenntnismittel dann etwas anderes sein als das, was man zu finden versucht?

Auch *Böckenfördes* Vorgehensweise läuft Gefahr, tautologisch zu werden:<sup>92</sup> Er beschränkt zunächst alle Erkenntnisbemühungen auf die Verfassung selbst: Sie müssen „ihren Ausgang von der Verfassung selbst nehmen“<sup>93</sup>. Dabei will er allein mit „rationalen Erkenntnismitteln“<sup>94</sup> vorgehen. Konsequenterweise müssten solche wiederum selbst verfassungsgemäß sein, womit sich die Frage nach den richtigen Erkenntnismitteln ein weiteres Mal – eventuell auf einer höheren Ebene – stellt. Die Tautologie wird man auch nicht wie *Kirchhof* entschärfen können und die Verfassungstheorie, anders als die Verfassungsdogmatik, von der geltenden Verfassung entpflichten.<sup>95</sup> Denn dann umginge man die Normativität der Verfassung und bräche mit dem Anspruch *Böckenfördes*, die „verbindliche“ Verfassungstheorie zu erarbeiten.

Bei vollständig fehlendem Vorverständnis (irgendeiner Art) würde der Zirkelschluss schließlich zu einem unlösbaren Kurzschluss führen: Streng genommen kann dann überhaupt keine Auseinandersetzung mehr mit dem Auslegungsgegenstand erfolgen, weil die dafür notwendigen Methoden noch nicht bestehen und auch nicht aus einem Vorverständnis abgeleitet werden können.

Man könnte daher versuchen, das Problem in einem zweiteiligen Vorgehen zu umgehen: Im ersten Schritt sucht man das richtige Verfassungsverständnis anhand politischer oder philosophischer Kriterien, und im zweiten Schritt leitet man aus diesem (politischen oder philosophischen) Vorverständnis dann (juristische) Auslegungsregeln ab. Das würde aber bedeuten, dass man eine Hierarchie bildet, nach der politische oder philosophische Kriterien den juristischen vorgehen und diese zugleich

---

<sup>92</sup> Siehe hierzu auch die Auseinandersetzung mit diesem Problem bei *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 28 ff. m. w. N.

<sup>93</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2098.

<sup>94</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2098.

<sup>95</sup> *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 2, wobei er zunächst die Verfassungsdogmatik scharf von der Verfassungstheorie abgrenzt, diese Grenze aber nachfolgend wieder verwischt (a. a. O., Rn. 3).

inhaltlich bestimmen. Will man nach einem einheitlichen methodischen Referenzrahmen verfahren, bleibt das Dilemma bestehen.

Dieses Dilemma ist nicht bloß theoretischer Natur.<sup>96</sup> Es wird dort augenfällig, wo Auslegungsregeln kodifiziert sind: Nach welchen Methoden sind zum Beispiel die Art. 31 ff. WVRK auszulegen?<sup>97</sup> Ohne Vorverständnis kann man darauf keine logische Antwort geben:

„Dem positiven Recht Regeln zu entnehmen, die Methode und Mittel der Auslegung festlegen, ist ein logischer Zirkelschluß: man wählt einen Maßstab, der mit dem Objekt der Messung zusammenfällt. Das Gemessene ist Maß zugleich.“<sup>98</sup>

Das stimmt jedenfalls dann, wenn Methodenregeln nicht bereits apriorisch oder natürlich vorhanden sein sollen.

Das Problem des Zirkelschlusses hat auch *Kriele* erkannt. Deswegen schlussfolgert er, dass man der Verfassung keine Vorgaben für ihre Auslegungsmethoden entnehmen könne.<sup>99</sup> *Christensen* ist dem aber zu Recht mit dem Hinweis entgegengetreten, dass es sich nicht um einen logischen, sondern einen hermeneutischen Zirkel handelt.<sup>100</sup> Für einen solchen hermeneutischen Zirkel ist aber ein Vorverständnis notwendig. Diesen Ausweg deutet schließlich auch *Böckenförde* an: Er spricht von der Herleitung der verbindlichen Verfassungstheorie aus der Entstehung der Verfassung und den übernommenen und modifizierten Elementen der Verfassungstradition,<sup>101</sup> womit er den Zirkelschluss historisch aufbricht.

Es bleibt daher festzuhalten, dass man nicht umhinkommt, ein Vorverständnis zu erarbeiten, solange man ausschließt, dass Methoden etwas logisch Gegebenes oder natürlich Vorhandenes sind.

<sup>96</sup> Ebenfalls ein Dilemma sieht *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 35.

<sup>97</sup> So auch *Djeffal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 67 f.; zudem *Villiger*, *RdC* 344 (2011) 9–192, 38, 63, mit Nachweisen von Wortmeldungen bei der Ausarbeitung der WVRK; *Klabbers*, *NILR* 50 (2003) 267–288, 270 ff.; angedeutet bei *Bianchi*, in: *FS Vagts*, 2010, 34–55, 48; kein Problem sieht hingegen *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 32.

<sup>98</sup> *Stern*, *NJW* 11 (1958) 695–698, 697 m. w. N.; für das Völkerrecht *Djeffal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 67 f. m. w. N.

<sup>99</sup> *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 35.

<sup>100</sup> *Christensen*, *Was heisst Gesetzesbindung?*, 1989, S. 221 f.; dazu auch *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 603 f.

<sup>101</sup> *Böckenförde*, *NJW* 29 (1976) 2089–2099, 2098.

## 2. Fehlendes Vorverständnis im Völkerverfassungsrecht

Das Problem des Zirkelschlusses verschärft sich im Völkerverfassungsrecht, denn – zugespitzt formuliert – kann es auf internationaler Ebene noch kein Vorverständnis davon geben, was und wie eine Völkerverfassung ist und wie man diese auszulegen hat.

Es besteht nicht nur Uneinigkeit darin, wie die konkrete Völkerverfassungsordnung aussieht, sondern das Völkerverfassungsrecht kann auch nicht auf eine historisch gewachsene Völkerverfassungstheorie zugreifen. Dieser Mangel verschärft sich noch dadurch, dass die völkerrechtliche Methodenlehre noch keine einheitliche Auslegungslehre hervorgebracht hat und es zusätzlich an vergleichbaren internationalen Verfassungsordnungen fehlt, die bei der Erarbeitung der Auslegungslehre als direkte Erkenntnisquelle herangezogen werden könnten.

### a) Fehlende überkommene Völkerverfassungstradition

Das Völkerverfassungsrecht und dessen Wissenschaft stehen erst am Anfang ihrer Entwicklung.<sup>102</sup> Es fehlt an einer Völkerverfassungstradition, das heißt, es fehlt an einem historischen Vorverständnis, das sich im Laufe vieler Jahrzehnte völkerverfassungstheoretischer Überlegungen entwickeln konnte.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Fassbender, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 307–329, 308 ff.

<sup>103</sup> Mit ähnlicher Überlegung *Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009, S. 45, der die „Verfassungstheorie als Horizont der Verfassungsdogmatik“ umschreibt, später bezeichnet er die Verfassungstheorie auch als „verfassungseigentümliches Vorverständnis“ (a. a. O., S. 91 m. w. N.); für eine historische Herleitung des konkreten Verfassungsbegriffs des Grundgesetzes siehe *Unruh*, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, 2002; für die Bedeutung des historischen Horizonts für die materielle Verfassungsauslegung siehe *Maurer*, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 54; noch weiter fassend *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 10: „Die Verfassung gewinnt durch die verschiedenen Spielarten der historischen Auslegung Konturen. Diese besitzt einen hohen Stellenwert. Denn Auslegung setzt Verstehen voraus. Die Gegenwart versteht nur, wer die Vergangenheit kennt. Dies gilt in besonderem Maß für das Recht, das immer – selbst in Umbruchsituationen – durch Tradition vorgeprägt ist. In diesem Sinne tradiert das Verfassungsrecht die historisch bewährten Institutionen, Regeln politischer Willensbildung oder Freiheitsrechte. Die in einem weiteren Sinn verstandene historische Auslegung bringt die historischen Leistungen bei der Entwicklung richtigen Verfassungsrechts zur Geltung. Sie erschließt damit jenen historischen Horizont, ohne dessen Kenntnis das Verfassungsrecht nicht verstanden und damit nicht ausgelegt werden kann. Legt man Begriffe des Grundgesetzes wie Rechtsstaat, Bundesstaat oder Demokratie aus, so knüpft man bewußt oder unbewußt an die Entwicklung zum Verfassungsstaat in einer Zeitspanne von über 200 Jahren an.“

Zwar lässt sich die Völkerverfassungsidee einer idealistischen Denkschule<sup>104</sup> zuordnen und ideengeschichtlich zurückverfolgen<sup>105</sup>. Eine stabile Entwicklungslinie, die spezifisch für das Völkerverfassungsrecht wäre und sich als Grundstein einer Auslegungslehre eignet, ergibt sich daraus aber nicht: Die Geschichte des materiellen Völkerverfassungsrechts lässt sich nach *Verdross'* und *Simmas* Ansicht zwar bis zum Westfälischen Frieden zurückverfolgen.<sup>106</sup> Überzeugender ist es, den Beginn einer spezifischen Völkerverfassungsrechtsgeschichte im Zeitpunkt der Gründung des Völkerbundes zu sehen.<sup>107</sup> Allerdings besteht dieser geschichtliche Zusammenhang nur in beschränkter Form: Die damaligen Vorstellungen von einer Völkerrechtsverfassung unterschieden sich in ihrem inhaltlichen Anspruch deutlich von der heutigen Idee,<sup>108</sup> jedenfalls reichte die Kontinuität nicht aus, um eine dem nationalen Verfassungsrecht vergleichbare Verfassungstradition zu entwickeln.

## b) Fehlende einheitliche völkerrechtliche Auslegungslehre

Gemessen etwa an der deutschsprachigen Methodenlehre<sup>109</sup> ist die völkerrechtliche – im Bereich der Rechtsdogmatik – nur begrenzt untersucht worden.<sup>110</sup> Insbesondere sind Arbeiten selten, die sich mit der Auslegung des Völkerrechts insgesamt

<sup>104</sup> Dazu *Fassbender*, DÖV 65 (2012) 41–48, 42.

<sup>105</sup> Dazu *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 396 ff.

<sup>106</sup> *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 75 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *dies.*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 85 ff.; diese Sichtweise mag man auch durch Grewe gestützt sehen, der bei seiner Unterteilung der Völkerrechtsgeschichte in Epochen einen besonderen Bruch 1919 gesehen hat, *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 677 ff.; kritisch gegenüber der Einteilung von Grewe aber *Fassbender*, EJIL 13 (2002) 479–512, 487, 507 ff.; siehe dazu auch *Diggelmann*, in: *Fassbender/Peters* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 997–1010.

<sup>108</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 26; in ähnliche Richtung gehend *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 394 ff.

<sup>109</sup> Verglichen z. B. mit *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991; für weitere Nachweise siehe etwa *Pawłowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, Rn. 1 ff.; *Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 2011, S. XXI.

<sup>110</sup> *Maruhn*, ZaöRV 67 (2007) 639–656, 644; als Beispiele für die wenigen umfassenderen Monographien zur völkerrechtlichen Methodenlehre siehe *Bleckmann*, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*, 1982, und *Bos*, *A Methodology of International Law*, 1984.

befassen.<sup>111</sup> Erst in jüngster Zeit gab es Versuche zur Grundlegung einer völkerrechtlichen Interpretationstheorie.<sup>112</sup>

Ein anerkannter methodischer Rahmen ist dabei jedoch noch nicht entstanden – wohl nicht zuletzt deswegen, weil sich die Völkerrechtswissenschaft immer wieder, wie auch in den letzten Jahrzehnten, mit Fundamentalkritiken auseinandersetzen musste, die ihre (juristischen) Methoden grundsätzlich in Frage stellten. Gleichzeitig aber konnte das Völkerrecht – im Gegensatz zum nationalen Recht – diesen Vorwürfen nur begrenzt mit empirischen Nachweisen seiner Funktionsfähigkeit entgegenreten. Die alltägliche Völkerrechtspraxis erreicht scheinbar nicht einen solchen Umfang, dass sie sich als eindeutige empirische Bestätigung der Existenz und Geltung von Völkerrecht eignet. Diese Unsicherheiten wirken fort und führen dazu, dass die Völkerrechtswissenschaft mit einem (besonders) unscharfen Rechtsbegriff konfrontiert ist.<sup>113</sup>

Zu dieser methodischen Unsicherheit tritt hinzu, dass noch seltener der Frage nachgegangen wurde, welche Auswirkungen die Konstitutionalisierung auf die Auslegung hat.<sup>114</sup> Eine der umfassendsten Abhandlungen zu diesem Thema – die von *Ress* – stellt den Zusammenhang von Verfassungscharakter und Auslegung letztlich meist nur semantisch her.<sup>115</sup> Das liegt auch daran, dass die Konstitutionalisierungsidee erst

---

<sup>111</sup> Es gibt allerdings eine Vielzahl von Abhandlungen zum Thema der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, wie z. B. *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015; *Aryal*, *Interpretation of Treaties*, 2003; *Bernhardt*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 1963; oder zu einzelnen, spezielleren Problemen wie z. B. *ders.*, GYIL 42 (2000) 11–25; für weitere Nachweise siehe *Villiger* (Hrsg.), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, 418 ff.

<sup>112</sup> *Kolb*, *Interprétation et création du droit international*, 2006; *Fernández de Casadevante Romani, Carlos*, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, 2007; *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008; *Venzke*, *How Interpretation Makes International Law On Semantic Change and Normative Twists*, 2012; siehe auch *Bianchi/Peat/Windsor* (Hrsg.), *Interpretation in International Law*, 2015; *Liste*, *Völkerrecht-Sprechen*, 2012; ein knapper Überblick bei *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273.

<sup>113</sup> *Diggelmann*, SZIER 26 (2016) 381–390.

<sup>114</sup> So beschäftigt sich z. B. auch Orakhelashvili nicht mit der Frage der Auslegung von Völkerverfassungsrecht, *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, passim.

<sup>115</sup> *Ress*, in: *Simma* (Hrsg.), *Charta der Vereinten Nationen*, 1991, XLV–LXVII; *ders.*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 1994, 25–45; *ders.*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32; siehe hierzu auch die späteren Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.1.2.b).

in jüngerer Zeit größere Anerkennung erlangen konnte und eine Dichte erreicht hat, die Auswirkungen auf die Auslegung nahelegt.

### c) **Fehlende funktionell vergleichbare Rechtsordnungen**

Es fehlt auch an einer funktionell vergleichbaren Rechtsordnung zum Völkerverfassungsrecht. Überlegungen aus Verfassungen, die über Nationalstaaten hinausgehen, können nicht direkt übertragen werden, weil diese Verfassungen entweder regional begrenzt oder in ihrer Funktion und Struktur zu verschieden sind.<sup>116</sup>

So wird beispielsweise vertreten, dass die WTO beziehungsweise das Wirtschaftsvölkerrecht eine völkerrechtliche Verfassung bildet.<sup>117</sup> Auch wenn dies richtig sein sollte, könnte man eine solche Verfassungsordnung nicht zur Analyse des Völkerverfassungsrechts heranziehen, denn es bestehen entscheidende rechtstheoretische und inhaltliche Unterschiede zwischen der WTO-Rechtsordnung und einer universellen Völkerrechtsverfassung. Die Unterschiede werden auch nicht durch Bemühungen ausgeräumt, Menschenrechte in die WTO zu integrieren:<sup>118</sup> Die WTO bleibt auch dann eine funktionell auf den internationalen Handel spezialisierte internationale Organisation mit einer spezifischen inneren Dynamik; sie erhebt allenfalls auf dem Gebiet des Handelsrechts den Anspruch auf Universalität. Eine Völkerverfassung würde *prima facie* aber das ganze Völkerrecht betreffen.

Im Übrigen ist nicht zu erwarten, dass ein Blick auf solche Verfassungsordnungen einen größeren Erkenntnisgewinn bringt: Die Völkerverfassungs-idee ist erst auf die WTO und andere internationale Organisationen übertragen worden, nachdem schon lange Überlegungen zu einer universellen Völkerrechtsverfassung, in der die UN-Charta eine zentrale Rolle einnimmt, angestellt wurden.<sup>119</sup>

Etwas weiterreichende Erkenntnisse könnte man sich hingegen von einem Blick auf die EU erhoffen. In rechtlicher Hinsicht hat sie sich weitaus stärker als die UN entwickelt und ist (verfassungs-)rechtswissenschaftlich besser durchdrungen.<sup>120</sup> Zunächst

---

<sup>116</sup> Zum Konstitutionalismus bei diversen internationalen Organisationen siehe *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 270 ff.

<sup>117</sup> *Petersmann*, ZaöRV 74 (2014) 763–821, insb. 777; siehe auch *Krajewski*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), 2001; *Stoll*, ZaöRV 57 (1997) 83–146.

<sup>118</sup> *Petersmann*, ZaöRV 65 (2005) 543–585; *ders.*, LJIL 19 (2006) 633–667.

<sup>119</sup> So auch *Klabbers*, in: *ders./Wallendahl* (Hrsg.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, 3–31, 13.

<sup>120</sup> Ähnlich *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 271 f.; siehe auch *Pernice*, in: FS Tomuschat,



scheint auch eine direkte Vergleichbarkeit eher gegeben zu sein als bei der WTO: Der Vertrag über die Europäische Union und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union bilden die völkerrechtliche<sup>121</sup> Verfassung einer supranationalen europäischen Gemeinschaft.<sup>122</sup> Die Entstehungsgeschichte der UN und der EU weisen Parallelen auf, beide sind zur Sicherung des Friedens entstanden.

Allerdings sind Ausrichtung, Konstruktion<sup>123</sup>, Integrationsgrad und Reichweite beider Regelungsregime verschieden.<sup>124</sup> Auch wenn man die europäische Verfassung im Rahmen dieser Arbeit nicht ignorieren können, ist sie dennoch keine Rechtsordnung, die allein als Vorverständnis herangezogen werden könnte:

„[T]he precise parameters of this EU debate are unlikely to be reproduced on the global level, if only because no international tribunal, including the International Court of Justice, is capable of exerting anything remotely resembling the ECJ's influence.“<sup>125</sup>

### 3. „Mehrpolige Dialektik“

Die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre lässt sich weder allein aus der Völkerverfassungsidee heraus noch allein auf der Grundlage einer konkreten Völkerverfassungsordnung entwickeln. Als zusätzliche Voraussetzungen bedarf es eines Vorverständnisses davon, wie eine Völkerverfassung auszulegen ist, da andernfalls diese Arbeit Gefahr liefe, tautologisch zu argumentieren.<sup>126</sup>

Zur Umgehung der Tautologie und der Erarbeitung eines Vorverständnisses kommt eine „mehrpolige Dialektik“ zur Anwendung. Damit wird ein Denkprozess

---

2006, 973–1005.

<sup>121</sup> Zum Verhältnis von Völkerrecht und EU-Recht jüngst *H. Aust*, EuR 52 (2017) 106–120, 106 ff.; für eine völkerrechtliche Einordnung siehe *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 121 ff.

<sup>122</sup> *Piris*, EuR 35 (2000) 311–349, 314 ff.; von *Danwitz*, NJW 58 (2005) 529–536, 529 m. w. N.

<sup>123</sup> Deutlich etwa beim Unterschied von EuGH und IGH, dazu *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 23.

<sup>124</sup> Anderer Ansicht aber *Kotzur*, in: FS Häberle, 2004, 289–308, 291, der „bei allen Ungleichzeitigkeiten, quantitativen und qualitativen Unterschieden“ einen „Gleichlauf von völkerrechtlicher Konstitutionalisierung und europäischer Verfassungsgenese“ sieht (Zitate a. a. O.).

<sup>125</sup> *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 23; auch *Fassbender* sieht nur gewisse Ähnlichkeiten bei der Entwicklung der beiden Rechtsordnungen: *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 61; zur Ausstrahlung der Diskussion im Rahmen der EU auf andere internationale Organisationen siehe a. a. O., S. 160.

<sup>126</sup> Dieses Problem klingt an bei *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 603; siehe dazu auch *Christensen*, *Was heisst Gesetzesbindung?*, 1989, S. 221 f.

beschrieben, der einer Erkenntnisspirale folgt.<sup>127</sup> Anstatt allein auf eine bestimmte Völkerverfassungstheorie und das durch die Theorie bestimmte materielle Völkerverfassungsrecht zurückzugreifen, werden auch Erwägungen aus anderen Bereichen, insbesondere anderen Verfassungsordnungen, der Methodenlehre und der völkerrechtlichen Auslegungslehre, herangezogen. Der Denkprozess wird dadurch dialektisch, dass die Erwägungen aus den jeweiligen Bereichen sich gegenseitig kontrollieren und ergänzen.

So können beispielsweise Ideen aus anderen Verfassungsordnungen nur insoweit angewendet werden, als sie *völkerverfassungsrichtig* sind, das heißt, sich mit dem Völkerverfassungsrecht und der ihm zugrunde liegenden Theorie, dem Völkerrecht allgemein und seinen Methoden vereinbaren lassen. So wäre zum Beispiel ein ungeprüfter Transfer des US-amerikanischen „originalism“ auf das Völkerverfassungsrecht *völkerverfassungsfalsch*. Denn in den Vereinigten Staaten ist die Diskussion stark an der Rolle des Verfassungsgerichts ausgerichtet; ein solches Verfassungsgericht gibt es auf internationaler Ebene aber nicht. Entsprechend wäre Vorsicht geboten, inwieweit die Überlegungen des „originalism“ auch auf internationaler Ebene gelten können. Überlegungen aus dem nationalen Verfassungsrecht müssen also am Völker- und Völkerverfassungsrecht gemessen werden. Umgekehrt wird die völkerrechtliche Methodenlehre anhand der Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen überprüft.

Alle herangezogenen Bereiche können letztlich nur Teilaspekte der Auslegung einer Völkerrechtsverfassung beleuchten, sie müssen miteinander kombiniert werden, um die richtige Auslegungslehre zu finden. Insofern entspinnt sich eine sich gegenseitig kontrollierende, mehrpolige Dialektik.

Zentral dabei ist die Analyse anderer Verfassungsordnungen, hierdurch können Lücken der völkerverfassungs(rechts)theoretischen Grundlagen geschlossen werden. Zudem vermittelt die kritische Auseinandersetzung mit der Auslegung in anderen Verfassungsordnungen ein Verständnis dafür, welche Faktoren (der Verfassungstheorie und des materiellen Rechts) die Interpretation der Verfassung beeinflussen bzw. welche Problemschwerpunkte in der Methodendiskussion gesetzt werden. Anhand dieser Erkenntnisse kann dann gezielt nach Antworten im Völkerverfassungsrecht und der Völkerverfassungstheorie gesucht werden.

---

<sup>127</sup>

Man könnte die Herangehensweise auch als hermeneutischen Zirkel beschreiben; zum hermeneutischen Zirkel siehe *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 1960, S. 250 ff.

Dieses Vorgehen beinhaltet also den Vergleich der einzelnen Verfassungsordnungen (inklusive der Völkerverfassungsordnung). Grundbedingung der Methode der Rechtsvergleichung ist aber die funktionelle Parallelität der zu vergleichenden Objekte.<sup>128</sup> Das wirft die Frage auf, welche Verfassungsordnungen funktionell vergleichbar sind und wie hoch der Grad der Vergleichbarkeit sein muss, um aus der jeweiligen Verfassungsordnung Erkenntnisse für die Auslegungslehre ableiten zu können.<sup>129</sup>

Die Vergleichbarkeit der Funktionen von nationalen Verfassungen und der Völkerverfassung wird aber kaum über allgemeine Verfassungsfunktionen – wie etwa die der Machtallokation – hinausgehen. Die konkrete Ausgestaltung hingegen ist sehr unterschiedlich, was aber wiederum entscheidend für die Frage der Auslegung sein kann. Die Frage nämlich, ob ein oberstes Verfassungsgericht besteht und welche Rolle es hat – zum Beispiel, ob es auch politisch oder nur justiziell tätig wird –, kann wesentlich für die Auslegung sein. Käme es auf eine absolute Deckungsgleichheit an, wäre ein Vergleich nur noch auf einer abstrakten Ebene möglich, womit er Gefahr liefe, so allgemein zu sein, dass er kaum noch stichhaltige Anhaltspunkte liefert.

Allerdings ist im Rahmen der „mehrpolgigen Dialektik“ die Gleichartigkeit der Vergleichsobjekte von untergeordneter Bedeutung: Es handelt sich gerade nicht um einen Vergleich im engen Sinne der Rechtsvergleichung, deren Ziel letztlich die Vereinheitlichung der materiell-rechtlichen Normen ist,<sup>130</sup> sondern vielmehr um die Übertragung abstrakter methodologischer Konzepte und Vorstellungen im Rahmen eines dialektischen Prozesses.<sup>131</sup> Folglich bestehen gegen das Vorgehen keine grundsätzlichen Bedenken.

## IV. Fazit

Aus der methodischen Leitidee folgt, dass das materielle Verfassungsrecht selbst Vorgaben enthält, die den Inhalt der Auslegungsregeln bestimmen. Allerdings gilt der

---

<sup>128</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 33 f.; zur Kritik an der rechtsvergleichenden Methode siehe *Tschentscher*, JZ 62 (2007) 807–816, 809.

<sup>129</sup> Die zivilrechtliche Rechtsvergleichung hat als Antwort auf dieses Problem verschiedene „Rechtskreise“ herausgebildet, vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 62 ff.; dies wird inzwischen im öffentlichen Recht versucht: *Grote*, AöR 126 (2001) 10–59.

<sup>130</sup> *Coing*, NJW 34 (1981) 2601–2604, 2601 m. w. N.

<sup>131</sup> Zu neueren Ansätzen der Rechtsvergleichung im Rahmen eines dialektischen, voreingenommenen Prozesses *Tschentscher*, JZ 62 (2007) 807–816, 815 f.; zur „postmodernen“ Rechtsvergleichung siehe *Richers*, ZaöRV 67 (2007) 509–540.

Zusammenhang von Gegenstand und Methode auch in umgekehrter Richtung: Die Methoden selbst bestimmen den Gegenstand.

Bei der Entwicklung der Auslegungslehre kann auf einen wesentlichen Gedanken *Böckenfördes* zurückgegriffen werden – auch wenn man dessen staatstheoretische Grundannahmen nicht teilt: Es ist nach der gemäß Verfassungsrecht richtigen bzw. verbindlichen Auslegungslehre zu suchen, wesentlich hierfür sind auch die in der Verfassung enthaltenen verfassungstheoretischen Grundlagen.

Es hat sich gezeigt, dass diese Suche nicht ohne ein Vorverständnis möglich ist. Im Völkerverfassungsrecht lässt sich ein Vorverständnis der Völkerverfassungsauslegung aber nicht aus einem historischen Horizont heraus ableiten, sondern nur anhand eines Blickes auf die (völkerrechtliche) Methodenlehre, andere Verfassungsordnungen und die bisherigen Auslegungsregeln des Völkerrechts im Rahmen einer mehrpoligen Dialektik.

## **C. Aufbau der Arbeit**

Aus der im vorherigen Abschnitt dargelegten Gedankenführung ergibt sich eine Dreiteilung der Arbeit:

Im ersten Teil wird nach der Grundlage gesucht, die für die Entwicklung der Auslegungslehre zentral ist – die konkrete Völkerrechtsordnung, wie sie durch die plausibelste Völkerverfassungstheorie festgelegt wird. Dabei wird zu begründen sein, warum die Theorie von der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft am meisten überzeugt.

Im zweiten Teil wird anhand völkerrechtlicher, verfassungsrechtlicher und methodologischer Überlegungen ein Vorverständnis davon entwickelt, wie eine Völkerverfassung auszulegen ist beziehungsweise welche Anhaltspunkte im Verfassungsrecht und der Verfassungstheorie relevant sind für die Entwicklung der Auslegungslehre.

Der letzte Teil führt die Überlegungen aus den ersten beiden Teilen zusammen und leitet auf der Grundlage des Vorverständnisses aus dem materiellen Völkerverfassungsrecht in der UN-Charta und der zugehörigen Theorie von der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft eine Auslegungslehre ab.

# TEIL I – VÖLKERVERFASSUNGSORDNUNG

Ziel des ersten Teils dieser Arbeit ist es, die Völkerverfassungsordnung zu bestimmen, auf der die Auslegungslehre aufbaut. Der fehlende Konsens zu einem Völkerverfassungsrecht bzw. die fehlende unzweifelhafte autoritative Festlegung der Völkerverfassung machen es notwendig, die Völkerverfassungsordnung anhand der plausibelsten Völkerverfassungstheorie<sup>1</sup> innerhalb der Konstitutionalisierungsdebatte zu bestimmen. Aus dieser Theorie ergibt sich dann, wie die konkrete Verfassungsordnung aufgebaut ist. Insbesondere legt die Theorie fest, welche Normen das Völkerverfassungsrecht bilden.

## Kapitel 1 – Zugrundeliegende Völkerverfassungstheorie

Zur Bestimmung der plausibelsten Völkerverfassungstheorie wird in diesem Kapitel nach Skizzierung der Konstitutionalisierungsdebatte in Abschnitt A zunächst in Abschnitt B deren für die Arbeit relevantes Meinungsspektrum festgelegt, um schließlich im Abschnitt C die Schwächen und Stärken der einzelnen theoretischen Ansätze darzustellen.

### A. Skizze der Konstitutionalisierungsdebatte

Die Skizze der Konstitutionalisierungsdebatte bereitet die Bewertung der für die Arbeit relevanten Positionen vor. Problematisch an der Bewertung ist, überzeugende Kriterien als Maßstab für die Plausibilität zu finden: Das internationale – wie auch das nationale – Verfassungsrecht befindet sich im Grenzbereich zwischen Politik und Recht,<sup>2</sup> es muss dort mehr als andere Rechtsgebiete fortlaufend zwischen Sein und Sollen vermitteln. In dieser Zwischenstellung wird es zur Projektionsfläche

<sup>1</sup> Freilich stellt nicht jede Position der Konstitutionalisierungsdebatte eine Theorie im wissenschaftlichen Sinne dar, der Begriff „Theorie“ wird hier weit verstanden.

<sup>2</sup> Zum Begriff des Politischen im Verfassungsrecht siehe *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 6–28; hier wird der Begriff Politik vornehmlich im Sinne der 2. und 6. Kategorie Isensees verstanden, d. h. im Sinne eines Strebens nach Macht bzw. einer rechtlich ungebundenen Willens- und Gestaltungsmacht (a. a. O., Rn. 12 f., 24–28); für einen Vorschlag zur Auflösung der Spannung beim Grundgesetz siehe *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008) 8–49, Rn. 8–20.

verschiedener rechtsphilosophischer Anschauungen, die ihren Ausdruck in sehr unterschiedlichen Völkerverfassungsthesen finden. Die Richtigkeit oder besser Verbindlichkeit des einzelnen Entwurfs kann dabei nicht anhand höheren (positiven) Rechts beurteilt werden;<sup>3</sup> ohne weitere normative Kriterien stehen sich die Ansichten gleichberechtigt gegenüber.<sup>4</sup>

Ein normatives Negativ-Kriterium ist zunächst, ob die jeweilige Position dem Kern der (rechtswissenschaftlichen) Konstitutionalisierungs-idee gerecht wird. Die Konstitutionalisierungs-idee möchte die Spannung zwischen Recht und Politik durch die Kategorie des Verfassungsrechts lösen.<sup>5</sup> Es geht ihr um die Legitimierung politischer Macht durch Recht.<sup>6</sup> Grundvoraussetzung dafür ist ein Mindestmaß an Normativität des Rechts. Manche Positionen erachten die Normativität des Rechts aber für unwesentlich oder hebeln diese aus. Solche Ansichten können der Auslegungslehre nicht zugrunde gelegt werden und müssen daher schon nicht auf ihre Plausibilität hin untersucht werden.

Dieses funktionelle Negativ-Kriterium genügt im Übrigen aber nicht für die Plausibilitätsprüfung. Entscheidend ist, ob die jeweilige Theorie dogmatisch plausibel ist. Dabei wird insbesondere geprüft, ob sie dem eigenen (wissenschaftlichen) Anspruch gerecht wird. Des Weiteren ist entscheidend, ob sich die Völkerverfassungstheorie an die Entwicklungslinien der Konstitutionalisierungs-idee anbinden lässt. Diese Anbindung ist zwar nicht von übergeordneter Bedeutung, das Verhältnis der Einzelposition zur Herkunft der Völkerverfassungs-idee ist aber zumindest ein Indiz für eine wissenschaftliche und empirische Plausibilität. Schlussendlich muss die Völkerverfassungstheorie geeignet sein, die an der Übertragung der Verfassungs-idee geäußerte Kritik zu entkräften.

Entsprechend diesen Kriterien wird die nachfolgende Skizze der Konstitutionalisierungsdebatte nicht nur der Orientierung dienen, sondern wird zugleich die genannten

---

<sup>3</sup> Soweit hat Walker Recht mit seinem „epistemic pluralism“: *Walker*, MLR 65 (2002) 317–359, 338 m. w. N.

<sup>4</sup> *Mastronardi*, *Angewandte Rechtstheorie*, 2009, Rn. 567 ff. bezeichnet dies als „pluralistische Grundsätzlichkeit“.

<sup>5</sup> So auch *Loughlin*, in: Dobner/ders. (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 47–70, 47; eine klassisch juristische Folge wäre die erhöhte richterliche Kontrolle und Streitlösung, siehe *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 350 f.; ausführlich zu den Konsequenzen der Völkerverfassungstheorie *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 159 ff.

<sup>6</sup> *Kumm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 201–219, 212 f.

Kriterien – insbesondere die Ursprünge der Konstitutionalisierungsthese und deren Kritik – darstellen.

## I. Überblick über die aktuelle Diskussion

Vertreter der Konstitutionalisierungsdebatte versuchen mehrheitlich, die durch die Globalisierung vorangetriebenen Entwicklungen im internationalen Recht mit klassischen Begriffen aus dem nationalen Verfassungsrecht zu deuten.<sup>7</sup> Die Akteure dieser Diskussion verfolgten meist eine Agenda des Internationalismus, der Integration des Völkerrechts und der rechtlichen Kontrolle der Politik.<sup>8</sup> Die Konstitutionalisierungsdebatte lässt sich daher zunächst auch als Teil des übergreifenden Themas des (politischen) Konstitutionalismus<sup>9</sup> verstehen. Zugleich kann man aber eine Debatte identifizieren, die zwar stark vom Konstitutionalismus beeinflusst wird, in deren Kern aber (im Wesentlichen) rechtswissenschaftlich argumentiert wird.

---

<sup>7</sup> Von klassischen Verfassungsbegriffen haben sich insbesondere der „soziologische“ Konstitutionalismus (insb. Teubner), der „konstruktivistische“ Konstitutionalismus (insb. Onuf) und der „politologische“ Konstitutionalismus (insb. New Haven School) gelöst.

<sup>8</sup> *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 329–367, 330; in gleiche Richtung geht *de Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 85 ff. mit Verweis auf *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 4; für einen Vergleich siehe die Agenda der UN im Rahmen der Globalisierung: GV, Res. v. 17.1.2014, *Role of the United Nations in promoting development in the context of globalization and interdependence*, A/RES/68/219.

<sup>9</sup> Der Begriff „Konstitutionalismus“ oder „constitutionalism“ ist facettenreich. An dieser Stelle soll die Definition von de Wet genügen, *de Wet*, ICLQ 55 (2006) 51–76, 51: „Constitutionalism is a deeply contested but indispensable symbolic and normative frame for thinking about the problems of viable and legitimate regulation of the complexly overlapping political communities of a post-Westphalian world.“ Zurück geht die Definition auf Walker, dessen Ausführungen an der von de Wet zitierten Stelle aber gerade keine Definition sein sollen, *Walker*, in: Weiler/Wind (Hrsg.), *European Constitutionalism beyond the State*, 2003, 27–54, 53; näher an einem rechtlichen Verständnis definiert *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 1: „Scholars have used concepts of constitutionalism to identify, name and also promote aspects of fundamental change in the international legal order which we all notice but cannot easily express in the traditional language of international law we learned.“ Von rechtlichen Voraussetzungen unabhängig wird constitutionalism als eine (persönliche) konstitutionelle Einstellung gesehen, mit der Probleme der internationalen Ordnung gelöst werden sollen, siehe *Koskenniemi*, *TIL* 8 (2006) 9–36, 18; *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 10; *Peters*, in: *Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 351 f.

Diese rechtswissenschaftliche Debatte ist für die Arbeit von größerer Bedeutung als die weiterreichenden Ansätze des Konstitutionalismus. Die Einordnung rechtswissenschaftlicher Beiträge in die Konstitutionalismus-Bewegung hilft aber, das Vorverständnis zu verdeutlichen, mit dem ein großer Teil der Vertreter der Konstitutionalisierungsidee seine Position vertritt.

## 1. Einordnung der Diskussion in die Konstitutionalismus-Bewegung

Vertreter des (internationalen) Konstitutionalismus suchen nach Antworten auf die „postnationale Konstellation“<sup>10</sup>. Die postnationale Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass die Bausteine des westfälischen Systems nicht mehr zu modernen Welt passen:<sup>11</sup> Der unbeschränkt souveräne Staat und mit ihm die nationalen Verfassungen haben durch die Globalisierung<sup>12</sup> ihren Alleingeltungsanspruch verloren, ihre Funktionen werden zunehmend auf andere Institutionen ausgelagert.<sup>13</sup> Dadurch werden die Grenzen zwischen Über-, Zwischen- und Suprastaatlichkeit immer

<sup>10</sup> Der Begriff wurde vor allem von Habermas geprägt (*Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998), obgleich er auch schon früher Anwendung fand, *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2012, S. 5 m. w. N.; siehe auch *Kumm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 201–219, 201; *Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 327–342, 327–332. Es ist bezeichnend für die Einordnung der Konstitutionalisierungsdebatte, dass sich Frowein mit der Konstitutionalisierung des Völkerrechts auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht im März 1999 mit dem Thema „Völkerrecht und Internationales Recht in einem sich globalisierenden internationalem System“ beschäftigte: *Frowein*, in: Dicke/Hummer/Girsberger (Hrsg.), Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System, 2000, 427–447; so auch der Einstieg bei *Peters*, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67, 42 ff.; für das Europarecht auf der Staatsrechtslehrertagung 2000 in Leipzig siehe *Pernice*, in: FS Steinberger, 2002, 1319–1345, 1324 m. w. N.; kritisch zum postnationalen Paradigma aber *Halter*, AöR 128 (2003) 511–557, 512 f., 517 ff. m. w. N.

<sup>11</sup> Kritisch zu der überkommenen Vorstellung der „Bausteine“ des westfälischen Systems aber *Fassbender*, in: Erberich/Hörster/Hoffmann/Kingreen/Pünder/R. Störmer (Hrsg.), Frieden und Recht, 1998, 9–52, 22: Die überkommene Vorstellung vom westfälischen System fasse Ideen zusammen, die sich bereits weit vor und weit nach dem Westfälischen Frieden entwickelt haben. Der Westfälische Friede sei „zwar ‚Abschluß und Anfang‘, aber nicht in dem Sinne, daß mit ihm die mittelalterliche Ordnung aufgehört und das moderne Völkerrecht begonnen habe. Vielmehr sind die Verträge von Münster und Osnabrück eine erste große Zwischenbilanz in der Entwicklung des Völkerrechts seit der Wende vom fünfzehnten zum sechzehnten Jahrhundert“ (a. a. O., 25).

<sup>12</sup> Zum Begriff der Globalisierung im Völkerrecht siehe *Mégret*, in: MPEPIL, Bd. IV, 2012, 493–503; für einen allgemeinen Überblick siehe *Beck*, Was ist Globalisierung?, 2007, insb. S. 24 ff.; zu Problemen mit dem Begriff der Globalisierung mit Blick auf den Konstitutionalismus siehe *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, 2009, 1–44, 5.

<sup>13</sup> *Biaggini*, ZSchweizR 119 (2000) 445–476, 454.



undeutlicher.<sup>14</sup> Die Strukturen des westfälischen Systems lösen sich auf;<sup>15</sup> der Verfassungsstaat steckt in der Krise und mit ihm die klassischen Verfassungsinhalte.<sup>16</sup>

Der Konstitutionalismus will nun unter dem Brennglas konstitutioneller Anschauungen Antworten darauf geben, wie auf die Globalisierung<sup>17</sup> der Gesellschaften, der Nationalstaaten und des Rechts zu reagieren ist.<sup>18</sup> Dabei beschäftigt er sich in rechtlicher Hinsicht vor allem mit der Systematisierung nationaler, supra- und internationaler Regierungsschichten zu einer „global governance“.<sup>19</sup> So nehmen etwa *Cottier/Hertig* an, dass die „global governance“ ein Haus mit vielen Stockwerken bilde, dieses Regierungssystem aber – etwas schief zum sprachlichen Bild – nicht statisch sei, sondern sich in einem Prozess ständig ändernder Machtallokation und struktureller Verschiebungen befinde.<sup>20</sup>

In dieser prozessualen Ausrichtung zeigt sich ein entscheidendes Charakteristikum der Positionen des Konstitutionalismus: Alle Beobachtungen sind ständigen Veränderungen ausgesetzt;<sup>21</sup> das System hält niemals inne, alles ist im Fluss. Die Gegenposition ist demgegenüber unbeweglich und spröde. Sie zieht sich hinter einen Schutzwall (historisch) gewachsener Begriffe des Verfassungs- und Staatsrechts zurück.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> *Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, 2012, S. 4; zu den Veränderungen siehe z. B. auch *Kotzur*, in: FS Häberle, 2004, 289–308, 292 f.; *Peters*, in: FS Delbrück, 2005, 535–550, 537; *G. Nolte*, *VVDStRL* 67 (2008) 130–156.

<sup>15</sup> Diesen Auflösungserscheinungen wird z. T. mit einer besonderen Betonung des (National-)Staates begegnet; anstatt nach (neuen) Lösungen auf inter- oder supranationaler Ebene zu suchen, soll der Staat wieder zu seiner alten Form zurückkehren; im Verfassungsrecht sind diese Rückbesinnungstendenzen auf den überkommenen staatlichen Verfassungsbegriff ebenfalls erkennbar: *Isensee*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107, Rn. 61 ff. und 116 ff.; *Kirchhof*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 261–316, Rn. 1 ff.; *Quaritsch*, in: FS Jeserich, 1994, 355–371, 366.

<sup>16</sup> *Grimm*, *Constellations* 12 (2005) 447–463; *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012.

<sup>17</sup> Zum Begriff in dem hier relevanten Ausschnitt siehe *von Bogdandy*, *EJIL* 15 (2004) 885–906, 886.

<sup>18</sup> *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 1; *Cottier/Hertig*, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328, 263; kritisch *Kumm*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 201–219, 201 f.

<sup>19</sup> *Cottier/Hertig*, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328, 264.

<sup>20</sup> *Dies.*, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328, 264.

<sup>21</sup> Insbesondere *Prandini*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 309–326; auch *Cottier/Hertig*, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328, 282 ff. m. w. N.; kritisch und auf die Tiefe historisch gewachsener Konzepte verweisend *Kumm*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 201–219, 203.

<sup>22</sup> Zum Beispiel *Isensee*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107, Rn. 61 ff. und 116 ff.; *Kirchhof*, in: *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 261–316, Rn. 1 ff.; *Quaritsch*, in: FS Jeserich, 1994, 355–371, 366;

Unabhängig davon, ob man die Analyse der postnationalen Konstellation für richtig hält, wird man nicht bestreiten können, dass die Globalisierung eine Herausforderung für das Recht darstellt. Die entscheidende Frage ist, wie das nationale und internationale Recht auf diese Veränderungen reagieren.<sup>23</sup> Hier zeigt sich, dass das nationale Verfassungsrecht internationaler und das Völkerrecht konstitutioneller geworden sind.<sup>24</sup>

Dieser neue konstitutionelle Gehalt des Völkerrechts ist nun das, was meist unter dem Begriff „Konstitutionalisierung“ besprochen wird. Die Konstitutionalisierung lässt sich daher insofern vom Konstitutionalismus abgrenzen, als sie konkreter, beschreibender und rechtsbezogener ist:

„*Constitutionalism* [...] signifies not so much a social or political process, but rather an attitude, a frame of mind. Constitutionalism is the philosophy of striving towards some form of political legitimacy, typified by respect for [...] a constitution. This differs from other frames of mind, even those that share with constitutionalism a yearning for legitimacy [...]. *[C]onstitutionalization* is [...] a process, inspired by constitutionalist thought.“<sup>25</sup>

Diesen Prozess beschreibt *O'Donoghue* noch etwas genauer:

„*[C]onstitutionalisation* is the process by which a legal order goes from an ad hoc, decentralised and consent-based system to one where the remit of action of constituted power holders is curtailed by legal form and process.“<sup>26</sup>

---

dazu *Kumm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 201–219, 202 f.; kritisch *Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. 2011, 214 ff., 228 ff.; zur Verbindung von Staats- und Verfassungsrecht früh schon *Fassbender*, *Colum. J. Transnatl. Law* 36 (1998) 531–616, 532 ff.

<sup>23</sup> *Walker*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 291–308, 291; als Beispiel etwa *de Frouville*, in: *FS Dupuy*, 2014, 77–103, 88 ff., der von Scelle ausgehend das Konzept der internationalen Verfassung konzeptioniert; siehe auch *G. Nolte*, *VVDStRL* 67 (2008) 130–156.

<sup>24</sup> *Bryde*, *Der Staat* 42 (2003) 61–75, 61 ff.; *Cottier/Hertig*, *MPYUNL* 7 (2003) 261–328, 269, mit Verweis auf *Biaggini*, *ZSchweizR* 119 (2000) 445–476, 455.

<sup>25</sup> *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 10 (Hervorhebung des Verfassers); zum Konstitutionalismus siehe auch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 1.

<sup>26</sup> *O'Donoghue*, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, 2014, S. 15.

Die beiden Definitionen verdeutlichen die Herkunft der Konstitutionalisierungsthese: Auch ihre Vertreter arbeiten vielfach wie die Anhänger des Konstitutionalismus mit einem prozessualen Erklärungsmodell, das sich in ein explizit normatives „mindset“ einfügt und in dem die Völkerrechtswissenschaft eine ausdrücklich schöpferische Rolle einnimmt. Diese Elemente treten zum Beispiel deutlich bei *Peters* zutage:

„Global constitutionalization refers to the *continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutional elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed.*“<sup>27</sup>

Trotz der Verzweigungen von Konstitutionalismus und Konstitutionalisierung kann man die rechtswissenschaftliche Debatte über das Völkerverfassungsrecht aber aus dem Komplex des Konstitutionalismus herauslösen. Zum einen, weil sich die Völkerverfassungsrechtswissenschaft inzwischen von der „postnationalen Konstellation“ gelöst hat und die Völkerverfassung als eigenständige Idee Anwendung findet; und zum anderen und wichtiger noch, weil für die Rechtsidee der Völkerverfassung autonome Entwicklungslinien nachgewiesen werden können, die unabhängig vom Konstitutionalismus in der postnationalen Konstellation oder den Herausforderungen der Globalisierung entstanden sind.

## 2. Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion

„Constitutionalisation“ war zeitweise das Modewort einer Völkerrechtswissenschaft, die als besonders progressiv wahrgenommen wurde.<sup>28</sup> Es ist inzwischen aber selbstverständlich geworden, Argumentations- und Sprachmuster zu verwenden,<sup>29</sup> die der nationalstaatlichen Verfassungsrechtswissenschaft entlehnt sind.<sup>30</sup> Mit der

<sup>27</sup> *Peters*, Ind. J. Global Legal Stud. 16 (2009) 397–411, 397 f. (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>28</sup> So die Einschätzung von *Fassbender*, ESIL Proc. 1 (2006) 377–382, 377; *ders.*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 307–329, 312; *ders.*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism, 2007, 269–290, 270; *ders.*, in: FS Isensee, 2007, 73–91, 83; siehe später auch *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 1 m. w. N.; zur Einordnung als progressiv siehe *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism, 2007, 269–290, 279; später ausführlicher *ders.*, DÖV 65 (2012) 41–48, 42 f.

<sup>29</sup> „Language of constitutionalism“ bei *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 329–367, 330; „constitutional language“ bei *Fassbender*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 307–329, 308.

<sup>30</sup> *Tsagourias*, in: *ders.* (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 1–15, 1 ff.; *Fassbender*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 307–329, 311 ff.

Normalisierung der Diskussion hat sich zugleich aber auch eine gewisse Skepsis und emotionale Distanz zur der Völkerverfassungsidee entwickelt.

Die Debatte, die sich nun schon fast drei Jahrzehnte mit den völkerverfassungstheoretischen Grundlagen beschäftigt, wird nicht nur von Juristen verschiedener Disziplinen weltweit geführt, sondern auch von Vertretern anderer Wissenschaften. Dabei ist die Diskussion immer breiter geworden, wenngleich mehrere in den letzten Jahren erschienene Monographien und Sammelbände zu einer ersten Konsolidierung der besprochenen Themen geführt haben.<sup>31</sup> Bedeutung und Bandbreite konstitutioneller Überlegungen im Völkerrecht zeigt sich auch darin, dass der Diskussion seit 2012 eine eigene Zeitschrift – „Global Constitutionalism“ – gewidmet ist.

Die Konstitutionalisierungsidee hat nichts an ihrer Aktualität eingebüßt: Sie hat nicht nur Einfluss auf die Völkerrechtsordnung in grundsätzlicher Art, sondern gibt auch Antworten auf eine Vielzahl aktueller völkerrechtlicher und politischer Probleme.<sup>32</sup> Die Völkerverfassungsidee hat sich also – trotz mancher Skepsis – als ein sehr fruchtbares Konzept etablieren können, das inzwischen auf so gut wie alle bedeutenden Teilrechtsordnungen des Völkerrechts übertragen wird.<sup>33</sup> Der anhaltende und

---

<sup>31</sup> *Lang/Wiener* (Hrsg.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2017; *Fassbender/Siehr* (Hrsg.), *Suprastaatliche Konstitutionalisierung*, 2012; *Pernice/Müller/Peters* (Hrsg.), *Konstitutionalisierung jenseits des Staates*, 2012; *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012; *de Wet/Vidmar* (Hrsg.), *Hierarchy in International Law*, 2012; *Payandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010; *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, die eher kritische Beiträge gesammelt haben; *Klabbers/Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009; *Dunoff/Trachtman* (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009; und früher schon *Tsagourias* (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007; *Macdonald/Johnston* (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005; *Joerges/Sand/Teubner* (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004; für neue Fragen und Antworten siehe zudem *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr u. a.* (Hrsg.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, 2015.

<sup>32</sup> Wie etwa die „Krise“ des Staates (*Grimm*, *Constellations* 12 (2005) 447–463) und der Staatlichkeit bzw. der Souveränität (*Bryde*, *Der Staat* 42 (2003) 61–75), damit zusammenhängend das Legitimationsproblem in einer globalisierten Welt (*Kumm*, *EJIL* 15 (2004) 907–931), die Zukunft der Demokratie (*Kleinlein*, *EJIL* 21 (2011) 1075–1084), aber auch Einzelprobleme wie das der Zulässigkeit humanitärer Interventionen (*G. Nolte*, *ZaöRV* 59 (1999) 941–960). Dabei ist die Konstitutionalisierungsidee nicht zuletzt auch die (juristische) Antwort auf Erscheinungen wie die „Individualisierung“ (zur Effektivierung des Menschenrechtsschutzes durch Konstitutionalisierung siehe *Petersmann*, *LJIL* 19 (2006) 633–667) oder „Fragmentierung“ (dazu siehe *Peters*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63) des Völkerrechts.

<sup>33</sup> Zum Beispiel auf die WTO: *Krajewski*, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2001; auf die NAFTA: *Wood/Clarkson*, *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 43/2009, oder auf das Umweltvölkerrecht:

ausgedehnte Gebrauch zeigt, dass die Völkerverfassungsthese, trotz der Uneinheitlichkeit ihrer Diskussion, in vielen Teilen der Völkerrechtswissenschaft wenigstens als Leitmotiv anerkannt ist,<sup>34</sup> wengleich sie auch weiterhin bestritten wird.<sup>35</sup>

Im Kern umfasst die (rechtswissenschaftliche) Konstitutionalisierungsdebatte unterschiedliche Versuche, die konstitutionelle Dimension des Völkerrechts zu beschreiben, zu entwickeln oder zu kritisieren.<sup>36</sup> Allen befürwortenden Ansätzen ist gemein, dass sie als Vertreter eines eher idealistischen Völkerrechtsverständnisses<sup>37</sup> Denkmuster aus der nationalen Verfassungsrechtslehre auf die internationale Ebene übertragen,<sup>38</sup> obgleich sich ein einheitliches Verständnis noch nicht etabliert hat.<sup>39</sup> Über

---

*May/Daly*, Global Environmental Constitutionalism, 2014.

<sup>34</sup> *Fassbender*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 307–329, 309; *ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 159; *ders.*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism, 2007, 269–290, 273 f.

<sup>35</sup> Als Gradmesser geben aktuelle Lehrbücher zum Völkerrecht ein durchwachsendes Bild ab: zustimmend von *Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 1, Rn. 29 ff.; *Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 20, 72; *Klabbers*, International Law, 2. Aufl. 2017, S. 21, 90 (sehr knapp); *Clapham*, Brierly's Law of Nations, 7. Aufl. 2012, S. 101 ff.; *Kempen/Hillgruber*, Fälle zum Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 17 ff.; *Cassese*, International Law, 2. Aufl. 2005, S. 48, 188 (allerdings mit nicht-normativem Verfassungsbegriff); *Kokott/Doehring/Buergenthal*, Grundzüge des Völkerrechts, 3. Aufl. 2003, Rn. 33 ff.; kritisch *Brownlie/Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl. 2012, S. 17; *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 5 ff.; und nicht besprochen wird die Konstitutionalisierungsthese in *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, S. 26 ff.; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 57 ff.; *Shaw*, International Law, 2014; *Dixon*, Textbook on International Law, 7. Aufl. 2013, S. 21; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, § 3, Rn. 22; *A. Aust*, Handbook of International Law, 2. Aufl. 2010; *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014.

<sup>36</sup> Zur Schwierigkeit, einen neutralen Oberbegriff für diese Diskussion zu finden, siehe *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 329–367, 329; für einen knizisen, kritischen Überblick der verschiedenen Ansätze siehe etwa *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 632; siehe auch *Schwöbel*, Global Constitutionalism in International Legal Perspective, 2011, S. 1 ff.

<sup>37</sup> *Fassbender*, in: *ders./Wendehorst/de Wet/Peters/Michaels/Tietje/Merkt/Weiss/Hein* (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht, 2012, 1–31, 43; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 2 f.

<sup>38</sup> Anderer Ansicht wohl *Schwöbel*, Global Constitutionalism in International Legal Perspective, 2011, S. 1 ff., insb. S. 3, die diesen „analogical constitutionalism“ nur als eine Form des internationalen Konstitutionalismus versteht, obgleich auch bei ihr deutlich wird, dass es weitreichende Überschneidungen zwischen den von ihr gebildeten Kategorien gibt.

<sup>39</sup> Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung des Begriffs „Verfassung“, ist auch nicht zu erwarten, dass es jemals einen feststehenden „Völkerverfassungsbegriff“ geben wird; zur Geschichte des Verfassungsbegriffs siehe *Mohnhaupt*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, 1990, Bd. 6, 831–862; *Grimm*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, 1990, Bd. 6, 863–900.

diesen Kern hinaus wird teilweise recht unbekümmert auf die eingängigen Begriffe der Völkerverfassungsrechtswissenschaft zurückgegriffen, ohne genauere Darstellung dessen, was mit der Konstitutionalisierung des Völkerrechts gemeint ist.<sup>40</sup>

Noch nicht möglich ist es, einen einheitlichen Gegenstand und/oder ein gemeinsames Ziel präzise zu definieren. Dafür ist die Diskussion zu heterogen: Die Beiträge unterscheiden sich nicht nur in ihrem Gegenstand (gesamtes Völkerrecht/Teilordnungen), ihrem zugrundeliegenden Verfassungsbegriff (materiell/formell, deskriptiv/normativ) und ihrer zeitlichen Ausrichtung (*de lege lata/de lege ferenda*), sondern vor allem auch im Grad ihres normativen Anspruchs an den Inhalt des Verfassungsrechts (ausdrücklich/versteckt/neutral).<sup>41</sup>

Der rechtswissenschaftliche Kern der Diskussion besteht aber darin, das Völkerrecht insgesamt oder Teile davon auf konstitutionalisierte bzw. konstitutionalisierende Elemente hin zu untersuchen. Meist erfolgt diese Untersuchung unter dem Begriff der „Konstitutionalisierung“<sup>42</sup>. Dabei wird gefragt, inwieweit sich das Völkerrecht vom Staatenwillen emanzipiert und eine eigene, dem nationalen Verfassungsrecht vergleichbare Regelungs- und Wertehierarchie ausgebildet hat.<sup>43</sup> Diesen Gedanken führen andere weiter, indem sie das strukturierende Potenzial der Verfassungs Idee für die Entwicklung eines weltumspannenden verfassungsrechtlichen Mehrebenensystems bzw. Verfassungskonglomerats verwenden.<sup>44</sup> Andere üben wiederum auf der Grundlage der Verfassungsthese Kritik am bestehenden Völkerrecht oder dem

---

<sup>40</sup> Üblicherweise gelten dann die bei *Preuss*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 23–46, 44 ff. sehr konzipie beschriebenen Elemente als der Inhalt bzw. Nachweis einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts.

<sup>41</sup> Dazu die Einteilung bei *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 27 ff.

<sup>42</sup> *Peters*, Ind. J. Global Legal Stud. 16 (2009) 397–411, 397 f.; ähnlich, aber enger *Timmermans*, YEL 21 (2001) 1–11, 1 f.: „This process is one by which the legal system of the organization acquires some fundamental characteristics and is going to respect a number of basic values, and in doing so, is making that system at the same time more independent from the contracting parties who brought it into being. That process is the more important for those international organizations which dispose of real decision-making powers the exercise of which can be binding upon its members, or even upon individuals.“

<sup>43</sup> So etwa *Frowein*, RdC 248 (1994) 345–437, 365; *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 218 f.; *ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 25 ff.; *Uerpmann*, JZ 56 (2001) 565–573, 571 f.; *Thürer*, in: *ders./Aubert/J. Müller* (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001, 37–62, § 3, Rn. 29; *Peters*, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67, 39 ff.; *Emmerich-Fritsche*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007, S. 707; recht typisch *Ley*, ZaöRV 69 (2009) 317–345, 329; kritischer, aber sehr umfassend *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 710.

<sup>44</sup> So etwa *Pernice*, in: FS Tomuschat, 2006, 973–1005; *de Wet*, ICLQ 55 (2006) 51–76, passim; *Peters*, Ind. J. Global Legal Stud. 16 (2009) 397–411, 398.

Verhalten einzelner Akteure und betrachten die Konstitutionalisierung mehr als Aufgabe denn als tatsächlichen Zustand der internationalen Rechtsordnung.<sup>45</sup> Zum Teil wird versucht, mittels der Forcierung der Konstitutionalisierung des Völkerrechts den Bedeutungsverlust des nationalen Verfassungsrechts zu kompensieren.<sup>46</sup> Und schließlich wird die Verfassungsthese auch zunehmend von einer Meta-Ebene aus betrachtet, mit der Folge, dass sie zu einer „kritischen“ Meta-Theorie ausgeweitet wird (oder reduziert wird – je nach Standpunkt).<sup>47</sup> Als kritische Meta-Theorie dient sie dann nur noch der Bewertung der völkerrechtlichen Ordnung anhand konstitutioneller Kategorien, wie zum Beispiel der Legitimierung oder Limitierung von Herrschaftsgewalt.<sup>48</sup>

Man kann die Konstitutionalisierungsdebatte also auch stark vereinfacht in solche Beiträge einteilen, die sich mit dem konkret existierenden Völkerverfassungsrecht befassen, und solche, die das Völkerrecht und die Völkerrechtswissenschaft aus dem Blickwinkel einer breiteren (politischen) Bewegung (d. h. des Konstitutionalismus) beschreiben, kritisieren und fortentwickeln wollen.<sup>49</sup> Vor allem im zweiten Bereich wird die Konstitutionalisierungsidee Gegenstand anderer Disziplinen jenseits der Rechtswissenschaft.

Zu einer feineren Unterteilung der Diskussion kann auch das sehr anschauliche Verfassungsverständnis von *Allott* herangezogen werden. Für *Allott* besteht die Verfassung einer Gesellschaft aus drei Verfassungen: „the legal, the real, the ideal“<sup>50</sup>:

---

<sup>45</sup> Deutlich etwa *Petersmann*, EA 44 (1989) 55–64; *ders.*, in: FS Jaenicke, 1998, 313–352; *ders.*, Mich. J. Int. Law 20 (1999) 1–30; *ders.*, ZaöRV 74 (2014) 763–821; siehe auch *Macdonald/Johnston* (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, passim und v. a. im Vorwort.

<sup>46</sup> So etwa *Peters*, LJIL 19 (2006) 579–610; *Armingeon/Milewicz*, *Global Society* 22 (2008) 179–196.

<sup>47</sup> So etwa *Peters*, *Int. L. Theory* 39 (2005) 39–67, 39 ff., mit Blick auf den Wert für die deutsche Völkerrechtswissenschaft *Paulus*, ZaöRV 67 (2007) 695–719.

<sup>48</sup> Zur Tauglichkeit als Meta-Theorie siehe *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 414 ff.

<sup>49</sup> So vor allem *Peters/Armingeon*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 385–395; ihr folgend *Milewicz*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 413, 419 ff.; für andere Unterteilungen siehe *Schwöbel*, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, 2011, S. 1 ff.; *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 27 ff.

<sup>50</sup> *Allott*, *Eunomia*, 2001, S. 134; die Unterteilung ist nicht neu, sie lässt sich nachweisen in den unterschiedlichen Bedeutungen, die der geschichtliche Verfassungsbegriff durchlaufen hat, vgl. *Mohnhaupt*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1990, Bd. 6, 831–862; *Grimm*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1990, Bd. 6, 863–900; Allott selbst steht der Konstitutionalisierungsidee kritisch gegenüber: *Allott*, *N. Y. Univ. J. Int. Law Politics* 35 (2003) 309–338.

„The *legal constitution* is the constitution as law, a structure and a system of retained acts of will. Retained acts of will which are concerned with the distribution and use of social power are carried in the legal constitution. [...] The *real constitution* is the constitution as it is actualized in the current social process, a structure and a system of power. It is the constitution as it takes effect in the present-here-and-now, as actual persons exercise the social power made available by the legal constitution to realize the possibilities of the ideal constitution, as actual persons will and act in consciousness as the makers of their own future from their own past, their own past from their own future. [...] The ideal constitution is the constitution as it presents to society an idea of what society might be. In the *ideal constitution*, society organizes desire and obligation with a view to its own becoming.“<sup>51</sup>

Die Einteilung zeigt die unterschiedlichen Dimensionen, mit der sich die Verfassungsrechtswissenschaft auseinandersetzen muss.<sup>52</sup> Die historische Entwicklung des nationalen Verfassungsbegriffs zeigt, dass sich dabei der Fokus verschieben kann: Die Betonung der einen Dimension führt – zeitlich versetzt – zur Kritik aus Sicht der anderen.<sup>53</sup> Die internationale Konstitutionalisierungsdebatte ist zeitlich hingegen dichter. Sie behandelt nicht versetzt, sondern gleichzeitig alle drei genannten Dimensionen,<sup>54</sup> wobei sich die einzelnen Beiträge wiederum meist nur einer dieser drei widmen.<sup>55</sup>

## II. Ursprünge der Konstitutionalisierungsidee

Zu Anfang des Kapitels wurde die Konstitutionalisierungsidee dem post-nationalen Konstitutionalismus zugeordnet. Die Einordnung war insoweit richtig, als sie das

---

<sup>51</sup> Allott, *Eunomia*, 2001, S. 135 f.

<sup>52</sup> Anderer Ansicht *de Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 87 f., der Allotts Ausführungen als Ausdruck eines prozesshaften Verfassungsbegriffs sieht.

<sup>53</sup> Zur Entwicklung siehe *Mohnhaupt*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1990, Bd. 6, 831–862; *Grimm*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1990, Bd. 6, 863–900; instruktiv zum wechselnden Fokus *ders.*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1990, Bd. 6, 863–900, 863 ff. und 893.

<sup>54</sup> *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 329–367, 330.

<sup>55</sup> In diese Richtung geht auch die Einteilung bei *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 27 ff.



Vorverständnis<sup>56</sup> vieler Konstitutionalisten ausleuchtet; sie war aber insoweit falsch, als sie die autonomen Wurzeln der Idee in der Völkerrechtswissenschaft vernachlässigt.

Die Konstitutionalisierungsidee steht in der Tradition der völkerrechtsoptimistischen Denkschule,<sup>57</sup> ideengeschichtlich kann sie bis ins Naturrecht und die Aufklärung zurückverfolgt werden.<sup>58</sup> Bereits Ende des 19. Jahrhunderts hatte sie begriffliche Spuren hinterlassen: *Franz von Holtzendorff* beschrieb damals in seinem „Handbuch des Völkerrechts“ die Grundrechte der Staaten als „Vorbedingungen für die Möglichkeit eines der Willkür entrückten Bestandes einer *internationalen Rechtsverfassung* oder Staatenordnung, also gleichsam [als] das ungeschriebene Weltgesetz der Staatencultur“<sup>59</sup>. Weiter erklärte er, dass die Verletzungen der Grundrechte<sup>60</sup> eines Staates „gleichzeitig allgemeine Völkerrechtsverletzungen in dem Sinne [sind], daß, sofern der zunächst angegriffene Staat sich nicht selbst Recht verschaffen kann, die Völkerrechtsgenossenschaft in ihrer Gesamtheit als berechtigt und verpflichtet gelten sollte, geschehene Rechtsverletzungen zu beseitigen.“<sup>61</sup>

In den Passagen klingen nicht nur die für die Konstitutionalisierung wichtigen Verpflichtungen *erga omnes* an, sondern es wird auch die Staatenordnung mit einer internationalen Verfassung verknüpft – eine Idee, die vor allem Anfang des letzten Jahrhunderts ausgearbeitet wurde. Die Denkanstöße jener Zeit prägen die heutige Debatte noch immer.<sup>62</sup> Erst in jenem Zeitraum wurden alle Grundbestandteile

---

<sup>56</sup> Vgl. etwa *Weiler/Trachtman*, Nw. J. Int. Law Bus. 17 (1996-1997) 354–397, 359: „Yet, constitutionalism is, too (some would say is only), but a prism through which one can observe a landscape in a certain way, an academic artifact with which one can organize the milestones and landmarks within the landscape (indeed, determine what is a landmark or milestone), an intellectual construct by which one can assign meaning to, or even constitute, that which is observed.“

<sup>57</sup> *Fassbender*, DÖV 65 (2012) 41–48, 43, 45.

<sup>58</sup> *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 235 ff.; *O'Donoghue*, Constitutionalism in Global Constitutionalisation, 2014, S. 109 ff.; siehe auch *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 75 ff.

<sup>59</sup> *Von Holtzendorff*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, 1887, Bd. 2, 47–51, 48 (Hervorhebung des Verfassers), der Begriff der Verfassung ist schon im Untertitel des 2. Bandes des Handbuchs enthalten. Auf von Holtzendorff verweist auch *O'Donoghue*, OJLS 32 (2012) 799–822, 821 f.

<sup>60</sup> Zur Entwicklung der Idee der Grundrechte von Staaten mit Bezug zur Konstitutionalismusdebatte siehe *H. Aust*, CJICL 5 (2016) 521–546.

<sup>61</sup> *Von Holtzendorff*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, 1887, Bd. 2, 70–74, 70.

<sup>62</sup> *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 3, 157 ff., 689; *von Bogdandy*, Harv. Int. Law J. 47 (2006) 223–242, 223, dort auch Fn. 2.

entwickelt, aus denen sich das Fundament der heutigen Verfassungskonzepte bilden konnte.

Insbesondere *Verdross* und *Scelle* entwickelten in den 1920er- und 30er-Jahren erste spezifische Vorstellungen eines Völkerverfassungsrechts.<sup>63</sup> Diese Idee des Völkerverfassungsrechts ist seither nicht mehr verloren gegangen und immer wieder aufgegriffen worden;<sup>64</sup> eine intensive Debatte entfaltete sich aber erst nach Ende des Kalten Krieges.<sup>65</sup>

Die heutige rechtswissenschaftliche Völkerverfassungsidee lässt sich im Wesentlichen anhand dreier Entwicklungslinien zurückverfolgen – der Strukturierung der internationalen Rechtsordnung, wie sie vor allem anfangs von *Verdross* vorgenommen wurde, der Gemeinschaftsidee im Völkerrecht bei *Lauterpacht* und *Scelle* und des Funktionalismus, wie er vor allem im Recht der internationalen Organisationen verwirklicht wird. Damit hat die moderne Völkerverfassungsdiskussion geschichtlich ihren Ursprung Anfang des letzten Jahrhunderts.

## 1. Strukturalismus

*Verdross* war der erste, der eine Konstitutionalisierungsthese vertrat, die konzeptionell der heutigen ähnelt.<sup>66</sup> Sein erster Entwurf untersuchte vor allem Strukturmerkmale der Völkerrechtsverfassung und orientierte sich dabei stark am Aufbau einer bundesstaatlichen Verfassungs- und Verwaltungsordnung.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; *Scelle*, in: FS Carré de Malberg, 1933, 501–516.

<sup>64</sup> *Tomuschat*, VVDStRL 36 (1978) 7–64, 52 (unter dem Begriff „völkerrechtliche Nebenverfassung“); durchgehend diskutiert von *Verdross*, z. B. in *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 31 ff.; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 75, dort auch Fn. 5 m. w. N.; siehe auch *Bleckmann*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, 1982, S. 260 ff.; kritisch *Opsahl*, ICLQ 10 (1961) 760–784, 776; *Gordon*, Am. J. Int. Law 59 (1965) 794–833, 833 (allerdings mit voraussetzungslosem Verfassungsbegriff, siehe a. a. O., Fn. 15); darüber hinaus wird auch die New Haven School als eine Säule der aktuellen Verfassungsdebatte gesehen, *O'Donoghue*, Constitutionalism in Global Constitutionalisation, 2014, S. 120 ff. (neben *Verdross*); dazu differenziert *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 36 ff.

<sup>65</sup> So auch *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 329–367, 329.

<sup>66</sup> *O'Donoghue*, Constitutionalism in Global Constitutionalisation, 2014, S. 108 ff., 103; *dies.*, OJLS 32 (2012) 799–822, 821 f., die – wie hier – ebenfalls auf von Holtzendorff hinweist; *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 389 ff.; *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 28 ff.; a. A. *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 25 f.

<sup>67</sup> Deutlich *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 46 f.; *Kleinlein*, GJIL 4

In seiner grundlegenden Arbeit von 1926 beschreibt *Verdross* die Verfassung als „[j]ene Normen, die den Aufbau, die Gliederung und die Zuständigkeitsordnung einer Gemeinschaft zum Gegenstand haben.“<sup>68</sup> Die Völkerrechtsverfassung ist „jedoch nicht [...] in einer Urkunde niedergelegt, sondern beruht auf völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht. Sie ist daher nicht aus einem Guss entstanden, sondern hat sich allmählich im Laufe der Geschichte herausgebildet.“<sup>69</sup> Sein Verfassungsverständnis wurzelt in *Kelsens* Positivismus:<sup>70</sup> Die monistische Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft baut er streng hierarchisch auf der Grundnorm *pacta sunt servanda*<sup>71</sup> auf. Diese Grundnorm war für *Verdross* evident und durch die Praxis belegt, von ihr sollte das gesamte Völkerrecht (Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht und allgemeines Völkerrecht) ausgehen.<sup>72</sup>

Dieser Verfassungsbegriff ist in vielen Teilen nicht vom Rechtsordnungsbegriff zu unterscheiden, wie er damals etwa von *Bruns* formuliert wurde,<sup>73</sup> und unterschied sich nicht wesentlich von *Kelsens* Verfassungsbegriff.<sup>74</sup> *Verdross'* Verfassungsbegriff zeichnet sich aber dadurch aus, dass er diesem im Laufe der Zeit über die reine Struktur hinaus immer mehr normative Gesichtspunkte zuordnete. Sein spätes Verfassungsverständnis reicht daher bereits sehr nahe an das normative Niveau der heutigen Völkerverfassungsdebatte heran.<sup>75</sup> *Verdross'* Fokus verschob sich von der Struktur hin zu materiellen Verfassungswerten wie dem Gewaltverbot des Art. 2 (4) UN-Ch. Neben die formal-logische Struktur seines ursprünglichen Verfassungsentwurfs ließ er Normen treten, die aufgrund ihrer universellen Anerkennung als fundamentale Prinzipien die Rechtsordnung hierarchisieren sollten.<sup>76</sup>

---

(2012) 385–416, 390 f.

<sup>68</sup> *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, Vorwort.

<sup>69</sup> *Ders.*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, Vorwort; später änderte er allerdings seine Meinung zur gewohnheitsrechtlichen Basis des Völkerverfassungsrechts: *ders.*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 20.

<sup>70</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 25 f.

<sup>71</sup> Auch für *Kelsen* war „pacta sunt servanda“ die Grundnorm des Völkerrechts: *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 134.

<sup>72</sup> *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 2, 11 f., 29 ff. 32 f.

<sup>73</sup> *Bruns*, ZaöRV 1 (1929) 1–56; *ders.*, ZaöRV 3 (1933) 445–487.

<sup>74</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 25 f. m. w. N.

<sup>75</sup> *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 31 ff.; dazu auch *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 10; *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 391 f.; *ders.*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 191–208.

<sup>76</sup> *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 31 ff.; *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 391 f.

Diese normative Wende vollzog *Verdross* unter Mitarbeit von *Simma*. In ihrem Werk „Universelles Völkerrecht“<sup>77</sup> spannten beide einen Bogen völkerrechtlicher Verfassungsgrundsätze von den Westfälischen Friedensverträgen über den Völkerbund und den Briand-Kellogg-Pakt hin zur UN-Charta, die zunächst nur die Verfassung einer Teilordnung innerhalb der universalen Völkerrechtsordnung gewesen sei, aber nunmehr zur Grundordnung des gegenwärtigen universalen Völkerrechts aufgerückt sei.<sup>78</sup> Die UN-Charta wurde nach ihrem Verständnis damit zur Grundlage der gesamten Völkerrechtsordnung. Durch den Einfluss von *Simma* wurde aber gleichzeitig auch die anfänglich sehr strenge Verfassungsstruktur immer weiter geschliffen und wich schließlich einem pragmatischeren Umgang mit der Völkerverfassungsidee.<sup>79</sup> Die juristische Schärfe ging dadurch verloren.

Dieser weniger strenge Ansatz wurde von der „International Community School“<sup>80</sup> aufgegriffen, der auch *Simma* angehörte und die er stark beeinflusst hat. Die International Community School war wiederum stark an der Entwicklung der heutigen Sicht auf das Völkerverfassungsrecht beteiligt und stellt den pragmatischen Ansatz innerhalb des Mainstreams der Konstitutionalisierungsdebatte dar.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung von *Verdross* über *Simma* zum heutigen Mainstream muss man *Verdross* – trotz seines rein formellen Ausgangspunkts – als „Vater der wertkonstitutionellen Ansätze“<sup>81</sup> der aktuellen Debatte bezeichnen. Zusammen mit *Simma* hat er die entscheidenden Grundlagen dafür gelegt, dass die Idee der internationalen Verfassung mit der Idee einer internationalen Gemeinschaft verknüpft werden konnte.

## 2. Kommunitarismus

Neben der rechtlichen Verfassungsidee ist daher auch die Gemeinschaftsidee eine bedeutende Komponente der Konstitutionalisierung. Diese Idee wurde ebenfalls maßgeblich am Anfang des letzten Jahrhunderts entwickelt. Neben *Verdross*, der

---

<sup>77</sup> Erstaufgabe: *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976.

<sup>78</sup> Zuletzt, nach *Verdross'* Tod, aber darin übereinstimmend mit den Voraufgaben *dies.*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 75, §§ 91 ff.

<sup>79</sup> *Simma*, RdC 250 (1994) 217–384, 262; hilfreich auch die privaten Ausführungen von *ders.*, EJIL 6 (1995) 33–54, 34.

<sup>80</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 28.

<sup>81</sup> *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 208; zum Einfluss siehe auch *O'Donoghue*, OJLS 32 (2012) 799–822.

seine Verfassungsidee auf eine Gemeinschaft bezog,<sup>82</sup> war es *Lauterpacht*, der die internationale Gemeinschaft in den Mittelpunkt seiner Völkerrechtstheorie stellte.

Für *Lauterpacht* war das Völkerrecht eine Rechtsordnung ohne Lücken, deren Einheit konstruktiv mit Blick auf die Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft hergestellt werden sollte.<sup>83</sup> Dies bedeutete nicht nur, dass alle internationalen Streitigkeiten dem Völkerrecht unterfallen würden,<sup>84</sup> sondern auch, dass das Völkerrecht am Gemeinschaftswohl ausgerichtet sein sollte.<sup>85</sup> Völkerrecht werde nicht vom Staatenwillen, sondern von einem Gemeinschaftswillen getragen, den es zu befolgen gelte – *voluntas civitatis maximae est servanda* statt *pacta sunt servanda*.<sup>86</sup> Diese Idee pflanzte sich fort. Später war es wohl *Mosler*, der als erster die internationale Gemeinschaft in substantzieller Art und Weise mit der Verfassungsidee verknüpfte,<sup>87</sup> worauf wiederum die International Community School aufbaute.<sup>88</sup>

*Lauterpacht* und *Verdross* haben gemein, dass beide die Einheit der Völkerrechtsordnung herausarbeiten.<sup>89</sup> Sie ersetzen die auf einzelnen Verträgen beruhende, fragmentarische Leseart der internationalen Rechtsordnung durch eine systematische, in Zusammenhängen denkende Vorstellung und beziehen diese dann auf eine Gemeinschaft.

Neben *Lauterpacht* sah auch *Scelle* im Völkerrecht ein Instrument zur Verwirklichung des Gemeinwohls.<sup>90</sup> Anders als *Verdross'* formalistisch-positivistischer Entwurf prägte *Scelle* die Vorstellung einer pluralistischen internationalen Gemeinschaft, in deren Zentrum nicht mehr der souveräne Staat, sondern das Individuum steht.<sup>91</sup> Auf der Rechtssoziologie aufbauend arbeitete *Scelle* dann seinen Entwurf des

---

<sup>82</sup> *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 9.

<sup>83</sup> *Lauterpacht*, The Function of Law in the International Community, 1933, S. 123 f., 153 ff., 157 ff.

<sup>84</sup> *Ders.*, The Function of Law in the International Community, 1933, S. 86.

<sup>85</sup> *Ders.*, The Function of Law in the International Community, 1933, S. 436.

<sup>86</sup> *Ders.*, The Function of Law in the International Community, 1933, S. 422.

<sup>87</sup> *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 9, 31 ff., der sich auf Verdross und Bruns bezieht; *ders.*, The International Society as a Legal Community, 1980, S. 15 ff.

<sup>88</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 41 ff.

<sup>89</sup> *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 11 f.

<sup>90</sup> *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 229; *Diggelmann*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, 1163–1166; ausführlich zu Scelle *ders.*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 147 ff.

<sup>91</sup> *Cassese*, EJIL 1 (1990) 210–231, 216; *Thierry*, EJIL 1 (1990) 193–209, 198.

internationalen Verfassungsrechts heraus.<sup>92</sup> Sein Verfassungskonzept unterscheidet sich allerdings von der Vorstellung des heutigen Mainstreams.<sup>93</sup> *Scelle* ging davon aus, dass in jeder Rechtsordnung eine Verfassung vorhanden sei, eine Institutionalisierung der Gemeinschaft sei dafür nicht notwendig, eine politische Gesellschaft genüge.<sup>94</sup> Es war insbesondere die an dieser Stelle von ihm entwickelte Vorstellung des „*dédoublement fonctionnel*“<sup>95</sup> der Staaten, die später für das Völkerverfassungsrecht fruchtbar gemacht wurde.<sup>96</sup>

Erst dieser Kunstgriff der Rollenverdoppelung der Staaten ermöglicht die Vorstellung, dass ein Prozess der Konstitutionalisierung abläuft, und kompensiert die als unvollständig erachtete organschaftliche Institutionalisierung der internationalen Gemeinschaft.<sup>97</sup> Das darin zum Ausdruck kommende Prozesshafte<sup>98</sup> hat auch die heutige Konstitutionalisierungsdebatte übernommen, es aber – anders als *Scelle* – mit einer konstitutionellen Agenda aufgeladen. Für *Scelle* war die Völkerverfassung hingegen kein anzustrebendes Ziel, sondern ein bloß empirisches Phänomen des Gewohnheitsrechts mit Ansätzen einer schriftlichen Verfassung.<sup>99</sup>

Neben dem eher funktionellen Aspekt der Rollenverdopplung des Staates war für die Konstitutionalisierungsidee das normativ wohl entscheidendste Element in *Scelles*

---

<sup>92</sup> *Scelle*, in: FS Carré de Malberg, 1933, 501–516; für eine Übersicht siehe *Cassese*, EJIL 1 (1990) 210–231, 211 ff.; *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 35 ff., 149 ff.

<sup>93</sup> *De Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 81, der *Scelles* Idee als „thin concept of constitution“ beschreibt, als eine Verfassungsidee, die nicht „constitutionalist“ sei (a. a. O. 86); zum Inhalt des Völkerverfassungsrechts nach *Scelles* Ansicht siehe *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 212. *Scelles* pluralistische Vorstellungen finden sich vor allem im „societal constitutionalism“ (*Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342) wieder, insbesondere die Vorstellung, dass eine große Anzahl von Rechtsordnungen eine Art von Weltgesellschaft ausmacht (vgl. *Scelle*, in: FS Carré de Malberg, 1933, 501–516, 506 ff.; dazu *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 212 f.; *Cassese*, EJIL 1 (1990) 210–231, 211).

<sup>94</sup> *Scelle*, in: FS Carré de Malberg, 1933, 501–516, 514 f.; dazu *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 177 ff.

<sup>95</sup> Dazu *ders.*, in: FS Carré de Malberg, 1933, 501–516, 513 ff.; siehe auch *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 216 ff.

<sup>96</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 75; zur Rollenteilung siehe auch *Diggelmann*, in: *Fassbender/Peters* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 1163–1166, 1164 f.

<sup>97</sup> *De Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 88; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 75.

<sup>98</sup> Zur Entwicklung des Völkerrechts nach *Scelles* Verständnis siehe *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 222 f., 227 ff.

<sup>99</sup> *Scelle*, RdC 46 (1933) 327–703, 421 f.; *de Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 81; *Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 211 ff.

Völkerrechtsverständnis, dass er den Staat, wie ihn das klassische Völkerrecht voraussetzte, infrage stellte und stattdessen das Individuum ins Zentrum des Völkerrechts stellte.<sup>100</sup>

### 3. Funktionalismus

Neben den Ansätzen von *Verdross*, *Lauterpacht* und *Scelle* muss schließlich noch eine letzte Entwicklungslinie genannt werden, die maßgeblich die Völkerverfassungs-idee beeinflusst hat: der Funktionalismus des Rechts der internationalen Organisation.<sup>101</sup> Er ist Grundlage der raschen Konstitutionalisierung (des Rechts) internationaler Organisationen; wobei diese Konstitutionalisierung unabhängig von einer des gesamten Völkerrechts abgelaufen ist.<sup>102</sup> Diese Entwicklung lässt sich bis zum Völkerbund zurückverfolgen.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> *Scelle*, RdC 46 (1933) 327–703, 343; *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 224; Diggelmann analysiert dies treffend: „Scelles Völkerrechtstheorie setzt nicht bei der Analyse der internationalen Beziehungen und auch nicht bei der Analyse der Staaten ein. Sein Ansatz ist fundamentaler. Scelle versucht, einen Zusammenhang zwischen seinem Menschenbild und der internationalen Rechtsordnung herzustellen. Von seinem Menschenbild ausgehend, entwickelt er seinen Gesellschaftsbegriff, darauf aufbauend seinen Staatsbegriff, seinen Rechtsbegriff und – basierend auf diesen Modellen – schliesslich sein Völkerrechtsmodell“ (*Diggelmann*, Anfänge der Völkerrechtssoziologie, 2000, S. 175 und ff.).

<sup>101</sup> Zum Zusammenhang von Recht der internationalen Organisationen und der Konstitutionalisierung siehe *Waldock*, RdC 106 (1962) 1–251, 7: „Even so, the complex of world organisations which exists today, and the law which surrounds them, seem to contain some elements at least of a world constitution; a constitution defective in many respects and very different in kind from that of a State, but nevertheless a form of constitution.“ Zum Funktionalismus internationaler Organisationen siehe *Koch*, Verselbständigungsprozesse internationaler Organisationen, 2008, S. 46; *Klabbers*, IOLR 1 (2004) 31–58, 39 ff.; *ders.*, in: *ders./Wallendahl* (Hrsg.), Research Handbook on the Law of International Organizations, 2011, 3–30, 5 ff.; ausführlich auch *Klabbers*, EJIL 26 (2015) 9–82; *Rittberger/Zangl/Kruck*, Internationale Organisationen, 4. Aufl. 2013, S. 28, 33. Man kann die Autonomisierung der internationalen Organisationen auch auf die Ordnungslehre von Romano bzw. die Institutionenlehre von Hauriou zurückverfolgen, so *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, 1979, S. 152 ff.

<sup>102</sup> *O'Donoghue*, Constitutionalism in Global Constitutionalisation, 2014, S. 143 ff. (dort ein Teil der „sectoral constitutionalisation“); *Ley*, ZaöRV 69 (2009) 317–345, 327 ff.; *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, 2009, 1–44, 19 ff.; *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 160 f.; *Knauff*, ZaöRV 68 (2008) 453–490, 456; Peters nennt dies „Mikro-Konstitutionalisierung“: *Peters*, LJIL 19 (2006) 579–610, 593 ff.; das geht zurück auf *Dupuy*, RdC 297 (2002) 9–489, 227.

<sup>103</sup> *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 21, bezeichnet die Satzung des Völkerbundes als erste völkerrechtliche Vertragsurkunde; Gründungsdokumente von internationalen Organisationen wurden schon früh als Verfassung bezeichnet, *Friedmann*, The Changing

Der Einfluss des Funktionalismus auf die Völkerverfassungsidee ist aber als ambivalent zu werten,<sup>104</sup> weil er anti-unitaristischen und damit aus der Sicht einer universellen Völkerverfassungsidee auch anti-konstitutionellen Tendenzen Vorschub leistet:<sup>105</sup> Der Funktionalismus ist auf die Verwirklichung und Effektivierung der Ziele der jeweiligen internationalen Organisation gerichtet. Durch die zusätzliche Institutionalisierung dieser Ziele entstehen hochspezialisierte Subsysteme innerhalb des Völkerrechts. Das führt zu unauflösbaren (Norm-)Konflikten, denn solche Subsysteme wollen nur eine einzige – ihre jeweilige – Rationalität durchsetzen, ohne Rücksicht auf die der anderen Subsysteme. *Teubner* verdeutlicht mit Bezug auf Luhmann die Gefahren einer solchen funktionellen Effektivierung:

„According to Niklas Luhmann’s central thesis, the underlying cause for these risks is to be found in the rationality maximisation engaged in by different global functional systems, which cloaks an enormous potential for the endangering of people, nature, and society.“<sup>106</sup>

Der Funktionalismus kann also zu überzogenen Effektivierungsbestrebungen führen, die blind machen für andere Belange als die der betreffenden internationalen Organisation selbst.<sup>107</sup> Zu Recht gibt *Klabbers* zu bedenken, dass diese Gefahr vor allem dort besteht, wo sich der Funktionalismus durch konstitutionelle Rhetorik legitimieren kann.<sup>108</sup>

Trotz allem muss man den Funktionalismus als Wegbereiter der Konstitutionalisierung sehen. Eine so rasche und tiefgreifende Konstitutionalisierung von Teilen des Völkerrechts wäre ohne die Entwicklungen des Rechts der internationalen Organisationen kaum möglich gewesen. Die Objektivierung der Rechtsordnung einer internationalen Organisation gegenüber der Staatenwillen ist wesentlich dem

---

Structure of International Law, 1964, S. 153.

<sup>104</sup> Zur Ambivalenz allgemein siehe *Klabbers*, EJIL 26 (2015) 9–82; zum Zusammenhang von Funktionalismus im Rahmen der Institutionalisierung des Völkerrechts und der Theorienscheue siehe *Koskenniemi*, TIL 8 (2006) 9–36, 13 f.; *ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 603.

<sup>105</sup> Dies hat z. B. *Teubner*, Constitutional Fragments, 2012, S. 150 ff. erkannt; siehe auch *Ulfstein*, GJIL 4 (2012) 575–583; *Arcari*, PYIL 13 (2013) 9–25.

<sup>106</sup> *Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 327–342, 330; er verweist auf *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 108 ff.; siehe hierzu auch am Beispiel der WTO *Teubner*, Constitutional Fragments, 2012, S. 156 f.

<sup>107</sup> Das erkennen auch *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 219.

<sup>108</sup> *Klabbers*, in: *ders./Wallendahl* (Hrsg.), Research Handbook on the Law of International Organizations, 2011, 3–30, 13; den Zusammenhang zwischen Funktionalismus und Auslegung stellt auch Kleinlein her: *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 567 ff.



Funktionalismus zu verdanken. Er richtete Bedingungen ein, in denen ein auf Autonomie gerichteter Konstitutionalismus gedeihen konnte.<sup>109</sup>

Der Einfluss kann zum Beispiel besonders deutlich am Anfang der Entwicklung des europäischen Verfassungsrechts nachgewiesen werden.<sup>110</sup> Die an der Effektivität ausgerichtete Verfassungsauslegung des Europäischen Gerichtshofs (v. a. „effet utile“) ist Ausfluss dieses Prinzips.<sup>111</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wendet ähnliche Auslegungsmechanismen an, zum Beispiel die Idee des *living instrument* und die „practical and effective doctrine“.<sup>112</sup> Der Funktionalismus ermöglichte dabei zum einen, die europäischen Organisationen vom Völkerrecht und den Gründungsstaaten zu lösen, mit der Folge, dass die Verfassungsidee angewendet werden konnte (*Costa/ENEL, Van Gend en Loos*).<sup>113</sup> Zum anderen förderte er ein technokratisches, das heißt an der Funktion der einzelnen Organe ausgerichtetes Verständnis („implied powers“). Das führte und führt zu einer weiteren Konstitutionalisierung.

Je nach Blickwinkel ist der Funktionalismus damit entweder Wegbereiter oder Gegenspieler konstitutioneller Ideen: Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts war der Funktionalismus notwendig, um die Gemeinschaftsordnung vom Willen der Mitgliedstaaten zu lösen, was schließlich zur EU-internen Integration und Konstitutionalisierung führte. Aus Sicht der Mitgliedstaaten hatte er hingegen anti-konstitutionelle Wirkung, da er deren eigenes nationales Verfassungsrecht unter Druck setzte. Die Kritik der Mitgliedstaaten führte aber wiederum zur Integration klassischer konstitutioneller Elemente auf EU-Ebene (Subsidiarität, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und Menschenrechte), was dann zu einer weiteren Autonomisierung gegenüber dem Völkerrecht führte.

Aus völkerrechtlicher Sicht stellt die Verdichtung internationaler Organisationen zu abgeschlossenen Regel-Regimen jedenfalls eine Herausforderung dar. Entscheidungen wie im Fall *Kadi* zeigen das Potenzial der Fragmentierung einer am

---

<sup>109</sup> Ähnlich in der Analyse, aber mit anderer Ansicht *Klabbers*, in: ders./Wallendahl (Hrsg.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, 3–31, 14.

<sup>110</sup> Differenzierend *Halter*, *Europarecht und das Politische*, 2005, S. 124 m. w. N.

<sup>111</sup> *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 3 und für internationale Organisationen allgemein S. 567 ff.

<sup>112</sup> Dazu *Mowbray*, *HRLR* 5 (2005) 57–79.

<sup>113</sup> Knapp zur Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs für die Konstitutionalisierung des Europäischen Gemeinschaftsrechts siehe *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 20 m. w. N.

Funktionalismus ausgerichteten Interpretation des Völkerrechts.<sup>114</sup> Organe einer bestimmten Verfassungsordnung neigen dazu, sich durch andere Ordnungen in ihrem konstitutionellen Gehalt gefährdet zu sehen. Das kann man auch bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Kontrolle von Resolutionen des Sicherheitsrates erkennen. Die dort zur Anwendung kommende Rechtsdogmatik des Gerichtshofs beschränkt trotz einer „Gesinnung zur systemischen Harmonisierung“<sup>115</sup> den Geltungsanspruch der UN-Charta, wie das zustimmende Votum der Richter *Pinto de Albuquerque, Hajiyev, Pejchal* und *Dedov* in der Entscheidung *Al-Dulimi* zeigt:

„Instead of a solipsistic and parochial approach to international law, the Council of Europe *prefers a multicentre [sic] and cosmopolitan view* of international law, which envisages the relationship between international law and Convention law beyond the orthodox, yet outdated, monist/dualist dichotomy. *The Convention is both international and constitutional law*, the conflict between Convention obligations and UN Charter obligations being an intra-systemic conflict. *The Charter’s weak constitutional claim may not always prevail in this conflict, in spite of the secondary rule of Article 103. In the absence of a constitutionally binding catalogue of freedoms and rights enforceable by a court of law, or other body or official authorised to exercise judicial power, within the United Nations, Council of Europe member States may have to verify the internal and external validity of UN resolutions.* In view of the *constitutional black hole in the United Nations*, this exercise may even have to be performed by invoking the Council of Europe’s own strong constitutional claim, based on the Convention and its additional protocols, not forgetting that the Convention drew inspiration from the Universal Declaration of Human Rights itself. In a world of decentralised international law-making, Bosphorus appears to be the best example of an open-minded form of verification of the legal orders of other international organisations, and this is favoured by the ecumenical philosophy of Article 53 of the Convention.

---

<sup>114</sup> Die Entscheidung sehen kritisch: *Kokott/Sobotta*, EJIL 23 (2012) 1015–1024; *Klabbers*, in: ders./Wallendahl (Hrsg.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, 3–31; *Fassbender*, DÖV 63 (2010) 333–341; zum Ansatz der systemischen Harmonisierung, den der EGMR verfolgen soll, siehe *Sicilianos*, ICLQ 66 (2017) 783–804; siehe hierzu auch *Peters*, IJCL 15 (2017) 671–704.

<sup>115</sup> EGMR, Urt. v. 21.06.2016, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 5809/08, Rn. 140 (Übersetzung durch den Verfasser).

*In spite of the lack of a Constitution for the international community as a whole, the irreducible plurality of present-day international law does not necessarily mean persistent fragmentation into self-contained, hermetic regimes as if they were isolated towers. On the contrary, decentralised plurality may foster cross-fertilisation and synergy between competing legal orders.*<sup>116</sup>

Bemerkenswert an den Ausführungen ist, dass der unterschiedliche Konstitutionalisierungsgrad des Europarates bzw. der Europäischen Menschenrechtskonvention einerseits und der UN-Charta andererseits als Argument für den Vorrang der EMRK angeführt wird. Hier zeigt sich der von *Klabbers* befürchtete Mechanismus, dass die Konstitutionalisierungsthese Regimedenken legitimieren kann. Es lässt sich jedenfalls trefflich darüber streiten, wessen „constitutional claim“ schwächer oder stärker ist.

#### 4. Zwischenfazit

Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts lässt sich insbesondere dort beobachten, wo die aufgezeigten Entwicklungslinien aufeinandertreffen. Eine Völkerverfassung entsteht am ehesten an der Stelle, wo der verfassungsrechtliche Strukturgedanke auf institutionalisiertes Recht stößt, das am Gemeinwohl ausgerichtet ist. Sind diese Elemente vorhanden, lässt sich die Konstitutionalisierungsthese überzeugend auf die internationale Ebene übertragen.

### III. Kritik an der Konstitutionalisierungsidee

Träfe es zu, was die Konstitutionalisierungsthese behauptet, hätte sich das gesamte Völkerrecht radikal verändert, wäre im Begriff, sich radikal zu verändern, oder müsste radikal geändert werden. Gemessen daran wirkt die Kritik der Völkerverfassungsidee verhalten.<sup>117</sup> Es hat zwar die Skepsis innerhalb der Konstitutionalisierungsdebatte zugenommen,<sup>118</sup> es fehlt aber an expliziter Kritik, die die Idee insgesamt in Frage stellt. Vor allem sind kritische Stimmen aus der Völkerrechtswissenschaft selten,

<sup>116</sup> Gemeinsame übereinstimmende Meinung der Richter Pinto de Albuquerque, Hajiyev, Pejchal und Dedov, EGMR, Urt. v. 21.06.2016, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 5809/08, Rn. 71 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>117</sup> So auch *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 624; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 162: „But there is also a conspicuous silence.“

<sup>118</sup> Zum Beispiel *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 650; *Schwöbel*, GLJ 13 (2012) 1–22, 22; mit Einschränkung auch *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 412 ff.

noch eher wird die These aus den Reihen des nationalen Verfassungsrechts bezweifelt.

In den meisten Fällen werden lediglich empirische Zweifel an einer tatsächlich ablaufenden Konstitutionalisierung geäußert. Eine Ausnahme ist *Haltern*, der die Konstitutionalisierungsidee ausdrücklich ablehnt, weil er dem Völkerrecht den notwendigen symbolischen Gehalt abspricht.

Das übrige Schweigen der Völkerrechtswissenschaft darf man allerdings nicht als Anerkennung missverstehen. Wahrscheinlicher ist, dass die Verfechter anderer Vorstellungen die offene Auseinandersetzung vermeiden oder nicht für nötig erachten,<sup>119</sup> etwa, weil vom Mainstream der Konstitutionalisierungsdebatte keine radikalen Umbrüche zu erwarten sind.

## 1. Implizite Kritik der Völkerrechtsskepsis

Implizite Kritik gibt es aber durchaus: Positionen wie die von *Goldsmith/Posner*<sup>120</sup>, die in der Tradition der Völkerrechtsleugner bzw. -skeptiker stehen,<sup>121</sup> widersprechen per se der Entstehung von Völkerverfassungsrecht. Die Konstitutionalisierungsidee ist unvereinbar mit der Vorstellung von *Goldsmith/Posner*, dass im Zweifel Staaten von (Macht-)Interessen geleitet werden und nicht von völkerrechtlichen Erwägungen.<sup>122</sup> Diesen „political realism“ muss Völkerverfassungsrecht dann – ob nun mit oder ohne Rational-Choice-Theorie – als nochmals gesteigerte Form überzogener Erwartungen an das internationale Recht ablehnen.

Ebenso dürfte der „legal realism“ die Konstitutionalisierung ablehnen, auch wenn er – anders als der „political realism“ – die Rechtseigenschaft von Völkerrecht nicht per se negiert. „Realistische“ Positionen müssten aber jedenfalls die Dogmatisierung des Völkerrechts durch die Konstitutionalisierungsidee als Ausdruck allzu optimistischer Erwartungen an das internationale Recht nach Ende des Kalten Krieges abtun.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Ähnlich *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 624; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 162.

<sup>120</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005; kritisch *van Aaken*, EJIL 17 (2006) 289–308.

<sup>121</sup> *Fassbender*, DÖV 65 (2012) 41–48, 44 m. w. N.

<sup>122</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 3 ff.

<sup>123</sup> Mit Bezug auf die UN-Charta weisen auf überzogenen Optimismus hin *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 2 ff., 22 ff.; *Szurek*, in: *Cot/Pellet/Fortea* (Hrsg.), *La charte des Nations Unies*, 3. Aufl. 2005, 29–69, 32; mit Bezug auf die Menschenrechtspakte *Kälén*, in: *ders./Cottier* (Hrsg.), *Die*

Unabhängig davon, inwieweit man Deskription und Präskription gedanklich zusammenfallen lassen kann, vermag die „realistische“ Sicht ihrem eigenen Vorwurf nicht zu entgehen: Sie stellt dem Optimismus schlicht einen Pessimismus gegenüber.<sup>124</sup> Die pessimistische Sicht ist aber nur scheinbar besser belegbar, tatsächlich lässt sich reine Machtpolitik genauso wenig abschließend beweisen wie ihr Gegenteil.<sup>125</sup> Die Motivation und Psyche der internationalen Akteure bleibt auch einer „realistischen“ Interpretation der internationalen Beziehungen verborgen, zumal die Intention der Handelnden das Recht nicht davon abhält, eine davon unabhängige Wirksamkeit und Effizienz zu entwickeln. Ein pessimistisches Bild des Völkerrechts ist genauso evident wie ein optimistisches. Kriegen und der weiter anhaltenden Anwendung von Waffengewalt stehen die vielfachen kooperativen und friedlichen Streitbeilegungen gegenüber. Selbst aus Lippenbekenntnissen können sich wirksame Rechtsinstrumente entwickeln. Und aus Utopien kann Recht werden.<sup>126</sup>

Führt man sich die Entwicklung des Völkerrechts vor Augen, wird man zwar nicht behaupten können, dass es keine gravierenden Rechtsbrüche gibt; genauso schwer ist es aber zu sagen, dass diese Brüche ohne rechtliche Relevanz wären. Der Einwand der Realitätsferne des Völkerrechts ist alt,<sup>127</sup> verfängt aber auch beim Völkerverfassungsrecht nicht. Im Übrigen steht das nationale Verfassungsrecht vor ganz ähnlichen Herausforderungen: Die Missachtung der Verfassung oder – vielleicht gravierender noch – von Entscheidungen des Verfassungsgerichts lösen in den seltensten Fällen eine Debatte darüber aus, ob Verfassungsrecht überhaupt existiert.

---

Öffnung des Verfassungsrechts: Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller, 42–49, 47, 49; für grundsätzlichere, aber vorsichtiger und differenziertere Kritik siehe *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 628 ff.; *Zemanek*, in: FS Dominice, 2012, 25–46, 33 ff.

<sup>124</sup> Zur Herkunft und kurzen Gegenüberstellung dieser beiden Positionen *Fassbender*, in: ders./Wendehorst/de Wet/Peters/Michaels/Tietje/Merkt/Weiss/Hein (Hrsg.), *Paradigmen im internationalen Recht*, 2012, 1–31.

<sup>125</sup> Deutlich bei *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 4, 6–10; sie begründen dort nicht, dass Staaten ausschließlich im eigenen Interesse handeln, das ist letztlich eine bloße Annahme.

<sup>126</sup> So im Fall der Menschenrechte; siehe *Fassbender*, in: Schraut (Hrsg.), *Menschenrechte und Geschichte*, 2015, 299–314.

<sup>127</sup> Zu dieser überkommenen Kritik siehe nur die Zusammenfassung der Antworten auf die Frage, warum Völkerrecht Recht ist, bei *D'Amato*, *Nw. U. Law Rev.* 79 (1984) 1293–1314.

## 2. Empirische Zweifel

Weniger prinzipiell als die implizite Kritik sind empirische Zweifel, die am Vorgang der Konstitutionalisierung geäußert werden.<sup>128</sup> Es wird zum Beispiel eingewandt, dass Entwicklungen wie die Fragmentierung des Völkerrechts die Konstitutionalisierung widerlegen würden.<sup>129</sup> Ein weiteres Problem sei, dass die Idee der Integration durch eine Verfassung nicht zu der tatsächlichen Machtallokation zwischen den Staaten passe.<sup>130</sup> Zugespitzt lautet der Vorwurf also, dass einerseits das Völkerrecht nicht konstitutionalisiert werden könne und andererseits das Verfassungssubstrat keinen klassischen Konstitutionalismus zulasse. Auf beide Elemente zielt auch der Hinweis ab, dass die internationale Ordnung nicht hierarchisch und homogen, sondern pluralistisch und heterarisch sei.<sup>131</sup>

Ein empirisches Unbehagen allein disqualifiziert aber die Völkerverfassungsthese nicht. Nicht etwa, weil es nur den deskriptiven Teil der Konstitutionalisierungsdebatte betrifft,<sup>132</sup> sondern weil dieses Unbehagen Teil jeder verfassungstheoretischen Diskussion ist. Beim Verfassungsrecht ringen Wirklichkeit und Recht immer miteinander, ohne dass die eine das andere dauerhaft in den Griff nehmen könnte.<sup>133</sup> Auch auf nationaler Ebene löst sich diese Spannung nicht in Wohlgefallen auf:

---

<sup>128</sup> Zum Beispiel *Brownlie/Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Aufl. 2012, S. 17; zurückhaltend *Diggelmann/Altwicker*, *ZaöRV* 68 (2008) 623–650, 628 ff.; *Wood*, in: *Kaikobad/Bohlander* (Hrsg.), *International Law and Power*, 2009, 85–98, 96 f.; *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 33 ff.

<sup>129</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 38, 42; die Fragmentierung wird auch als Herausforderung bezeichnet von *Paulus*, *ZaöRV* 67 (2007) 695–719, 707; den Vorwurf behandelt *Peters*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63, 28 ff.; das Thema wird auch in einem größeren Zusammenhang behandelt von *Simma/Pulkowski*, *EJIL* 17 (2006) 483–529; *Pulkowski*, *The Law and Politics of International Regime Conflict*, 2014, S. 191–234; inzwischen weiterspannend auch *Peters*, *IJCL* 15 (2017) 671–704.

<sup>130</sup> *Dupuy*, *MPYUNL* 1 (1997) 1–33, 2.

<sup>131</sup> So z. B. *Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, 2012, S. 14 ff., 47, 68; dazu natürlich auch *Teubner/Fischer-Lescano*, *Mich. J. Int. Law* 25 (2004) 999–1046; *Teubner*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342; für einen Überblick über den „legal pluralism“ siehe *Pulkowski*, *The Law and Politics of International Regime Conflict*, 2014, S. 195 ff.; der Vorwurf richtet sich auch gegen nationalstaatliche Verfassungen: *Vesting*, in: *Joerges/Sand/Teubner* (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, 29–40, 35.

<sup>132</sup> *Peters*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63, 28 ff.

<sup>133</sup> In diese Richtung auch *Grimm*, *AöR* 97 (1972) 489–537, 501 f.

„So muß die Verfassung – wie ihre Auslegung – den Mittelweg zwischen der Scylla der Verrechtlichung und der Charybdis der Verpolitisierung suchen.“<sup>134</sup>

Empirische Zweifel können letztlich genauso gut ein Zeichen dafür sein, dass die Verfassungsidee gerade auf das Völkerrecht angewendet werden sollte. Denn dort, wo sich Recht nicht mehr aus einer höheren Ebene ableiten lässt und nicht mehr zentral durchgesetzt werden kann, sondern größtenteils vom Respekt der Handelnden abhängt, ist das Verhältnis zwischen Sein und Sollen besonders unübersichtlich. Nun gibt es aber keine andere Rechtskategorie, die sich intensiver mit der Unübersichtlichkeit von Sein und Sollen auseinandersetzen musste als das Verfassungsrecht. Aus diesem Blickwinkel ist es geradezu erforderlich, verfassungsrechtliche Kategorien auf die internationale Ebene zu übertragen.

Eine andere Frage ist allerdings, ob das Verfassungssubstrat eine Konstitutionalisierung zulässt. In diese Kerbe schlagen auch – wenngleich aus anderer Richtung – diejenigen, die den staatlichen Verfassungsbegriff für nicht übertragbar halten.<sup>135</sup> Sie monieren, dass es an einem „konstituierungsfähigen Subjekt“ – namentlich einem Staat<sup>136</sup> oder Volk<sup>137</sup> – fehle.<sup>138</sup> Ihrer Meinung nach darf Konstitutionalisierung nicht gleichgesetzt werden mit bloßer Verrechtlichung,<sup>139</sup> andernfalls nehme das historisch gewachsene Konzept Schaden und verkomme zu einer bloßen Worthülse.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 61; hingegen als Vorteil sieht dies *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, S. 349, mit Verweis auf *Loughlin*, *Sword and Scales*, 2000, S. 209.

<sup>135</sup> Insbesondere *Grimm*, *Constellations* 12 (2005) 447–463; *ders.*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, 11, *passim*; mit Bezug auf die UN: *Arangio-Ruiz*, *EJIL* 8 (1997) 1–28; *Wood*, in: Kaikobad/Bohlander (Hrsg.), *International Law and Power*, 2009, 85–98.

<sup>136</sup> *Grimm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, *passim*.

<sup>137</sup> *Preuss*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 23–46, 35 ff.

<sup>138</sup> Weitere Voraussetzungen bei *Wahl*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 220–242, 234 f.

<sup>139</sup> *Grimm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, 9; *Isensee*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107, Rn. 61 ff.; kritisch zu Isensees staatsbezogenem Verfassungsverständnis auch *Fassbender*, in: FS *Isensee*, 2007, 73–91, 73 ff.

<sup>140</sup> Insbesondere *Grimm*, in: HStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, 3–44, Rn. 87–101; *Wahl*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 220–242, 220, 215; in diese Richtung geht auch *Halter*, *AöR* 128 (2003) 511–557, 539 ff.; für weitere Nachweise siehe *Kleinlein*, *EJIL* 21 (2011) 1075–1084, S. 1079 f.

Übertrage man den Verfassungsbegriff auf die internationale Ebene, würde Legitimität dort vermittelt, wo keine bestehe.<sup>141</sup>

*Haltern* bezeichnet solche Positionen als „sozial-kollektiven Essentialismus“<sup>142</sup>, den es in unterschiedlichen „Härtegraden“<sup>143</sup> bis hin zum Primordialismus eines „Blut-und-Boden-Denkens“<sup>144</sup> gebe.<sup>145</sup> Auch wenn *Haltens* Kritik zu harsch sein mag, wird man den genannten Positionen allenfalls insofern recht geben können, als der Verfassungsbegriff nicht beliebig übertragen werden darf.<sup>146</sup> Im Umkehrschluss ist es aber dann zulässig, mittels eines normativen Verfassungsbegriffs<sup>147</sup> ein internationales Verfassungsverständnis zu entwickeln. Denn der Verfassungsbegriff ist weder eine Konstante, die nur historisch existieren kann, noch ist er an den Staat gebunden.<sup>148</sup>

### 3. Fehlende symbolisch-ästhetische Dimension

Trotz seiner Kritik an den Vertretern des staatlich gebundenen Verfassungsbegriffs lehnt *Haltern* dennoch die Loslösung desselben vom Staat ab.<sup>149</sup> Allerdings nicht, weil es im supranationalen Raum an einem Volk fehle, sondern weil die symbolisch-

<sup>141</sup> *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 21; darauf weist auch hin *Klabbers*, IOLR 1 (2004) 31–58, 47 f.; a. A. z. B. *Peters*, Int. L. Theory 39 (2005) 39–67, 66; *Kumm*, EJIL 15 (2004) 907–931.

<sup>142</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 517.

<sup>143</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 517.

<sup>144</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 518.

<sup>145</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 517 f.; er meint damit *Isensee*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107, Rn. 61 ff. und 116 ff.; *Kirchhof*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 261–316, Rn. 1 ff.; *Quaritsch*, in: FS Jeserich, 1994, 355–371, 366; es wird an der Stelle nicht ganz klar, ob er mit dem Blut-und-Boden-Denken C. Schmitt meint – wovon aber auszugehen ist – und ob er den sozialen Essentialismus auf diesen zurückgehen sieht.

<sup>146</sup> So z. B. auch *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 154 ff., 685; *Wahl*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 220–242, 241; *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, 2009, 342–352, 345; deutlich auch *Fassbender*, in: Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism, 2007, 307–329, 321, 324; kritisch hinsichtlich der unpräzisen Verwendung des Begriffs „Konstitutionalisierung“ im Rahmen der WTO: *Cass*, The Constitutionalization of the World Trade Organization, 2005, S. 47.

<sup>147</sup> Zur Kritik an einem entleerten Verfassungsbegriff siehe etwa *Wahl*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 220–242, 233.

<sup>148</sup> Zum Beispiel *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 55–64; siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap 1, Abschn. A.

<sup>149</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 539 ff.



ästhetische Dimension nationaler Verfassungen auf internationaler Ebene nicht hergestellt werden könne.<sup>150</sup>

Er meint, dass rein funktionalistische, historische oder institutionelle Ansätze zu kurz griffen; die „Legitimationsleistung“<sup>151</sup> von internationalem Verfassungsrecht hänge vielmehr davon ab, ob es ihm gelinge, „vergangenen politischen Sinn in die Zukunft [zu] verlängern“<sup>152</sup>. Damit formuliert *Haltern* eine Haltung, die zwar nicht neu ist, aber die Konstitutionalisierungsidee und insbesondere die Prozessidee auf ungewohnte Weise in Bedrängnis bringt. Denn insbesondere bei fluiden Konzepten ohne Anfang und Ende ist unklar, welcher politische Sinn aus der Vergangenheit in die Zukunft getragen werden soll.

*Haltern* schöpft seine Argumente aus dem Verhältnis zwischen Recht und Politik, die für ihn einerseits ganz eigentümlich verklammert sind und andererseits – trotzdem – im Wettbewerb um die Deutungshoheit über die Gesellschaft stehen.<sup>153</sup> Recht bekommt bei *Haltern* die Bedeutung des Starren, Innehaltenden und Bewahrenden, Politik die der Bewegung, des Aufbruchs und der Veränderung.<sup>154</sup> Dem Recht stehe die Revolution als Apotheose der politischen Handlung gegenüber; beide fordern Unterschiedliches vom Einzelnen, das Recht Loyalität gegenüber dem Vergangenen und die Revolution Verantwortung für das Zukünftige.<sup>155</sup> Das eine könne aber nicht ohne das andere leben: Die Revolution wende sich gegen das bisher Bewahrte und gibt – wenn sie erfolgreich ist – der Zukunft einen neuen Sinn; das zukünftige Recht bewahrt diesen neuen Sinn, könne aber mit den eigenen Instrumenten (Vertrag und Versprechen) keine Loyalität schaffen.<sup>156</sup> Das Recht müsse deswegen künstlich überhöht werden, um das Narrativ der zukünftigen Gesellschaft bilden zu können.<sup>157</sup> Das Reservoir für dieses Narrativ bilde die Verfassung.<sup>158</sup> Die (Verfassungs-)Rechtsentwicklung stellt sich bei *Haltern* also als ein Ablauf von Sinnspeicherung und Sinnerinnerung dar.<sup>159</sup> Die Antworten auf die Sinnfrage würde das Volk letztlich in einem

---

<sup>150</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 512, 531, 525.

<sup>151</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 525.

<sup>152</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 525.

<sup>153</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 528.

<sup>154</sup> Die Gegenüberstellung von Dynamik und Statik ist nicht neu: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 23 m. w. N.

<sup>155</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 528 ff.

<sup>156</sup> Zum Vorstehenden *ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 529.

<sup>157</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 531 ff.

<sup>158</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 526.

<sup>159</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 528 ff., 532 ff.

bestimmten, diesem Volk gehörenden Revolutionsmythos finden, den die Verfassung bezeugt.<sup>160</sup>

Nur das Symbolisch-Ästhetische am Recht könne effektiv einen gesellschaftlichen Sinn vermitteln; der Liberalismus sei dazu nicht in der Lage.<sup>161</sup> Deswegen könne es auch kein internationales Verfassungsrecht geben.<sup>162</sup> Unter Berufung auf die kritische Rechtsschule geht *Haltern* davon aus, dass das Völkerrecht weiterhin auf dem Liberalismus und einer liberalen Ethik beruhe.<sup>163</sup> Fundament der internationalen Rechtsordnung sei weiterhin der souveräne Staat.<sup>164</sup> Veränderungen daran kann er nicht erkennen, denn für die Objektivierung der Rechtsordnung berufe man sich auf einen noch gesteigerten Liberalismus – einen Liberalismus mit einem „extra Schuß Liberalismus“<sup>165, 166</sup>

Mit Verweis auf „führende Völkerrechtler“<sup>167</sup> – er zitiert allein *Tomuschat*<sup>168</sup> – geht *Haltern* davon aus, dass der Sprung vom „Kontrakt zum Opfer“<sup>169</sup> im Völkerrecht nicht erfolgt sei, der „Letztwert“<sup>170</sup> des Staates sei nicht geopfert worden; Völkerrecht sei weiterhin die „Apotheose des Sozialkontraktes“<sup>171</sup>.<sup>172</sup> Dies zeige sich unwiderleglich darin, dass der Gebrauch von Nuklearwaffen nicht grundsätzlich illegal sei.<sup>173</sup>

---

<sup>160</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 532 ff.

<sup>161</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 536 ff.

<sup>162</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 539 ff.

<sup>163</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 540.

<sup>164</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 540.

<sup>165</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 541.

<sup>166</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 541.

<sup>167</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 542.

<sup>168</sup> *Tomuschat*, RdC 281 (1999) 8–438, 44: „The close linkage between creation of, and compliance with, the rules of international law thus carries the risk of preventing decisions requiring sacrifice just slightly surpassing what is simply negligible.“ Es kann bezweifelt werden, dass *Tomuschat* mit dieser Aussage *Halters* Idee des mangelnden Sprungs „vom Kontrakt zum Opfer“ angesprochen hat, schließlich vertritt *Tomuschat* die Ansicht, dass es völkerrechtliche Verpflichtungen für die Staaten gibt, die ohne ihren Willen existieren, vgl. *ders.*, RdC 241 (1993) 195–374, insb. 307; siehe wiederum *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 543 f.

<sup>169</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 542.

<sup>170</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 542 ff.

<sup>171</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 541.

<sup>172</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 541 ff.

<sup>173</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 543.

Kurzum: Eine Veränderung des Völkerrechts in Form der Loslösung vom Staat sei nur möglich, wenn sich dieser dem Völkerrecht vollständig unterwirft. Dies sei aber nicht geschehen, wie der rechtliche Status von Nuklearwaffen zeige.

Der Einsatz von Nuklearwaffen als Lackmus-Test für dieses Unterwerfen ist aber nur auf den ersten Blick überzeugend. Die dahinterstehende Vorstellung dürfte wohl sein, dass sich die Staaten solange nicht dem Recht absolut unterwerfen, wie sie Waffen gebrauchen dürfen, die (theoretisch) die internationale Gesellschaft vollständig ausradieren können. Nach dieser Vorstellung müssten dann auch nationale Gesellschaftsverträge dem Einzelnen ein vergleichbares Recht nehmen. Unabhängig davon, ob dies auch tatsächlich der Fall ist, unterscheidet sich die Situation des Einzelnen von der der Staaten erheblich. Der Einzelne gibt sein Recht zur Ausübung von Gewalt zugunsten eines Gewaltmonopols einer übergeordneten Einheit (zum Beispiel eines Leviathans) auf. Eine solche Situation wird man in der internationalen Ordnung ohne Weltstaat wohl nicht erreichen; aber allein davon die Objektivierung der Rechtsordnung abhängig zu machen, greift zu kurz.

Der Einwand von *Haltern* verfängt aber letztlich schon deswegen nicht, weil insbesondere die Vertreter der Konstitutionalisierung und gerade der von *Haltern* zitierte *Tomuschat* den Gebrauch von Atomwaffen für illegal halten.<sup>174</sup>

*Haltern* wird zudem entgegengehalten, dass er die Bedeutung von blutigen Revolutionen und deren Mythos überhöhe und sich mit seinem romantisch-sakralen Bild zu sehr an der amerikanischen und französischen Verfassung orientiere.<sup>175</sup> In der Tat kommt *Haltern*, indem er historische Zäsuren überbetont, *Grimms* Position nahe, der sich nur vorstellen kann, dass in revolutionären Momenten echte Gesellschaftsverträge geschlossen werden können.<sup>176</sup> Beide ignorieren aber, dass es genauso Beispiele der sukzessiven Konstitutionalisierung gibt – ohne „Big Bang“.<sup>177</sup> Ohnehin dürften Gründungsmythen weithin überschätzt sein.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 298.

<sup>175</sup> *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 342; *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 149 ff.

<sup>176</sup> *Grimm*, in: HStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, 3–44, Rn. 9; dazu *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 152 ff.

<sup>177</sup> *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 293, mit Verweis auf *Schilling*, *Harv. Int. Law J.* 37 (1996) 389–409, 390; siehe auch *Schönberger*, in: *Franzius/Mayer/Neyer* (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, 87–96, 94; *Milewicz*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 413, 417, 420 f.; a. A. wohl *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 221.

<sup>178</sup> Vgl. *Volkman*, *VVDStRL* 67 (2008) 58–88, 58 f., 88 f. und 90.

Nichtsdestotrotz lässt sich die Kritik *Halterns* nicht einfach beiseiteschieben. Sie spricht einen Punkt an, der nur schwer analysierbar ist: das Irrationale an Verfassungen. Mit *Halterns* Ansicht lässt sich etwa erklären, warum Auslegungslehren wie der „originalism“ so erfolgreich sind: Abseits demokratischer und positivistischer Erwägungen ist der „originalism“ nicht zuletzt die Überhöhung und das Mythologisieren der „founding fathers“. Erst mit diesem Narrativ wird einsichtig, warum allein die Vorstellungen der Gründungsväter zukünftige Generationen binden sollen. *Halterns* Position wirft aber auch ein Schlaglicht darauf, warum dem (ideellen) Zusammentreten des „pouvoir constituant“ eine so maßgebliche Rolle zugeschrieben wird, und vielleicht auch, warum schlussendlich die Völkerrechtswissenschaft ein solches Zusammentreten nicht erkennen kann.

*Haltern* spielt mit sakralen Motiven: Opfer, Körper, Sinn und Liebe.<sup>179</sup> Er scheint, wie *C. Schmitt*, davon auszugehen, dass „alle prägnanten Begriffe der Staatslehre [...] säkularisierte theologische Begriffe [sind]“<sup>180</sup>. Seine Ausführungen bleiben dadurch aber im Ungefähren, irgendwo zwischen Bild und Beispiel. Nur an einzelnen Stellen scheint durch, was die Überhöhung des Opfers konkret bedeutet:

„Um erinnert zu werden, müssen Revolutionen ‚gelesen‘ werden [...]. Damit gelesen werden kann, muß zunächst ein ‚Text‘ hergestellt werden, in dem die Ideen verkörpert sind. Diese ‚Verkörperung‘ geschieht – wie bereits die Semantik nahelegt – zunächst dadurch, daß Einzelne gewillt sind, ihre Körper in sie zu investieren. Die abstrakte Idee allein kann nicht zum Fundament einer neuen Ordnung werden, sondern nur dann, wenn Menschen für sie Opfer zu bringen bereit sind. Der Körper des Bürgers steht damit neben der Idee im Zentrum revolutionärer Handlung. Die Negation der alten politischen Ordnung materialisiert sich durch den Entzug derjenigen Ressource, ohne die keine politische Ordnung Bestand haben kann und zu einer leeren Hülle verkommt: des Körpers.“<sup>181</sup>

Das durchgreifende Problem ist, dass *Haltern* damit das Opfer ästhetisiert; er überschätzt das Schöpferische der Zerstörung. Nicht auszumalen, was eine Revolution

---

<sup>179</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 533 ff. (Körper und Opfer), 555 (Liebe); zum Thema Liebe und Völkerrecht siehe *ders.*, in: Elm (Hrsg.), *Ethik, Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess*, 2003, 429–461.

<sup>180</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 523, mit Verweis auf *C. Schmitt*, *Politische Theologie*, 7. Aufl. 1996, S. 43.

<sup>181</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 533 f.

in einem internationalen Umfang – zumal blutig – bedeuten würde; welche Opfer müsste wohl der Einzelne bringen? Das ist eine allzu virile Vision von Verfassung. Die Tücke dabei ist, dass erst die Überhöhung (oder das Mythologisieren) selbst das irrationale Opfer fordert. Als ob nur Angst, Schweiß, Blut und Tränen etwas Wahhaftiges schaffen könnten. Das scheint auch *Haltern* zu erkennen, wenn er über den blutigen Erfolg des modernen Staates resümiert.<sup>182</sup> Es ist aber nicht einzusehen, warum dann ein solcher Mythos zur Grundlage eines Verfassungsbegriffs gemacht werden sollte.

Trotz alledem kann man *Haltern* aber soweit folgen, als er die Entstehung von Verfassungen in die Nähe kathartischer Momente rückt. Seine Ausführungen zeigen, dass das Narrativ einer Verfassung sehr entscheidend für ihren Erfolg ist. Man darf aber nicht den Fehler begehen, die Wirksamkeit einer Verfassung mit ihrer Geltung zu verwechseln: Ignoriert man das Pathos in *Halterns* Ausführungen, bespricht er eigentlich nur ein Marketing-Problem von Verfassungen.

Unverständlich an *Halterns* Ansicht ist auch, warum der rationale Liberalismus ungeeignet sein soll, Sinn zu stiften. Das Völkerrecht sei zu vernünftig, um konstitutionalisiert zu werden: Niemand opfere sich aus kontraktualistischer Vernunft, sondern nur aus Liebe.<sup>183</sup> Völkerrecht könne man aber nicht lieben.<sup>184</sup> Unabhängig davon, ob das Völkerrecht weiterhin auf einem liberalen Fundament steht, zeigt sich hier ein weiteres zentrales Problem in *Halterns* Position: Er stellt die Vernunft auf einen Sockel, nur um sie von demselben zu stoßen und durch das Irrationale ersetzen zu können. Er überbetont nicht nur (blutige) Revolutionen, sondern er verfrachtet die Verfassung beinahe vollständig ins Irrationale. Dem kann man aber mit *Habermas* entgegenen:

„[D]ie Prinzipien der Verfassung werden in unserem Gemüt keine Wurzeln schlagen, bevor sich nicht die Vernunft ihrer orientierenden, ihrer zukunftsweisenden Gehalte vergewissert hat.“<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 542, zuvor begrüßt er aber noch die Entmythologisierung des Staates (a. a. O., 520 ff.).

<sup>183</sup> *Ders.*, AöR 128 (2003) 511–557, 539 und 553, dort auch in Fn. 162; siehe auch *ders.*, in: Elm (Hrsg.), Ethik, Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess, 2003, 429–461, 436: „Die abstrakte Idee allein kann nicht zum Fundament einer neuen Ordnung werden, sondern nur dann, wenn Menschen für sie Opfer zu bringen bereit sind.“

<sup>184</sup> *Haltern*, AöR 128 (2003) 511–557, 553, dort in Fn. 162, es sei gar zu „unerotisch“; siehe auch *ders.*, in: Elm (Hrsg.), Ethik, Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess, 2003, 429–461.

<sup>185</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1998, S. 609.

#### 4. Fazit

Schlussendlich bleibt es dabei: Die Konstitutionalisierungsidee steht und fällt mit dem Verständnis vom Staat. Meint man, dass dieser weiterhin unbeschränkt ist, muss man die Konstitutionalisierungsthese ablehnen. Hier spielen sich die kritische und die realistische Rechtsschule gegenseitig die Bälle zu. Der Realist geht von der unbeschränkten Souveränität des Staates aus und der Skeptiker zweifelt am Völkerrecht, weil der Staat allmächtig ist. Theoretisch ist das Problem aber schon längst gelöst worden: Bereits *Scelle* und *Kelsen* haben die unbeschränkte Souveränität der Staaten in Zweifel gezogen.<sup>186</sup>

Auch auf nationaler Ebene wurde der Souveränitätsbegriff bereits vor langer Zeit angepasst. Der Bayer *Max von Seydel* – der damals „orthodoxeste Föderalist der deutschen Staatslehre“<sup>187</sup> – konnte sich zum Beispiel zu Zeiten des Deutschen Reichs von 1871 nicht vorstellen, dass Souveränität in einem Staat etwas anderes als ein Monolith sein könne.<sup>188</sup> Durchgesetzt hat sich bekanntermaßen eine andere Meinung: Die Souveränität teilt sich im Bundesstaat auf zwischen den Gliedstaaten und dem Zentralstaat.<sup>189</sup>

Die Kritik an der Konstitutionalisierungsidee, die an einem überkommenen Souveränitätsbegriff hängt, widerlegt diese insofern nicht. Sie zeigt aber, dass der Verfassungsbegriff nicht beliebig entleert werden sollte und dass besonders das Prozesshafte auf Kritik stößt, weil es mit der klassischen (statischen) Idee einer Verfassung im Widerspruch steht.

## B. Relevanter Meinungsausschnitt

Nicht alle Äußerungen zum Völkerverfassungsrecht sind gleichermaßen relevant für diese Arbeit. In diesem Kapitel werden Abhandlungen unberücksichtigt bleiben, die nur eine Teilordnung des Völkerrechts behandeln und keinen universellen Anspruch

---

<sup>186</sup> Für eine Einordnung mit völkerverfassungsrechtlicher Blickrichtung siehe *Fassbender*, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, 1089–1101, 1096.

<sup>187</sup> *Triepel*, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich, 1907, S. 23.

<sup>188</sup> *Von Seydel*, ZgStW 28 (1872) 185–257, S. 188; *ders.*, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, 1893, S. 5 ff.

<sup>189</sup> Vor allem *Laband* hat sich mit dem Bundesstaatsbegriff in Auseinandersetzung mit *Seydel* beschäftigt: *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, 1876, S. 27, 58 ff.

haben;<sup>190</sup> damit gemeint sind vor allem Verfassungskonzepte für die WTO beziehungsweise das Welthandelsrecht<sup>191</sup>, das Umweltrecht<sup>192</sup> oder internationale Abkommen wie das NAFTA<sup>193</sup>.

Als Arbeitsgrundlage scheiden auch solche Ansichten aus, die die Normativität des Völkerverfassungsrechts zu sehr aufweichen. Die Einschränkung gilt vor allem für den Entwurf der New Haven School;<sup>194</sup> dort ist nicht mehr klar, ob das geschriebene Recht noch gilt.<sup>195</sup> *Koskenniemi* bemerkt daher zu Recht, dass die New Haven School keinen geeigneten Handlungsmaßstab mehr für Juristen und Diplomaten biete.<sup>196</sup> Solche Ansätze arbeiten gegen den Kern der rechtlichen Konstitutionalisierungsidee: Völkerverfassungsrecht soll die Steuerungsfunktion des Rechts stärken. Diese Funktion leitet sich letztlich aus dem Sinn von Verfassungsrecht ab. Dieses handelt im Kern davon, (ehemals) ungezügelter (politischer) Macht durch Recht zu begrenzen und schließlich auch zu legitimieren. Zudem ist Auslegung eine klassische juristische Methode, die ein Minimum an normativem Halt benötigt und die von der Unterscheidbarkeit von Sein und Sollen lebt.<sup>197</sup> Wo kein Recht, da keine (juristische) Auslegung.

Solche Einwände kann man mit Einschränkung auch gegen systemtheoretische Ansätze wie die *Teubners*<sup>198</sup> zur Emergenz von Zivilverfassungen vorbringen.<sup>199</sup> Sie

---

<sup>190</sup> Anderer Ansicht zum Universalitätsanspruch ist *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 20; zum Verhältnis von universeller und funktional bzw. regional beschränkter internationaler Verfassungen siehe auch *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 169 f.

<sup>191</sup> Für einen Überblick siehe *Petersmann*, *ZaöRV* 74 (2014) 763–821, 777 f., 807 ff.; *Cass*, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005, S. 97 ff., die aber kritisch bleibt (a. a. O., S. 238 ff.).

<sup>192</sup> *May/Daly*, *Global Environmental Constitutionalism*, 2014.

<sup>193</sup> *Wood/Clarkson*, *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 43/2009.

<sup>194</sup> Für einen Überblick siehe *McDougal/Lasswell/Reisman*, *J. Leg. Edu.* 19 (1967) 253–300.

<sup>195</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 40.

<sup>196</sup> *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 207 f.

<sup>197</sup> Siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. A.III.

<sup>198</sup> *Teubner*, *ZaöRV* 63 (2003) 1–28; *ders.*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342; *ders.*, *Constitutional Fragments*, 2012.

<sup>199</sup> *Grimm*, in: *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, 20: „[S]ocietal constitutions do not take legal force by an authoritative act of a constitution maker. They emerge from a long-lasting evolutionary process, even though this process may be stimulated by political incentives or supported by formal legal requirements. Societal constitutions are neither mere legal texts, nor simply reflections of the factual situation.“

gelten jedenfalls uneingeschränkt für Entwürfe, die die Verfassungsidee zu weit in eine Meta-Ebene verlagern: Je weiter man die Völkerverfassungstheorie vom geltenden Recht entfernt, desto mehr wird sie Teil eines (rein) politischen Konstitutionalismus. In dieser Funktion kann sie zwar (auch) ein „kritisches Potenzial“<sup>200</sup> entfalten, konkrete materiell-rechtliche Wirkungen werden damit aber nicht mehr erzeugt. Angesichts eines tatsächlich existierenden Verfassungsrechts würde eine Verlagerung in die Meta-Ebene die Völkerverfassungsidee bereits vorab in ihrer potenziellen Wirkung auf die Rechtsanwendung selbst beschneiden. Überdies wäre fraglich, was für eine Auslegungslehre hieraus entwickelt werden könnte. Denkbar wäre nur noch eine Art Argumentationslehre. Ein Blick auf den „Political Communication Approach of Constitutional Reasoning“ zeigt aber, dass solche Analysen über die soziologische Ebene noch nicht hinausgehen.<sup>201</sup> Zurück blieben dann die aus dem Konstitutionalismus stammenden Ready-to-use-Argumente der Topoi des nationalen Verfassungsrechts. Die Argumentationslehre wäre dann nichts anderes als eine konstitutive Wertelehre, die allein inhaltliche Vorgaben enthält, jedoch ohne deren Unterbau.

Um die einzelnen Völkerverfassungstheorien besser bewerten zu können, wird die Konstitutionalisierungsdebatte nachfolgend in Meinungsklassen eingeteilt. Die Einteilung kann nach unterschiedlichen Kriterien erfolgen;<sup>202</sup> hier erfolgt sie in erster Linie nach strukturellen Gesichtspunkten, d. h. nach dem rechtstheoretischen Aufbau der Völkerverfassung. In zweiter Linie folgt die hiesige Einteilung dem Grad der normativen Ausrichtung beziehungsweise danach, wie konstruktivistisch eine Ansicht ist. Die Betonung der strukturellen Elemente ergibt sich aus dem Systematisierungsgedanken, der den meisten Ansätzen<sup>203</sup> zugrunde liegt, und der Überlegung, dass der rechtstheoretische Aufbau wesentlich die Auslegung beeinflusst.

<sup>200</sup> *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 642; *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 351.

<sup>201</sup> *Dyevre/Jakab*, GLJ 14 (2013) 983–1016, 1001 ff.

<sup>202</sup> Für unterschiedliche Kategorisierungen siehe z. B. *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 27 ff.; *Schwöbel*, GLJ 13 (2012) 1–22, 5 f.; *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 9 ff.; *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 632 ff.; *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 273 ff.

<sup>203</sup> Dies gilt jedenfalls für den Mainstream, konstitutionelle Mehrebenensysteme, den soziologischen Konstitutionalismus und für die geschriebene Völkerverfassung. Lediglich die Vertreter, die die Konstitutionalisierungsdebatte als „mindset“ verstehen, dürften weniger Acht auf strukturelle Elemente geben.



Nach diesen Kriterien lässt sich die Debatte grob in zwei Lager teilen: Auf der einen Seite steht das Modell der ungeschriebenen und auf der anderen das der geschriebenen Verfassung. Nicht immer eindeutig zuordnen kann man die Ansicht, die die Konstitutionalisierungsidee als „mindset“ sieht, obgleich die meisten ihrer Vertreter wohl auch eine ungeschriebene Verfassungsentwicklung im Kopf haben dürften, die aus einer Vielzahl von Normen entstanden ist. Als geschriebene Universalverfassung kommt nur die UN-Charta in Betracht.

## I. Ungeschriebene Völkerverfassung

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass das Völkerverfassungsrecht evolutiv im Prozess der Konstitutionalisierung entstanden ist, entsteht oder entstehen wird. Diese Vorstellung des Mainstreams kann auch „gewohnheitsrechtliches Verfassungsmodell“ genannt werden, weil sie voraussetzt, dass sich ursprünglich separate Normen zu einer Verfassung verbunden haben. Wodurch diese Verbindung erfolgt, wird zwar nicht explizit erklärt,<sup>204</sup> denkbar ist aber allein eine gewohnheitsrechtliche Bindung.<sup>205</sup> Nur ein solcher „customary legal glue“ kann rechtstheoretisch erklären, wie Normen und Rechtsinstitute, die historisch, konzeptionell und funktionell unterschiedlich sind, zu einer Verfassung zusammenwachsen können.

### 1. Mainstream

Das meistverbreitete Modell ist das einer internationalen Verfassung, die sich aus einer Vielzahl von geschriebenen und ungeschriebenen Quellen speist,<sup>206</sup> namentlich dem *ius cogens*, den Verpflichtungen *erga omnes*, den Menschenrechtspakten, dem sogenannten allgemeinen Völkerrecht<sup>207</sup> und der UN-Charta. Die Entwicklung

<sup>204</sup> Bei Tomuschat klingt eine gewohnheitsrechtliche Entwicklung an: *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 218 f.: „States as the main actors in the field of international politics have never come *consciously* together to establish a basic covenant regulating the international public order and setting forth the guiding principles for the main functions of governance.“ Nach Fassbender baut Tomuschats Verständnis auf Völkergewohnheitsrecht auf: *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 49.

<sup>205</sup> So ausdrücklich Frouville für seinen Entwurf in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 87.

<sup>206</sup> Zu Recht hat Fassbender dies als „fragmented international constitution“ bezeichnet, *Fassbender*, ESIL Proc. 1 (2006) 377–382, 381.

<sup>207</sup> Für ein enges Verständnis von „General International Law“ siehe *Wolfrum*, in: MPEPIL, Bd. IV, 2012, 344–368; inwieweit diese Rechtskategorie überhaupt noch Raum im heutigen Völkerrecht hat, ist zweifelhaft, kritisch etwa *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118 m. w. N.

geht einher mit einer leichten normativen (*ius cogens*, Verpflichtungen *erga omnes*, Menschenrechte) und formellen (*ius cogens*, Art. 103 UN-Ch.) Hierarchisierung.<sup>208</sup> Aus dieser Idee entwickelte sich keine strenge Theorie, die weitreichende Konsequenzen für die Rechtspraxis fordert,<sup>209</sup> sondern eher ein grobes Raster der Völkerrechtswissenschaft zur Systematisierung der Rechtsordnung.

Der Mainstream kann nochmals in ein deskriptiv-pragmatisches und ein präskriptiv-idealisiertes Lager unterteilt werden,<sup>210</sup> wobei das präskriptive Lager noch eher dazu neigt, praktische Konsequenzen aus der eigenen Theorie zu ziehen.<sup>211</sup> Allerdings folgen diese nicht so sehr aus dem materiellen Völkerverfassungsrecht als vielmehr aus der verfassungspolitischen Agenda.

### a) Pragmatischer Ansatz

Der pragmatischere Ansatz, den vor allem auch die International Community School entwickelte, ist die meistakzeptierte Position. Einflussreich waren hier Arbeiten von Völkerrechtlern, die sich auch in der Völkerrechtspraxis verdient gemacht haben: *Mosler*<sup>212</sup>, *Simma* und *Tomuschat*<sup>213</sup>. Wobei *Simma* nicht eindeutig zugeordnet werden kann: Er ist Teil der International Community School, aber er kann auch den Vertretern zugeordnet werden, die die UN-Charta als die Verfassung der internationalen Gemeinschaft sehen.<sup>214</sup>

<sup>208</sup> Für eine Zusammenfassung des Mainstreams siehe *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 276 ff. m. w. N.

<sup>209</sup> Symptomatisch *Tomuschat*, RdC 281 (1999) 8–438, 88: „No additional legal consequences may be attached to the characterization of a rule of international law as pertaining *ratione materiae* to the constitution of humankind.“ Kritisch hierzu *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 280; *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 35.

<sup>210</sup> Für eine andere Einteilung nach normativem und deskriptivem Verfassungsbegriff siehe *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 279 ff.

<sup>211</sup> Vgl. den Entwurf von *Klabbers/Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009; wobei *Klabbers* eher skeptisch gegenüber einem allzu normativen Konstitutionalismus ist, *Klabbers*, IOLR 1 (2004) 31–58, 57 f.

<sup>212</sup> *Mosler*, RdC 140 (1974) 1–320, 27; *ders.*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 9, 31 ff.; *ders.*, *The International Society as a Legal Community*, 1980, S. 15 f.

<sup>213</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 219 ff.; *ders.*, in: Vereinte Nationen (Hrsg.), *International Law on the Eve of the Twenty-First Century*, 1997, 27–50; *ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 88.

<sup>214</sup> So auch die Einschätzung von *O'Donoghue*, OJLS 32 (2012) 799–822, 820; folgende Arbeiten von *Simma* belegen die Einordnung: *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. vii f., 71 ff.; *dies.*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 89 ff.; *Simma*, RdC 250 (1994) 217–384, 260 ff.; *ders.*, in: *Tomuschat* (Hrsg.), *The United Nations at Age Fifty*, 1995, 263–280, 270;

Vor allem *Tomuschat* entwickelte früh das Modell einer ungeschriebenen Völkerverfassung, die auf die internationale Gemeinschaft ausgerichtet ist.<sup>215</sup> Dabei diene ihm die englische Verfassungsgeschichte als empirischer Nachweis einer gewohnheitsrechtlichen Verfassungsentwicklung: Es sei „offensichtlich“, dass, wenn eine Verfassung der internationalen Gemeinschaft existiere, diese Eigenheiten aufweise, die denen des britischen Regierungssystems gleiche.<sup>216</sup> Schließlich fehle es am Zusammentreten eines „pouvoir constituant“, der eine einheitliche Verfassung geschaffen habe.<sup>217</sup> *Tomuschat* versteht seine Position allein als rechtswissenschaftliche Einsicht, die als solche keine praktischen Auswirkungen hat.<sup>218</sup> Seine Formulierungen zeugen insgesamt von einem zurückhaltenden Gebrauch verfassungsrechtlicher Sprache.<sup>219</sup>

„According to this interpretation, States live, as from their birth, within a legal framework [...]. One may call this framework [...] the constitution of the international society or, preferably, the constitution of the international community.“<sup>220</sup>

„[T]he international community can indeed be conceived of as a legal entity, governed by a constitution, a term which [...] serves to denote the basic functions of governance within that entity.“<sup>221</sup>

---

siehe auch die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.II.1.

<sup>215</sup> Tomuschats Äußerungen im Vorwort zum Sammelwerk „The United Nations at Age Fifty“ legen eine andere Einordnung nahe: „It has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community [...]. Now that universality has almost been reached, it stands out as the paramount instrument of the international community [...]. It may not be fully satisfactory as a world constitution, not having been conceived of for that function in 1945. But it is the only written text binding upon all states of this globe which sets forth firm determination on the general issues which make up the hard core of any system of governance. The present-day world order rests entirely on the Charter“ (*Tomuschat*, in: ders. (Hrsg.), *The United Nations at Age Fifty*, 1995, ix–xii, ix). Auch wenig später bleibt Raum für Spekulation, welche Form die Völkerverfassung nach Tomuschat einnehmen wird, vgl. *ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 87 ff.; aber dadurch, dass er Verpflichtungen erga omnes und Art. 38 IGH-Statuts zum (Kern) der Verfassung der internationalen Gemeinschaft zählt (a. a. O., 84, 87, 307), ist von einem ungeschriebenen Verfassungsverständnis auszugehen; so auch die Einschätzung von *Payandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010, S. 46.

<sup>216</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 217 und 218; *ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 88.

<sup>217</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 219, 221 ff.

<sup>218</sup> *Ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 88.

<sup>219</sup> *Von Bogdandy*, *Harv. Int. Law J.* 47 (2006) 223–242, 224, zufolge, später dann aber mutiger.

<sup>220</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 211 (Hervorhebung des Verfassers)

<sup>221</sup> *Ders.*, RdC 241 (1993) 195–374, 236.

„*No additional legal consequences may be attached to the characterization of a rule of international law as pertaining *ratione materiae* to the constitution of humankind.*“<sup>222</sup>

Auch *Simma* folgte diesem eher pragmatischen als normativen Ansatz, der es verbietet, weiterreichende juristische Konsequenzen an eine verfassungsrechtliche Lesart des Völkerrechts zu knüpfen.<sup>223</sup>

Andere Gelehrte haben *Tomuschats* Idee aufgegriffen und zu einer etwas exponierteren Ansicht weiterentwickelt. *Emmerich-Fritsche* fasst zusammen, dass der „zunehmend vertretene verfassungsrechtliche Ansatz [...] von einem Paradigmenwechsel [zeugt]. In diesem Sinne wird eine Entwicklung vom Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht zum Integrations- und Verfassungsrecht angenommen.“<sup>224</sup>

Im Grunde versucht das pragmatische Lager des Mainstreams, bestimmte tatsächlich ablaufende Entwicklungen im Völkerrecht zu beschreiben und dies mit einer normativen Ausrichtung hin zu mehr Integration, Internationalität und rechtlicher Kontrolle der staatlichen Akteure zu verknüpfen.<sup>225</sup> Dieses gemäßigte gewohnheitsrechtliche Modell ist damit die vorsichtige Antwort auf eine realpolitische Interpretation des Völkerrechts mit verfassungsrechtlichen Mitteln. Es ist eine eher deskriptive Beschreibung von einzelnen Völkerrechtsphänomenen und deren Zusammenfassung in einer verfassungsrechtlichen Interpretation, ohne wesentlich über das in diesen Normen zum Ausdruck kommende Regelungsniveau hinauszugehen. Wesentlich ist die Grundlegung des Völkerrechts in einer Gemeinschaft und damit einhergehend seine Objektivierung von den Staatenwillen hin zu einer Rechtsordnung, die insbesondere auch das Individuum berücksichtigt.

Reizvoll ist diese Idee vor allem deswegen, weil sie sich mit den Eigentümlichkeiten des klassischen Völkerrechts gut verträgt. Vor allem in der von *Tomuschat*

<sup>222</sup> *Ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 88; zugleich eine Kritik gegenüber den Folgerungen von *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998; kritisch im Gegenzug *ders.*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 280.

<sup>223</sup> *Simma*, RdC 250 (1994) 217–384, 262: „As far as I am concerned, I have no problems at all with viewing the basic norms of the Charter as the constitutional law of the universal international community, and the Charter organs, at least in practical terms, as organs of the international community of States as a whole.“ Kritisch wiederum *Fassbender*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 136 f.

<sup>224</sup> *Emmerich-Fritsche*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007, S. 708, siehe dazu auch S. 704 m. w. N., die sich wesentlich stützt auf *Uerpmann*, JZ 56 (2001) 565–573.

<sup>225</sup> *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 329–367, 330.

präsentierten Form schließt sie sich als nur moderate Weiterentwicklung des Völkerrechts ohne größere Brüche an das Verständnis der internationalen Rechtsordnung als Kooperationsordnung an. Damit wird diese Ausprägung der Konstitutionalisierungsthese als eine progressive, aber alternative Form der Völkerrechtsbeschreibung besonders zitierfähig. Es geht darum, das Völkerrecht für die Staaten nicht mehr als Freiheits-, sondern als Pflichtordnung gegenüber der Gemeinschaft zu begreifen. Aus der gemeinschaftlichen Ausrichtung folgt unter anderem die Betonung des Mehrheitsprinzips gegenüber dem Einstimmigkeitsprinzip und eine zunehmende Legalisierung und Verrechtlichung der internationalen Streitlösung.<sup>226</sup>

## b) Idealistischer Ansatz

Die idealistischen Vertreter des Mainstreams stimmen mit den pragmatischen (oder auch gemäßigten) darin überein, dass sie die realpolitische Deutung des Völkerrechts ablehnen.<sup>227</sup> Sie formulieren aber pointierter ein normatives Programm der Konstitutionalisierungsidee und zeigen eine größere Unbekümmertheit gegenüber empirischen Nachweisen als die Pragmatiker.<sup>228</sup> Die Vertreter der idealistischen Variante des Mainstreams arbeiten mit einer Agenda für die zukünftige Völkerrechtsordnung. Innerhalb dieser Strömung hat sich vor allem *Peters* hervorgetan, die in einer Vielzahl von Beiträgen ein dezidiert normatives Völkerverfassungsverständnis herausgearbeitet hat.<sup>229</sup> Bei *Peters* wird deutlich, wie die Konstitutionalisierungsidee inhaltlich mit klassischen Verfassungswerten des Konstitutionalismus verknüpft wird.<sup>230</sup>

<sup>226</sup> Siehe zum Vorstehenden das Ergebnis der detaillierten Analyse von *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 685 ff.

<sup>227</sup> *Werner*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 329–367, 330; *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 4; *de Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 85 ff.; deutlich *Koh*, in: Macdonald/Johnston (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, ix–xiii, x.

<sup>228</sup> *Bryde*, *Der Staat* 42 (2003) 61–75, 61–67.

<sup>229</sup> *Peters*, in: FS Delbrück, 2005, 535–550; *dies.*, *Int. L. Theory* 39 (2005) 39–67; *dies.*, *LJIL* 19 (2006) 579–610; *dies.*, *ZaöRV* 67 (2007) 721–776; *dies.*, in: *Klabbers/dies./Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352; *dies.*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 397–411; *dies.*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63; *dies.*, *ZÖR* 68 (2013) 1–57; *dies.*, *Centre for Global Constitutionalism St Andrews - Working Paper* 2 (2015) 1–42.

<sup>230</sup> *Peters*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63, 13 ff.; für den Inhalt der Agenda siehe auch *Frowein*, in: *Dicke/Hummer/Girsberger* (Hrsg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, 2000, 427–447, 446, der allerdings den Vertretern des geschriebenen Verfassungsrechts zuzuordnen ist, vgl. *ders.*, *RdC* 248 (1994) 345–437, 355 ff., 357.

„Global constitutionalism is an *academic and political agenda* that identifies and advocates for the application of constitutionalist principles in the international legal sphere in order to improve *the effectiveness and the fairness of the international legal order*. Global constitutionalization refers to the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, *bolstered by an academic discourse* in which these elements are identified and further developed.“<sup>231</sup>

Die Vertreter des idealistischeren Mainstreams richten das internationale Recht noch stärker am Individuum aus als das gemäßigte Lager; dementsprechend stark soll die Souveränität der Staaten begrenzt und als „humanisierte Staatensouveränität“ neu aufgebaut werden.<sup>232</sup> Damit wird insbesondere die Integration menschenrechtlicher und demokratischer Standards Teil der Agenda.<sup>233</sup> *Petersmann* formuliert dies wie folgt:

„The universal recognition and legal protection of inalienable human rights at national, regional and worldwide levels requires a new human rights culture and a citizen-oriented national and international constitutional framework different from the power-oriented, state-centered conception of traditional international law.“<sup>234</sup>

Im Gegensatz dazu gestaltet *Tomuschat* sein Konzept der „souveränen Gleichheit“ als Verpflichtungslehre gegenüber der internationalen Gemeinschaft aus, die an der rechtlichen Gleichheit der Staaten ansetzt.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> *Peters*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 397–411, 397 f. (Hervorhebung des Verfassers); vergleiche hierzu auch Weiler und Trachtmanns Ausführungen zu einem „European Constitutionalism“: „Yet, constitutionalism is, too (some would say is only), but a prism through which one can observe a landscape in a certain way, an academic artifact with which one can organize the milestones and landmarks within the landscape (indeed, determine what is a landmark or milestone), an intellectual construct by which one can assign meaning to, or even constitute, that which is observed“ (*Weiler/Trachtman*, *Nw. J. Int. Law Bus.* 17 (1996-1997) 354–397, 359).

<sup>232</sup> *Peters*, *EJIL* 20 (2009) 513–544, 543 f.; *dies.*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63, 15 f.

<sup>233</sup> *Peters*, *ZÖR* 65 (2010) 3–63, 13 f.

<sup>234</sup> *Petersmann*, *EJIL* 13 (2002) 621–650, 648 f.

<sup>235</sup> *Tomuschat*, *RdC* 241 (1993) 195–374, 292; *ders.*, *RdC* 281 (1999) 8–438, 161 ff., 189.

## c) Fazit

Letztlich sind die Unterschiede zwischen deskriptivem und präskriptivem Lager nur gradueller Natur. Die normativere Variante des Mainstreams unterscheidet sich von der pragmatischeren aber jedenfalls durch eine geringere rechtstheoretische Durchdringung, sodass sie noch eher dem globalen Konstitutionalismus zugeordnet werden kann. Dies wird wiederum bei *Peters* Entwurf eines „compensatory constitutionalism“ besonders deutlich. Ihrer Ansicht nach erfordert die De-Konstitutionalisierung der Nationalstaaten eine aktive Konstitutionalisierung auf internationaler Ebene.<sup>236</sup>

## 2. Konstitutionelles Mehrebenensystem

Eine Weiterentwicklung erfährt das gewohnheitsrechtliche Modell in der Idee eines konstitutionellen Mehrebenensystems. Solche Vorstellungen wurden vor allem für den europäischen Raum entworfen, aber auch auf das Völkerrecht angewendet. Die Idee wird in verschiedenen Härtegraden vertreten und unter Begriffen wie „Multilevel Constitutionalism“ (v. a. *Pernice*,<sup>237</sup> *Petersmann*<sup>238</sup>), „Verfassungsverbund“ (*Pernice*<sup>239</sup>), „Verfassungskonglomerat“ (*de Wet*<sup>240</sup>), „Verfassungsnetzwerk“ (*Peters*<sup>241</sup>), „Multilevel Governance“ (*Cottier/Hertig*<sup>242</sup>) oder auch „Weltrecht“ (*Emmerich-Fritsche*<sup>243</sup>) besprochen. Gemeinsam ist allen Entwürfen, dass sie weder von einer unitarischen noch von einer monistischen Verfassung ausgehen, sondern ein vielschichtiges System von Teilverfassungen unterschiedlicher Herkunft annehmen, die nicht notwendigerweise in einer Hierarchie zueinanderstehen. Bei *Emmerich-Fritsche* ist dies etwa ein aufgegliedertes Viel-Schichten-Rechtssystem, an dessen Anfang eine Kommunalverfassung und am Ende eine Weltverfassung steht.<sup>244</sup> Entscheidend ist

<sup>236</sup> *Peters*, LJIL 19 (2006) 579–610, 580 ff.

<sup>237</sup> Zur EU zuletzt *Pernice*, Colum. J. Eur. Law 15 (2009) 349–407.

<sup>238</sup> *Petersmann*, in: Joerges/ders. (Hrsg.), Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, 2006, 5–58; hierzu auch *Fassbender*, in: FS Isensee, 2007, 73–91, 85 f.

<sup>239</sup> *Pernice*, in: Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 61–92.

<sup>240</sup> *De Wet*, ICLQ 55 (2006) 51–76, 53, 75.

<sup>241</sup> *Peters*, LJIL 19 (2006) 579–610, 601, wobei sie letztlich nur zwei Ebenen zieht, insofern kein echtes „Mehrebenensystem“ entwirft.

<sup>242</sup> *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 299 ff.

<sup>243</sup> *Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007.

<sup>244</sup> *Dies.*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, S. 1033 f.

aber, dass dieses zusammengesetzte Verfassungssystem eine materielle Einheit bildet.<sup>245</sup> Der Gedanke der stetigen Entwicklung wird dabei aber nicht aufgegeben.<sup>246</sup>

Auch bei den konstitutionellen Mehrebenensystemen steht das Individuum im Zentrum der Überlegungen.<sup>247</sup> Die verschiedenen Schichten werden anhand von Erwägungen zur Legitimation öffentlicher Gewalt und der Möglichkeit des Individualrechtsschutzes gegliedert und zueinander in Beziehung gesetzt.<sup>248</sup> Das Augenmerk liegt daneben auf dem Ausgleich zwischen den Werten der unterschiedlichen Ebenen.<sup>249</sup>

### 3. Pluralistische Verfassungsordnung

In der Nähe der konstitutionellen Mehrebenensysteme stehen Entwürfe zu pluralistischen<sup>250</sup> Verfassungsordnungen bzw. der „societal constitutionalism“<sup>251</sup>. Hier sind vor allem *Teubners* Abhandlungen zur Emergenz von Zivilverfassungen zu nennen, die auf den systemtheoretischen Betrachtungen von *Luhmann* aufbauen.<sup>252</sup> Er teilt mit manchem Vertreter der konstitutionellen Mehrebenensysteme den soziologischen Blick auf das Völkerrecht,<sup>253</sup> unterscheidet sich aber von diesen insofern, als sein Entwurf nicht (allein) die öffentliche Macht strukturiert, sondern alle Sektoren einer Gesellschaft erfasst.<sup>254</sup> Ausgangspunkt dieses Verfassungsverständnisses ist die Vorstellung, dass die Globalisierung polyzentrisch verläuft und so die internationale Gesellschaft in Fragmente abgeschlossener bzw. selbst-konstitutioneller Regime zerlegt.<sup>255</sup> Ein Fragment kann von jedem Sektor einer Gesellschaft gebildet

---

<sup>245</sup> *Pernice*, in: Callies (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 61–92, 68 ff.; in diese Richtung geht auch *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 23.

<sup>246</sup> *De Wet*, LJIL 19 (2006) 611–632, 612; mit besonderer Betonung *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 312, 313 f.

<sup>247</sup> So etwa bei *Emmerich-Fritsche*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007, S. 1033 f.

<sup>248</sup> *De Wet*, ICLQ 55 (2006) 51–76, 71 ff.; *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 326 f.; *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 79 m. w. N.

<sup>249</sup> *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 326 f.

<sup>250</sup> *Walker*, MLR 65 (2002) 317–359.

<sup>251</sup> *Teubner*, in: Joerges/Sand/ders. (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, 3–28.

<sup>252</sup> *Ders.*, ZaöRV 63 (2003) 1–28; *ders.*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342; *ders.*, *Constitutional Fragments*, 2012.

<sup>253</sup> Zum Beispiel *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 299.

<sup>254</sup> *Teubner*, in: Joerges/Sand/ders. (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, 3–28, 7 ff., 9 ff. *ders.*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342, 331.

<sup>255</sup> *Teubner*, in: Joerges/Sand/ders. (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, 3–28, 13 ff.; *Teubner/Fischer-Lescano*, Mich. J. Int. Law 25 (2004) 999–1046, 1017 ff.; *Teubner*,



werden: Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Sport und so weiter. Jedes dieser Regime folgt dabei einer eigenen Zielbestimmung und Logik, dadurch treten sie zwangsweise in Konflikt zueinander.<sup>256</sup> Das internationale Rechtssystem sei zu schwach, diese Konflikte aufzulösen, und auch die Nationalstaaten haben soweit an Stärke verloren, dass sie die Gesellschaft nicht mehr wirksam steuern können.<sup>257</sup> Die Spannungen können nur durch eine soziologische Verfassung ausgeglichen werden.<sup>258</sup> Die soziologische Verfassung ruht weder auf einer unitarischen Verfassung noch auf einer einheitlichen Institutionalisierung der internationalen Gesellschaft, sondern entsteht in einem Prozess, der nur zum Teil durch politische Anreize und formelle Strukturen gesteuert werden kann.<sup>259</sup> Es geht auch nicht um die einheitliche Regelung aller Lebensbereiche, sondern darum, den Raum zwischen den selbstregulierenden Einheiten zu regeln („Interlegalität“ im Sinne eines Rechtspluralismus).<sup>260</sup> Dafür soll eine neue Klasse von Kollisionsnormen entwickelt werden, die denen des internationalen Privatrechts nahekommen.<sup>261</sup>

Einen ähnlich heterarchischen Verfassungsbegriff hat auch *Walker* entwickelt.<sup>262</sup> Er lehnt das Konzept einer einzigen gültigen Verfassungsidee ab.<sup>263</sup> Der dadurch entstehende konstitutionelle Pluralismus könne nur durch einen Dialog zwischen den einzelnen Verfassungen aufgelöst werden, der zu einer gegenseitigen Befruchtung

---

in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342, 333; zu „self-contained regimes“ siehe *Simma/Pulkowski*, EJIL 17 (2006) 483–529.

<sup>256</sup> *Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342, 229 f.

<sup>257</sup> *Grimm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, 19.

<sup>258</sup> *Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342, 332.

<sup>259</sup> *Ders.*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–342, 329; *Grimm*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 3–22, 19.

<sup>260</sup> *Teubner/Korth, Peter*, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, 137–168, 154 ff.; siehe hierzu auch mit Bezug auf das Europarecht *Amstutz*, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, 213–237.

<sup>261</sup> *Teubner*, *Constitutional Fragments*, 2012, S. 155 ff., früh schon zu Kollisionsnormen *ders.*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 131 ff. mit Verweis auf Wiethölter; siehe dazu auch *ders.*, in: Joerges/*ders.* (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, 25–46, 25 ff.; *Teubner/Korth, Peter*, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, 137–168; differenzierend nochmals *dies.*, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, 137–168, 154 ff.; *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 28, der die Kollisionsnormen als dem internationalen Privatrecht ähnlich ansieht.

<sup>262</sup> *Walker*, MLR 65 (2002) 317–359; *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 29, beschreibt Walkers „constitutional pluralism“ als „self-consciously heterarchical“.

<sup>263</sup> *Walker*, MLR 65 (2002) 317–359, 338 f.

führen soll („meta-constitutionalism“).<sup>264</sup> Der von *Walker* vorgeschlagene „meta-constitutionalism“ ist letztlich nichts anderes als ein Referenzrahmen, der einen offenen, das heißt nicht-staatszentrierten rechtswissenschaftlichen Diskurs über Verfassungsrecht in der Art einer Dialektik ermöglichen soll.

## II. Konstitutionalisierung als Haltung

Der Konstitutionalismus wird meist als Referenzrahmen beschrieben, der eine Neuordnung des Völkerrechts nach konstitutionellen Gesichtspunkten oder wenigstens eine Diskussion über eine solche Neuordnung ermöglichen soll.<sup>265</sup> Von dort ist der Schritt zu einer reinen Geisteshaltung nicht mehr weit.<sup>266</sup>

Insbesondere *Koskenniemi* sieht unter Rückgriff auf *Kant* im Konstitutionalismus eine Geisteshaltung („mindset“), das heißt eine Tradition und Feingühligkeit, die das Verhalten in der Politik bestimmt.<sup>267</sup> Im Grunde möchte *Koskenniemi* nichts anderes als die internationale politische Elite durch eine konstitutionelle Denkweise zu re-moralisieren.<sup>268</sup>

Unterhalb von *Koskenniemis* sehr hohen Meta-Ebene setzt *Kleinleins* Vorstellung des Konstitutionalismus an:

„International constitutionalism neither is a ready-made set of answers nor plainly a political agenda amongst others. It is neither a panacea nor simply a camouflage, but an argumentative arsenal that allows calibrating the need for legitimacy and contesting claims of authority.“<sup>269</sup>

In dieser Form sei der Konstitutionalismus vor allem geeignet, die Legitimität internationaler Strukturen zu hinterfragen und dem Völkerrecht bei seiner Selbstfindung auf die Sprünge zu helfen.<sup>270</sup>

<sup>264</sup> *Ders.*, in: de Búrca/Scott (Hrsg.), *Constitutional Change in the EU*, 2000, 9–30, 14 ff.

<sup>265</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 1., Abschn. A.1.

<sup>266</sup> *Paulus*, in: Hellmann (Hrsg.), *Justice and Peace*, 2013, 163–172, 169; *Koskenniemi*, TIL 8 (2006) 9–36.

<sup>267</sup> *Koskenniemi*, TIL 8 (2006) 9–36.

<sup>268</sup> *Ders.*, TIL 8 (2006) 9–36, 23; dazu *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 28, der selbst in eine ähnliche Richtung geht, vgl. *ders.*, IOLR 1 (2004) 31–58; kritischer *Schwöbel*, GLJ 13 (2012) 1–22; *dies.*, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, 2011.

<sup>269</sup> *Kleinlein*, NJIL 81 (2012) 79–132, 132.

<sup>270</sup> *Ders.*, NJIL 81 (2012) 79–132, 132.

Solche Ansätze enthalten kaum noch formelle Gesichtspunkte einer Verfassung oder Hinweise auf einen bestimmten Verfassungsbegriff; dieser wird vielmehr in einer nicht weiter präzisierten Weise vorausgesetzt. Eine Übertragung von verfassungsrechtlichen Strukturelementen auf die internationale Ebene findet hingegen nicht mehr statt. Die Stärken des Ansatzes liegen nur noch in der analytischen Leistung auf der Meta-Ebene.

### III. UN-Charta als geschriebene Völkerverfassung

Diesen Betrachtungen auf der Meta-Ebene entgegengesetzt ist die Vorstellung, dass die UN-Charta die geschriebene Verfassung der internationalen Gemeinschaft oder Weltgemeinschaft ist.<sup>271</sup> Ihr liegt eine klare Strukturidee zugrunde.

Die Ansicht ist nicht neu; eine Vielzahl bedeutender Völkerrechtler hat sie in unterschiedlicher Strenge vertreten: *Verdross*<sup>272</sup>, *Waldock*<sup>273</sup>, *Simma*<sup>274</sup>, *Ress*<sup>275</sup>, *Dupuy*<sup>276</sup>, *Frowein*<sup>277</sup>, *Macdonald*<sup>278</sup> und *de Wet*<sup>279</sup>. Es ist jedoch *Fassbender*, der diese Position am umfassendsten ausgearbeitet hat. Seine Völkerverfassungsthese soll daher als Prototyp des geschriebenen Verfassungsmodells nachfolgend besprochen werden.

Nach *Zemanek* bilden die Arbeiten von *Fassbender* innerhalb der Verfassungsdebatte eine eigene Kategorie.<sup>280</sup> *Fassbender* baut auf dem anfänglichen positivistischen Monismus von *Verdross*, der späteren Konzentration auf die UN-Charta von

---

<sup>271</sup> Kritisch *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 23.

<sup>272</sup> *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 80 ff., siehe auch S. 70 ff.

<sup>273</sup> *Waldock*, RdC 106 (1962) 1–251, 21, 23, 36 ff., allerdings: „At the same time, it would be quite wrong either to imagine that the whole constitution of the international community is to be found in the Charter or to underestimate the importance of other sources of international law“ (a. a. O., 38).

<sup>274</sup> *Simma*, in: Tomuschat (Hrsg.), *The United Nations at Age Fifty*, 1995, 263–280, 270.

<sup>275</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *Charta der Vereinten Nationen*, 1991, XLV–LXVII, Rn. 1 f.

<sup>276</sup> *Dupuy*, MPYUNL 1 (1997) 1–33, 30 ff.

<sup>277</sup> *Frowein*, RdC 248 (1994) 345–437, 355.

<sup>278</sup> *Macdonald*, in: FS L. C. Green, 2000, 263–300.

<sup>279</sup> *De Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, S. 92 ff.

<sup>280</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 32; ähnlich *Kleinlein*, GJIL 4 (2012) 385–416, 406; siehe hierzu auch Zemaneks Rezension von Fassbenders zentraler Monographie: *Zemanek*, ARIEL 14 (2009) 651–653.

*Simma* und dem Kommunitarismus der International Community School auf.<sup>281</sup> In diesem Sinne kann man ihn auch als „monistic cosmopolit“<sup>282</sup> bezeichnen.

Zentraler Aspekt seiner Arbeit ist, dass einzig die UN-Charta die Verfassung der internationalen Gemeinschaft bildet.<sup>283</sup> Anderes universelles Völkerrecht wie *ius cogens*, Verpflichtungen *erga omnes* oder internationale Menschenrechtsverträge zählen *per se* nicht zur Verfassung der internationalen Gemeinschaft.<sup>284</sup>

Zu Beginn seiner Arbeit zum Völkerverfassungsrecht begründete *Fassbender* noch ausführlich, warum der Begriff der Verfassung trotz seiner etatistischen Vorprägung auf die Ebene des Völkerrechts übertragen werden kann.<sup>285</sup> Nach seinem Verständnis ist der Staat keine notwendige Voraussetzung mehr für eine Verfassung. Unter Bezugnahme auf *Hesse* sieht er eine Verfassung als die rechtliche Fundamentalordnung einer öffentlichen Gemeinschaft, die in grundlegender Art und Weise die „Regierungsstruktur“ beziehungsweise die Machtverhältnisse innerhalb dieser Gesellschaft ordnet.<sup>286</sup> *Hesse* wiederum entwickelte seine Theorie auf der Grundlage der Integrationslehre von *Smend*.<sup>287</sup>

*Fassbenders* Verfassungsverständnis ist im doppelten Sinne normativ: Zum einen legt er einen idealtypischen Verfassungsbegriff zugrunde, das heißt einen Verfassungsbegriff, der vom Vorliegen bestimmter (inhaltlich nicht normativ ausgestalteter) Charakteristika abhängt.<sup>288</sup> Zum anderen enthält die Verfassung ein normatives (das heißt durch die UN-Charta inhaltlich bestimmtes) Programm, welches das Verhalten der internationalen Gemeinschaft steuern möchte.

---

<sup>281</sup> *Fassbender* gibt selbst an, dass seine Theorie auf der International Community School aufbaut: *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 273.

<sup>282</sup> *Cohen*, *Humanity* 2 (2011) 127–158, dort in Fn. 14, der *Fassbender* – anders als hier vertreten – zu den Vertretern eines „multilayered constitutionalism“ zählt.

<sup>283</sup> *Klabbers*, *IOLR* 6 (2009) 667–673, 667 f.

<sup>284</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118 ff., 123 ff.

<sup>285</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 13–26, 52–76.

<sup>286</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 176.

<sup>287</sup> *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 4, wobei er auch den Einfluss von Heller, Bäumlin, Kägi und Ehmke hervorhebt.

<sup>288</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 83 „ideal' not in the sense of perfect or best, but as opposed to ‚real'“.

Sein Verständnis der Verfassung ist im Sinne von *Weber*<sup>289</sup> idealtypisch und umfasst zehn Verfassungscharakteristika (siehe sogleich).<sup>290</sup> *Fassbender* weist nach, dass alle diese Elemente des Idealtypus auch bei der UN-Charta vorliegen: Die UN-Charta sei als *geschriebene Verfassung*, die ein *konstitutionelles Programm* beinhalte, das Produkt eines wahren *konstitutionellen Momentes*; die Präambel („We the Peoples of the United Nations“) zeige, dass sich die Gründer der UN-Charta in einer Zeit auf einen „pouvoir constituant“ bezogen, in der ein internationaler *Verfassungszeitgeist* herrsche; die UN-Charta etabliere durch Art. 103 UN-Ch. eine echte *Normenhierarchie* und beinhalte eine Art *Regierungssystem*, wobei sie die *Mitglieder der Verfassungsgemeinschaft* definiere; sie sei (inzwischen) *universell* anerkannt für die *Ewigkeit* geschaffen worden.

Für das Problem des internationalen Pluralismus verweist *Fassbender* auf das *ius cogens* beziehungsweise die Verpflichtungen *erga omnes*, die ein materiell-rechtliches Minimum niederlegen und daher als universaler Verhaltenskodex eine ausreichende soziale Basis für eine Verfassung darstellen.<sup>291</sup>

Dennoch besteht ein Unterschied zwischen *ius cogens*, Verpflichtungen *erga omnes* und dem Völkerverfassungsrecht: *Ius cogens* kann von der Staatengemeinschaft abgeändert und geschaffen werden, Verfassungsrecht nur von der internationalen Gemeinschaft.<sup>292</sup> Verpflichtungen *erga omnes* sind hingegen nur eine Übergangserscheinung im Prozess der Konstitutionalisierung.<sup>293</sup>

Anderem universellen Völkerrecht kommt ebenfalls nicht automatisch Verfassungsrang zu.<sup>294</sup> Normen des allgemeinen Völkerrechts sind in der UN-Charta

---

<sup>289</sup> *Weber*, ArchSozWiss. 19 (1904) 22–87.

<sup>290</sup> Zum Nachfolgenden *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 77–109.

<sup>291</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 177 in Abgrenzung zu *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. 2003, 61 f.; ähnlich *Paulus*, Mich. J. Int. Law 25 (2004) 1047–1073, 1050, der *ius cogens* als „value glue“ sieht.

<sup>292</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 123 f.

<sup>293</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 128.

<sup>294</sup> Zum Nachfolgenden *ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 118 ff.

aufgegangen.<sup>295</sup> Die Geltung des einfachen Völkerrechts hängt – wie in *Kelsens* Stufenbau<sup>296</sup> der Rechtsordnung vorgesehen – von dem an der Spitze stehenden UN-Recht ab.<sup>297</sup> Völkergewohnheitsrecht existiert nicht autonom neben der UN-Charta, sondern wird von ihr aufrechterhalten.<sup>298</sup> Universelles Völkerrecht erlangt verfassungstheoretisch zwar als sogenannte konstitutionelle Nebengesetze („constitutional by-laws“) Bedeutung, es bleibt aber akzessorisch zur (Hauptfunktion der) UN-Charta. Die Aufgabe der Nebengesetze besteht unter anderem darin, die verfassungsrechtlichen Regelungen der UN-Charta genauer auszugestalten. *Fassbender* vergleicht das Verhältnis zwischen konstitutionellen Nebengesetzen und der von der UN-Charta etablierten Verfassung mit der Unterscheidung von formellem und materiellem Verfassungsrecht. Wesentlich ist hierbei allerdings, dass solch universelles Völkerrecht die UN-Charta nicht überschreiben kann und in Bereichen, in denen die UN-Charta ein vollständiges Regelungssystem etabliert, eine Vervollständigung außerhalb des Verfahrens der Verfassungsänderung nach Art. 108 und 109 UN-Ch. nicht möglich ist.<sup>299</sup>

Das gesamte Völkerrecht hängt also vom UN-rechtlichen Ordnungsrahmen ab. Das wird auch dadurch belegt, dass ein Großteil des positiven Völkerrechts auf die UN-Charta verweist.<sup>300</sup> Damit wird nicht ausgeschlossen, dass neben der UN-Charta auch noch andere Konstitutionalisierungsprozesse ablaufen, sie müssen sich aber in das System der UN-Charta einpassen.

Bei der Bestimmung des Verfassungssubstrats schließt sich *Fassbender* den Arbeiten der International Community School an, wobei er deren Position noch zuspitzt.<sup>301</sup> Er sieht alle diejenigen, die am Verfassungsleben teilnehmen, als relevante Bezugsgrößen der internationalen Gemeinschaft an.<sup>302</sup> Damit sind nicht nur die primären

---

<sup>295</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 119.

<sup>296</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2008, S. 62 ff.

<sup>297</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118 f.

<sup>298</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 120.

<sup>299</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

<sup>300</sup> *Ders.*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 141 ff.

<sup>301</sup> *Klabbers*, *IOLR* 6 (2009) 667–673, 667: „And to make the claim even bolder, the international community is not merely the community of states, but broader still, also encompassing other actors.“

<sup>302</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*,

Völkerrechtssubjekte, sondern neben Staaten und internationalen Organisationen auch die Völker und deren Menschen selbst Teil der internationalen Gemeinschaft.<sup>303</sup>

## C. Bewertung des relevanten Meinungsausschnitts

Die im vorangegangenen Abschnitt dargestellten Positionen sollen nachfolgend auf ihre Plausibilität hin überprüft werden. Gegenüber der Vorstellung einer ungeschriebenen Völkerverfassung bestehen erhebliche Einwände, die im Wesentlichen auch für Ansichten gelten, die die Konstitutionalisierung als Haltung begreifen. Die Theorie der UN-Charta als geschriebene Verfassung der internationalen Gemeinschaft umgeht hingegen diese Einwände. Diese Theorie überzeugt im Lichte der an der Konstitutionalisierung geäußerten Kritik und angesichts der aufgezeigten Entwicklungslinien dogmatisch und empirisch am meisten.

### I. Ungeschriebene Völkerverfassung

Den Umgang vieler Befürworter der Konstitutionalisierung mit der Völkerverfassungsthese muss man kritisch sehen, denn nicht selten wird der Verfassungsbegriff ungeprüft auf das Völkerrecht übertragen. Die Schärfe des Begriffs „Verfassung“ – im Gegensatz zu einer nicht verfassten Ordnung – geht dadurch verloren; das Potenzial zur Strukturierung des Völkerrechts, dessen Diversifizierung zum Problem der Fragmentierung wurde, bleibt ungenutzt. Völkerverfassungsrecht läuft bei ungeprüfter Übertragung des Verfassungsbegriffs Gefahr, zum Gemeinplatz zu werden.<sup>304</sup>

Als Gemeinplatz verschafft es im schlechtesten Fall dort Legitimität, wo eigentlich keine besteht.<sup>305</sup> Im besten Fall verliert die Verfassungsthese durch die voraussetzungslose Übertragung lediglich ihre materiell-rechtliche Wirkung. Diese Wirkungslosigkeit zeigt sich auch beim pragmatischen Lager des Mainstreams: Zwingende

---

2009, S. 59.

<sup>303</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 67 ff.

<sup>304</sup> Ähnlich *ders.*, ESIL Proc. 1 (2006) 377–382, 377, 379.

<sup>305</sup> Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization, 2005, S. 245, mit Bezug auf die WTO; siehe auch *Diggelmann/Altwicker*, ZaöRV 68 (2008) 623–650, 641, 646, die einen „Trojan Horse effect“ beschreiben.

Schlüsse aus der Verfassungsthese werden nicht gezogen oder von vornherein ausgeschlossen.<sup>306</sup>

Darüber hinaus stößt die Ansicht des Mainstreams, dass Völkerverfassungsrecht nur prozesshaft zu verstehen ist,<sup>307</sup> ohnehin schnell an ihre Grenzen: Ein Prozess kann nur als solcher beschrieben werden, der konkrete Zustand der Verfassung aber nicht; eine Orientierung wird dadurch deutlich erschwert.<sup>308</sup> Diese Flexibilität mag man in Anbetracht der Eigenheit des Völkerrechts, nicht gleichmäßig zu wachsen, zwar als Vorteil sehen – sie schützt auch vor Kritik –, sie macht die Konstitutionalisierungsthese aber auch zu einer schwachen Referenz. Es besteht die Gefahr, dass die Konstitutionalisierungsthese nur als ein untergeordnetes Indiz für eine Veränderung des Völkerrechts wahrgenommen wird.<sup>309</sup> Das ist, wenn man die Konstitutionalisierung als Paradigmenwechsel sieht, eine dünne Ausbeute dieses revolutionären<sup>310</sup> Ordnungsmodells.

Diese allgemeinen Einwände gegen die Handhabung der Völkerverfassungsthese durch den Mainstream gelten natürlich nicht für alle Abhandlungen gleichermaßen; die meisten Autoren entwerfen – entgegen vorstehender Kritik – ihr Verfassungsbild umsichtig.<sup>311</sup> Zweifel an der Plausibilität des Modells von der ungeschriebenen Völkerverfassung bleiben aber auch dann bestehen.<sup>312</sup>

---

<sup>306</sup> So auch *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 27, 35, 53 f., der v. a. Tomuschat, Simma und Verdross kritisiert.

<sup>307</sup> Deutlich bei *Bryde*, in: Macdonald/Johnston (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, 103–125, 106; *Peters*, *LJIL* 19 (2006) 579–610, 587 f.; *Breau*, *LJIL* 21 (2008) 545–561, 560; zur Prozessidee in der Völkerrechtswissenschaft siehe *Altwickler/Diggelmann*, *EJIL* 25 (2014) 425–444.

<sup>308</sup> Vgl. auch *Zemanek*, *ARIEL* 14 (2009) 651–653, 651: „International constitutionalism endeavours to explain the international system in constitutional terms. Yet constitutionalists find it sometimes difficult to formulate a coherent theory based on the facts of that system and transform them into an idealized version or propose to remodel the system altogether to fit their theory.“

<sup>309</sup> Vgl. etwa *Knauff*, *ZaöRV* 68 (2008) 453–490, 463, 472; *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 20, 72; *von Arnault*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2016, § 1, Rn. 29 ff.

<sup>310</sup> Kritisch gegenüber der Idee der revolutionären Wandlung des Völkerrechts *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 445 m. w. N.; siehe hierzu auch die Ausführungen und Nachweise in Kap. 1, Fn. 31.

<sup>311</sup> Für eine Kritik des Mainstreams und Verteidigung der eigenen Position siehe auch *Fassbender*, in: *Loughlin/Walker* (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 273–286.

<sup>312</sup> Diesen Ansatz beleuchtet auch *Fassbender* nochmals aus einem anderen Blickwinkel: *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515.



Eine gewohnheitsrechtliche Verfassungsentwicklung ist weder ein rechtswissenschaftlich taugliches Vergleichsmodell, noch ist sie rechtstheoretisch erklärbar. Die Entstehung von ungeschriebenem Völkerverfassungsrecht erscheint zudem empirisch unwahrscheinlicher als die von geschriebenem. Den Nachweis einer gewohnheitsrechtlichen Entwicklung wird man jedenfalls schwerer führen können als den der Existenz einer Völkerverfassungsurkunde.

## 1. Britisches Regierungssystem als untaugliches Vergleichsmodell

Der Vergleich der internationalen Verfassung mit der britischen Verfassung hält einer kritischen Prüfung nicht stand; vielmehr deckt er sogar einige Schwächen der herrschenden Meinung auf. Als empirischer Hinweis ist er wenig überzeugend und in rechtswissenschaftlicher Hinsicht verdeutlicht er die Erkenntnisschwierigkeiten, die mit einem gewohnheitsrechtlichen Modell entstehen können.<sup>313</sup>

Vor allem *Tomuschat* hat sein Verständnis einer internationalen Verfassung vor dem Hintergrund des britischen Verfassungssystems entwickelt.<sup>314</sup> Da er keinen Raum für eine einheitliche Verfassung sah, musste er einen gewohnheitsrechtlichen Verfassungsbegriff heranziehen. Entsprechend verweist er als Beleg seiner Position auf das britische Modell. Auch wenn sein Hinweis auf das britische Verfassungsmodell kein qualitativer Vergleich ist, so scheint es dennoch, als ob ein solches von ihm und anderen Autoren mitgedacht wird,<sup>315</sup> wenigstens als Indiz dafür, dass eine gewohnheitsrechtliche Konstitutionalisierung auf der Ebene des Völkerrechts ähnlich wie in

---

<sup>313</sup> Siehe dazu inzwischen auch *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 16 ff.

<sup>314</sup> Deutlich *Tomuschat*, *RdC* 241 (1993) 195–374, 217 f.

<sup>315</sup> Gleicher Ansicht *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 280; und inzwischen ausführlich auch *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 29 ff., neben *Tomuschat* hat auch *Verdross* einen solchen Vergleich angestellt: *Verdross*, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, S. 18, 21; in ähnliche Richtung weist die Ansicht *Hurrells*, dass die internationale Verfassung eher eine „common law constitution“ in Form eines „pattern of institutional practices, laws, conventions, and political norms that together define how a society is constituted“ als eine kontinentale Verfassung sei *Hurrell*, *On Global Order*, 2007, S. 53, (Zitate a. a. O.); siehe dazu auch *Klabbers*, in: *ders./Peters/Ulfstein* (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 23; dem stimmt auch zu *Teubner*, *Constitutional Fragments*, 2012, S. 131; ebenfalls wird die britische Verfassung als Vergleichsobjekt herangezogen von *O'Donoghue*, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, 2014, S. 83 ff.; auch *Dupuy* und *de Wet* scheinen *Tomuschats* Vergleich überzeugend zu finden: *Dupuy*, *MPYUNL* 1 (1997) 1–33, 3, dort in Fn. 3; *de Wet*, *ICLQ* 55 (2006) 51–76, 63, dort auch Fn. 72; siehe dazu auch *Peters*, in: *FS Delbrück*, 2005, 535–550, 539, die wie *Tomuschat* *Tomuschat*, *RdC* 241 (1993) 195–374, 221) einen Zusammenhang zwischen fehlendem „pouvoir constituant“ und evolutionärer Verfassungsentwicklung sieht.

der britischen Verfassungsgeschichte ablaufen könne. Als ein solcher Nachweis taugt der Vergleich hingegen nicht, denn die britische Entwicklung ist ein einmaliges Phänomen.<sup>316</sup>

Das britische Regierungsmodell ist Frucht einer jahrhundertelangen Verfassungsentwicklung, deren wesentlicher Dreh- und Angelpunkt die Krone ist und war.<sup>317</sup> Die rudimentäre Verrechtlichung der Verfassung erfolgte durch Kodifikation der Gepflogenheiten einer homogenen politischen Elite;<sup>318</sup> aber auch weiterhin beruht ein Großteil des englischen Verfassungslebens auf bloßen „gentlemen’s agreement“ einer bestimmten politischen Schicht:<sup>319</sup>

„Das System der Klubregierung beruht nicht nur auf einem gewohnheitsmäßigen Misstrauen in abstrakte Prinzipien, sondern auch auf dem hohen Grad an Zusammenhalt innerhalb der regierenden Klassen.“<sup>320</sup>

Der Vergleich ist also gerade deswegen missglückt, weil die Völkerverfassungsrechtswissenschaft versucht, die Bedeutung des Rechts gegenüber realpolitischen Handlungsanweisungen zu stärken, wohingegen das britische Regierungssystem vor allem politisch strukturiert und zusammengehalten wird.<sup>321</sup>

Sofern mit der Konstitutionalisierungsthese eine Verrechtlichung der internationalen Politik erreicht werden soll, taugt die britische Verfassung als ungeschriebene Verfassung gerade nicht als Vorbild. Es gibt im Vereinigten Königreich seit Jahrzehnten

<sup>316</sup> So inzwischen mit ausführlicher Begründung auch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 29 ff.; siehe auch *ders.*, in: Lang/Wiener (Hrsg.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2017, 265–274.

<sup>317</sup> *Loughlin*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Zacharias/Besselink (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum*, 2007, Bd. I, 217–272, § 4, Rn. 7 ff.

<sup>318</sup> *Ders.*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Zacharias/Besselink (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum*, 2007, Bd. I, 217–272, § 4, Rn. 7 ff., 11.

<sup>319</sup> *Ders.*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Zacharias/Besselink (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum*, 2007, Bd. I, 217–272, § 4, Rn. 48; *Bagehot/Taylor*, *The English Constitution*, 2001, S. 156.

<sup>320</sup> *Loughlin*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Zacharias/Besselink (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum*, 2007, Bd. I, 217–272, § 4, Rn. 48.

<sup>321</sup> Für einen instruktiven Überblick über den britischen Konstitutionalismus siehe *Murkens*, *OJLS* 29 (2009) 427–455; zum britischen Verfassungsrecht siehe weiterhin das Standardwerk von *Bagehot/Taylor*, *The English Constitution*, 2001.

Bestrebungen, das britische Regierungssystem zu reformieren und in eine geschriebene Verfassung zu überführen:

„A written constitution would be a means of attaining greater clarity, wider and deeper dispersal of power, and a firmer, more enforceable set of principles and rules. It could help end or avert certain difficulties, and create a settlement that was an expression of the will of the people.“<sup>322</sup>

Entgegen der ursprünglichen Intention zeigt *Tomuschats* Vergleich *Tomuschats* also, dass ein gewohnheitsrechtliches Verfassungsmodell weder als Träger einer normativen Agenda noch als akademisches/hermeneutisches Recherchewerkzeug (*Tomuschat* und *Peters*)<sup>323</sup>, Vorverständnis (*Peters*)<sup>324</sup> oder argumentative Meta-Theorie (*Kleinlein*)<sup>325</sup> besonders geeignet ist.<sup>326</sup>

„In juristischer Perspektive bleibt die britische Verfassung letztlich ein Rätsel. [...] [Formal] bleibt die britische Verfassung [...] einer mittelalterlichen Ordnung verhaftet [...]. Viele Elemente der Verfassung haben demnach den Charakter von Regeln für die Ausübung königlicher Gewalt. Im Schatten dieser rechtlichen Regeln besteht ein fortwährender politischer Kampf um Kompetenzen. [...] Verfassungsrechtler sehen sich daher gezwungen, sich durch dieses Dickicht zu lavieren.“<sup>327</sup>

Die komplexe Situation im britischen Verfassungsrecht zeigt, dass es aus rechtstheoretischer Sicht nicht sinnvoll ist,<sup>328</sup> die Entwicklungen im Völkerrecht mit einem gewohnheitsrechtlichen Verfassungsmodell erklären zu wollen. Das gilt vor allem dann, wenn die empirische Dimension der Konstitutionalisierung weniger wichtig ist und die konstruktive Sicht auf die Völkerverfassungsthese stärker betont wird. Sieht man die

<sup>322</sup> *Blick*, *Beyond Magna Carta*, 2015, S. 289; siehe dazu *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 27, der auch auf dieses Zitat verweist.

<sup>323</sup> *Tomuschat*, *RdC* 281 (1999) 8–438, 88; *Peters*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 16 (2009) 397–411, 405 ff.; *dies.*, in: Klabbers/*dies.*/Ulffstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 347 ff.; grundsätzlich zustimmend *Fassbender*, in: Dunoff/*Trachtman* (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 137, wobei seine Position nur für geschriebene Völkerverfassungsmodelle gilt, siehe *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 30 ff.

<sup>324</sup> *Peters*, *Int. L. Theory* 39 (2005) 39–67, 64; siehe auch *dies.*, *LJIL* 19 (2006) 579–610, 605 ff.

<sup>325</sup> *Kleinlein*, *GJIL* 4 (2012) 385–416, 414 ff.; *ders.*, *NJIL* 81 (2012) 79–132, 131 ff.

<sup>326</sup> Ebenfalls kritisch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515; *ders.*, in: Lang/*Wiener* (Hrsg.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2017, 265–274.

<sup>327</sup> *Loughlin*, in: von Bogdandy/*Cruz Villalón/Zacharias/Besselinck* (Hrsg.), *Handbuch ius publicum europaeum*, 2007, Bd. I, 217–272, § 4, Rn. 4 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>328</sup> So inzwischen auch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 30 ff.

Konstitutionalisierung des Völkerrechts vor allem als bevorstehende Aufgabe, ist es aus rechtswissenschaftlicher Sicht wenig sinnvoll, diese gewohnheitsrechtlich vorantreiben zu wollen.

Damit soll nicht gesagt werden, dass eine bessere juristische Durchdringung des gewohnheitsrechtlichen Völkerverfassungsrechts ausgeschlossen wäre. Die zuvor zitierten Beobachtungen *Loughlins* zur britischen Verfassung legen aber nahe, dass ein gewohnheitsrechtliches Modell auf internationaler Ebene eine Analyse in ähnlicher Weise wie in Großbritannien erschweren könnte.

Die eklektische Vorgehensweise des Mainstreams, sich verfassungsbegrifflich beim Vereinigten Königreich, normativ aber bei der geschriebenen Verfassungstradition zu bedienen,<sup>329</sup> weckt jedenfalls Zweifel an der dogmatischen Richtigkeit des gewohnheitsrechtlichen Modells.<sup>330</sup>

## 2. Fehlende Völkerverfassungsrechtsüberzeugung

Es gibt auch einen entscheidenden rechtstheoretischen Einwand gegen eine gewohnheitsrechtliche Konstruktion: Das Bestehen einer solchen Verfassung würde den Nachweis einer besonderen *opinio iuris* erfordern.<sup>331</sup> Damit gemeint ist die (universelle) Überzeugung der relevanten Verfassungsteilnehmer, dass den einzelnen Normen (*ius cogens*, Verpflichtungen *erga omnes*, UN-Charta, Menschenrechtsverträge und so weiter) Verfassungsqualität zukommt und eben dieser konkrete Normenbestand insgesamt die Verfassung der durch sie gebildeten Gemeinschaft

<sup>329</sup> Kernthemen des geschriebenen Verfassungsrechts sind u. a. die Hierarchisierung der Rechtsordnung, die (demokratische) Gewaltenteilung, die gerichtliche Überprüfung von Hoheitsentscheidungen, Menschenrechte und die Vermittlung von (demokratischer) Legitimation, also Themen, die zum Teil nicht im britischen Verfassungsrecht angelegt sind.

<sup>330</sup> Insoweit ist Grimm zuzustimmen, wenn er sagt, dass Verfassungen an historische Bedingungen geknüpft sind und aus dieser Geschichtlichkeit heraus ihre gestaltende Kraft beziehen, vgl. *Grimm*, in: HStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, 3–44, insb. Rn. 2 und 51.

<sup>331</sup> Ansätze, die schon grundsätzlich keine *opinio iuris* für das Entstehen von Völkergewohnheitsrecht für notwendig erachten (so etwa *Kelsen*, in: *Leben* (Hrsg.), Hans Kelsen, 2001, 61–85, 72; für weitere Nachweise siehe *Puttler*, in: FS Kirchhof, Bd. I, 2013, 1044–1055, 1047, Rn. 5), sind nicht mit der bestehenden völkerrechtlichen Methodenlehre (dazu insbesondere *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 75 ff.), positivem Recht (Art. 38 IGH-Statut) und der Rechtspraxis (z. B. IGH, *Entsch. v. 27.06.1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep. 1986, 14, 98 f.) vereinbar; für einen Überblick zum Völkergewohnheitsrecht siehe auch *Taki*, GYIL 51 (2008) 447–466.

darstellt. Diese Überzeugung könnte man *Völkerverfassungsrechtsüberzeugung* oder *opinio iuris constitutionis* nennen.<sup>332</sup>

Ähnlich wie die *opinio iuris* ist die Völkerverfassungsrechtsüberzeugung notwendig, um rein phänomenologische Konstitutionalisierungstendenzen, zum Beispiel in Form bloßer Verrechtlichungen, von einer echten rechtlichen Konstitutionalisierung zu unterscheiden.

An dieser Stelle könnte man einwenden, dass schon die Verankerung des Völkerrechts im Gemeinschaftswillen ein solches Erfordernis entfallen ließe, da ein gemeinschaftliches Völkerrecht nicht mehr vom Willen der Staaten abhängt. Tatsächlich ändert sich dadurch am Erfordernis des Nachweises einer *opinio iuris constitutionis* aber nichts, denn auch das nationale Verfassungsrecht verzichtet nicht auf das Kriterium der *opinio iuris* bei der Entstehung von Verfassungsgewohnheitsrecht; die Rechtsüberzeugung muss dann eben von der Rechtsgemeinschaft gebildet werden.<sup>333</sup>

*Mosler* und auf ihn verweisend *Verdross/Simma* streifen das Problem. Die Verfassung der nichtorganisierten Staatengemeinschaft sei nicht durch Völkergewohnheitsrecht, sondern durch einen „formlosen Konsens“ der Staaten entstanden.<sup>334</sup> Zu den Normen dieser Verfassung gehörten die Normen über die Erzeugung des positiven Rechts, die Rechtssubjektivität an sich und der Bona-Fides-Grundsatz – das heißt alle Normen, deren Geltung die Staaten als Grundlage des Völkerrechts voraussetzen.<sup>335</sup>

Dieser Gedanke ist auf *Fritzmaurice* zurückzuführen, der ein solches (theoretisches) Konstrukt als „inhärente Notwendigkeit für den verbindlichen Charakter des Rechts

---

<sup>332</sup> Diese Idee des Verfassers wurde von Fassbender aufgegriffen: *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 33 und dort Fn. 71.

<sup>333</sup> Für Einzelheiten *Wolff*, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2000, S. 149 ff., 446 ff. m. w. N., kritisch gegenüber der Kategorie des Verfassungsgewohnheitsrechts *Tomuschat*, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, 1972, S. 81 ff., 142; *Badura*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 591–612, Rn. 11.

<sup>334</sup> *Verdross*, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, S. 20; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 75; *dies.*, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 71, mit Verweis auf *Mosler*, *ZaöRV* 36 (1976) 6–49, 31 ff.; siehe dazu auch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 3 ff.

<sup>335</sup> *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 75; *Mosler*, *ZaöRV* 36 (1976) 6–49, 34.

in jedem sozialen System<sup>336</sup> ansah, denn würde man auf einen Staatenkonsens abstellen, würde man in einen infiniten Regress eintreten.<sup>337</sup>

Aber auch im Lichte dieser Ausführungen kann auf eine *opinio iuris constitutionis* nicht verzichtet werden. Unabhängig davon, was mit diesem formlosen Konsens gemeint sein könnte, geht die Entstehung von Völkerverfassungsrecht weit über inhärente Notwendigkeiten einer Rechtsordnung hinaus. Jedenfalls dann, wenn man einen normativ aufgeladenen Verfassungsbegriff vertritt, der auch eine Legitimierungsleistung erbringen soll, kann auf eine entsprechende Überzeugung nicht verzichtet werden.

Die Funktion der *opinio iuris constitutionis* ist daher nicht deckungsgleich mit der der *opinio iuris*: Die Völkerverfassungsrechtsüberzeugung umfasst nicht nur die Bildung von Völkerverfassungsgewohnheitsrecht, sondern auch das Band zwischen den einzelnen geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsquellen, das man mit „customary legal glue“<sup>338</sup> bezeichnen könnte. In dieser Funktion hat es den fehlenden „pouvoir constituant“ zu ersetzen; schon deswegen ist ein Nachweis geboten.

Die Notwendigkeit eines „customary legal glue“ wird auch bei *Tomuschat* deutlich: *Tomuschat* geht zwar davon aus, dass Verpflichtungen ohne und gegen den Willen der Staaten entstehen können, für eine einheitliche Verfassungsbildung ist seiner Ansicht nach aber ein „pouvoir constituant“ erforderlich.<sup>339</sup> Wenn aber eine einheitliche Völkerverfassung einen „pouvoir constituant“ benötigt, wodurch wird dann die sukzessive Verfassungsentwicklung legitimiert? Der Umbruch vom Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht zum Integrations- und Verfassungsrecht kann nicht nur als Prozess deklariert, sondern muss auch im Ursprung erklärt werden. Dies gilt auch dann, wenn man das Völkerverfassungsrecht sukzessive entstehen sieht und nicht durch einen „Big Bang“<sup>340</sup>. Der „customary legal glue“ ist nach Ansicht des Verfassers

<sup>336</sup> *Fritzmaurice*, RdC 92 (1957) 1–227, 43 in der Übersetzung von *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 34.

<sup>337</sup> *Fritzmaurice*, RdC 92 (1957) 1–227, 43.

<sup>338</sup> Die Idee für diesen Begriff ist dem Begriff „value glue“ entlehnt, den Paulus geprägt hat: *Paulus*, Mich. J. Int. Law 25 (2004) 1047–1073, 1050.

<sup>339</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 211: „with or without their will“; *ders.*, RdC 281 (1999) 8–438, 88; ebenso *Peters*, in: FS Delbrück, 2005, 535–550, 539; a. A. wohl *Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, S. 644 ff., 839 f., 1071, nach deren Ausführung eine Bildung ohne „pouvoir constituant“ möglich sein müsste.

<sup>340</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 221; zum Verfassungsbegriff allgemein in ähnliche Richtung gehend *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, 698.

das fehlende Glied, das den Übergang der Völkerrechtsordnung vom Staatenwillen auf einen Gemeinschaftswillen erklären kann. Ein solch spezielles Gewohnheitsrecht liegt nur vor, wenn eine entsprechende Rechtsüberzeugung (im Ursprung von den Staaten) gebildet wurde.

Möglich wäre es, die *opinio iuris constitutionis* im Sinne der Lehre *Kelsens* als hypothetische Grundnorm anzunehmen.<sup>341</sup> Eine rein logische Begründung der Völkerverfassungsthese kann aber angesichts der kritischen Stimmen gegenüber fehlenden empirischen Beweisen für die Konstitutionalisierung nicht überzeugen. Außerdem würde die Fiktion einer Grundnorm verkennen, dass die Konstitutionalisierungsthese sich auf Phänomene – wie zum Beispiel das *ius cogens* – stützt, die älter sind als deren Uminterpretation in Völkerverfassungsrecht.<sup>342</sup> Die Uminterpretation könnte dann nur mit einer Änderung der hypothetischen Grundnorm erklärt werden. Dann würde es eine alte und eine neue Grundnorm geben. Dieser Zustand wäre logisch nur dann erklärlich, wenn es sich bei der Konstitutionalisierung um einen echten Paradigmenwechsel im Sinne von *Kuhn* handeln würde. Davon geht der Mainstream aber gerade nicht aus.

Nach alledem bleibt es dabei: Die *opinio iuris constitutionis* muss nachgewiesen werden. Ein Nachweis durch Analyse der relevanten Völkerrechtspraxis wird im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die schon beim Nachweis der *opinio iuris* bestehen,<sup>343</sup> aber vermutlich nicht gelingen.<sup>344</sup>

### 3. Unwahrscheinlichkeit einer gewohnheitsrechtlichen Basis

Wahrscheinlicher als eine gewohnheitsrechtliche Basis ist, dass die Völkerverfassung in einem einzigen Vertragsakt geschaffen wurde,<sup>345</sup> oder jedenfalls, dass ein

<sup>341</sup> So könnte man ggf. auch den „formlosen Konsens“ bei Verdross und Simma verstehen; hierzu Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 20 f.; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 75.

<sup>342</sup> Kadelbach/Kleinlein, AVR 44 (2006) 235–266, 237 f.; Kadelbach, ZaöRV 67 (2007) 599–621, 606.

<sup>343</sup> Zum Nachweis des Bestehens von Völkergewohnheitsrecht siehe Treves, in: MPEPIL, Bd. II, 2012, 937–957.

<sup>344</sup> Fassbender, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515, Rn. 33.

<sup>345</sup> Loughlin, in: Dobner/ders. (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, 47–70, 47: „The concept of the constitution today generally refers to a formal contract drafted in the name of ‚the people‘ for the purpose of establishing and controlling the powers of the governing institutions of the state. This concept came to be delineated only in the late eighteenth century [...].“ Siehe auch Fassbender, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515, Rn. 36 ff.

solcher Vertrag den Nukleus einer Verfassung enthält, der materiell wie räumlich ausgedehnt werden kann.

Blickt man auf die Völkerrechtsgeschichte, scheinen wiederholt geradezu Idealbedingungen für einen *Hobbes'schen* Moment bestanden zu haben – Momente also, nach einem „Kampf aller gegen alle“, in denen durch Gesellschaftsvertrag eine neue (friedlichere) Ordnung geschaffen werden konnte. Entsprechend haben das Ende des Dreißigjährigen Krieges, des Ersten und des Zweiten Weltkrieges entscheidende völkerrechtliche Innovationen hervorgebracht.

Die Fiktion von *Hobbes* kann im Völkerrecht Wirklichkeit werden. Den weltbeherrschenden Leviathan wird es zwar nicht geben,<sup>346</sup> einen Gesellschaftsvertrag über eine Verfassung aber eventuell schon. Die Anzahl der Vertragsparteien wäre überschaubar, der Vertragsschluss als zentrales Rechtsetzungsinstrument etabliert und die Bildung bzw. Erweiterung einer Verfassung mittels Vertragsschluss ist geschichtlich belegt – zum Beispiel durch die Verfassung der USA, den Deutschen Bund und den Beitritt der neuen Bundesländer zum Grundgesetz.

Auch wäre es angesichts der andauernden Kodifizierungsbestrebungen im Völkerrecht ungewöhnlich, wenn sich die Staatengemeinschaft oder die internationale Gemeinschaft auf eine nicht geschriebene Verfassung geeinigt hätte. Die Vorstellung der progressiven Weiterentwicklung des Völkerrechts ist eng verknüpft mit seiner Kodifizierung.<sup>347</sup> Die Kodifizierungsidee kann bis ins 18. und 19. Jahrhundert zurückverfolgt werden.<sup>348</sup> Es ist nicht einzusehen, warum gerade der wichtigste Teil des Völkerrechts dann nicht in einem Dokument niederlegt sein soll.

Im Hinblick auf das Projekt eines internationalen Konstitutionalismus wäre eine Vertextlichung ebenfalls vernünftiger.<sup>349</sup> So wurde schon in Bezug auf die ungeschriebene israelische Verfassung festgestellt:

*„Constitutional written-ness matters. In fact, in certain circumstances, written-ness may prove essential to the establishment of empowered constitutionalism. [...] As societies change, grow, and culturally*

---

<sup>346</sup> *Fassbender*, EJIL 13 (2002) 479–512, 220.

<sup>347</sup> *Crawford*, in: FS Dupuy, 2014, 3–22, 22.

<sup>348</sup> *Ders.*, in: FS Dupuy, 2014, 3–22, 4 f.

<sup>349</sup> Ausführlich inzwischen auch *Fassbender*, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515, Rn. 11 ff.



splinter, these constitutive aspirations, which perhaps once held particular meaning, become common cultural referents.<sup>350</sup>

Im Übrigen verfügen die meisten Verfassungsordnungen über ein zentrales Verfassungsdokument. Selbst wenn eine Verfassungsurkunde nach dem modernen Verfassungsbegriff nicht notwendig ist, so scheint dies doch ein Indiz dafür zu sein, dass moderne Verfassungsordnungen auf einer geschriebenen Verfassung fußen.<sup>351</sup>

Die genannten Punkte sind kein abschließender Nachweis einer geschriebenen Verfassung oder der Beleg dafür, dass eine ungeschriebene nicht bestehen könnte; sie legen dennoch die Vertextlichung einer internationalen Verfassung (in einer Urkunde) nahe.<sup>352</sup>

## II. Konstitutionalisierung als Haltung

Die vorgebrachten Schwächen des ungeschriebenen Verfassungsmodells gelten auch für die These von der Konstitutionalisierung als Haltung (oder: „mindset“). Denn sie stützt sich aus rechtstheoretischer Sicht letztlich auch auf eine ungeschriebene Verfassung.

Darüber hinaus führt der konstruktivistische Ansatz dieser Position zur Auflösung der Völkerverfassungsidee als Ordnungsmodell. Die Beschreibung der Konstitutionalisierung als „mindset“ (*Koskenniemi*<sup>353</sup>) fördert zwar einen reflektierten Umgang mit Völkerrecht, ihre vollständige Verlagerung in den Bereich der sozialen Konstruktion als politische Einstellung führt aber zur Entleerung ihres rechtstheoretischen Gehaltes.

<sup>350</sup> *Cohen*, AUILR 18 (2003) 585–650, 647 ff. (Hervorhebung des Verfassers); in eine andere Richtung geht hingegen *Dreier*, Universitas 43 (1988) 1288–1301, 1295: „Das Fehlen einer kodifizierten Verfassung erscheint nach alledem im Falle Israels nicht als Defizit, sondern eher als eine Existenzbedingung dieses ungewöhnlichen Staates.“

<sup>351</sup> Zur textgebundenen Zukunft siehe *Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 5–7; zum Zweck der Verfassungsurkunde siehe auch *Kahl/T. Müller*, pop 2010 5–13, 6: „Das Streben nach einer Verfassungsurkunde ist Ausdruck der alten Idee des Verfassungsvertrags. Der Verfassungstext dient der ‚normativen Stabilisierung‘, Systematisierung und Rationalisierung des Verfassungsinhaltes und nicht zuletzt der Transparenz und Rechtssicherheit. Gleichwohl erscheint eine Kodifikation für eine Verfassung aber [sic] nicht begriffsnotwendig, was schon die Existenz ungeschriebenen Verfassungsrechts beweist, aber [sic] nach europäisch-kontinentaler und nordamerikanischer Tradition typisch.“

<sup>352</sup> Überzeugend für eine Vertextlichung argumentiert *Fassbender*, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515.

<sup>353</sup> *Koskenniemi*, TIL 8 (2006) 9–36.

Man mag die Konstitutionalisierungsidee wegen ihres holistischen Ansatzes kritisieren, als bloßes Argumentationsarsenal (*Kleinlein*<sup>354</sup>) bleibt sie aber hinter ihren Möglichkeiten zurück. Wenn die Konstitutionalisierung bloße Haltung sein soll – also eine Einstellungssache –, dann kann Völkerverfassungsrecht leicht als reiner „Ismus“ einiger Idealisten verworfen werden, womit die Idee der rechtlichen Bindung (über-)staatlicher Gewalt schnell verloren geht.

### III. UN-Charta als geschriebene Völkerverfassung

Die Theorie der UN-Charta als geschriebene Verfassung der internationalen Gemeinschaft ist für den Verfasser nicht den gleichen Einwänden wie das Modell einer ungeschriebenen Verfassung ausgesetzt. Sie ist vielmehr rechtstheoretisch und empirisch plausibel. Im Vergleich mit der Vorstellung einer ungeschriebenen Völkerverfassung liefert sie eine bessere Erklärung für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Der Einwand, dass es an einem „pouvoir constituant“ auf internationaler Ebene gemangelt habe, überzeugt hingegen nicht.

#### 1. Rechtstheoretische und empirische Plausibilität

Eine besondere Stärke der Theorie der UN-Charta als geschriebene Verfassung ist zunächst die Herausarbeitung einer klaren und eindeutigen Verfassungstheorie.<sup>355</sup>

Eine Völkerverfassungstheorie ist umso plausibler, je umfassender ihr Erklärungsmodell ist.<sup>356</sup> Dies ist vor allem bei solchen Arbeiten zu finden, die in einer kompakten Darstellung „aus einem Guss“ ein kohärentes Modell entwerfen. Grundlage kohärenter Darstellungen ist die Verwendung präziser Begriffe; das gilt insbesondere für den Verfassungsbegriff. Auch die Ausarbeitung systematischer Zusammenhänge ist insofern wichtig, als der Systematisierungsgedanke wesentlich für die Konstitutionalisierungsidee ist. Nach *Canaris* ist eine Rechtsordnung dann ein System, wenn sie

<sup>354</sup> *Kleinlein*, NJIL 81 (2012) 79–132, 132.

<sup>355</sup> Vgl. *Zemanek*, ARIEL 14 (2009) 651–653, 651: „Fassbender has developed a comprehensive theory of international constitutionalism“, und 653: „Among the many books or articles on the subject, Fassbender’s is by far the clearest exposition of what international constitutional theory can achieve. Rare among constitutionalists, his theory is not just wishful thinking but a legally argued construction and conclusive *in se* – provided one accepts the author’s axiomatic definition of a constitution.“

<sup>356</sup> *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 345: „The added value of the constitutionalist paradigm might lie in its comprehensive nature.“

allgemeine Rechtsprinzipien teleologisch oder axiologisch zueinander in Beziehung setzt.<sup>357</sup> Diese Vorgaben können nur von einem Verfassungsverständnis umgesetzt werden, das auf einer geschriebenen Verfassung aufsetzt.

Hinzu kommt, dass die Vorstellung der Völkerverfassungsbildung durch die UN-Charta auch empirisch nachvollziehbar ist.

Die Bildung der Verfassung einer internationalen Gemeinschaft mittels eines Gesellschaftsvertrages ist theoretisch möglich;<sup>358</sup> bei *Fassbender* wird sie durch Auswertung zahlreicher Stellungnahmen im Rahmen der Gründung der UN auch überzeugend dargelegt.<sup>359</sup> Darüber hinaus ist seine Völkerverfassungstheorie nicht normativistisch.<sup>360</sup> Auch wenn *Fassbender* der optimistischen Denkschule zugeordnet werden kann, enthält seine Theorie keine Agenda der zukünftigen Entwicklung des Völkerrechts, sondern begnügt sich mit der Beschreibung eines Zustandes anhand einer normativen Begriffsbildung. Insbesondere erliegt *Fassbender* nicht der Versuchung, der UN-Charta aus konstitutionellem Sendungsbewusstsein ein demokratisches Verständnis unterzulegen.<sup>361</sup> Der Einwand der fehlenden (aktuellen) Anerkennung der UN-Charta als Verfassung ist nicht falsch, allerdings folgt daraus nicht, dass mit der UN-Charta keine Verfassung angenommen wurde.<sup>362</sup> Eine von der idealen Verfassung abweichende Verfassungswirklichkeit hebt nicht deren Existenz auf; eine Rückbesinnung ist jederzeit möglich.<sup>363</sup> An der UN-Charta wird die Konstitutionalisierung des Völkerrechts jedenfalls nicht scheitern, sondern höchstens daran, dass man sie nicht tatsächlich als Völkerverfassung nutzt:

---

<sup>357</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 47.

<sup>358</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. C.I.3.

<sup>359</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 1–8; *ders.*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147; *ders.*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 288 m. w. N.

<sup>360</sup> *Zemanek*, ARIEL 14 (2009) 651–653, 653; *ders.*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 33; zur Gefahr der Überforderung der Konstitutionalisierungsidee siehe auch *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 282.

<sup>361</sup> *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998, S. 304 f.

<sup>362</sup> Das Problem erkennt auch *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 43.

<sup>363</sup> Dazu passen auch *Fassbenders* Ausführungen unter dem Titel „Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order“, *ders.*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147.

„The weaknesses of the Organization are to be found, not so much in the Charter as a Constitution, but in the *will* of the member States to use it.“<sup>364</sup>

Letztlich setzt sich die Theorie umfassender mit den drei von *Allott* genannten Dimensionen einer Verfassung auseinander als die meisten anderen Positionen der Konstitutionalisierungsdebatte.<sup>365</sup> Sie stellt eine Fusion aller Entwicklungslinien des Völkerverfassungsrechts dar.<sup>366</sup> Insbesondere baut sie auf dem Formalismus<sup>367</sup> des frühen *Verdross* auf und teilt die normative Ausrichtung mit der International Community School.<sup>368</sup> Überdies steht sie in der Tradition der eigenständigen rechtswissenschaftlichen Behandlung des Rechts internationaler Organisationen, das in besonderer Weise den Nährboden für eine Konstitutionalisierung internationalen Rechts bildet.

Die Herausarbeitung der Gründung der UN als konstitutioneller Moment der Völkerrechtsgeschichte versöhnt auch mit Einwendungen, die in übersteigerter Form von *Haltern* formuliert wurden.<sup>369</sup> Ohne dem Irrationalen eine zu große Bedeutung zuzumessen, wird durch die Entstehung der Verfassung in einem präzisen Moment die „raison d'être“ des Völkerverfassungsrechts greifbar. Nach *Isensee* ist eine Verfassung die „(Selbst)-Bindung der Staatsgewalt an das Recht“<sup>370</sup> – und nichts anderes ist die UN-Charta. Es fiele schwer, die endgültige Etablierung des Gewaltverbots mittels eines umfassenden Regelungs- und Durchsetzungssystems nicht als Unterwerfung der Staaten unter das Recht zu verstehen.

Das Narrativ des Gewaltverbots ist eine gute Grundlage für die Existenzberechtigung der UN-Charta und die Weiterentwicklung des Völkerrechts. Dieses Narrativ wird zudem dadurch gestärkt, dass ihm eine positive Komponente hinzugefügt wurde – die Pflicht zur Friedensförderung. Es ist daher allen voran die Präambel der UN-Charta, die der internationalen Gemeinschaft Sinn stiftet:

„[...] to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to

<sup>364</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 126 (Hervorhebung des Originals).

<sup>365</sup> Zu den drei Dimensionen siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.I.2.

<sup>366</sup> Zu den Entwicklungslinien siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.II.

<sup>367</sup> Kritisch *Paulus*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 69–109, 78.

<sup>368</sup> *Zemanek*, in: FS Dominicé, 2012, 25–46, 32 und 33: „Fassbender's constitutionalism is an update of the Verdrossian concept [...] its adjustment to current conditions.“ Ähnlich die Einschätzung bei *O'Donoghue*, OJLS 32 (2012) 799–822, 814 ff.

<sup>369</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.III.3.

<sup>370</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 38.

reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom.“

Vor diesem Hintergrund ist es überzeugend anzunehmen, dass die UN-Charta auch ohne universelle Anerkennung bereits bei Gründung der UN wenigstens den Nukleus einer universellen Verfassung bildete.<sup>371</sup> Das zeigt sich auch an vielen Stellen der UN-Charta, die von konstitutioneller Sprache durchzogen ist. Schon die Präambel beginnt mit einem Hinweis auf die Verfassung der USA.<sup>372</sup> Und auch die Verwendung des Begriffs „Charter“ anstatt „Covenant“ unterstreicht den konstitutionellen Charakter.<sup>373</sup>

## 2. Schlüssiger Übergang zu einer Verfassungsordnung

Mit der UN-Charta lässt sich zudem am schlüssigsten der Übergang vom klassischen Völkerrechtsverständnis zu einer Verfassungsordnung erklären.

Es scheint, als ob die Anhänger des gewohnheitsrechtlichen Modells im Wesentlichen nur deswegen nicht von der Entstehung einer geschriebenen Völkerverfassung ausgehen, weil sie das Zusammentreten eines „pouvoir constituant“ nicht erkennen können.<sup>374</sup> Der Mainstream der Völkerrechtswissenschaft überspannt dabei die Anforderungen an eine einheitliche Völkerverfassungsbildung und hängt hier einem allzu staatlichen Verständnis nach.<sup>375</sup> Wie könnte der „pouvoir constituant“ auf völkerrechtlicher Ebene auch zusammentreten? Nach revolutionären Auseinandersetzungen? Durch Selbstermächtigung oder per Berufung durch die UN-

<sup>371</sup> Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 21.

<sup>372</sup> Macdonald, in: ders./Johnston (Hrsg.), The Structure and Process of International Law, 1983, 889–912, 890; Wolfrum, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Preamble, Rn. 4.

<sup>373</sup> Wolfrum, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Preamble, Rn. 2 mit Verweis auf Macdonald, in: ders./Johnston (Hrsg.), The Structure and Process of International Law, 1983, 889–912, 890; dazu auch Fassbender, Colum. J. Transnatl. Law 36 (1998) 531–616, 79 f.; ders., Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515, Rn. 38.

<sup>374</sup> Tomuschat, RdC 241 (1993) 195–374, 219, 221 ff.; Peters, in: FS Delbrück, 2005, 535–550, 539.

<sup>375</sup> Zum Problem des „pouvoir constituant“ der UN-Charta siehe Fassbender, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism, 2007, 269–290, 286 ff.; allgemeiner noch P. Niesen, in: Lang/Wiener (Hrsg.), Handbook on Global Constitutionalism, 2017, 222–233.

Generalversammlung? War im Vergleich der europäische Verfassungskonvent ein Zusammentreten des europäischen „pouvoir constituant“?

Die Frage, ob sich ein „pouvoir constituant“ artikuliert hat, hängt davon ab, von welchen formellen und/oder materiellen Voraussetzungen man seine Konstituierung abhängig macht. Dabei ist bereits unklar, woher – oder präziser – aus welcher Rechtsordnung – diese Vorgaben stammen sollen. Schließlich ist es mehr als zweifelhaft, dass der (neue) „pouvoir constituant“ überhaupt an eine vorherige Verfassungsordnung gebunden ist.<sup>376</sup> Es ist fraglich, ob sich das Zusammentreten eines „pouvoir constituant“ überhaupt *ex ante* institutionalisieren oder nur *ex post* rationalisieren lässt.<sup>377</sup> Dieses Problem stellt sich insbesondere im Völkerrecht, wo sich eine Verfassung erstmalig gebildet hat. Die Frage ist, wer nach dem Völkerrecht zu welchem Zeitpunkt legitimiert gewesen ist, eine Völkerverfassung zu verabschieden?

Im Rahmen des westfälischen Systems muss ein Zusammentreten von Staaten als Repräsentanten eines „pouvoir constituant“ genügen.<sup>378</sup> Für diese Form der Verfassungsbildung aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen heraus gibt es jedenfalls historische Nachweise.<sup>379</sup> Es spricht also nichts dagegen, die Gründung der UN zugleich als Bildung der Völkerverfassung anzusehen.

Zwar könnte man an dieser Stelle einwenden, dass eine solche Entstehung der Völkerverfassung einem Bekenntnis zum Dezisionismus der Staaten gleichkomme, womit die Staaten und nicht das Individuum zur Letztbegründung der Verfassung würden. Das würde wiederum dem Anliegen der Konstitutionalisierung widersprechen, das Völkerrecht dem Individuum zu verpflichten.<sup>380</sup> Die Schaffung der Verfassung kann aber als allerletzter Akt des westfälischen Staates gesehen werden. Alle

---

<sup>376</sup> P. Niesen, in: Lang/Wiener (Hrsg.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2017, 222–233, 223, 231; für eine Gegenüberstellung unterschiedlicher Konzepte des „pouvoir constituant“ auf internationaler Ebene siehe Patberg, *Millennium* 42 (2013) 224–238, 233; siehe hierzu auch ders., in: Volk/Kuntz (Hrsg.), *Der Begriff der Souveränität in der transnationalen Konstellation*, 2014, 79–108, 102 f.; zum suprastaatlichen „pouvoir constituant“ auf europäischer Ebene siehe ders., *Usurpation und Autorisierung*, 2018, S. 217 ff.

<sup>377</sup> P. Niesen, in: Lang/Wiener (Hrsg.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2017, 222–233, 223, 231.

<sup>378</sup> Nach Fassbender sei es der praktikabelste Weg gewesen: Fassbender, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 288.

<sup>379</sup> Ders., in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 289.

<sup>380</sup> Ders., *EuGRZ* 30 (2003) 1–16; Peters, *EJIL* 20 (2009) 513–544; siehe zu dieser Problematik auch Kleinlein, *NJIL* 81 (2012) 79–132, 100 ff.

Staaten, die in dieses neue System geboren wurden, konnten sich eben nicht mehr auf eine unbegrenzte Souveränität berufen:<sup>381</sup>

„States live, as from their birth, within a legal framework [...] which determines their basic rights and obligations with or without their will.“<sup>382</sup>

Mit der Schaffung einer Völkerverfassung hat der westfälische Staat die internationale Gemeinschaft an seine Stelle auf das Podest der Völkerrechtsordnung gestellt. Dabei ist der Schluss von dieser Form des Liberalismus auf eine radikale liberalistische Ethik, die im souveränen Staatswillen gründet,<sup>383</sup> nicht zwingend. Die Präambel der UN-Charta legt das Gegenteil nahe: „We the People of the United Nations“ ist nicht eine zufällige Formulierung, sondern Ausdruck des veränderten Blickwinkels auf das internationale Recht.<sup>384</sup> Die Präambel nennt die Staaten überhaupt nicht mehr als Vertragsparteien, vielmehr werden die einzelnen Regierungen zum Instrument der Völker der UN:

„Accordingly, our respective Governments, through representatives assembled, [...] have agreed to the present Charter of the United Nations and do hereby establish an international organization to be known as the United Nations.“

## D. Fazit

Auf den ersten Blick scheint die gewohnheitsrechtliche Entwicklung des Völkerverfassungsrechts einleuchtend, der Vergleich mit dem britischen Regierungssystem naheliegend: Die Evolution des Völkerrechts ist ein weithin bekannter Topos. Das

---

<sup>381</sup> In gleiche Richtung mit Bezug auf die UN-Charta geht *Habermas*, *Der gespaltene Westen*, 2004, S. 159 f.

<sup>382</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 21; der Ausschnitt des Zitats ist eine Zuspitzung der Äußerungen Tomuschats, der die Idee vorsichtiger formuliert: „According to this *interpretation*, States live, as from their birth, within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations with or without their will, *leaving them, however, sufficient room for self-responsible action* within the openings of that legal edifice. *One may call* this framework, from which every State receives its legal entitlement to be respected as a sovereign entity, the constitution of international society or, preferably, the constitution of the international community, community being a term suitable to indicate a closer union than between members of a society“ (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>383</sup> So *Halter*, AöR 128 (2003) 511–557, 540 f. mit Verweis auf *Purvis*, Harv. Int. Law J. 32 (1991) 81–127, 93 ff. und *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 55 ff.

<sup>384</sup> So auch *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, 269–290, 288.

Völkerrecht hat sich von einer Koexistenz- über eine Koordinations- hin zu einer Kooperationsordnung entwickelt – der Schritt zu einer ungeschriebenen Verfassungsordnung wäre da nicht weit. Eine solche schleichende Entwicklung ist aber rechtswissenschaftlich, rechtstheoretisch und empirisch nicht überzeugend.

Das Beispiel der britischen Verfassung zeigt deutlich, dass eine ungeschriebene Verfassung kein erstrebenswertes (rechtswissenschaftliches) Erklärungsmodell wäre. Zur Bildung einer ungeschriebenen Verfassung wäre aus rechtstheoretischer Sicht eine besondere Form des Gewohnheitsrechts notwendig, das nur durch eine *Völkerverfassungsrechtsüberzeugung* oder *opinio iuris constitutionis* gebildet werden kann. Schließlich ist der Übergang zu einer Verfassungsordnung so substantiell, dass er nicht formlos erfolgen kann. Eine ungeschriebene Verfassungsentwicklung ist auch empirisch unwahrscheinlich.

Die Vertreter des gewohnheitsrechtlichen Modells verstehen sich daher auch mehr als Projektleiter denn als Sachbearbeiter des Völkerverfassungsrechts. Rechtstheoretisch ist es schwieriger, mit dieser Vorstellung an das vorkonstitutionelle Völkerrecht anzuknüpfen, da es an einem prozessualen Rechtsbegriff fehlt. Diese Verfassungstheorie ist zu assoziativ, das heißt, die Vertreter bedienen sich zu frei an Themen und Konzepten des nationalen Verfassungsrechts, ohne die Parallelen zwischen der völkerrechtlichen Verfassung und der jeweiligen nationalen Verfassung herauszuarbeiten.

Diese Einwände richten sich nicht nur gegen den Mainstream der Konstitutionalisierungsdebatte, sondern gegen alle Ansichten, die ihr Verfassungsverständnis auf eine gewohnheitsrechtliche Grundlage stellen. Die Kritik gilt deshalb auch für konstitutionelle Mehrebenensysteme, pluralistische Verfassungsordnungen und für Ansichten, die die Konstitutionalisierung als Haltung (oder: „mindset“) verstehen.

Die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft, wie sie insbesondere von *Fassbender* ausgearbeitet wurde, ist hingegen rechtstheoretisch und empirisch überzeugend.<sup>385</sup> Sie verbindet alle Entwicklungslinien, die für die Konstitutionalisierungsidee aufgezeigt wurden, und kann allein die Entstehung von Völkerverfassungsrecht einleuchtend erklären: Die Schaffung der Völkerverfassung war der letzte Akt des souveränen Staates im westfälischen Sinne.<sup>386</sup>

---

<sup>385</sup> So auch *Zemanek*, ARIEL 14 (2009) 651–653, 653.

<sup>386</sup> Für eine kritische Analyse, inwieweit die Vorstellung vom „westfälischen System“ zutrifft, siehe



Hebt man hingegen auf einen durch die Völkerrechtswissenschaft getragenen Prozess ab, entsteht ein Widerspruch: Dem Konstitutionalismus geht es um Legitimation, das Fundament dafür soll aber von der Wissenschaft gelegt werden. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich die Kompetenz der Völkerrechtswissenschaft ergibt, Legitimationsgrundlagen zu schaffen, auch wenn Art. 38 Nr. 1 (d) IGH-Statut von der herausragenden Bedeutung der Völkerrechtswissenschaft zeugt. Die Idee des Prozesses als Deskription der Völkerverfassung ist insofern weniger geeignet für die Unterscheidung von legitim zu illegitim als die Idee einer geschriebenen Verfassung.

Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die dem Konstitutionalismus nahestehenden Positionen keinen Wert haben. In der Tat können sie – gerade auch aus akademischer Sicht – dazu beitragen, dass das Projekt „Konstitutionalisierung“ glückt. Zielführender wäre aber, sich auf ein rechtsdogmatisch schlüssigeres Verfassungskonzept zu berufen.

---

*Fassbender*, in: Erberich/Hörster/Hoffmann/Kingreen/Pünder/R. Störmer (Hrsg.), *Frieden und Recht*, 1998, 9–52; zur Änderung des Souveränitätsbegriffs durch die UN-Charta siehe *ders.*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2006, 115–143, 124 ff.



## TEIL II – VORVERSTÄNDNIS

Ziel des zweiten Teils dieser Arbeit ist es, ein Vorverständnis zu entwickeln, mit dem im dritten Teil auf der Grundlage des Völkerverfassungsrechts und der Völkerverfassungstheorie eine Auslegungslehre erarbeitet werden kann.

Hierzu bedarf es zunächst einer Vorstellung davon, was es bedeutet, Völkerverfassungsrecht auszulegen. Entscheidend dabei ist, welche Besonderheiten und Probleme sich bei der Auslegung von Völkerverfassungsrecht ergeben, wie die Verfassung (in anderen Rechtsordnungen) ausgelegt wird, welche Vorgaben des Verfassungsrechts bzw. der Verfassungstheorie (in anderen Rechtsordnungen) die Verfassungsauslegung beeinflussen und schließlich, welche Anhaltspunkte die völkerrechtliche Methodenlehre zu der Entwicklung einer völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre bereits enthält.

Diese Einzelteile des Vorverständnisses werden gebildet aus der Analyse der Kritik an den klassischen juristischen Methoden im zweiten Kapitel, der Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen im dritten Kapitel und der Auslegung im Völkerrecht – insbesondere der Ansätze der „konstitutionellen Interpretation“ – im vierten Kapitel. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen werden schließlich im fünften Kapitel zusammengeführt und weiterentwickelt.

### Kapitel 2 – Methodenkritik und Völkerverfassungsrecht

Am Anfang der Arbeit wurde die Annahme formuliert, dass Verfassungsrecht der Auslegung zugänglich sei und ein Bias zugunsten juristischer Methoden bestehe.<sup>1</sup> Nach überkommenem Verständnis ist die (juristische) Auslegung das Vorgehen, mit dem anhand bestimmter Methoden (meist anhand der vier *canones*) der bereits in Rechtsnormen enthaltene Sinn herausgearbeitet wird.<sup>2</sup> Diese Vorstellung wurzelt letztendlich in einem jedenfalls zum Teil empirischen (auch positivistischen) Verständnis von Recht und Rechtswissenschaft, wonach etwas bereits Vorhandenes untersucht wird. Dies steht im Gegensatz zu einer (geisteswissenschaftlichen) Methode, wonach per Auslegung erst etwas Neues geschaffen wird. Die klassische

---

<sup>1</sup> Siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. A.III.

<sup>2</sup> Siehe nur *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 35 ff.

Vorstellung, etwas Vorhandenes auszulegen, ist wiederum eng mit der rechtstheoretischen Position des Positivismus verknüpft. Wegen dieser Verknüpfung ist auch *prima facie* anzunehmen, dass die in dieser Arbeit zu erarbeitende Auslegungslehre den Annahmen klassischer juristischer Methoden folgen wird – die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft basiert schließlich auf einer geschriebenen Völkerverfassung.

Die klassische juristische Methode beruht auf der Annahme, dass dem gesetzten Recht nach objektiven Maßstäben bereits vorhandene Aussagen entnommen werden können; rechts- bzw. erkenntnistheoretische Grundlagen sind mithin die Objektivität, Auslegungsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit von Recht (dazu später mehr). Diese durch den Rechtspositivismus in Ablehnung der Naturrechtslehre maßgeblich geprägte klassische Vorstellung ist aber vielfach kritisiert worden – sowohl aus erkenntnistheoretischer Sicht als auch mit rechtssoziologischem Blick auf die bei der Rechtsanwendung tatsächlich ablaufende Rechtsfindung. Daher ist nachfolgend zu prüfen, inwieweit eine klassische juristische Auslegung im (Völker-)Recht überhaupt noch tragfähig ist.

Hierfür wird zunächst im Abschnitt A dargestellt, welche Auswirkungen die Kritik auf die Methodenlehre in Deutschland hatte. Es wird sich zeigen, dass trotz der Kritik die Auslegungsregeln nur modifiziert wurden und die wesentlichen Annahmen der klassischen Methodenlehre – Objektivität, Auslegungsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit von Recht – erhalten blieben. Zur Vergewisserung der eigenen Funktionstüchtigkeit kann sich die deutsche Jurisprudenz dabei auf ihre Wirksamkeit in der Rechtspraxis berufen.

Die Völkerrechtswissenschaft dagegen kann der Methodenkritik nur bedingt mit Verweis auf ihre praktische Funktionstüchtigkeit entgegenreten. Vielmehr hat sich die seit jeher bestehende Skepsis gegenüber dem Völkerrecht bis heute erhalten können,<sup>3</sup> wobei ab Anfang des letzten Jahrhunderts vor allem der Rechtspositivismus und dessen methodische Annahmen kritisiert wurden. In Abschnitt B werden daher die Auswirkungen der Skepsis auf die völkerrechtliche Methodenlehre skizziert; es wird zudem untersucht, inwieweit die Kritik am Rechtspositivismus berechtigt war, und schließlich wird analysiert, ob die jüngeren Fundamentalkritiken von *Goldsmith*, *Posner* und *Koskenniemi* die Anwendung klassischer juristischer Methoden im Völkerrecht widerlegen.

---

<sup>3</sup> Hierzu *Fassbender*, DÖV 65 (2012) 41–48; *ders.*, in: *Fassbender/Wendehorst/de Wet/Peters/Michaels/Tietje/Merkt/Weiss/Hein* (Hrsg.), *Paradigmen im internationalen Recht*, 2012, 1–31.

Im Anschluss daran wird im Abschnitt C dargestellt, ob und gegebenenfalls welche Position das Völkerverfassungsrecht in dem Streit um die Funktionstüchtigkeit juristischer Methoden einnimmt, und schließlich in Abschnitt D, was aus der Methodenkritik für die Auslegung des Völkerverfassungsrechts folgt.

## A. Skizze der deutschen Methodenkritik

Ausgangspunkt der deutschen Diskussion um die richtige Auslegungsmethode ist üblicherweise die Kritik an der klassischen juristischen Methodenlehre, wie sie ausgehend von *Savignys* historischer Rechtsschule in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt wurde. Die klassische juristische Methodenlehre entstand in enger Verknüpfung mit dem Rechtspositivismus, der spätestens ab Anfang des 20. Jahrhunderts umfassend kritisiert wurde.

Als die klassische juristische Methodenlehre wird hier zusammenfassend eine Methodenlehre verstanden, der die Vorstellung zugrunde liegt, dass dem positiven Recht ein objektiv erkennbarer Sinn innewohnt und dieser mittels universell anwendbarer Methoden aus der Norm und ihrer Stellung in der Rechtsordnung deduziert werden kann. Aus dieser Vorstellung folgt, dass die juristische Methode anderen Mitteln der Entscheidungsfindung überlegen ist, weil sie das geltende Recht objektiv zu ermitteln vermag. Dem liegt zugleich die Annahme zugrunde, dass Recht aufgrund seiner Objektivierbarkeit als Mittel der gesellschaftlichen Steuerung geeignet ist, das heißt, dass Recht objektiv vorhersehbare Anweisungen enthält, wie die Gesellschaft zu ordnen ist – kurz: Recht determiniert.

Nach der klassischen juristischen Methode bestehen daher auch keine Zweifel daran, dass Recht grundsätzlich auslegungsfähig ist. Es wird anhand der vier *canones* ausgelegt: nach Wortlaut („grammatische Auslegung“), Sinn und Zweck („teleologische Auslegung“), Systematik („systematische Auslegung“) und der Entstehungsgeschichte („historische Auslegung“). Weitere lückenschließende Methoden, mit denen das Recht konkretisiert, ergänzt und ggf. auch weiterentwickelt oder fortgebildet wird, gehören nicht zu den klassischen vier Elementen der Auslegung. Die Antwort auf die Frage, ob solche Elemente Anwendung finden dürfen, hängt davon ab, inwieweit man von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ausgeht. Die strengste rechtspositivistische Position hierzu wäre, die Rechtsordnung als geschlossenes System zu betrachten, aus dem alle Rechtsnormen widerspruchsfrei deduziert werden können. Die Deduktion wäre dann nichts anderes als ein logischer Syllogismus, der allein auf den in der Rechtsordnung enthaltenen Normen beruht. Die klassische juristische Methode

hat dieses Dogma nicht aufrechterhalten, geht aber dennoch von einer relativen Geschlossenheit der Rechtsordnung aus, womit die Auslegung im Kern weiterhin als Deduktion zu verstehen und die Aufnahme von Gesichtspunkten außerhalb dieses Systems begründungsbedürftig ist.

Von Anfang an war die rechtspositivistische Methode zum Teil ätzender Kritik ausgesetzt:

„Die Juristen sind durch das positive Recht zu ‚Würmern‘ geworden, die nur vom faulen Holz leben; von dem gesunden sich abwendend, ist es nur das kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“<sup>4</sup>

So der volle Wortlaut der viel zitierten Sentenz *Kirchmanns* Mitte des 19. Jahrhunderts, mit der er die deutsche Rechtswissenschaft kritisierte.<sup>5</sup> Diese Kritik beruhte – wie meist – auf *Kirchmanns* Ablehnung der Idee des Rechtspositivismus:

„Das positive Gesetz ist starr, das (natürliche) Recht fortschreitend, deshalb wird selbst die Wahrheit jenes mit der Zeit zur Unwahrheit.“<sup>6</sup>

Wie sich zeigen wird, hat die deutsche Methodenlehre auf solche Einwände meist pragmatisch reagiert und ihre klassischen Auslegungsmethoden nicht aufgegeben, sondern lediglich modifiziert. Vor allem hält die Rechtspraxis und Rechtsdogmatik an einer Art Standardmethode der Auslegung fest, die weiterhin mit den Annahmen der klassischen Methodenlehre (bzw. des Rechtspositivismus) verbunden ist. Den Anspruch einer universellen Methode für alle Bereiche der geistigen Auseinandersetzung mit Recht hat man dabei aber weitestgehend aufgegeben.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Von *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1990, S. 23.

<sup>5</sup> Kirchmann dient – wie hier – aber meist nur als Stichwortgeber; ähnlich *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 80: „Harmlos ist auch der klassische Text, mit dem gewöhnlich die Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz angesprochen werden.“ Kirchmanns Ausführungen haben aber auch zu tieferen Auseinandersetzungen mit den juristischen Methoden geführt: *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966.

<sup>6</sup> Von *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1990, S. 23.

<sup>7</sup> Das heißt nicht, dass es nicht auch neue Ansätze einer Universalmethode gibt, so etwa der Ansatz von *Mastrorandi/Windisch*, Vernünftig wissenschaftlich entscheiden, 2013.

## I. Herkunft der klassischen juristischen Methode

Die Kritik an „der juristischen Methode“ geht überwiegend von dem Bild der klassischen Auslegungsmethoden aus, wie sie auf *Savigny* aufbauend entwickelt wurden. Nach *Savigny* besteht der Zweck der Auslegung darin, „den in dem toten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unserer Betrachtung wieder entstehen zu lassen.“<sup>8</sup> Dies soll dadurch erreicht werden, dass „[die, die mit dem Recht befasst sind,] sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen.“<sup>9</sup>

Der Ansatz *Savignys* ist mithin eine Anleitung zur subjektiven Auslegung anhand des Willens des Gesetzgebers – im Gegensatz zur objektiven Auslegung nach dem Willen des Gesetzes. Zur „Reconstruction des dem Gesetz innewohnenden Gedanken“<sup>10</sup> entwickelte *Savigny* dann die bekannten *canones*.<sup>11</sup>

Auch wenn die von *Savigny* begründete historische Rechtsschule keine strenge rechtspositivistische Position in dem Sinne darstellte, dass keine außerrechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden dürfen, legte seine Theorie den Grundstein für die positive Rechtswissenschaft: *Savigny* begründete seine Denkschule – in Abgrenzung zur „ungeschichtlichen Schule“ – mit der Vorstellung, dass das historisch gewachsene Recht nicht planlos gesetzt werde, sondern einer inneren Notwendigkeit folge:

„Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, *doch nicht durch Willkühr*, so daß er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Thätigkeit jedes Zeitalter aber müsse darauf gerichtet werden, diesen *mit innerer Nothwendigkeit*

<sup>8</sup> *Von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840, S. 244.

<sup>9</sup> *Ders.*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840, S. 213, der Einschub stammt vom Verfasser, im Original heißt es im vorherigen Satz: „Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgendeinen Gedanken [...] auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrtum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältniß in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken [...]“ (a. a. O., S. 212 f.).

<sup>10</sup> *Ders.*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840, S. 213.

<sup>11</sup> Zum Auslegungssystem siehe *ders.*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 206 ff.

*gegebenen Stoff zu durchschauen*, zu verjüngen, und frisch zu erhalten. – Die ungeschichtliche Schule dagegen nimmt an, das Recht werde in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit, und nur nach bester Ueberzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe. Daß also in irgendeinem Augenblick nicht das ganze Recht neu und von dem vorigen völlig verschieden eingerichtet wird, kann diese Schule nur daraus erklären, daß der Gesetzgeber zur rechten Ausübung seines Amtes zu träge war, er müßte denn zufälliger Weise die Rechtsansichten des vorigen Augenblicks auch jetzt noch für wahr gehalten haben.<sup>12</sup>

Von der „inneren Notwendigkeit“ des Rechts ist schließlich die Vorstellung nicht weit entfernt, dass das Recht als Ganzes vernünftig sei und daher logisch-systematisch verstanden werden könne. Die unmittelbar an *Savignys* Abhandlung anschließende Methodendebatte war demnach auch von der Frage geprägt, inwieweit in der Jurisprudenz nach dem Vorbild einer empirischen Wissenschaft ein rein logisch-systematisches Rechtsdenken möglich sei.<sup>13</sup>

Das logisch-systematische Rechtsdenken wurde vor allem in der Begriffsjurisprudenz<sup>14</sup> (insbesondere *Puchta*, *Windscheid*, früher *von Jhering*) umgesetzt. Hier setzte sich die Vorstellung durch, dass die logische Deduktion um induktive Elemente angereichert werden müsse: Durch Abstraktion der Normen des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts gewann man Rechtsbegriffe und -prinzipien, mit denen man Lücken in der Rechtsordnung schließen wollte. Dieses Vorgehen beruhte im Wesentlichen auf der Vorstellung eines idealen systematischen Zusammenhangs der einzelnen Normen zueinander in einem geschlossenen Rechtssystem.<sup>15</sup> Der Begriffsjurisprudenz folgte dann zunächst die Interessenjurisprudenz<sup>16</sup> (insbesondere später *von Jhering*, *Heck*), die schließlich abgelöst wurde von der in der Rechtspraxis und

<sup>12</sup> *Ders.*, ZsfgRw 1 (1815) 1–18, 6 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>13</sup> Zum Nachfolgenden und der Entwicklung der Methodenlehre seit Savigny siehe nur *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 11–132; *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 226 ff., 247 ff., 281 ff.

<sup>14</sup> Siehe dazu *J. Schröder*, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2008, Bd. I, 500–502; zur Problematik dieses Begriffs m. w. N. siehe *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, 2004, S. 5–8, 102 ff., 451.

<sup>15</sup> *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 247 ff.

<sup>16</sup> Siehe dazu *ders.*, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 366.



anwendungsorientierten Rechtswissenschaft auch heute noch herrschenden Wertungsjurisprudenz (insbesondere *Larenz, Coing, Canaris, Bydlinski, Zippelius*).

In der deutschen Rechtswissenschaft und -praxis kommt vor allem die Wertungsjurisprudenz in der von *Larenz* erarbeiteten Ausprägung zur Anwendung.<sup>17</sup> Ziel der Wertungsjurisprudenz ist es, die rechtspositivistische Strenge zu überwinden, ohne das geschriebene Recht zu entwerten. Für die Wertungsjurisprudenz entscheidend ist, wie die Richterin Wertmaßstäbe außer- oder oberhalb des Gesetzes berücksichtigen kann, ohne dass dadurch einem richterlichen Dezisionismus das Wort geredet wird.<sup>18</sup> Dabei soll dem Gesetz und dessen Wortlaut die weitgehendste Geltung eingeräumt werden: Eine Auslegung (oder Rechtsfortbildung) *contra legem* sei nicht möglich.<sup>19</sup>

Die Möglichkeit einer objektiven Auslegung bleibt damit aber weiterhin Grundlage der juristischen Interpretation; die Auslegungs- und Steuerungsfähigkeit von Recht wird durch die Wertungsjurisprudenz ebenfalls nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Der Mainstream der deutschen Jurisprudenz legt seiner Tätigkeit damit weiterhin

---

<sup>17</sup> *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2003; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999; *Bydlinski*, Recht, Methode und Jurisprudenz, 1988, S. 123 ff.; kritisch zur Verwendung *Rüthers*, NJW 49 (1996) 1249–1253, 1250, 1252 f.

Dies gilt für alle Instanzen aller Gerichtsbarkeiten, überwiegend mit Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, wie ein winziger Ausschnitt aus der Rechtsprechung zeigt (Randnummern jeweils nach juris):

Ordentliche Gerichtsbarkeit: BGH, Urt. v. 18.07.2014, V ZR 151/13, Rn. 29; OLG Köln, Beschl. v. 03.11.2014, I-2 U 82/14 und 2 U 82/14, Rn. 6 f.; LG Kleve, Urt. v. 03.03.2015, 4 O 35/13, Rn. 24; AG Ludwigshafen, Beschl. v. 22.07.2015, 3b IN 414/14 Lu, Rn. 14.

Arbeitsgerichtsbarkeit: BAG, Urt. v. 13.11.2014, 6 AZR 868/13, Rn. 20; ArbG Berlin, Urt. v. 04.12.2013, 56 Ca 9425/13, Rn. 36.

Verfassungsgerichtsbarkeit: BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2 BvR 2044/07, Rn. 62; BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, 1 BvR 1905/02, Rn. 63.

Verwaltungsgerichtsbarkeit: BVerwG, Urt. v. 17.07.2014, 5 C 20/13, Rn. 17; OVG Magdeburg, Beschl. v. 04.11.2015, 3 L 315/13, Rn. 8; VG Berlin, Urt. v. 22.01.2016, 4 K 169.15, Rn. 24.

Sozialgerichtsbarkeit: BSG, Urt. v. 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R, Rn. 20; LSG Essen, Beschl. v. 13.07.2015, L 7 AS 1088/15 B ER und L 7 AS 1089/15 B, Rn. 18; SG Potsdam, Urt. v. 29.01.2016, S 39 AS 2906/14, Rn. 19.

Finanzgerichtsbarkeit: BFH, Urt. v. 18.01.2011, X R 13/10, Rn. 23; FG Münster, Urt. v. 24.07.2015, 4 K 1494/13 F, Rn. 24.

<sup>18</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 119 ff.; *Canaris*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, 2010, 263–308, 302 ff. m. w. N.

<sup>19</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 426 ff.

Annahmen zugrunde, wie sie die klassische juristische Methode ausgehend von *Savigny* und dem Rechtspositivismus ausgebildet hat.

## II. Anpassung des klassischen Auslegungskanons

Glaut man den kritischen Stimmen im Schrifttum, dann ist die klassische Methodenlehre aber gescheitert. Schon 1970 erklärte *Esser*, „daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet“<sup>20</sup>, kurz danach verkündete *Haverkate* das „Ende der juristischen Methode als Mittel der Erkenntnisvergewisserung bei der jurisprudentiellen und judiziellen Rechtssatzproduktion“<sup>21</sup>. Und mancher „weiß es längst: Die überkommene juristische Methodenlehre hat versagt. Gründlich. Das volle Ausmaß ist zumindest denen bekannt, die sich um unser methodisches Rüstzeug ernsthaft und intensiv kümmern.“<sup>22</sup>

Besonders kritisch wird das Entzweien von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis gesehen; es heißt, dass sich die beiden – jedenfalls in Deutschland – seit jeher schwertäten, zusammenzufinden.<sup>23</sup> Zur Überwindung dieses Grabens müsse das rechtspositivistische Dogma der Trennung von Recht und Ethik überwunden werden.<sup>24</sup>

Dieser Kritik waren zwei für die Methodendiskussion entscheidende Monographien vorausgegangen: 1960 *Gadamer*s „Wahrheit und Methode“<sup>25</sup> und 1953 *Viehwegs* „Topik und Jurisprudenz“<sup>26</sup>.

Die methodischen Fragestellungen veränderten sich nach dem Erscheinen von *Gadamer*s Monographie tiefgreifend. Es wurde nicht mehr hinterfragt, welche Methoden für eine objektive Auslegung nötig sind, sondern hinterfragt wurde der Prozess des Erkennens selbst. In den Mittelpunkt der Methodendiskussion rückte damit der

---

<sup>20</sup> *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 7 (Hervorhebung des Originals nicht übernommen); kritisch *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2012, S. 130 m. w. N.

<sup>21</sup> *Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, 1977, S. 163.

<sup>22</sup> *Grasnick*, JR 1998 179–184, 179.

<sup>23</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 159; so auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 7; *Neumann*, Rechtstheorie 32 (2001) 239–255, 239.

<sup>24</sup> Deutlich etwa *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 15.

<sup>25</sup> *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1960.

<sup>26</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 1953.

Vorgang des Verstehens überhaupt.<sup>27</sup> Mit dieser zentralen Frage war die Hermeneutik *Gadamer*s selbst zwar keine Methode, sondern „Transzendentalphilosophie in dem Sinne, dass sie die *Bedingungen der Möglichkeit von Sinnverstehen überhaupt* benennt“<sup>28</sup>. Der Blick richtete sich nicht mehr allein auf das Beobachtungsobjekt, sondern vor allem auch auf den Beobachtungsvorgang an sich. *Gadamer*s Hermeneutik wendete sich dabei „gegen den objektivistischen Erkenntnisbegriff“<sup>29</sup>, der den zuvor entwickelten Methodenlehren in unterschiedlichem Ausmaß zugrunde lag. Seitdem wird bezweifelt, dass es überhaupt grundsätzlich möglich ist, den Inhalt von Recht objektiv zu bestimmen.

Der objektivistische Erkenntnisbegriff wurde auch in der im gleichen Zeitraum entwickelten Argumentationstheorie aufgegeben, die als erster *Viehweg*<sup>30</sup> für die deutsche Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht hatte. Die von *Viehweg* entwickelte Topik wendete sich gegen eine deduktive Auslegung von Recht; sie erkannte in der Jurisprudenz eine Form der auf *Cicero* zurückgehenden Argumentationstechnik. Für die „Richtigkeit“ einer Auslegung sollten nicht mehr die systematischen oder logischen Zusammenhänge relevant sein, sondern allein das im Kontext des Problems entwickelte Argument.<sup>31</sup>

Nach *Kaufmann*s Ansicht haben Argumentationstheorie und Hermeneutik zusammen nachgewiesen, dass „die von *Savigny* herrührende und noch heute nicht überwundene Auslegungslehre, nach der es nur die geschlossene Zahl von vier „Elementen“ (Modi der Argumentation) gibt [...] [,] falsch“<sup>32</sup> sei. Der Mainstream rückte dennoch nicht grundsätzlich von seinem Objektivitätsdogma ab, sondern erweiterte lediglich die vier Modi um weitere Elemente, wie *Dreiers* Ausführungen aus dem Jahr 1976 zeigen:

„In Erweiterung der [...] Savignyschen Vierzahl kennt die heutige juristische Methodenlehre mindestens sieben Elemente (Regeln,

<sup>27</sup> Deutlich bei *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 27 ff., 40 ff., 119 ff., 133 ff.

<sup>28</sup> *Kaufmann*, in: ders./Hasemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 26–147, 100 (Hervorhebung des Originals).

<sup>29</sup> *Ders.*, in: ders./Hasemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 26–147, 101 (Hervorhebungen des Originals nicht übernommen).

<sup>30</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 1953.

<sup>31</sup> *Ders.*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 41 ff.; siehe auch *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, S. 230.

<sup>32</sup> *Kaufmann*, in: Kaufmann/Hasemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 26–147, 103.

Canones, Methoden) der Auslegung: das verbale (grammatische, philologische), das logische (begriffsanalytische), das genetische (entstehungsgeschichtliche), das dogmengeschichtliche (theorie-, problem-, instituts- und/oder normgeschichtliche), das systematische, das komparative (rechtsvergleichende) und das teleologische (die Argumentation aus dem Zweck des Gesetzes, die wiederum entweder auf die subjektiven Zielvorstellungen des Gesetzgebers oder auf die objektive soziale Funktion des Gesetzes bzw. einer rechtlichen Institution abgestellt sein kann). Mit ihnen sowie einigen ergänzenden Argumentformen, die systematisch teils in der Auslegungs-, teils in der Lückenfüllungslehre angesiedelt werden, steht der Jurisprudenz ein methodologisches Instrumentarium zur Verfügung, das sich in der juristischen Praxis weithin bewährt hat.<sup>33</sup>

### III. Paradoxie oder Endlosregress der juristischen Auslegung?

Neben *Gadamer's* Hermeneutik und *Vielhwegs* Topik hat die Postmoderne noch viele andere Angriffspunkte an der Erkenntnistheorie der klassischen Jurisprudenz ausgemacht. Zwei davon, für diese Arbeit von besonderer Relevanz, sind der Vorwurf der Paradoxie juristischer Entscheidungsfindung (darauf wird nochmals bei *Koskenniemi* zurückzukommen sein)<sup>34</sup> und der des Endlosregresses (darauf wird nochmals bei der hierarchischen Stellung der Völkerverfassung zurückzukommen sein)<sup>35</sup>.

Das Problem der Paradoxie wurde insbesondere von *Luhmann* formuliert. Dessen systemtheoretischer Standpunkt ist hier auch deswegen von Interesse, weil er Eingang in die Konstitutionalisierungsdebatte gefunden hat. Vor allem *Teubner* und *Fischer-Lescarno* haben auf *Luhmann* aufbauend eine eigene Völkerverfassungstheorie entworfen, die in wesentlichen Punkten vom Mainstream der Konstitutionalisierungsdebatte abweicht.<sup>36</sup>

Der Mainstream der Konstitutionalisierungsdebatte will durch seinen Ansatz das Recht stärken. Ein solcher Anspruch würde ins Leere laufen, ginge man davon aus, dass Recht keine gesteigerte Objektivität einnahme gegenüber anderen Formen der Gestaltung der internationalen Ordnung wie etwa realpolitischen Entscheidungen der

<sup>33</sup> *Dreier*, in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, 13–47, 25.

<sup>34</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. B.III.2.b).

<sup>35</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.III.

<sup>36</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.I.3.

Staaten. Dieser Objektivitätsanspruch setzt wiederum voraus, dass das Recht die internationale Ordnung ordnen (d. h. determinieren) und die vom Recht intendierte Ordnung im Einzelfall objektiv bestimmt werden kann, das heißt, dass das Recht auslegungsfähig ist.

Systemtheoretische Ansätze müssten der Auslegungsfähigkeit von Recht mit *Luhmanns* prägnant formulierter „Paradoxie des Entscheidens“ aber widersprechen:

„Die Entscheidung muß über sich selbst, aber dann auch noch über die Alternative informieren, also über das Paradox, daß die Alternative eine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung) und zugleich keine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung).“<sup>37</sup>

Bei der Auslegung von Recht nach klassischen Methoden müsste man ebenfalls vor diesem Paradox stehen: Die Interpretation muss aus dem Recht heraus gleichzeitig über das informieren, was von den möglichen Auslegungsergebnissen Recht ist, und über das, was von den möglichen Auslegungsergebnissen Unrecht ist. Das Recht kann aber eine solche Gleichzeitigkeit aus sich heraus nicht leisten. Daher müsste es per se in-deterministisch sein.

Das Dogma des rechtlichen Determinismus wurde auch von Seiten der Sprachphilosophie in Zweifel gezogen. Ohne Vorverständnis der Bedeutung eines Begriffs könne dem Begriff selbst keine eigenständige Bedeutung entnommen werden; eine Objektivität in diesem Sinne gäbe es nicht. Für die Auslegung des Rechts haben diese Zweifel allen voran *Müller/Christensen* formuliert.<sup>38</sup> In *Christensens* Worten lautet der Vorwurf wie folgt:

„Kein Weg zur Erfassung sprachlicher Bedeutung ist unfehlbar. Die Behauptung der Regel bedarf ihrerseits der Rechtfertigung durch den Nachweis einer korrekten Anwendung einer dafür wiederum zuständigen Regel. Statt dass sich also hier eine Grenze schließt, öffnen sich unabsehbare Horizonte.“<sup>39</sup>

<sup>37</sup> *Luhmann*, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 123 ff. (Zitat auf S. 142); *Luhmann* selbst wollte damit wohl nicht die juristische Methode in Frage stellen, siehe *Lahusen/Renner*, in: FS Teubner, 2009, 69–82, 71 ff.; kritisch zum Paradoxie-Verständnis bei *Luhmann K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 106; 104 ff. und 107 ff.

<sup>38</sup> *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013.

<sup>39</sup> *Christensen*, in: Krüper/Merten/Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, 2010, 128–138, S. 129.

*Christensens* Vorwurf bedeutet, dass sich die juristische Auslegung in einem Endlosregress erschöpfen muss, denn die sprachliche Fassung allein genügt nicht als Maßstab für die Richtigkeit einer Auslegung.

Beide Einwände – der der Paradoxie und der des Endlosregresses – sind nicht falsch; sie widerlegen zunächst einen universellen Wahrheitsanspruch klassischer Methoden und verdeutlichen, dass Auslegung (auch) schöpferisch sein muss und nicht streng objektiv sein kann. Sie belegen hingegen nicht, dass es stattdessen eine rein schöpferische Universalmethode abseits des geschriebenen Rechts geben müsste. Dass der Rechtspositivismus keine absoluten Wahrheiten erzeugen kann, war schon dessen Anhängern bewusst, wie *Kelsens* Ausführungen zeigen:

„Die Frage, welche der im Rahmen einer Norm gegebenen Möglichkeiten die ‚richtige‘ ist, ist – voraussetzungsgemäß – überhaupt keine Frage der auf das positive Recht gerichteten Erkenntnis, ist kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches Problem.“<sup>40</sup>

Auch *Hart* war klar, dass Rechtspositivismus und schöpferische Auslegung kein Widerspruch sind:

„Laws require interpretation if they are to be applied to concrete cases, [...] it is patent [...] that the open texture of law leaves a vast field for a creative activity which some call legislative.“<sup>41</sup>

Die postmoderne Kritik ist demgegenüber oftmals Ausdruck eines Regelskeptizismus, der in dieser Form nicht gerechtfertigt ist, weil er überzogene Ansprüche an die Leistungsfähigkeit von Recht stellt.<sup>42</sup> *Hart*, der nach eigener Einschätzung die sprachphilosophische Wende befürwortete,<sup>43</sup> erklärt den postmodernen Regelskeptizismus mit einem enttäuschten Regelabsolutismus:

„The sceptic’s conception of what it is for a rule to exist, may thus be an unattainable ideal, and when he discovers that it is not attained by

---

<sup>40</sup> *Kelsen*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2010, 1113–1122, 1117.

<sup>41</sup> *Hart*, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, S. 204.

<sup>42</sup> So auch *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 42 f.

<sup>43</sup> *L. Green*, in: Raz/Bullock (Hrsg.), *The Concept of Law by Hart*, H. L. A., 3. Aufl. 2012, xv–lii, xlvii.

what are called rules, he expresses his disappointment by the denial that there are, or can be, any rules.<sup>44</sup>

Legt man einen nur hinreichend hohen Maßstab an die Objektivität von Normen an, muss eine Methodenlehre versagen, die es für möglich hält, den Regelungsgehalt dieser Norm genau zu erkennen. Das Scheitern am unerreichbaren Ideal wird dann zum Scheitern der Methode insgesamt.

Aus dem Fehlen schärfster Grenzen kann man also nicht den Umkehrschluss ziehen, dass eine Regel gar nicht gelte oder ihr gar kein normativer Wert entnommen werden könne.<sup>45</sup> Selbst einfachste Vorschriften wie das Rechtsfahrgebot wird man nicht so genau ausgestalten können, dass sie aus sich heraus alle Fallgestaltungen vollständig regeln. Man denke an die Situationen, in denen es zum Beispiel zur Gefahrenvermeidung gerechtfertigt sein kann, die Spur zu wechseln, ohne dass dies rechtlich (ausdrücklich) geregelt sein müsste. Und dennoch dürfte man sich einig sein, dass das Rechtsfahrgebot einen hinreichend gesicherten Regelungsbereich hat. Man käme nicht auf die Idee, den Unschärfbereich der juristischen Methode hier als Nachteil zu werten oder diesen Unschärfbereich als Nachweis eines prinzipiellen Indeterminismus des Rechtsfahrgebots anzusehen.

Die Paradoxie der Entscheidung, wie sie *Luhmann* formuliert, ist in Wahrheit also nur dann paradox, wenn man voraussetzt, dass die Entscheidung rein logisch aus sich heraus zu treffen ist. Gleiches gilt für den Vorwurf des Endlosregresses. Nur wenn man die juristische Auslegung rein logisch-deduktiv verstünde, wäre ein endloser Rekurs auf immer höhere Meta-Ebenen notwendig. Es darf bezweifelt werden, dass die Rechtswissenschaft einen Anspruch auf einen so strengen Syllogismus jemals ernsthaft formuliert hat.

#### **IV. Zwischenfazit: Überleben klassischer Methoden und Annahmen**

Die juristische Methodenlehre hat sich durch zusätzliche Auslegungsmethoden mehrere Schritte von der reinen logisch-systematischen Anwendung des Rechts, unter Ausblendung jeglicher außerrechtlicher, das heißt nicht-positiver Gesichtspunkte

---

<sup>44</sup> *Hart*, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, S. 138; Neumann fügt dem hinzu, dass Regelskeptiker nichts anderes als enttäuschte Regelplatonisten seien: *Neumann*, *Rechtstheorie* 32 (2001) 239–255, 252 f.; siehe dazu auch *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 42 f.

<sup>45</sup> Ähnlich *Neumann*, *Rechtstheorie* 32 (2001) 239–255, 253 f.

entfernt. Die Erweiterung der *canones* bricht dennoch nicht mit zentralen methodischen Prämissen der klassischen Rechtswissenschaft: Die Auslegungsfähigkeit des Rechts wird nicht grundsätzlich in Frage gestellt; die Möglichkeit, bereits im Recht enthaltene Vorgaben objektiv zu erkennen, wird vorausgesetzt; und juristische Auslegungsregeln werden weiterhin für geeignet gehalten, diesen objektiven Gehalt herauszuarbeiten. Nicht mehr ausgeschlossen wird aber, dass ein mehr oder weniger großer Unschärfebereich bei der Rechtsanwendung verbleibt, der Raum für Rechtschöpfung lässt.

Es lässt sich festhalten, dass man trotz aller Kritik in der deutschen Rechtspraxis davon ausgeht, dass der normative Inhalt einer Regelung mittels rationaler Methoden ermittelt werden kann und die Interpretation von Recht weiterhin objektiver ist als dessen reine Konstruktion. Recht kann daher auch determinieren – wie die Praxis in Gerichten und Verwaltung sowie die Tätigkeit der Rechtsdogmatik bestätigen. In Deutschland stützen sich Richterinnen und Richter in ihren Entscheidungen weiterhin täglich tausendfach auf juristische Methoden, die schon längst nicht mehr richtig sein sollen. Dabei berufen sie sich besonders häufig auf die von *Larenz* begründete und von *Canaris* fortgeführte Form der „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“.<sup>46</sup> Juristische Methoden – auch die der Rechtswissenschaft – sind der Richterin und der Verwaltungsbeamtin eben doch eine Hilfe bei ihrer Entscheidungsfindung.

Diese Beobachtung räumt zwar nicht alle Zweifel an der juristischen Methode aus; sie kann keinesfalls jene Kritiker und Kritikerinnen widerlegen, die die juristischen Methoden mit dem Prisma der Erkenntnistheorie betrachten. Sie verdeutlicht aber, dass die Rechtspraxis auf Methoden angewiesen ist. Die Rechtspraxis braucht Orientierung und Komplexitätsreduzierung durch Auslegungsregeln. Insofern haben juristische Methodenlehren weiterhin ihre uneingeschränkte Berechtigung dort, wo Recht als streitentscheidendes Medium Anwendung finden muss. Dabei darf man nicht vergessen, dass Richtern mit epistemologischer Offenheit nicht geholfen ist; jedenfalls nicht solange, wie ihnen die Funktion der Streitlösung auf der Grundlage des Rechts zugewiesen bleibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die epistemologische Offenheit in epistemologische Ratlosigkeit umschlägt. Es ist nicht zu erwarten, dass die Erkenntnistheorie das Problem der Rechtserkenntnis abschließend lösen wird;<sup>47</sup> dann darf man dies aber auch nicht von den Praktikern erwarten.

<sup>46</sup> Für Nachweise der Rechtsprechung siehe Kap. 2, Fn. 17; kritisch zur Verwendung *Rüthers*, NJW 49 (1996) 1249–1253, 1250, 1252 f.

<sup>47</sup> So z. B. *Grasnick*, JR 1998 179–184, 181, mit Verweis auf *Feyerabend*, Wider den Methodenzwang, 1986, der für einen wissenschaftlichen Anarchismus plädiert.



## B. Skizze der völkerrechtlichen Methodenkritik

Die Überzeugung, dass Recht die gesellschaftliche Ordnung vorhersehbar ordnen (d. h. determinieren) kann, ist im Völkerrecht aufgrund der anhaltenden Methodenkritik weniger stark ausgeprägt. Auch im Völkerrecht setzte die moderne Methodendiskussion bei der Kritik des Rechtspositivismus an.<sup>48</sup>

Dieser Diskussion vorausgegangen war – so die gängige Meinung – die Ablösung des Naturrechts durch den Rechtspositivismus Ende des 19. Jahrhunderts.<sup>49</sup> Der Rechtspositivismus konnte sich aber nicht auf Dauer gegenüber der Vorstellung durchsetzen, dass sich das Recht aus etwas Überrechtlichem ableitet; der Rechtspositivismus wurde kurze Zeit später selbst angegriffen.

Moderne Theorien (insbesondere der Rechtsrealismus und die Rechtssoziologie) warfen dem Rechtspositivismus in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts grundsätzliches Versagen vor.<sup>50</sup> Das Vertrauen in die Geltung und Durchsetzungskraft des gesetzten Rechts habe nicht den verheerenden Ersten Weltkrieg verhindern können. Im Rahmen dieser modernen Kritik wendete sich am weitesten der Rechtsrealismus von der positivistischen Sichtweise ab, indem er die Existenz und Geltung von

<sup>48</sup> *Collins*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 25 ff.; *Kennedy*, NJIL 65 (1996) 385–420, 386; der Positivismus ist auch weiterhin Ausgangspunkt vieler methodischer Abhandlungen, bekannt etwa *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 38: „I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart's version as a target, when a particular target is needed.“

<sup>49</sup> So *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, S. 591 ff.; *Neff*, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl. 2014, 3–28, 13 ff.; *García-Salmones Rovira*, *The Project of Positivism in International Law*, 2013, S. 20 ff.; die binäre Sicht aus der schematischen Gegenüberstellung von Positivismus und Naturrecht des 19. Jahrhunderts (vgl. z. B. *Shaw*, *International Law*, 2014, 19 f.) wird man nach neueren Erkenntnissen aber nicht mehr aufrechterhalten können: *Collins*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 28 f. m. w. N., 36 ff.; *Vec*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 654–677, 670, 677; *Koskenniemi*, in: J. D. Armstrong (Hrsg.), *Routledge Handbook of International Law*, 2009, 141–153; *ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 122 ff., 131 ff., 159 ff.; *Kennedy*, NJIL 65 (1996) 385–420; da aber in aller Regel eine überzeichnete Form des Positivismus kritisiert wurde (*ders.*, NJIL 65 (1996) 385–420, 386), kommt es auf die differenzierte Auseinandersetzung für die Diskussion der Positivismuskritik ebenfalls nicht an.

<sup>50</sup> Vor allem *Morgenthau*, *Am. J. Int. Law* 34 (1940) 260–284, 260, 265, 269; zurückhaltender *Scelle*, *RdC* 46 (1933) 327–703, 332 ff.; siehe hierzu auch *Diggelmann*, *Anfänge der Völkerrechtssoziologie*, 2000, S. 24 ff., 35 ff.

Völkerrecht im Wesentlichen von außerrechtlichen Bedingungen der internationalen Gesellschaft abhängig machte.<sup>51</sup>

Dieser ersten Welle an Kritik konnte sich der Rechtspositivismus noch größtenteils entziehen und im Gewand eines „pragmatischeren“ Ansatzes im Mainstream der Völkerrechtswissenschaft durchsetzen, bis ihn schließlich die postmoderne kritische Rechtsschule einholte.<sup>52</sup> Die hergebrachte juristische Methode wird hier insbesondere von jüngeren Fundamentalkritiken herausgefordert.

Nachfolgend wird sich dabei zeigen, dass die Kritik am Rechtspositivismus in vielfacher Hinsicht überzogen war; sie führte dennoch dazu, dass sich eine breite – auch rechtswissenschaftlich – anerkannte Standardmethode im Völkerrecht nicht entwickeln konnte. Zwar wird man die Auslegungsmethoden der internationalen Gerichte als rechtspositivistisch gefärbt ansehen können, deren Grundlagen sind aber weiterhin stark umstritten. Zeichen dieses bestehenden Vorbehalts gegenüber klassischen juristischen Methoden im Völkerrecht sind auch jüngere Fundamentalkritiken wie die von *Goldsmith/Posner* und insbesondere *Koskenniemi*s Position.

## I. Keine Standard-Methodenlehre

In der *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* wird die grundsätzliche Auslegungsfähigkeit von Recht nicht in Frage gestellt. Auslegung wird dort als das Verfahren beschrieben, das einerseits die bereits bestehende Bedeutung einer Norm herausarbeitet und andererseits eine (subjektive) schöpferische Dimension enthält.<sup>53</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Vorstellung ist trotz des schöpferischen Aspekts rechtspositivistisch geprägt und spiegelt im Wesentlichen die Vorgehensweise der internationalen Rechtspraxis wider.<sup>54</sup> Eine rechtspositivistische Standardmethode

<sup>51</sup> *Collins*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 27 f.; zur Herkunft der ablehnenden Haltung Morgenthau im Weimarer Methodenstreit siehe *Koskenniemi*, in: Byers (Hrsg.), *The Role of Law in International Politics*, 2001, 17–34, S. 23; *ders.*, *The Gentle Civilizer of Nations*, 2002, S. 413 ff.

<sup>52</sup> Spätestens seit *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 1989; zum Vorstehenden siehe *Collins*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 24 f., 49; zur Antwort auf die critical legal studies in Form eines neuen Formalismus siehe *Altwickler/Diggelmann*, *SZIER* 24 (2014) 69–92, 90 ff.

<sup>53</sup> *Herdegen*, in: *MPEPIL*, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 1.

<sup>54</sup> Ausführlich hierzu *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 303 ff., 583, mit einer stärkeren Betonung des ursprünglichen Staatenwillens.

hat sich im Völkerrecht dennoch nicht etablieren können, wie Zustandsbeschreibungen unterschiedlicher Völkerrechtler des letzten Jahrhunderts bezeugen.

*Morgenthau* schrieb zum Beispiel 1940:

„Compared to municipal law, international law is in a retarded stage of scientific development. As represented by its sanest elements, the science of international law still stands where the science of municipal law stood 1910.“<sup>55</sup>

Ende der 1950er Jahre stellte *Schüle* auf der Tagung der Gesellschaft für Völkerrecht die These auf, dass die Völkerrechtswissenschaft über keine „ausgereifte[n] und gesicherte[n] Erkenntnisverfahren [verfüge], die bei Anlegung strenger Maßstäbe als ‚Methoden‘ im eigentlichen Sinne angesehen werden könnten“<sup>56</sup>. Der Völkerrechtswissenschaft stehe daher die „Herausbildung einer eigenständigen Methodenlehre [...] als Aufgabe noch bevor.“<sup>57</sup>

Vier Jahre später befand *Sauer*, dass eine „eigentliche Methodologie, das heißt, eine Methodenlehre für die wissenschaftliche Erforschung des Völkerrechts“<sup>58</sup>, nicht existiere, die Wissenschaft des Völkerrechts sich schlechthin in einem beklagenswerten Zustand befände.<sup>59</sup>

*Bleckmann* störte sich 1977 daran, dass sich die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre zu stark auf die drei klassischen Rechtsquellen konzentriere.<sup>60</sup> Wenig später hielt er fest, dass es an umfassenden Arbeiten fehle:

„Die Völkerrechtsliteratur hat sich um die Methoden ihrer Wissenschaft bisher wenig Gedanken gemacht: nur sehr wenige Aufsätze versuchen diese Problematik zu begründen und bleiben schon wegen ihrer Kürze stark an der Oberfläche.“<sup>61</sup>

<sup>55</sup> *Morgenthau*, Am. J. Int. Law 34 (1940) 260–284, 264.

<sup>56</sup> *Schüle*, AVR 8 (1959) 129–150, 129.

<sup>57</sup> *Ders.*, AVR 8 (1959) 129–150, 129.

<sup>58</sup> *E. Sauer*, NJIL 33 (1963) 121–131, 121.

<sup>59</sup> *Ders.*, NJIL 33 (1963) 121–131, 121.

<sup>60</sup> *Bleckmann*, ZaöRV 37 (1977) 504–529, 516 f.

<sup>61</sup> *Ders.*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, 1982, S. 9; ähnlich *ders.*, Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht, 1981, S. 10 f.

Und 2007 hält *Marauhn* fest, dass Forschungsfragen auf völkerrechtlicher Ebene „nicht ausschließlich disziplinär“<sup>62</sup> gelöst werden können, obgleich sie ihren Ausgang in der hermeneutischen Methode und dem vorsichtigen Bekenntnis zum Rechtspositivismus nehmen: Zum „sicheren Terrain“ der hermeneutischen Betrachtung gehöre „die grammatische, die systematische und die teleologische Auslegung“ und auch „die Subsumtion mit ihrem Dreischritt [gibt] einen gewissen Halt“.<sup>63</sup> *Marauhn* meint weiter, dass in der „Koppelung von völkerrechtlichem Positivismus und Hermeneutik [...] die aussichtsreichste Grundlage für eine anwendungsorientierte Völkerrechtswissenschaft“<sup>64</sup> liege. Nichtsdestotrotz hält auch er die methodologischen Untersuchungen, besonders im Bereich der Rechtsanwendung, für lückenhaft.<sup>65</sup>

Die Diskussion der völkerrechtswissenschaftlichen Methoden bleibt meist in solchen Aufrufen zur Ausarbeitung einer Methodenlehre verhaftet.<sup>66</sup> Das könnte ein Zeichen sein, dass Völkerrecht schlechthin nicht für ein einheitliches Methodenverständnis geeignet ist. Ein Grund hierfür könnte in einem unüberwindbaren völkerrechtlichen Pluralismus liegen:

„Der Mangel einer ausgebildeten völkerrechtswissenschaftlichen Methodik erklärt sich aus der Vielfältigkeit der völkerrechtlichen Theorien, dem heterogenen Charakter des Völkerrechts und der Verschiedenartigkeit des juristischen Denkens dieser Welt.“<sup>67</sup>

Diese Vielfältigkeit wird allerdings unterschiedlich bewertet;<sup>68</sup> unstreitig dürfte sein, dass ein nationalstaatlich geprägter Pluralismus keine geeignete Grundlage für die Völkerrechtswissenschaft sein kann.<sup>69</sup> Der Facettenreichtum des Völkerrechts wird

---

<sup>62</sup> *Marauhn*, ZaöRV 67 (2007) 639–656, 652.

<sup>63</sup> *Ders.*, ZaöRV 67 (2007) 639–656, 653 (alle Zitate a.a.O.).

<sup>64</sup> *Ders.*, ZaöRV 67 (2007) 639–656, 653.

<sup>65</sup> *Ders.*, ZaöRV 67 (2007) 639–656, 644.

<sup>66</sup> Symptomatisch *Bleckmann*, Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht, 1981, S. XI: „Der eigentliche Sinn dieses Buches ist vielmehr ein Plädoyer für die Aufnahme der Methodendiskussion auch im Völkerrecht.“

<sup>67</sup> So schon *Schüle*, in: *ders./Gamillschegg/Möller/Bülck* (Hrsg.), Methoden der Völkerrechtswissenschaft, 1959, 23–24, 24; es überrascht nicht, dass vor allem deutsche Völkerrechtler einer Einheitsmethode nachspüren, vgl. *Djeffal*, TLT 5 (2015) 128–157, S. 150 ff.

<sup>68</sup> Zum Pluralismus siehe *Paulus*, ZaöRV 67 (2007) 695–719, 706 ff.; *ders.*, in: *ders./Dethloff/Giegerich/Schwenzer/Krieger/Ziegler/Talmon/Schack* (Hrsg.), Internationales, nationales und privates Recht, 2014, 7–46; und die dazugehörige Diskussion bei *Paulus/Dethloff/Giegerich/Schwenzer u. a.* (Hrsg.), Internationales, nationales und privates Recht, 2014, S. 87 ff.

<sup>69</sup> *Peters*, ZaöRV 67 (2007) 721–776, 775: „Der epistemische Nationalismus der Rechtswissenschaften, der teilweise auch noch in der Völkerrechtswissenschaft herrscht, ist nicht nur ein

darüber hinaus aber auch als erstrebenswert, jedenfalls aber als notwendig, erachtet.<sup>70</sup> Soweit man die Vielfalt als Chance sieht, wird man die Wahl der „richtigen“ Methode letztendlich jedem einzelnen Anwender überlassen müssen.<sup>71</sup>

Eine solche freie Wahl der Auslegungsmethode könnte zwar zu einem Wettbewerb um die richtige Auslegung führen, dem schließlich eine fruchtbare Diskussion und das richtige Verständnis des Rechts folgen könnten, letzten Endes würde darunter aber auch die Kohärenz der internationalen Rechtsordnung leiden. Wer die Wahl zwischen verschiedenen Methoden hat, hat auch die Wahl über das Auslegungsergebnis; unter der Inkohärenz der Völkerrechtsordnung würde unweigerlich deren Legitimität leiden. Das Ideal der möglichst kohärenten Anwendung von Recht und juristischen Methoden sollte daher nicht – jedenfalls nicht in der Rechtspraxis – aufgegeben werden.

Trotz der Notwendigkeit einer möglichst einheitlichen Auslegung verfügte das Völkerrecht seit Beginn der modernen Methodendiskussion aber über keine anerkannte Standardmethode.<sup>72</sup> Eine „Methodenlehre der Völkerrechtswissenschaft“ etwa, wie sie *Larenz* für das deutsche Recht entwickelt hatte, gab es nie und sie ist auch nicht in Sicht. Dies auch deswegen, weil sich die Positivismuskritik im Völkerrecht stärker durchsetzen konnte als im nationalen Recht.

## II. Völkerrechtliche Positivismuskritik

Der internationale Rechtspositivismus wurde vor allem von *Oppenheim* geprägt, der auch maßgeblich die Rechtspraxis beeinflusst hat.<sup>73</sup> *Oppenheim* setzte sich für eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem bestehenden Recht ein:

„The positive method is that applied by the science of law in general, and it demands that whatever the aims and ends of a worker and researcher may be, he must start from the existing recognized rules of

---

wissenschaftliches, sondern auch ein politisches Skandalon.“

<sup>70</sup> Paulus nennt hier vor allem Luhmanns Systemtheorie und die Critical Legal Studies: *Paulus*, ZaöRV 67 (2007) 695–719, 706 ff.

<sup>71</sup> In diesem Sinne z. B. *d'Aspremont*, *Epistemic Forces in International Law*, 2015, S. 179, 183 ff.

<sup>72</sup> So auch *ders.*, *Epistemic Forces in International Law*, 2015, S. 179.

<sup>73</sup> *Schmoeckel*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 1152–1155, 1155.

international law as they are to be found in the customary practice of the states or in law-making conventions.“<sup>74</sup>

Geradezu enthusiastisch schätzte er das Potenzial der positivistischen Methode ein:

„Ours is the faith that removes mountains, for our cause is that of humanity. The all-powerful force of the good which pushes mankind forward through the depths of history will in time unite all nations under the firm roof of a universally recognized and precisely codified law.“<sup>75</sup>

Genau für diesen Enthusiasmus wurde *Oppenheim* von *Lauterpacht* – ein moderater Positivist<sup>76</sup> – aber später getadelt:

„Men of broad internationalism and of best intentions striving against heavy odds to impress the character of law upon rules of conduct [...]. *Let only the international society believe* that the actual rules are true law and the rest will come. Such a work requires faith. It is with a confession of faith that Oppenheim ends his classical exposition of the positivist method. [...] But this method is fraught with danger. *There is always the possibility that not only will the practice of states be taken as an unquestionable Rule of Law, but that the philosophy underlying this practice will be regarded as a true expression of the tendencies and the possibilities of the international society.*“<sup>77</sup>

*Lauterpacht* warnte vor einem Rechtspositivismus, der im Willen der Staaten begründet ist und dadurch dem Völkerrecht eine am Staatenwillen ausgerichtete liberalistische Ethik zugrunde legt. Dabei wird die Kritik *Oppenheims* Position nicht gerecht. *Oppenheim* begründete seinen Positivismus – anders als zum Beispiel *Jellineks* Selbstverpflichtungslehre<sup>78</sup> – gerade nicht mit einem staatlichen Voluntarismus,

<sup>74</sup> *Oppenheim*, Am. J. Int. Law 2 (1908) 313–356, 333.

<sup>75</sup> *Ders.*, Am. J. Int. Law 2 (1908) 313–356, 356.

<sup>76</sup> *Scobbie*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, 1179–1182, 1181.

<sup>77</sup> *Lauterpacht*, *Economica* 15 (1925) 307–325, 323 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>78</sup> *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 2 f. mit Verweis auf *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820 (datiert auf 1821), § 333: „Der Grundsatz des Völkerrechts, als des allgemeinen, an und für sich zwischen den Staaten gelten sollenden Rechts, zum Unterschiede von dem besonderen Inhalt der positiven Traktate, ist, daß die Traktate, als auf welchen die Verbindlichkeiten der Staaten gegeneinander beruhen, gehalten werden sollen. Weil aber deren Verhältnis ihre Souveränität zum Prinzip hat, so sind sie insofern im Naturzustande gegeneinander, und ihre Rechte haben nicht in einem allgemeinen zur Macht über sie konstituierten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit. Jene allgemeine Bestimmung bleibt daher beim

sondern mit Bezug zur Gemeinschaft der „Familie der Staaten“.<sup>79</sup> Zudem war *Oppenheims* Glaube kein Selbstzweck; dieser Glaube war seiner Ansicht nach notwendig, um das Recht zum Wohle zukünftiger Generationen weiterzuentwickeln:

„The science of international law has a great future to look forward to. Hundreds of hands are wanted to enable a future generation to start codification. And when this task is once achieved, hundreds of hands will again be wanted for the working up of the material supplied by codification.“<sup>80</sup>

Auch wenn man *Oppenheims* Optimismus im Nachhinein als überzogen empfinden mag, sind seine Forderungen mit Art. 13 (1) a. UN-Charta dennoch geltendes Völkerrecht geworden. Zudem war er sich seiner ideellen Sicht bewusst. Es ging ihm nicht um einen blinden Glauben in das von Staaten gesetzte Recht, sondern – ähnlich wie vielen Vertretern der Konstitutionalisierungsidee – um ein gemeinsames Projekt, in dem die zukünftige Völkerrechtsordnung anhand des rechtspositivistischen Ideals möglichst gerecht gestaltet werden sollte. *Lauterpachts* Übersteigerung der Ansicht *Oppenheims* hingegen ist bezeichnend dafür, wie die Kritik am Positivismus im Völkerrecht funktioniert: Sie lebt wie auch im nationalen Recht von dessen Überzeichnung.

Die Überzeichnung des Positivismus durch die Kritiker führte schließlich dazu, dass man sich mit ihm nicht mehr differenziert auseinandersetzte;<sup>81</sup> bald wurde er – wie

---

Sollen, und der Zustand wird eine Abwechslung von dem den Traktaten gemäßen Verhältnisse und von der Aufhebung desselben. Es gibt keinen Prätor, höchstens Schiedsrichter und Vermittler zwischen Staaten, und auch diese nur zufälligerweise, d. i. nach besonderen Willen. Die Kantische Vorstellung eines ewigen Friedens durch einen Staatenbund, welcher jeden Streit schlichtete und als eine von jedem einzelnen Staate anerkannte Macht jede Mißhelligkeit beilegte und damit die Entscheidung durch Krieg unmöglich machte, setzt die Einstimmung der Staaten voraus, welche auf moralischen, religiösen oder welchen Gründen und Rücksichten, überhaupt immer auf besonderen souveränen Willen beruhte und dadurch mit Zufälligkeit behaftet bliebe“ (Hervorhebung des Verfassers; Hervorhebungen des Originals nicht übernommen).

<sup>79</sup> *Oppenheim*, Am. J. Int. Law 2 (1908) 313–356, 317, passim (Zitat auf S. 317); dazu *Collins*, in: Kammerhofer/d’Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 41; *Schmoeckel*, EJIL 11 (2000) 699–712, 707.

<sup>80</sup> *Oppenheim*, Am. J. Int. Law 2 (1908) 313–356, 355 f. (Zitat auf S. 356).

<sup>81</sup> *Kennedy*, NJIL 65 (1996) 385–420, 386; dazu auch *Collins*, in: Kammerhofer/d’Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 29 f.; *Simma/Paulus*, Am. J. Int. Law 93 (1999) 302–316, 302, die letztlich zu einem flexiblen, vom Staatenwillen unabhängigen Verständnis von Positivismus kommen: „In sum, enlightened positivism is identical neither with formalism nor with voluntarism. Both custom and general principles cannot simply be reduced to instances of state will“ (a. a. O., 307 f.). Der Mechanismus der Überzeichnung ist auch in der

bei *Lauterpacht* – auf eine voluntaristische Variante verengt und mit dem uneingeschränkten Vorrang des Willens der Staaten gleichgesetzt.<sup>82</sup>

Rechtsdogmatisch gipfelte dieses übersteigerte Prinzip schließlich in der *Lotus*-Entscheidung<sup>83</sup> des Ständigen Internationalen Gerichtshofs. Darin postulierte das Gericht, dass ein Staat handeln könne, wie er wolle, solange es das Völkerrecht nicht positiv verbiete:

„International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will [...]. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed“<sup>84</sup>.

Diese Ansicht ist aus positivistischer Sicht aber nur richtig, wenn man den Positivismus so (miss-)versteht, dass mit ihm die staatliche Souveränität in die Rechtsquellenlehre und schließlich in die Auslegung fortgeschrieben werden müsste. Wäre das richtig, würde man ultimativ die rechtsbindende Wirkung von Völkerrecht auflösen: Entweder dessen normative Geltung existiert schon gar nicht, da das Recht der Willkür der Staaten entspringt – die Position der Realisten. Oder die Geltung des Rechts reicht nur so weit, wie sich die Staaten selbst gebunden haben und nachfolgend

---

deutschen Methodenlehre bekannt; vor allem auch bei der Auseinandersetzung mit Puchtas Pandektenwissenschaft, die v. a. von Jhering als Begriffsjurisprudenz karikierte: „[...] so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann, – eine Arena für logische Evolutionen für die Gymnastik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuosen die Palme zufällt“ (*von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1904, S. 10, zur Kritik siehe auch a. a. O., S. 10 ff., 304 ff., 331 ff.). Zur Verwendung des Begriffs Begriffsjurisprudenz siehe *J. Schröder*, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2008, Bd. I, 500–502, 500 f.

<sup>82</sup> Deutlich bei *Lauterpacht*, *Economica* 15 (1925) 307–325, 323; in Abgrenzung zu *Oppenheim*, *Am. J. Int. Law* 2 (1908) 313–356, 356; auch heute ist diese Ansicht üblich: *Simma/Paulus*, *Am. J. Int. Law* 93 (1999) 302–316, 303 ff.

<sup>83</sup> StIGH, *Urt. v. 07.09.1927, The Case of the S. „Lotus“, PCIJ, Series A., No. 10, 1927, 5*; es sei angemerkt, dass *Oppenheim* den Fall wohl anders entschieden hätte, denn *Lord Finlay* verweist in seiner abweichenden Meinung ausdrücklich auf das Lehrbuch von *Oppenheim*: *Abweichende Meinung des Richters Lord Finlay*, StIGH, *Urt. v. 07.09.1927, The Case of the S. „Lotus“, PCIJ, Series A., No. 10, 1927, 5, 56 ff.*; für eine Analyse, inwieweit das *Lotus*-Prinzip heute noch Geltung haben könnte und vom IGH im Fall *Kosovo* angewendet wurde, siehe *Peters*, *LJIL* 24 (2011) 95–108.

<sup>84</sup> StIGH, *Urt. v. 07.09.1927, The Case of the S. „Lotus“, PCIJ, Series A., No. 10, 1927, 5, 18.*



gebunden fühlen.<sup>85</sup> Nicht nur steht dieser Schluss im Widerspruch zu einem Positivismus, der die Geltung des Rechts stärken will. Sondern die Letztbegründung des Rechts im unbegrenzten Staatenwillen hat auch verheerende Folgen, wie bereits *Hegel* erkannt hatte:

„Der Streit der Staaten kann deswegen, *insofern die besonderen Willen keine Übereinkunft finden*, nur durch Krieg entschieden werden. Welche Verletzungen aber [...] als bestimmter Bruch der Traktate oder Verletzung der Anerkennung und Ehre anzusehen seien, bleibt ein *an sich Unbestimmbares*, indem *ein Staat seine Unendlichkeit und Ehre in jede seiner Einzelheiten legen kann*.“<sup>86</sup>

Die voluntaristische Variante des Positivismus fand mit der *Lotus*-Entscheidung ihren rechtsdogmatischen Höhepunkt – und damit erst, nachdem sie ihren moralischen Tiefpunkt schon erlebt hatte: Üblicherweise wird dem im 19. Jahrhundert aufgekommenen Rechtspositivismus aus völkerrechtlicher Sicht angelastet, das Ausbrechen des Ersten Weltkrieges nicht verhindert zu haben.<sup>87</sup> Das Zitat *Hegels* zeigt, dass das aber nur richtig ist, wenn man den Rechtspositivismus auf eine voluntaristische Begründung verkürzt. Dieses voluntaristische Bild des vor-modernen Positivismus wurde aber erst im Nachhinein geschaffen:

„Indeed it would be much more accurate to say that this image of the premodern arose alongside the modern, only to be projected back as a screen memory over an otherwise forgotten nineteenth century.“<sup>88</sup>

Die Verzerrung der Zusammenhänge beginnt bereits damit, dass das westfälische System schlechthin mit einer unbegrenzten Souveränität der Staaten verknüpft wurde, obwohl dieser Gedanke erst im 19. Jahrhundert aufgekommen ist:

„Von der ‚Souveränitätsanarchie‘ des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts, in die eine unselige Verbindung von Souveränitätsidee,

<sup>85</sup> *Collins*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 39; *Ago*, *Am. J. Int. Law* 51 (1957) 691–733, 698 ff.

<sup>86</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820 (datiert auf 1821), § 334 (zweite Hervorhebung stammt vom Verfasser).

<sup>87</sup> Zum Zusammenhang von Positivismus und Krieg siehe *Neff*, in: *Evans* (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl. 2014, 3–28, 15; siehe auch *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 159 f. m. w. N.

<sup>88</sup> *Kennedy*, *NJIL* 65 (1996) 385–420, 386.

Rechtspositivismus und Nationalismus führte, ist das Zeitalter des Westfälischen Friedens weit entfernt.<sup>489</sup>

Letztlich dürften die Vorstellung der unbegrenzten Souveränität und deren Verknüpfung mit einem Nationalismus entscheidender für die „unseligen“ Folgen des Rechtspositivismus gewesen sein als der Rechtspositivismus selbst. Schon *Oppenheims* Ausführungen hätten zeigen können, dass sich der Positivismus nicht im Staatenwillen erschöpft, sondern auch in einer Gemeinschaft verortet werden kann.<sup>90</sup> Für eine solche Verortung böte die Konstitutionalisierungsthese eine geeignete Erklärungsgrundlage (dazu später mehr)<sup>91</sup>. Aber auch ohne den Konstitutionalismus konnte sich zu Recht eine moderate Form von Positivismus im Mainstream<sup>92</sup> der Rechtspraxis halten, obgleich die Bekenntnisse der letzten Zeit freilich anders ausfallen als zu *Oppenheims* Zeiten:

„But in reflecting on our day-to-day legal work, we realized that, for better or for worse, we indeed employ the tools developed by the ‚positivist‘ tradition.“<sup>93</sup>

### III. Jüngere Fundamentalkritiken

Die Zurückhaltung, die aus vorstehendem Zitat spricht, erklärt sich damit, dass das Völkerrecht vom ausgehenden 20. Jahrhundert an methodisch immer unter Druck stand, ohne dass es seine Geltung und Effektivität in dem Umfang beweisen konnte, wie es dem nationalen oder supranationalen Recht möglich war.

Nachdem die Völkerrechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vor allem von Vertretern moderner Rechtstheorien begutachtet wurde, setzte in der zweiten Hälfte die Kritik der Verfechter postmoderner Theorien ein. Im Zuge dessen

<sup>89</sup> *Fassbender*, in: Erberich/Hörster/Hoffmann/Kingreen/Pünder/R. Störmer (Hrsg.), *Frieden und Recht*, 1998, 9–52, 27; der Begriff „Souveränitätsanarchie“ ist übernommen von *Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 1987, S. 74; zur Verbindung von voluntaristischem Rechtspositivismus und westfälischem Staat siehe auch *Fassbender*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 865–870, Rn. 21.

<sup>90</sup> *Collins*, in: Kammerhofer/d’Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 23–49, 42.

<sup>91</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. C.

<sup>92</sup> Für ein Beispiel und eine konzise Darstellung dieser Position siehe *Simma/Paulus*, *Am. J. Int. Law* 93 (1999) 302–316, 306 ff.

<sup>93</sup> *Dies.*, *Am. J. Int. Law* 93 (1999) 302–316, 302.

wurden auch die Positionen moderner Rechtstheorien zurückgedrängt, obgleich auch diese nicht gänzlich verschwunden sind. Unter den modernen Rechtstheorien hatte insbesondere der Rechtsrealismus großen Einfluss auf die internationale Ordnung. Dessen Ansätze werden auch heute noch aufgegriffen. Hier ist allen voran die viel diskutierte Abhandlung „The Limits of International Law“ von *Goldsmith/Posner* zu nennen.<sup>94</sup>

Bei den postmodernen Rechtstheorien gewann vor allem die kritische Rechtstheorie an großem Einfluss, deren Vertreter den völkerrechtlichen und -rechtswissenschaftlichen Mainstream besonders deutlich kritisieren.<sup>95</sup> Einer der Leitfiguren dieser Denkschule ist *Koskenniemi*, der mit seinem Werk „From Apology to Utopia“ in besonders nachhaltiger Art und Weise die Völkerrechtswissenschaft verunsicherte.

## 1. Moderne Kritik: „The Limits of International Law“

*Goldsmith/Posner* begründen ihren analytischen Ansatz internationalen Rechts mit der Rational-Choice-Theorie<sup>96</sup> und revitalisieren dabei den Verdacht, dass Völkerrecht nicht wirklich Recht sei.<sup>97</sup> In einer neuen Variation dieses alten Themas der Völkerrechtsskepsis betonen die beiden zwar, dass sie dem Völkerrecht durchaus Rechtsqualität beimessen,<sup>98</sup> sprechen ihm dessen eigenständige Verbindlichkeit aber letztlich dennoch ab;<sup>99</sup> sie halten Völkerrecht vielmehr nur für ein Produkt einer rationalen Entscheidung der Staaten.<sup>100</sup> Eine solche Vorstellung lässt sich nicht mit

<sup>94</sup> Als geistesgeschichtliche Gegenposition der Konstitutionalisierung wurde die Position von *Goldsmith/Posner* bereits zuvor kritisch gewürdigt; siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.III.1. Deren Idee geht zurück auf die „Leugner des Völkerrechts“ – Hobbes, Spinoza, Hegel, Austin; dazu kurz *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 62 ff., der *Goldsmith/Posner* wohl auch zu diesen Leugnern zählt (a. a. O., Rn. 7 f., dort in Fn. 13).

<sup>95</sup> Dazu konzise *Altwickler/Diggelmann*, *SZIER* 24 (2014) 69–92.

<sup>96</sup> Dazu auch *Guzman*, *How International Law Works*, 2008, kritisch zum Ansatz aus politikwissenschaftlicher Sicht *D. P. Green/I. Shapiro*, *Pathologies of Rational Choice Theory*, 1994.

<sup>97</sup> So auch die Einschätzung von *Cremer*, *ZaöRV* 67 (2007) 267–296, 267 f.; von diesem Makel scheint sich das Völkerrecht nicht wirklich lösen zu können, erst jüngst wurde das Problem neu beleuchtet von *Wiegandt*, *ZaöRV* 71 (2011) 31–76; auch wird es weiterhin zum Gegenstand von Lehrbüchern gemacht, vgl. etwa *Dixon*, *Textbook on International Law*, 7. Aufl. 2013, S. 4 ff.; *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 7 ff., 62 ff.

<sup>98</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 3, 194 f.

<sup>99</sup> *Dies.*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 13; so auch in ihrer Einschätzung *Cremer*, *ZaöRV* 67 (2007) 267–296, 268; *Wiegandt*, *ZaöRV* 71 (2011) 31–76, 47.

<sup>100</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 3, 7.

der zentralen Annahme der klassischen juristischen Methode vereinbaren, dass Recht *per se* Geltung zukomme.

Nach der Handlungstheorie der „rational choice“, die auf sozial- und insbesondere wirtschaftswissenschaftlichen Erklärungsmodellen fußt,<sup>101</sup> handeln Staaten nach der Maxime, ihre eigenen Interessen gegenüber anderen Staaten möglichst weit durchzusetzen.<sup>102</sup> Die dann aus dem Zusammenspiel der verschiedenen staatlichen Interessen entstehende Ordnung – materialisiert im Völkerrecht – ist der Sehnsucht der Staaten nach Gütern wie Ordnung, Sicherheit oder wirtschaftlichem Wachstum geschuldet; ein Interesse an der Einhaltung des Völkerrechts *per se* gebe es hingegen nicht.<sup>103</sup> Entscheidend sei, dass sich die Staaten ihrer Interessen und Fähigkeiten – wie militärische Ausstattung, wirtschaftliche Stärke und andere Ressourcen – umfassend bewusst seien. Dadurch entstehe eine stabile Ordnung, die sich nicht ändere, solange sich die Interessen und Fähigkeiten der Staaten nicht ändern. *Goldsmith/Posner* gestehen allerdings ein, dass ein solcher idealer Zustand in der Realität nicht existiere und daher das System ineffizient arbeite.<sup>104</sup>

Für *Goldsmith/Posner* existiert Recht letztlich nur dann, wenn es auch durchgesetzt wird, was im nationalen Recht die Regel und im internationalen Recht die Ausnahme sei.<sup>105</sup> Diese Annahmen zeigen deutlich das rechtsrealistische Erbe der Ausführungen der beiden. Ihre Position zu Ende gedacht bedeutet für das Völkerrecht, dass es nur Reflex, nie aber Grund staatlichen Verhaltens sein kann; es erfüllt nur noch eine rein deskriptive Funktion, das (situative) Sollen ergibt sich aus dem Sein.<sup>106</sup> Eine darüber hinausgehende präskriptive Eigenschaft dürfte es der Ansicht von *Goldsmith/Posner* folgend nicht geben. Entsprechend würde Recht über keine eigenständige Geltung mehr verfügen. Die Auslegung als Fortsetzung dieses Geltungsanspruchs wäre mithin bedeutungslos. Das Eigeninteresse der Staaten an der Befolgung des Rechts kann diesen Geltungsanspruch auch nicht ersetzen, weil dieses

<sup>101</sup> Für einen Überblick siehe *van Aaken*, EJIL 17 (2006) 289–308.

<sup>102</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 3 ff.

<sup>103</sup> *Dies.*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 6 ff., 9; so auch die Zusammenfassung bei *Cremmer*, ZaöRV 67 (2007) 267–296, 267 ff.

<sup>104</sup> Zum Vorstehenden *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 10 ff.

<sup>105</sup> *Dies.*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 195 ff., kritisch dazu auch *Koskenniemi*, TIL 8 (2006) 9–36, 14.

<sup>106</sup> So die Konsequenz auch richtig beschrieben von *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 218 ff.

Eigeninteresse nur eine – gemessen an den Interessen und Fähigkeiten der Staaten – situative Bindung darstellt.

Unabhängig davon, dass *Goldsmith/Posners* Art und Weise der Anwendung der Rational-Choice-Theorie schon nicht überzeugt,<sup>107</sup> ist ihr Ansatz nicht mehr zeitgemäß: Er hätte allenfalls die Entstehung von klassischem Völkerrecht beschreiben können, wobei er auch schon damals institutionelle Prozesse innerhalb internationaler Organisationen vernachlässigt hätte. Letzten Endes ist *Goldsmith/Posners* Argumentation aber tautologisch; ihre Schlüsse folgen bereits aus ihren beschränkten<sup>108</sup> Prämissen der Handlungstheorie: Eine eigenständige Geltung des Rechts ist logisch schon nicht mehr möglich, wenn man es als bloßes Produkt einer Handlung ansieht. Wenn aus der auf dem Staateninteresse beruhenden rationalen Entscheidung heraus das Völkerrecht erklärt werden soll,<sup>109</sup> ausdrücklich aber ein Wille zur Befolgung von Völkerrecht ausgeschlossen wird,<sup>110</sup> dann wird man unmöglich die eigenständige Geltung von Völkerrecht herleiten können. Insbesondere dann nicht, wenn man die Durchsetzung als notwendige Bedingung der Existenz von Recht ansieht.<sup>111</sup>

*Goldsmith/Posners* Ausführungen in „The Limits of International Law“ vermögen daher weder den Geltungsanspruch des Völkerrechts noch dessen Auslegungsfähigkeit zu widerlegen.

## 2. Postmoderne Kritik: „From Apology to Utopia“

*Koskenniemi*s Kritik an der Völkerrechtswissenschaft ist im Gegensatz zu der von *Goldsmith/Posner* feinsinnig: Weder nimmt *Koskenniemi* eine bloße völkerrechtsspezifische Position ein, noch überzeichnet er die klassischen juristischen Methoden;<sup>112</sup> gleichzeitig schafft er es, den Pluralismus des völkerrechtlichen Diskurses in lediglich zwei beziehungsweise drei Positionen aufzubrechen: Utopie, Apologie und die erkenntnistheoretisch unhaltbare Zwischenposition des Mainstreams.<sup>113</sup>

<sup>107</sup> Dazu etwa *van Aaken*, EJIL 17 (2006) 289–308, 306 ff.

<sup>108</sup> *Dies.*, EJIL 17 (2006) 289–308, 306.

<sup>109</sup> *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 3.

<sup>110</sup> *Dies.*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 9.

<sup>111</sup> Auch andere Begründungen sind einfach strukturiert: Nationales Recht sei wegen seiner liberalen Herkunft gut, internationales Recht hingegen schlecht; siehe *dies.*, *The Limits of International Law*, 2005, S. 195.

<sup>112</sup> Deutlich *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 71–158.

<sup>113</sup> Im Grunde sind es nur zwei Positionen: Apologie und Utopie (*dies.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 598: „binarism of From Apology to Utopia“); die Mittelposition ist keine echte, weil sie

*Koskenniemi* kritisiert, dass der Mainstream der internationalen Juristen unbewusst eine Position einnehme zwischen der Apologie der Staateninteressen und der Utopie einer moralischen Rechtsordnung.<sup>114</sup> Das Völkerrecht könne allerdings wegen der Doppelrolle der Staaten als Schöpfer und Verpflichtete des Rechts diesen Polen nicht entkommen:<sup>115</sup>

„My argument will be that the separation of the creation and ascertainment of legal rules cannot be consistently maintained. Their fusion into each other threatens the law's concreteness and its normativity and makes ultimately doubtful whether any meaningful distinction between international law, politics and morality can be made.“<sup>116</sup>

*Koskenniemis* Verständnis von Völkerrecht ist funktionalistisch: Es soll soziale Probleme (oder Streitigkeiten) lösen und beansprucht dafür Objektivität gegenüber der persönlichen Meinung; aus dieser Objektivität ziehe die Rechtswissenschaft ihre Rechtfertigung, dass Probleme ultimativ rechtlich und nicht politisch zu lösen seien.<sup>117</sup> Die soziale Funktion erfordere, dass Recht konkret und normativ zugleich sein müsse:<sup>118</sup>

„To sustain the distinction between international law and politics doctrine assumed the former to be more objective than the latter. The requirement of concreteness related to the need to verify the law's content not against some political principles but by reference to the concrete behaviour, will and interest of States. The requirement of normativity related to the capacity of the law to be opposable to State policy.“<sup>119</sup>

Der unauflösbare Widerspruch des Völkerrechts, sowohl „konkret“ als auch „normativ“ sein zu müssen,<sup>120</sup> führe dazu, dass das Völkerrecht unweigerlich in-deterministisch werde.<sup>121</sup> Die juristische Methode sei daher nicht objektiver als andere

---

unhaltbar sei.

<sup>114</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 24, 58 f.

<sup>115</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 58, 219.

<sup>116</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 23 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>117</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 25 ff., 28 ff.

<sup>118</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 25.

<sup>119</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 58.

<sup>120</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 161, 225, 227, 400.

<sup>121</sup> *Ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 515; das Problem wird ebenso aufgegriffen von *Orakhe-lashvili*, The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, 2008, S. 23.

Methoden der Entscheidungsfindung;<sup>122</sup> vielmehr müsse man eingestehen, dass der juristischen Argumentation eine politische Entscheidung vorangehe.<sup>123</sup>

### a) Unauflösbarer Widerspruch der Völkerrechtswissenschaft

Ausgangspunkt für *Koskenniemi*'s Abhandlung ist der Antagonismus von voluntaristischem Positivismus (Apologie) und Naturrecht (Utopie) des 19. Jahrhunderts,<sup>124</sup> der bis heute fortwirke und auch durch die moderne Rechtstheorie nicht zufriedenstellend gelöst werden konnte. Hier identifiziert er abschließend<sup>125</sup> vier mögliche Positionen moderner Völkerrechtstheorien, für die er jeweils einen Vertreter herausgreift: Erstens<sup>126</sup> den „rule-approach“ von *Schwarzenberger*, das heißt, das Recht ist normativ stark, aber beschränkt in der Anwendung; zweitens<sup>127</sup> den „policy-approach“ von *McDougal*, das heißt, das Recht ist normativ schwach, aber weit in der Anwendung; drittens<sup>128</sup> den „scepticism“ von *Morgenthau*, das heißt, das Recht ist sowohl normativ schwach als auch im Anwendungsbereich beschränkt; und viertens<sup>129</sup> den „idealism“ von *Alvarez*, das heißt, das Recht ist sowohl normativ stark als auch weit im Anwendungsbereich.

Jede dieser vier Positionen habe aber offene Flanken für die Kritik aus Richtung der jeweils anderen; daraus folge, dass sie sich zwar selbst nicht erklären können, wohl aber gegenseitig logisch ausschließen.<sup>130</sup> Der „rule-approach“ und der „policy-approach“ können sich des Utopie- bzw. Apologie-Einwandes nicht erwehren, der „scepticism“ frustriere intellektuell und der „idealism“ sei widersprüchlich.<sup>131</sup> Die vier Positionen haben insofern nur deskriptive Plausibilität, inhaltlich tragen sie nicht dazu bei, das Dilemma zu lösen:<sup>132</sup>

„The modern project works in a vacuum, lacking identity, containing nothing else apart from a code of making differences, a manner of

<sup>122</sup> Völkerrechtler würden damit am eigenen Anspruch und Ziel scheitern, siehe *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 16 ff., 387, 513 ff.

<sup>123</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 536, 539 ff.

<sup>124</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 106 ff.

<sup>125</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 218.

<sup>126</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 183, 189 ff.

<sup>127</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 183, 201 ff.

<sup>128</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 184, 197 ff.

<sup>129</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 184, 209 ff.

<sup>130</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 186.

<sup>131</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 186.

<sup>132</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 222.

escaping without arriving anywhere, a constant flight from material stand.“<sup>133</sup>

Laxer formuliert: Die Moderne irrt kopflos umher, während der Mainstream seinen in den Sand steckt.

*Koskenniemi*s Pointierungen wird den Einzelpositionen nicht ganz gerecht, aber ohne die Pointierungen hätte er seinen weiten Analysebogen nicht spannen können.<sup>134</sup> Und es ist gerade dieser weite Analysebogen, der seine Position so überzeugend macht. Er begründet seine Ansicht mit beeindruckender Vollständigkeit und wird daher zu Recht ausführlich besprochen;<sup>135</sup> umso schwerer wiegt sein Indeterminismus-Einwand gegenüber dem Völkerrecht und dessen Wissenschaft für die Arbeit an einer völkerrechtlichen Auslegungslehre.

## b) Indeterminismus der juristischen Methode

*Koskenniemi*s Indeterminismus-Einwand ist vor allem deswegen bedeutend, weil er nicht allein erkenntnistheoretischer Natur ist, sondern völkerrechtlich begründet wird; nicht etwa die Systemtheorie oder die Sprachphilosophie sind dafür ausschlaggebend, dass das Völkerrecht und dessen Methoden ungeeignet sind, die internationale Ordnung nach objektiven Kriterien zu strukturieren, sondern letztlich die Doppelrolle der Staaten.<sup>136</sup> Damit entwickelt er nicht nur eine für das Völkerrecht spezifische Indeterminismus-Kritik, sondern setzt an einem zentralen Charakteristikum der Völkerrechtsordnung an.

Trotz seines Blicks auf die Völkerrechtsordnung stammt sein Einwand – wie der vieler postmoderner Rechtstheorien – aber auch aus der Feststellung einer angeblichen Paradoxie. *Koskenniemi* selbst bezeichnet die Spannung aus „concreteness“ und „normativity“ zwar nur als „Dilemma der konventionellen Theorie“,<sup>137</sup> sein Verweis an dieser Stelle – auf *Goodrich* – verdeutlicht aber, dass es eigentlich um die Paradoxie

<sup>133</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 186.

<sup>134</sup> Zur Pointierung siehe auch *ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 6 f.

<sup>135</sup> Der Neuauflage seines Werkes hat z. B. das German Law Journal eine eigene Sonderausgabe gewidmet: *From Apology to Utopia: A Celebration of Martti Koskenniemi's Scholarship in International Law* (2006), 7 GLJ 12, 2006.

<sup>136</sup> Das will nicht heißen, dass *Koskenniemi* nicht auch sprachphilosophische Einwände erhebt: *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 62, 186, 503; er will sich aber auch nicht auf einen sprachphilosophischen Dekonstruktivismus festlegen: *ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 6.

<sup>137</sup> *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 16 ff., 58 (Zitat auf S. 58, Übersetzung durch den Verfasser).



der Völkerrechtsmethode selbst geht. In *Goodrichs* Worten, der an dieser Stelle *Kelsens* Reine Rechtslehre kritisiert, stellt sich das Dilemma wie folgt dar:

„On the one hand, [formalism] necessarily admits that values, and so also substantive questions of meaning, intrude upon and play a role in the history and realization of the legal order. On the other hand, the methodological exigencies of a unified legal science virtually preclude the possibility of any rational examination of the actual manner in which such values and meanings affect the realization of the system and so also, in a substantive sense, constitute that system.“<sup>138</sup>

In diesem Licht muss man den von *Koskenniemi* festgestellten Widerspruch von „concreteness“ und „normativity“ so verstehen, dass das Völkerrecht nicht gleichzeitig normativ und nicht-normativ sein könne. Wie *Luhmann* kritisiert er also die Unmöglichkeit, gleichzeitig zwei unvereinbare Zustände annehmen zu wollen; *Koskenniemi* meint, die völkerrechtliche Methode könne nicht gleichzeitig induktiv und deduktiv sein.<sup>139</sup>

### c) **Stellungnahme**

Diese Ansicht *Koskenniemis* ist angreifbar. Zunächst beruht das Paradox bereits auf Vermutungen, die nicht belegt werden können: Es ist fiktiv, dass Induktion und Deduktion in der juristischen Methode zeitlich, sachlich, personell und institutionell zusammenfallen; zudem ist nicht einzusehen, warum anhand einer Rechtsfrage nicht konkrete Vorgaben (aus dem Völkerrecht) und normative Prinzipien (die ggf. neues Völkerrecht begründen) gleichermaßen abgeleitet werden könnten.

Entscheidender ist aber ein anderer Einwand gegen *Koskenniemis* Position. Dreh- und Angelpunkt seiner Kritik ist die Doppelrolle der Staaten. Der unüberbrückbare Widerspruch aus „concreteness“ und „normativity“ ist die logische Fortsetzung des Umstandes, dass die Staaten sowohl Rechtserzeuger als auch Rechtsanwender sind.<sup>140</sup> *Koskenniemis* Rechtsverständnis baut also auf der Souveränität der Staaten auf:

<sup>138</sup> P. Goodrich, Leg. Stud. 3 (1983) 248–266, 256.

<sup>139</sup> Koskenniemi verwendet hier Ullmann folgend die Begriffe „descending“ und „ascending“ (*Ullmann*, Law and politics in the Middle Ages, 1975, S. 30 f.); er zitiert in der Fußnote eine Passage aus Ullmanns Text, in der die Nähe der Begriffe zur wissenschaftlichen Methode der Deduktion und Induktion erklärt wird.

<sup>140</sup> *Koskenniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 58, 219.

„In a sense, all legal norms are merely descriptions of what it is for each State to be sovereign.“<sup>141</sup>

*Koskenniemi* betrachtet Souveränität mit dem Brennglas des Liberalismus und vergleicht die Funktion der Souveränität mit der der individuellen Freiheit.<sup>142</sup> Diese Analogie ist aber schief. Staatliche Souveränität ist keine Frage der Freiheit eines Einzelnen in einer Gemeinschaft.<sup>143</sup> Man kann nicht nach der Reichweite der Freiheit des Individuums im liberalen Staat fragen und die Antworten darauf auf die zwischenstaatliche Ebene übertragen: Staaten mediatisieren Individuen. Nur das Individuum kann Anfang und Ende des Liberalismus sein – nicht der Staat selbst.<sup>144</sup>

Die Freiheit der Staaten innerhalb der Völkerrechtsordnung sind anders verwachsen als die des Einzelnen im Nationalstaat. Die Vorstellung, dass die Freiheit des Einzelnen allein durch die Freiheit der anderen begrenzt wird, ist etwas ganz anderes als die Vorstellung, dass die Freiheit des Einzelstaates allein durch die der anderen Staaten begrenzt würde: Bei der Gleichstellung von Staat und Einzelnem würde man all jene Überlegungen vernachlässigen, die gerade zentral für die individuelle Freiheit sind: Es sind die Rechte des Einzelnen, die garantieren, dass er nicht zu einer unbedeutenden Variable im Staat wird. Diese Rechte würden verloren gehen, würde der Staat eine entsprechende Rechtsstellung in einer (übergeordneten) Rechtsordnung einnehmen.

*Koskenniemis* Position wird in dem hier relevanten Umfang dadurch widerlegt, dass Völkerrecht nicht (mehr) bloßes zwischenstaatliches Recht ist.<sup>145</sup> Völkerrecht regelt ebenso Sachverhalte, in denen die Staaten gegen eigene Bürger vorgehen, wie auch solche, in denen andere Völkerrechtssubjekte in die Freiheit des Einzelnen eingreifen. Die staatliche Souveränität ist daher nicht mehr das Fundament des Völkerrechts, sondern es ist die internationale Gemeinschaft. Damit wird dem Vergleich zwischen Einzelnem und Staat die Grundlage entzogen.

---

<sup>141</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 303.

<sup>142</sup> *Ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 224 f. 303.

<sup>143</sup> Darum scheint es *Koskenniemi* vornehmlich zu gehen: *ders.*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 225; für eine kritische Analyse der Idee der Grundrechte von Staaten siehe *H. Aust*, *CJICL* 5 (2016) 521–546.

<sup>144</sup> *Peters*, *EJIL* 20 (2009) 513–544; ähnlich *Fassbender*, *EuGRZ* 30 (2003) 1–16.

<sup>145</sup> Zum Teil kann man dies unter der „Hybridisierung des Rechts“ abhandeln; siehe hierzu *Paulus/Dethloff/Giegerich/Schwenzer u. a.* (Hrsg.), *Internationales, nationales und privates Recht*, 2014.

Man mag zwar einwenden, dass dieses Fundament noch etwas uneben ist, es trägt die globalisierte Welt aber besser als der konzeptualisierte Piedestal des westfälischen Staates: Akzeptiert man dieses neue Fundament nicht nur als theoretisches Konstrukt, sondern auch als empirischen Fakt, löst sich die Doppelrolle der Staaten auf und *Koskenniemis* Indeterminismus-Einwand kommt zu Fall. Entscheidend hierfür ist schließlich, von welchem Souveränitätsverständnis man – insbesondere im Rahmen einer Völkerverfassungsordnung – ausgeht.

Die Frage nach der Souveränität der Staaten und ihrer Bedeutung für das Völkerrecht wird durch die Völkerverfassungstheorie neu beantwortet. Für *Fassbender* ist die Souveränität „der rechtliche Status, den die internationale Gemeinschaft ihren wichtigsten Mitgliedern zu einem bestimmten Zeitpunkt verleiht.“<sup>146</sup> Zwar gesteht auch *Fassbender* ein, dass das Konzept weiterhin schwer zu fassen sei, und weist darauf hin, dass die UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft nicht dazu geführt habe, dass sich damit alte Vorstellungen von ungezügelter Souveränität aufgelöst hätten.<sup>147</sup> Allerdings dürfe man das von der UN-Charta neu eingeführte Konzept der souveränen Gleichheit nicht übersehen:

„Die Souveränität des Staates ist die ihm durch die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, vornehmlich die UN-Charta, eingeräumte und garantierte Autonomie.“<sup>148</sup>

Die Neuausrichtung beziehungsweise die Beschneidung der Souveränität liegt nicht nur *Fassbenders* Theorie zugrunde, sondern ist intrinsischer Teil der Konstitutionalisierungsidee<sup>149</sup> – wie auch die Herkunft der Konstitutionalisierungsidee bei *Scelle*

<sup>146</sup> *Fassbender*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 111; mehr dazu *ders.*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2006, 115–143; *ders.*, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, 1089–1101; *ders.*, in: Volger (Hrsg.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2. Aufl. 2010, 663–667; vor diesem Hintergrund ist die Feststellung bei *O'Donoghue*, *OJLS* 32 (2012) 799–822, 819, verkürzend, dass *Fassbenders* Theorie „a statist approach to both constitutionalization and community“ ist.

<sup>147</sup> *Fassbender*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2006, 115–143, 141 ff.

<sup>148</sup> *Ders.*, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, 1089–1101, 1096; später *ders.*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2006, 115–143, 132: „[T]he ‚sovereign rights‘ [...] accorded to states by international constitutional law are, first, the legal protection of a state’s autonomy as a space of self-determination and, secondly, rights ensuring a state’s equal membership in the international community. None of these rights ‚flow‘ or ‚derive‘ from ‚sovereignty, equality, or sovereign equality as legal concepts or super-norms. On the contrary, it is they, as rights defined by norms of the positive constitutional law of the international community, that make up what can be addressed as the ‚sovereignty‘, ‚equality‘, or ‚sovereign equality‘ of states.“

<sup>149</sup> Siehe nur *Teubner*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 327–

zeigt.<sup>150</sup> Ohne ein verändertes Verständnis von Souveränität ist Konstitutionalisierung nicht möglich.<sup>151</sup> Aus dieser Position heraus lässt sich daher der Indeterminismus-Einwand *Koskenniemi* widerlegen.

Entfällt aber der Indeterminismus-Einwand, entfallen auch die Einwände gegen die juristische Methode im Völkerrecht: „Concreteness“ und „normativity“ kommen nicht mehr gleichzeitig vor, eine von den Staaten unabhängige Rechtsanwendung ist möglich. Die Rechtssetzung kann von der Rechtsanwendung getrennt werden. Sein und Sollen sind unterscheidbar.

Im Epilog der Neuauflage von „From Apology to Utopia“ beschreibt *Koskenniemi* das letzte Jahrhundert der Völkerrechtswissenschaft mit folgenden Worten:

„Much of 20th-century international jurisprudence may be described as tidal fluctuations of emphasis between sovereignty and sources, sociological approaches and formalism: the mainstream may have been grounded in a humanitarian (,sources‘) critique of sovereignty – but that critique has been always followed by a sobering rejoinder about the continued centrality of state power (,sovereignty‘). For every Hans Kelsen, a Carl Schmitt has been waiting around the corner, for every Lauterpacht, a Brierly. Each Georges Scelle has had his Charles de Visscher and every Manley Hudson his Myres McDougal. As the century grew old, a pragmatic eclecticism set in.“<sup>152</sup>

So betrachtet erscheint die Völkerrechtswissenschaft wie Sisyphos’ Steinewälzen.<sup>153</sup> Auf die Konstitutionalisierung geht *Koskenniemi* dabei aber nur kurz ein und lässt auch nicht erkennen, ob sie seiner Meinung nach eine rechtstheoretische Neuerung

---

342, 332; *Peters*, EJIL 20 (2009) 513–544, 529, dort in Fn. 71; *dies.*, LJIL 19 (2006) 579–610, 586; siehe auch *dies.*, in: Klabbers/*dies.*/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 153–263, 183; *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 237 ff.; undeutlicher noch *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 51 und 69; dazu auch *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 33 m. w. N. und S. 55 ff.

<sup>150</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.II.2.; siehe auch: *Diggelmann*, *Anfänge der Völkerrechtssoziologie*, 2000, S. 211 f.

<sup>151</sup> Dazu passt auch das Ergebnis von *Hirsch*, *Fordham Int. Law J.* 2 (2012) 479–518, 518: „If we want to speak of a constitutionalization of international relations in a Kantian sense *under the presumption of sovereign nation States*, the only thing we can hope for is a legalization of international politics“ (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>152</sup> *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 575.

<sup>153</sup> Das Bild stammt von *von Bernstorff*, GLJ 7 (2006) 1015–1035.

bringt. Das Problem der frustrierenden Methodensuche scheint die Konstitutionalisierung für ihn wohl nicht zu lösen; er ordnet sie schlicht dem Idealismus zu.<sup>154</sup>

Mit der Einordnung hat er aber nur teilweise recht: Verfassungen sind zwar idealistisch; sie sind aber auch nüchtern und pragmatisch. Verfassungsrecht ist kein *per se* unrealistisches Recht, auch wenn es oft unerreichbare Ideale niederschreibt. Verfassungen spielen genauso im alltäglichen juristischen Ringen eine Rolle wie bei den rechtlichen Grundsatzfragen. Verfassungen sind trotz ihrer hehren Ziele geduldig bei deren Umsetzung. Die Konstitutionalisierungsidee ist damit nicht einfach nur eine idealisierte Antwort auf die Probleme der Völkerrechtsordnung, sondern eine realistische Alternative zum bisherigen Mainstream.

#### **IV. Zwischenfazit: Keine Widerlegung klassischer juristischer Methoden**

Die beiden einflussreichen jüngeren Kritiken am Völkerrecht widerlegen nicht die Auslegungsfähigkeit von Völkerrecht. Mit Blick auf *Koskenniemi*'s Ausführungen ist aber festzuhalten, dass dies nur der Fall ist, sofern man den staatlichen Souveränitätsbegriff neu begreift. Andernfalls stellt die Doppelrolle der Staaten als Rechtserzeuger und -unterworfenen ein Problem für die Auslegungsfähigkeit von Recht dar.

International wird die juristische Methodenlehre – wie auch im nationalen Kontext – ausgehend von den Vorbehalten gegenüber dem Rechtspositivismus kritisiert. Die Kritik leidet allerdings daran, dass sie die klassischen Methoden und deren Objektivitätsmaßstab meist überzeichnet darstellt. Sie unterstellt der Jurisprudenz einen Anspruch an Objektivität, die diese nie erhoben hat oder nicht mehr für sich beansprucht. Bei der Auslegung von Völkerverfassungsrecht kann es daher nicht um absolute juristische Präzision gehen, sondern nur um eine relativ-beste Objektivität. Mehr wird auch im nationalen Recht nicht erwartet:

„[Das] Ziel der methodologischen Bemühungen [in der Jurisprudenz] sollte [...] bescheidener sein. Es kann nur darum gehen, das mögliche Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit des juristischen Denkens voll auszuschöpfen.“<sup>155</sup>

<sup>154</sup> *Koskenniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 611, 616.

<sup>155</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 57; ähnlich schränkt ein *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 6.

## C. Position der Konstitutionalisierungsthese

Es stellt sich die Frage, ob mit der Befürwortung der Konstitutionalisierungsthese nicht zugleich eine Positionierung zu der Frage einhergeht, ob (klassische) juristische Methoden weiterhin Anwendung finden können. Die Antwort darauf dürfte angesichts der verschiedenen Ansichten der Konstitutionalisierungsdebatte nicht einheitlich ausfallen – wenngleich sich die Vertreterinnen und Vertreter der Debatte nur selten zu der Frage äußern, ob und wie Völkerrecht auszulegen ist.<sup>156</sup>

Der Mainstream folgt dennoch (unausgesprochen) einem (moderaten) Positivismus, der auf einer fortschreitenden Verrechtlichung der Verfassung der internationalen Gemeinschaft beruht.<sup>157</sup> Trotz fehlender Äußerungen wird man der Konstitutionalisierungsthese also überwiegend ein Bekenntnis zur juristischen Methode entnehmen können: Eine Verrechtlichung des Völkerrechts wäre ohne Sinn, würden juristische Methoden nicht funktionieren. Das gilt allemal für die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft, deren Verfassungspositivismus die Funktionsfähigkeit der juristischen Interpretation von Recht wie selbstverständlich voraussetzt.<sup>158</sup>

Am Anfang der Arbeit wurde die Annahme geäußert, dass die Konstitutionalisierungsidee im Grundsatz bereits die Unterscheidbarkeit von Recht und Politik beinhalte und deswegen die Interpretationsfähigkeit von Völkerverfassungsrecht unterstelle.<sup>159</sup> Die Unterscheidbarkeit folgt aus der Vorstellung, dass die Konstitutionalisierung zu einer weiteren Verrechtlichung der Völkerrechtsordnung führe. Dies verdeutlicht auch *Peters*, die die De-Politisierung der internationalen Beziehungen durch den

---

<sup>156</sup> Anders ist dies aber z. B. bei Fassbender, der sich recht umfangreich zur „konstitutionellen Interpretation“ äußert: *Fassbender*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 131 ff.

<sup>157</sup> In diese Richtung gehen auch Klabbers Vorstellungen, er macht eine Position zwischen Naturrecht und Positivismus aus: „Yet, it steers clear from all too naturalist approaches and also taps into positivist thought“ (*Klabbers*, in: Kammerhofer/d'Aspremont (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 267). Das ist für ihn – mit Bezug auf die kritische Rechtstheorie – letztlich jedoch der Grund, dass der Konstitutionalismus eine instabile Position einnehmen muss (a. a. O., 272 ff.).

<sup>158</sup> Vgl. etwa die Ausführungen von *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 131.

<sup>159</sup> Siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. A.III.

Konstitutionalismus gerade als einen der wesentlichen Vorteile der Konstitutionalisierungstheorie ansieht.<sup>160</sup>

Die Unterscheidbarkeit von Recht und Politik gilt aber nicht bei allen Beiträgen der Konstitutionalisierungsdebatte, allen voran nicht bei der New Haven School.<sup>161</sup> Auch *Koskenniemi* folgt in seiner Stellungnahme zur Konstitutionalisierungstheorie keinen solchen Annahmen, sondern macht die Frage der Deutung der Völkerrechtsordnung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu einer Frage der persönlichen Haltung.<sup>162</sup> In diese Richtung geht auch ein Teil des Mainstreams, der die Konstitutionalisierung zu gleichen Teilen als politisches und als rechtliches Projekt ansieht.<sup>163</sup>

Man kann allerdings bezweifeln, dass es einer Verfassung gerecht werden würde, wenn man die rechtliche Verantwortung gegen eine rein persönliche austauschte. Letztlich ist Kern des Konstitutionalismus der Gedanke, dass staatliche Gewalt rechtlich gebunden wird.<sup>164</sup> Die Konstitutionalisierung ist daher auch für viele mit der „rule of law“ so verflochten,<sup>165</sup> dass ohne Letztere von keiner Konstitutionalisierung mehr gesprochen werden könne.<sup>166</sup>

Die Unterscheidung von Recht und Politik zeigt sich schließlich auch darin, dass der Konstitutionalismus Gerichten eine entscheidende Rolle zumisst.<sup>167</sup> Dieser Rollenverteilung entsprechend wurde die Konstitutionalisierung anfangs vor allem durch die Rechtsprechung vorangetrieben.<sup>168</sup> Die Verknüpfung von gerichtlicher Kontrolle und Verfassungsrecht ist ein bekanntes Motiv, das im US-amerikanischen Verfassungsbewusstsein seit *Marbury v. Madison* tief verankert ist. In diesem Fall etablierte der US Supreme Court sowohl die Überprüfungs- als auch die Verwerfungskompetenz

---

<sup>160</sup> *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 348 f.

<sup>161</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.

<sup>162</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.II.

<sup>163</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.I.1.b).

<sup>164</sup> Für das deutsche Verfassungsrecht hat Isensee formuliert, dass Verfassungsrecht letztlich die Selbstbindung der staatlichen Gewalt an das Recht sei: *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 38.

<sup>165</sup> *O'Donoghue*, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, 2014, S. 24 ff., 53, 156 ff., 198; *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1–44, 3; siehe auch *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Abstract.

<sup>166</sup> *O'Donoghue*, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, 2014, S. 53.

<sup>167</sup> *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 350; *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 140 f.

<sup>168</sup> Dazu *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 33 ff.

für Bundesgesetze. Folgerichtig wird auch im internationalen Recht nach einem vergleichbaren Fall gesucht: *Franck* vergleicht zum Beispiel die *Lockerbie*-Entscheidung des IGH mit der Initialzündung der Verfassungsgerichtsbarkeit in *Marbury v. Madison*.<sup>169</sup>

Die enge Verknüpfung von richterlicher Tätigkeit und Konstitutionalisierung ist zwar keine Begründung dafür, dass die Völkerverfassungsthese notwendigerweise die Auslegungsfähigkeit von Recht anhand juristischer Methoden voraussetzt, sie legt eine inhaltliche Nähe aber nahe. Ohne diese Annahme würde ein Großteil der Konstitutionalisierungspositionen auch seine Grundlage verlieren, denn anderenfalls wäre Verfassungsrecht in der Tat ein wirkungsloses Mittel zur Steuerung der internationalen Politik.

Das gilt im Besonderen für die Theorie einer geschriebenen Völkerverfassung; sie würde sich selbst *ad absurdum* führen, ginge sie nicht von der Auslegungsfähigkeit von Recht aus.<sup>170</sup>

Die hier zugrunde gelegte Theorie stellt den Positivismus aber auf ein beständigeres Fundament als der Mainstream der Völkerrechtswissenschaft, der sich mit einer moderaten Variante des Positivismus zwar von der strengen Version des 19. Jahrhunderts abgewandt, jedoch seine Grundlage – die Staatensouveränität – nie grundsätzlich überarbeitet hat. Die Theorie einer geschriebenen Völkerverfassung in Form der UN-Charta hingegen beruht nicht mehr auf dem souveränen Staatswillen, sondern hat diesen in einem konstitutionellen Moment überwunden. In diesem Moment löste die internationale Gemeinschaft die Doppelrolle der Staaten auf.

## D. Fazit

Die Kritik an der juristischen Methode ist zwar berechtigt, sie widerlegt aber nicht die relative Funktionsfähigkeit dieser Methode. Die Vorstellung der juristischen Auslegung durch teilweise klassische Methoden ist also weiterhin eine tragfähige Vorstellung im Völkerrecht. Allerdings ist deutlich geworden, dass die juristische Methode von einer gewissen Unschärfe geprägt ist, die allerdings kein unerträgliches Ausmaß erreicht.

---

<sup>169</sup> *Franck*, Am. J. Int. Law 86 (1992) 519–523.

<sup>170</sup> Siehe zu dieser Argumentation auch die Ausführungen später unter Kap. 3, Abschn. B.II.3.



Diese Unschärfe entsteht im Völkerrecht vor allem dadurch, dass Sein und Sollen praktisch wie theoretisch schwerer als im nationalen Recht getrennt werden können. Hier kann das Verfassungsrecht als neue Rechtskategorie, die mit der engen Verbindung von Sein und Sollen umzugehen gelernt hat, eine Hilfestellung sein. Dementsprechend kann die Übertragung des Verfassungsbegriffs auf die Völkerrechtsebene auch eine Lösung für die methodologische Frustration sein, die auf internationaler Ebene um sich greift.

Die Kritik an der klassischen juristischen Methode hat aber verdeutlicht, dass es eine Universalmethode nicht geben kann. Die erkenntnistheoretischen Einwände sind so gravierend, dass der Anwendungsbereich der Auslegungslehre auf die Rechtspraxis beschränkt werden muss.

Zunächst hat sich gezeigt, dass die juristische Methode von den (Fundamental-)Kritiken weniger stark unter Druck gesetzt wurde, als man zunächst vermuten müsste. Der Grund dafür ist, dass sich die klassische Auslegungslehre schon lange von einem reinen Deduktionsmodell innerhalb eines geschlossenen Systems verabschiedet hat und sich ihrer mehr oder weniger großen Unschärfe bewusst ist.<sup>171</sup> Das hatte bereits *Kelsen* erkannt. Ihm war klar, dass es keine einzig richtige Auslegung einer Norm geben könne:

„Allein, von einem auf das positive Recht gerichteten Standpunkt aus gibt es kein Kriterium, auf Grund dessen die eine der im Rahmen der anzuwendenden Norm gegebenen Möglichkeiten der anderen vorgezogen werden könnte. Es gibt schlechthin keine – als positiv-rechtlich charakterisierbare – Methode, nach der von mehreren sprachlichen Bedeutungen einer Norm nur die eine als richtig ausgezeichnet werden könnte.“<sup>172</sup>

Auch im Rahmen des Rechtspositivismus war also anerkannt, dass es eines Kontextes (d. h. eines extra-positiven Kriteriums) bedurfte, um die Richtigkeit einer Auslegung belegen zu können. Zugleich hatte sich aber auch die Erkenntnis durchgesetzt, dass der hierfür notwendige Kontext nicht notwendigerweise eindeutiger Ergebnisse hervorbringt:

---

<sup>171</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2008, S. 96 ff.

<sup>172</sup> *Ders.*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2010, 1113–1122, 1116.

„Judicial decision, especially on matters of high constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some single outstanding moral principle; for it is folly to believe that where the meaning of the law is in doubt, morality always has a clear answer to offer. At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary nor mechanical [...]“<sup>173</sup>

Im Lichte dieser Ausführungen schwächen sich die Einwände moderner und postmoderner Theorien gegenüber klassischen Auslegungsregeln deutlich ab. Die Vertreter klassischer Methoden dürften die Einwände gegen den logischen Syllogismus ohnehin nicht überrascht haben. Die erkenntnistheoretische Kritik führte daher auch nicht zur Ablösung der überkommenen Auslegungsregeln, sondern allenfalls zu deren Erweiterung und der Anpassung der rechtstheoretischen Grundlagen.<sup>174</sup> Mag die Sprachphilosophie die Vorstellung einer objektiven Erkenntnis zerstört haben, blieb die Tätigkeit der Rechtspraxis davon weitestgehend unberührt. Das liegt auch daran, dass die Rechtspraxis nicht den Anspruch der absoluten Richtigkeit hat, sondern allenfalls der relativen.

Die Rechtsprechung in Deutschland greift daher weiterhin meist auf den „technischen Teil“ der Wertungsjurisprudenz von *Larenz* und *Canaris* zurück,<sup>175</sup> ohne sich deren philosophisches Grundgerüst zu eigen zu machen. Die Festlegung auf eine bestimmte Erkenntnistheorie scheint für das Funktionieren der Justiz nicht notwendig zu sein. Auch das Bundesverfassungsgericht bedient sich bei unterschiedlichen Methodenlehren.<sup>176</sup> Aus Sicht der Erkenntnistheorie müsste das wenigstens dort epistemologischer Unsinn sein, wo das Bundesverfassungsgericht an derselben Stelle auf mehrere im theoretischen Ausgang verschiedene Methodenentwürfe verweist.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> *Hart*, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, S. 204 f.

<sup>174</sup> Beispielhaft etwa *Larenz*, der nach eigenen Angaben Entwicklungen der neuen Hermeneutik in seine Theorie im Austausch mit Hegels „konkret-allgemeinem Begriff“ aufgenommen haben soll, *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1975, S. VIII; dazu m. w. N. *Canaris*, in: *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, 2010, 263–308, 295.

<sup>175</sup> Ein Anhaltspunkt dafür kann die Häufigkeit und Breite der Zitierungen in der Rechtsprechung liefern; siehe hierzu Kap. 2, Fn. 17.

<sup>176</sup> BVerfG, *Beschl. v. 09.05.1978*, 2 BvR 952/75, Rn. 60, unter Bezugnahme auf Esser; BVerfG, *Beschl. v. 03.06.1992*, 2 BvR 1041/88 und 78/89, Rn. 102, unter Bezugnahme auf Hesse.

<sup>177</sup> BVerfG, *Urt. v. 04.05.2011*, 2 BvR 2333/08, 2365/09, 571/10, 740/10 und 1152/10, Rn. 93, 165, mit Bezugnahme auf Müller/Christensen, Alexy und Röhl.

Das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts zeigt aber auch, dass die juristische Methodenlehre in ihrer anwendungsorientierten Dimension nicht alle rechtstheoretischen Überlegungen und Entwicklungen abbilden muss. Auch *Canaris* meint, „dass eine juristische Methodenlehre nur das unerlässliche Minimum an allgemeinphilosophischen Grundlagen in sich aufnehmen sollte und hielt daher *Larenz'* ursprüngliches, pointiertes Bekenntnis zu *Hegel* für kontraproduktiv“<sup>178</sup>. Dementsprechend war es *Canaris* auch möglich, *Larenz'* Methodenlehre weiterzuführen, obgleich er selbst *Kant*, *Platon* und *Popper* als seine philosophischen Fixsterne ansieht, im Gegensatz zu *Larenz*, der bekanntermaßen von *Hegel* beeinflusst war.<sup>179</sup>

Die Kritik an der juristischen Methode trifft das Verfassungsrecht dennoch mit voller Wucht: An höchster Stelle stehend, vor allem Prinzipien und Werte enthaltend, ist es bei Verfassungsrecht besonders fraglich, wie dessen Auslegung methodisch gebunden werden kann. Verfassungsauslegung ist geradezu paradigmatisch für die Schwierigkeiten der juristischen Auslegung. Schon aus technischer Sicht steht sie vor großen Herausforderungen: Welche konkrete Pflicht sollte man auch dem Satz „Eigentum verpflichtet“ (Art. 14 Abs. 2 GG) entnehmen können? Der Antwort darauf wird man sich nur anhand der Verdichtung der Rechtstexte durch vielmaliges Anwenden nähern können.

Dabei muss man allerdings die intellektuelle Spannung aushalten, Gegensätzliches in Einklang bringen zu wollen. Das gilt im Speziellen für unterschiedliche Verfassungsprinzipien und im Allgemeinen für das Verhältnis zwischen Sein und Sollen. Verfassungsauslegung ist gewissermaßen die rechtswissenschaftliche Quadratur des Kreises.<sup>180</sup> Sie kann aber gelingen, weil es hierbei nicht um deren logische Machbarkeit geht, sondern nur um eine relative Richtigkeit. In diesem (beschränkten) Umfang bleibt Recht auslegungsfähig.

Zwei Fragen stellen sich dann. Erstens, ob die methodische Unschärfe widerlegt, dass Recht zur Determinierung fähig ist, und wenn nicht, zweitens, ob eine Rechtsordnung diese Unschärfe akzeptieren kann. Die Antworten darauf hängen davon ab,

---

<sup>178</sup> *Canaris*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, 2010, 263–308, 296.

<sup>179</sup> *Ders.*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, 2010, 263–308, 295 f.

<sup>180</sup> Zur Untauglichkeit des Vergleichs von Rechtswissenschaft mit Mathematik siehe *Engisch*, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, S. 4.

für wen man sie gibt, denn die Methoden der Rechtswissenschaft können andere sein als die der Rechtspraxis.<sup>181</sup>

Für die Rechtspraxis ist die erste Frage zu verneinen und die zweite zu bejahen. Denn selbst wenn erkenntnistheoretische Probleme bestehen, sind Gerichte verpflichtet, Streitfälle auf der Grundlage des Rechts zu entscheiden. In gleicher Weise ist die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden. Diese Funktion lässt sich nicht zufriedenstellend mit theoretischen Überlegungen erfüllen, sondern nur mit einer anwendungsorientierten Methodik. Für die Rechtspraxis ist die theoretische Insuffizienz einer solchen Methodik sogar eine Arbeitserleichterung:

„Theorieinduzierte Skepsis und praxisleitendes Judiz vertragen sich nicht gut. [...] Das Rad kann und darf eben nicht jedes Mal neu erfunden werden.“<sup>182</sup>

Entsprechend entwerfen auch Linguisten wie *Müller/Christensen* Auslegungstechniken, die für die Praxis handhabbar sind:

„Absicht des Positivismus war es, die Jurisprudenz möglichst weit zu verwissenschaftlichen und eine rationale Dogmatik zu liefern. [...] Die Strukturierende Methodik fällt nicht hinter den dogmatischen Standard an Technizität zurück, den der Positivismus anstrebte. Es geht darum, das vom Positivismus unter anderem aufgrund seiner irrigen Normauffassung Verdrängte endlich aufzugreifen und verallgemeinerungsfähig in Dogmatik, Methodik und Theorie auszuarbeiten.“<sup>183</sup>

Das spiegelt die Arbeitsteilung zwischen Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtspraxis wider.<sup>184</sup> Wie soll eine Richterin aus der prozessualen Vergitterung auch ausbrechen können? Kann der Straftatbestand der Rechtsbeugung erfüllt werden, wenn es keinen objektiv erfassbaren Kern einer Rechtsnorm gibt? Die Rechtsordnung wurde mit der Vorstellung geordnet, dass sich das Recht per Auslegung bestimmen lässt. Auf dieser Annahme beruhend ist es daher weiterhin legitim, der Rechtspraxis

---

<sup>181</sup> Auch Möllers unterscheidet zwischen einem anwendungs- und einem wissenschaftsbezogenen Methodenverständnis: *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2012, Bd. I, 123-178, Rn. 21 ff.

<sup>182</sup> *Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009, S. 33, mit Bezug auf die Verfassungsdogmatik.

<sup>183</sup> *F. Müller/R. Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 296.

<sup>184</sup> In ähnliche Richtung geht *Kirchhof*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 693–760, Rn. 1.

normative Vorgaben in Form einer Auslegungslehre zu machen, auch wenn diese Vorgaben immer nur eine unscharfe Methode bilden werden.

Bleibt die Frage, ob sich die Unschärfe ertragen lässt. In manchen Rechtsgebieten wohl weniger als in anderen: Das Strafrecht wird von der Idee getragen, dass jedermann sein Verhalten am geschriebenen Recht ausrichten kann. *Nulla poena sine lege scripta* ergäbe keinen Sinn, ginge man davon aus, dass Gesetze keinen erkennbaren normativen Gehalt hätten.<sup>185</sup> Es wäre schwer zu ertragen, wenn dieser normative Gehalt dann immer variabel wäre. Eine rein theoretische Variabilität genügt hierfür aber nicht, denn das positive Recht wird durch Auslegungsmaterial der fortschreitenden Rechtsanwendung angereichert, die sich schließlich zur Rechtsdogmatik verdichtet und zusätzlichen Halt gibt.

Im Übrigen ist die Rechtsordnung auf die Unschärfe der Auslegung vorbereitet. Schon prozessual gibt es eine Vielzahl von Rückausnahmen zu einer endgültigen Entscheidung, die die Folgen menschlicher Fallibilität<sup>186</sup> und erkenntnistheoretischer Einwände auffangen können. Ein beschränktes Maß an relativer Beliebigkeit von Recht ist daher erträglich; man kann es, wie die Beliebigkeit aller anderen gesellschaftlichen Bedingungen, dem allgemeinen Lebensrisiko zurechnen. Dazu gehört schließlich auch eine erkenntnistheoretische Unschärfe.

Schlussendlich verbleibt mit der (richterlichen) Rechtsanwendung ein legitimer Anwendungsbereich für eine Auslegungslehre des Völkerverfassungsrechts. Eine Universalmethode kann es im Völkerrecht nicht geben. Auslegungsregeln funktionieren vor allem dort, wo Streitigkeiten zwingend und mit angemessener Effizienz entschieden werden müssen. Das gilt für die Rechtsanwendung durch Gerichte, durch die Verwaltung und mit Einschränkung auch für die Rechtsdogmatik.

Dementsprechend bleibt festzuhalten, dass die juristische Methodik wohl auch für das Völkerverfassungsrecht sowohl angemessen als auch essentiell sein dürfte.

---

<sup>185</sup> Für die herrschende Meinung zum Einfluss dieses Prinzips auf die Auslegung siehe nur *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, 28. Aufl. 2014, § 1 StGB, Rn. 6.

<sup>186</sup> Dazu *Popper*, *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, S. xxv f., xxxvi, 123.

## Kapitel 3 – Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen

Um besser verstehen zu können, welche Besonderheiten bei der Auslegung von Völkerverfassungsrecht beachtet werden müssen, wird nachfolgend untersucht und verglichen, wie in anderen Verfassungsordnungen das jeweilige Verfassungsrecht ausgelegt wird.

Bei der Auswahl der Vergleichsobjekte für diese Untersuchung könnte man zunächst meinen, dass entweder ein allumfassender oder ein spezifischer Vergleich von Verfassungsordnungen notwendig sei. Die Universalität der Völkerverfassung streitet für eine möglichst heterogene und umfassende Auswahl von Verfassungsordnungen. Denn nur dann ist wahrscheinlich, eine „universelle Essenz“ der Verfassungsauslegung bestimmen zu können. Dagegen spricht aber schon der methodische Ansatz dieser Arbeit. Dieser erfordert nämlich eine möglichst spezifische Auswahl möglichst ähnlicher Vergleichsobjekte. Ansonsten drohen – so könnte man sagen – völkerverfassungsfalsche Erkenntnisse. Dementsprechend wäre nach Verfassungen zu suchen, die strukturell gleich sind, eine ähnliche Machtaufteilung kennen und die auf demselben Verfassungsbegriff beruhen wie das Völkerverfassungsrecht – allein solche Vergleichsobjekte gibt es nicht.

Tatsächlich ist weder ein allumfassender noch ein spezifischer Vergleich notwendig. Die Einschränkung auf einige wenige Vergleichsobjekte ist wegen der erkenntnistheoretischen Verklammerung der einzelnen Auslegungsdiskussionen unschädlich.<sup>187</sup> Wegen dieser Verklammerung kann die Untersuchung auch mit unterschiedlichen Schwerpunkten erfolgen.

Für die Erarbeitung eines Vorverständnisses wird nachfolgend die Verfassungsauslegung in Deutschland in Abschnitt A, den USA in Abschnitt B und der EU in Abschnitt C untersucht.

Die deutsche Diskussion wird beleuchtet, weil dort seit jeher der Methodenlehre eine große Bedeutung zukommt und weil die Konstitutionalisierungsidee maßgeblich von

<sup>187</sup>

*Fleischer*, RabelsZ 75 (2011) 700–729, 704 ff., nennt dies mit Blick auf eine europäische Methodenlehre „nationale Vorprägungen“ und „transnationale Verbindungsglieder“, er verweist auf Gadamer, Wittgenstein und Derrida.

der deutschsprachigen Völkerrechtswissenschaft beeinflusst und getragen wird.<sup>188</sup> Aus dem gleichen Grund ist die Verfassungsauslegung innerhalb der EU von Bedeutung: Die Diskussion um eine Verfassungseigenschaft des EG- und EU-Vertrags hat auch die Konstitutionalisierungsidee auf Völkerrechtsebene beflügelt.<sup>189</sup> Nicht zuletzt ist die EU aber auch deswegen wichtig, weil sie die bisher am weitesten integrierte supranationale Verfassungsordnung ist. Das amerikanische Verfassungsrecht ist schließlich von Interesse, weil es großen Einfluss auf die UN-Charta hatte,<sup>190</sup> wie bereits der erste Satz der Präambel der UN-Charta belegt.

Man mag sich fragen, warum das britische Verfassungsrecht in diesem Kapitel keine Rolle spielen soll. Immerhin kennt die britische Verfassung – wie die UN-Charta und entgegen den anderen Rechtsordnungen – kein Verfassungsgericht. Die Diskussion ist dort vermutlich also weniger gerichtszentrisch als in Deutschland, den USA oder der EU. Diese Annahme ist hingegen nicht richtig; der britische Konstitutionalismus war und ist vor allem mit dem Verhältnis zwischen Parlamentsouveränität und richterlicher Verfassungskontrolle (bzw. Verfassungssuprematie) beschäftigt.<sup>191</sup> Das hat zur Folge, dass die Rolle des House of Lords bzw. nunmehr des Supreme Court of the United Kingdom besonders intensiv diskutiert wird. Die Betonung der Parlamentsouveränität findet zudem noch weniger eine Entsprechung im internationalen Recht als der Gerichtszentrismus der Methodendiskussion in den anderen

<sup>188</sup> *Koskenniemi*, EJIL 16 (2005) 113–124, 117; *von Bogdandy*, Harv. Int. Law J. 47 (2006) 223–242, 223 f.; *Kadelbach/Kleinlein*, GYIL 50 (2007) 303–348, 303 f.; *Dupuy*, GYIL 50 (2007) 375–392, 386 ff.; *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, § 13E, dort in Fn. 38; *Habermas*, ZaöRV 72 (2012) 1–44, S. 1 f., dort in Fn. 1; *Fassbender*, in: ders./Wendehorst/de Wet/Peters/Michaels/Tietje/Markt/Weiss/Hein (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht, 2012, 1–31, 16 f.; *Schwöbel*, GLJ 13 (2012) 1–22, S. 5 f.; *Broude/Paulus*, GJIL 4 (2012), 350 f.; *Paulus*, in: Hellmann (Hrsg.), Justice and Peace, 2013, 163–172, 163.

<sup>189</sup> *Klabbers*, in: ders./Peters/Ulfstein (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, 2009, 1–44, 20 ff. m. w. N.; ähnlich *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 60 f.; Konstitutionalisierungsidee als europäisches Thema *Koskenniemi*, EJIL 16 (2005) 113–124, 117; *ders.*, From Apology to Utopia, 2005, S. 611, 616; *von Bogdandy*, Harv. Int. Law J. 47 (2006) 223–242, 223 f.; zum Verfassungscharakter der EG/EU siehe nur *Craig*, ELJ 7 (2001) 125–150, 128 ff.; *Timmermans*, YEL 21 (2001) 1–11, 3 ff.; kritisch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 1 AEUV, Rn. 44 m. w. N.

<sup>190</sup> Zum Einfluss deutlich *Alvarez*, International Organizations as Law-makers, 2006, S. 67 m. w. N.; siehe auch *Fassbender*, in: Loughlin/Walker (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism, 2007, 269–290, 270 f.; *ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 2 ff.

<sup>191</sup> *Delaney*, Nw. U. Law Rev. 108 (2014) 543–604, 553 ff.; *Sydow*, ZaöRV 64 (2004) 65–94, 73 ff.; *Wolcher*, Va. J. Soc. Policy Law 13 (2005) 239–298, 278 ff.; *Gordon*, in: FS Bogdanor, 2013, 153–164; für eine andere Perspektive siehe *Marshall/Yardley*, ZaöRV 22 (1962) 540–559, 546 ff.

Verfassungsordnungen. Darüber hinaus stößt diese Diskussion kaum in den Bereich der Auslegungsmethoden vor.<sup>192</sup> Erst seit Kurzem beschäftigt sich die britische Rechtswissenschaft mit der Frage, ob die Verfassung bzw. die „constitutional legislation“ anders auszulegen ist als einfaches Gesetzesrecht.<sup>193</sup> Und schließlich wäre eine Untersuchung des britischen Verfassungsrechts angesichts der bereits erhobenen Einwände gegen das britische Verfassungssystem als Erklärungsmodell für Völkerverfassungsrecht wenig sinnvoll.<sup>194</sup>

## A. Verfassungsauslegung in Deutschland

Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft hat sich bereits ausführlich mit ihren Methoden befasst. Nachfolgend wird nach einem kurzen Überblick über die Herkunft der Methodendebatte die Position des Mainstreams dargestellt und schließlich werden die wesentlichen Auslegungstheorien skizziert.

### I. Ausgangspunkt der aktuellen Methodendebatte

Ausgangspunkt der bis heute andauernden Diskussion war der Weimarer Methoden- und Richtungsstreit, der wiederum von der im 19. Jahrhundert angestoßenen Debatte um das Verhältnis von Positivismus zu Naturrecht beeinflusst war. Auch im Weimarer Streit ging es im Wesentlichen um die Positionierung gegenüber dem Positivismus, genauer dem „positivistische[n] Dogmatismus der *Gerber-Laband'schen Schule*“<sup>195, 196</sup>. Vier Strömungen haben sich hierbei herausgebildet: die Fortsetzung des Positivismus (*Anschütz, Thoma*), die Reine Rechtslehre (*Kelsen*), der Dezisionismus (*Schmitt*) und uneinheitliche Zwischenpositionen (*Kaufmann, Triepel, Smend*,

<sup>192</sup> Die einzige Ausnahme scheint Feldman zu sein *Feldman*, LQR 130 (2014) 473–497; *ders.*, LQR 129 (2013) 343–358; *ders.*, in: Mélin-Soucramanien (Hrsg.), L'interprétation constitutionnelle, 2005, 119–138; für eine Analyse aus US-amerikanischer Sicht siehe *Wolcher*, Va. J. Soc. Policy Law 13 (2005) 239–298, S. 276 ff.

<sup>193</sup> *Feldman*, in: Mélin-Soucramanien (Hrsg.), L'interprétation constitutionnelle, 2005, 119–138, 119 f.; *ders.*, LQR 129 (2013) 343–358. Feldmans Ergebnisse gehen aber noch nicht besonders weit: Wesentlichste Erkenntnis ist, dass im Verfassungsrecht insbesondere die „golden rule“ angewendet werden sollte, um eine vom Wortlaut abweichende Auslegung zu ermöglichen, siehe *ders.*, LQR 130 (2014) 473–497, 482.

<sup>194</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. C.I.1.

<sup>195</sup> *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 71.

<sup>196</sup> *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 166.



*Leibholz, Heller*).<sup>197</sup> Insbesondere *Anschütz, Thoma* und *Smend* bezogen dabei Stellung zur Auslegung des Verfassungsrechts.

Die Positivisten lehnten eine Sonderbehandlung des Verfassungsrechts aus methodisch-systematischen Gründen ab.<sup>198</sup> *Smend* hingegen betonte, dass das Verfassungsrecht anders auszulegen sei. Dies beruhe auf dem besonderen Regelungsgegenstand der Verfassung:

„Noch wichtigere grundsätzliche Folgerungen ergeben sich für die Auslegung des Verfassungsrechts. Die formalistische Methode verzichtet hier auf bewußte Zugrundelegung geisteswissenschaftlicher Staatstheorie, einer Theorie vom besonderen materialen Wesen ihres Gegenstandes, als Ausgangspunkt für die juristische Arbeit. Sie wendet auf diesen Gegenstand die ihr geläufigen ‚allgemeinen‘ juristischen Begriffe an, zum großen Teil die eines stark herrschaftlich gefärbten Vereinsrechts. So zerlegt sie das Verfassungsrecht in ein Aggregat einzelner Normen und Institute, die sie unter die geläufigen allgemeinen Schemata subsumiert, indem sie sie auf ihren Gehalt an Begründung formaler rechtlicher Willensmacht, formaler Pflichten untersucht. Sie übersieht dabei unter anderem von vornherein den Unterschied, der hier gegenüber allen anderen Rechtsmaterien besteht: daß es sich bei den Regelungen anderer Rechtsverhältnisse um die abstrakte Normierung unendlich vieler Fälle mit dem Ziel höchstens durchschnittlicher Angemessenheit handelt, hier dagegen *um das individuelle Gesetz einer einzigen konkreten Lebenswirklichkeit*. Mindestens dies sollte jeder Verfassungsinterpret aus dem Beginn der Verfassungsurkunden, aus Präambel, Bestimmungen über Gebiet, Staatsform, Farben usw. herauslesen [...] – daß es sich um das Lebensgesetz einer Konkretheit handelt, und zwar, da diese Konkretheit nicht eine Statue, sondern *ein einheitlicher, diese Wirklichkeit immer von neuem herstellender Lebensprozeß ist, um das Gesetz ihrer Integration*.“<sup>199</sup>

Nach *Smends* Ansicht ist die Verfassung also das individuelle „Gesetz einer einzigen konkreten Lebenswirklichkeit“ und daher *per se* nicht statisch („Statue“), sondern

<sup>197</sup> *Mantl*, Rechtslehre 3 (1982) 185–200, 186 f.; mit anderer Einteilung *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 162 ff.; *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 14 ff.

<sup>198</sup> *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 172.

<sup>199</sup> *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 133 f.

lebendig („ein einheitlicher immer von Neuem herstellender Lebensprozeß“).<sup>200</sup> Unter Rückgriff auf *Dilthey* forderte er deswegen die Anwendung der „geisteswissenschaftliche[n] Methode“<sup>201</sup> in Abgrenzung zur formalistischen, das heißt klassisch-juristischen Methode.<sup>202</sup>

Der Nationalsozialismus unterbrach diese Diskussion. Sie wurde erst wieder in der Zeit danach aufgenommen,<sup>203</sup> wo sie schließlich eine zwischenzeitliche Verdichtung fand in der Zusammenstellung der wesentlichen Diskussionsbeiträge durch *Dreier* und *Schwegmann* in einem 1976 erschienenen Sammelband mit dem Titel „Probleme der Verfassungsinterpretation – Dokumentation einer Kontroverse“.<sup>204</sup>

Diese Dokumentation war auch ein deutliches Zeichen dafür, dass sich mit zunehmendem Einfluss des Grundgesetzes auf die deutsche Rechtsordnung die Methodendiskussion immer weiter vom Zivilrecht weg in das Verfassungsrecht verlagerte, bis schließlich das Problem der Verfassungausslegung „geradezu zum Kardinalproblem der Interpretation in der Rechtswissenschaft“<sup>205</sup> geworden war. Zugleich sollte die Verfassungausslegung aber auch „Prototyp jeder anderen Interpretation“<sup>206</sup> sein.

Das dürfte die Bedeutung der Verfassungausslegung überschätzen und wird den Besonderheiten anderer Rechtsbereiche nicht gerecht. Richtig ist aber, dass sie immer wichtiger wurde, weil auch das Verfassungsrecht immer mehr auf die Rechtsordnung einwirkte. Dementsprechend haben viele Teilnehmer der ersten Methodendiskussion unter dem Grundgesetz ihre Position teilweise bis heute fortgeschrieben (v. a. *Hesse*, *Müller* – später mit *Christensen* – *Häberle* und *Alexy*). In jüngerer und jüngster Zeit ist die Debatte noch um postmoderne Rechtstheorien und soziologische

---

<sup>200</sup> *Ders.*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 134; dazu *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 126 f.

<sup>201</sup> *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 133.

<sup>202</sup> *Ders.*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 133; zur geisteswissenschaftlichen Methode später *Hollerbach*, AöR 46 (1960) 241–270, 256; kritisch *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2094 f.

<sup>203</sup> Ähnlich *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 71; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 360; differenzierend noch *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 19; *Friedrich*, AöR 102 (1977) 161–209, 161.

<sup>204</sup> *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976; siehe auch den konzisen Überblick aus der gleichen Zeit von *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099.

<sup>205</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 123 f.; dazu passt, dass Kriele und Müller ihre Auslegungslehre explizit am Problem der Verfassungsinterpretation entwickelt haben, so *Dreier*, in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 13–47, 46.

<sup>206</sup> *Leisner*, DÖV 14 (1961) 641–653, 646.

Betrachtungen des „constitutional reasoning“ erweitert worden.<sup>207</sup> Ein Großteil dieser Ansichten bricht, anders als die früheren Ansätze, mit der Vorstellung, dass die Verfassung wie ein Gesetz auszulegen sei.

## II. Position des Mainstreams

Der Mainstream der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft wendet weiterhin die klassischen Auslegungsregeln an. Daneben sind aber weitgehend auch besondere Auslegungsmechanismen anerkannt. Grund hierfür sind Besonderheiten, die Rechtswissenschaftler beim Verfassungsrecht erkennen.

### 1. Anwendung der Canones

Trotz der Vielzahl an Positionen verfährt der Mainstream weiterhin nach der Vorstellung, dass die Verfassungsinterpretation vom Grundgesetz auszugehen habe und dieses nach den klassischen Methoden der Gesetzesinterpretation ausgelegt werden müsse.<sup>208</sup> Die (vier bis sieben) *canones* stehen dabei gleichberechtigt nebeneinander.<sup>209</sup> Ziel der Verfassungsauslegung sei es, „den objektiven Sinngehalt der Norm, nicht den subjektiven Willen des (historischen) Gesetzgebers“<sup>210</sup> zu ermitteln.

Der Streit, ob die Verfassung subjektiv oder objektiv auszulegen ist, scheint sich also weitestgehend erledigt zu haben.<sup>211</sup> Man darf jedoch bezweifeln, dass die objektive

<sup>207</sup> Für ein postmodernes Methodenverständnis siehe z. B. *Ladeur*, in: Augsberg/Vesting (Hrsg.), Das Recht der Netzwerkgesellschaft, 2013, 77–98; *Augsberg/Vesting*, in: dies. (Hrsg.), Das Recht der Netzwerkgesellschaft, 2013, 1–17, 11 ff.; zum „constitutional reasoning“ siehe die Spezialausgabe des German Law Journals: 14 GLJ 8 (2013).

<sup>208</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I, Bd. 1, 31. Aufl. 2015, Rn. 20; *Sachs*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 37 f.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 1, Rn. 143; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 49; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 1 ff.; *Herdegen*, JZ 59 (2004) 873–879, 874; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 127; zurückhaltend *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 363; wohl auch *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 70 ff.; a. A. etwa *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 55 ff.

<sup>209</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 126 f. m. w. N.; kritischer *Dreier*, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 13–47, 25.

<sup>210</sup> *Sachs*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 37.

<sup>211</sup> *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 1 Rn. 144; BVerfG, Urt. v. 21.05.1952, 2 BvH 2/52, 2. Leitsatz, wird gemeinhin auch als Bekenntnis zur objektiven Auslegung des Grundgesetzes verstanden, obwohl es um die Auslegung von einfachem Gesetzesrecht ging, so z. B. *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 48 m. w. N.; siehe aber auch *Jestaedt*,

Auslegungstheorie in der Praxis konsequent durchgehalten wird.<sup>212</sup> Historische Argumente, also auch der „Wille des Verfassungsgebers“, werden ebenso konstant herangezogen wie die anderen Auslegungsregeln.<sup>213</sup>

Trotz der Gleichstellung von Gesetz und Verfassung erkennt auch der Mainstream an, dass das Verfassungsrecht über besondere (zusätzliche) Auslegungsmechanismen verfügt.<sup>214</sup> Umstritten ist allerdings, inwieweit diese Methoden eigenständig und nicht Teil der klassischen Auslegungsmethoden sind.<sup>215</sup> Die Besonderheiten der Auslegung werden üblicherweise mit der Offenheit der Verfassung erklärt.<sup>216</sup> Dennoch bestimme der Verfassungstext die Grenze der „zulässigen

---

Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 84 f., der darlegt, dass die Eigenständigkeit verfassungstheoretischer Überlegungen eine subjektive Methode erfordere.

<sup>212</sup> Vgl. die Analysen bei *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 25 f. und *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 75 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 124 f., plädiert für die Kombination von subj. und obj. Theorie.

<sup>213</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 41; kritisch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 56.

<sup>214</sup> Siehe nur *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 130 f.; *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 107 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 32 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 60; kritisch *Starck*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 18 ff.; *Hillgruber*, JZ 62 (2007) 209–218, 209. Der rechtstheoretische Standpunkt des Mainstreams wird meist nicht deutlich, ein Teil der besonderen Auslegungsmechanismen dürften aber auf Hesse zurückgehen. Auf diesen nimmt z. B. auch *Kloepfer* Bezug: *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 1, dort in Fn. 105, 110, 113, 114, 126, 132, 139, 141 usw., ohne aber Hesses zentrale Skepsis gegenüber dem „Willensdogma“ zu übernehmen (dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 56). Auch *Maurer* scheint sich bei Hesse zu bedienen (so erkennt von *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 1, dort in Fn. 126), obwohl er hinsichtlich des „Willensdogmas“ anderer Meinung ist (dazu *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 49).

<sup>215</sup> Von einer Eigenständigkeit gehen z. B. aus *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 123 ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 71, der noch nach Staatsorganisationsrecht und Grundrechte unterteilt; für eine Modifikation sind z. B. *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 162; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 60 ff.; die Eigenständigkeit lehnen z. B. ab *Starck*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 18 ff.; *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 46; *Leisner*, DÖV 14 (1961) 641–653, 641, 643; *Sachs* und *Leisner* sprechen von Akzentuierung.

<sup>216</sup> Deutlich BVerfG, Urt. v. 16.02.1983, Bundestagsauflösung I, 2 BvE 1–4/83, Rn. 126: „Denn mehr als die Interpretation der Gesetze hat die der Verfassung mit dem Problem der Offenheit des Normtextes zu tun, weil die Verfassung der aufgegebenen politischen Einheit des Staates zu dienen bestimmt ist“ (mit Verweis auf *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 83 („Offenheit und Weite“) m. w. N.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 140 (zukunfts offen); siehe auch *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 46, m. w. N. der Rechtsprechung des BVerfG.

Verfassungsinterpretation“<sup>217</sup>. Sie liegen dort, wo „keine verbindliche Setzung der Verfassung vorhanden ist, wo die Möglichkeiten eines sinnvollen Verständnisses des Normtextes enden oder wo eine Lösung in eindeutigem Widerspruch zum Normtext treten würde. Die unübersteigbare Grenze der Verfassungsinterpretation ist die geschriebene Verfassung. Sie schließt die Möglichkeit eines Verfassungswandels durch Interpretation ein, eine Verfassungsdurchbrechung und eine Verfassungsänderung durch Interpretation aber aus.“<sup>218</sup> Kurzum: Eine Interpretation *contra constitutionem* sei nicht zulässig, eine Interpretation *praeter constitutionem* (über den Wortlaut hinaus) aber schon.<sup>219</sup> Gäbe man demgegenüber die Wortlautgrenze auf, verstieße man gegen Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG.<sup>220</sup>

## 2. Anerkannte besondere Auslegungsprinzipien

Die klassischen Auslegungsregeln weisen im Verfassungsrecht keine Besonderheiten auf.<sup>221</sup> Daneben sind „[t]rotz gewisser grundsätzlicher methodischer Kontroversen [...] einige Prinzipien der Verfassungsinterpretation [...] im Wesentlichen übereinstimmend anerkannt“<sup>222</sup>.

### a) Einheit der Verfassung und praktische Konkordanz

Insbesondere das Bundesverfassungsgericht hat früh die Ansicht geprägt, dass Verfassungsrecht in dem Bewusstsein auszulegen sei, dass die Verfassung eine Einheit bilde.<sup>223</sup>

<sup>217</sup> Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 142.

<sup>218</sup> Ders., Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 142, mit Verweis auf Hesse, der wiederum unter Bezugnahme auf Gadamer, fast wortgleich über die Grenzen der Verfassungsinterpretation schreibt, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 77.

<sup>219</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 3.

<sup>220</sup> Sachs, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 40.

<sup>221</sup> Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 146 ff.; eine Ausnahme wird teilweise in der historischen Verfassungsauslegung gesehen: Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 21 ff.

<sup>222</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 131; zu den Prinzipien siehe auch Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 162 ff.

<sup>223</sup> Dazu Ossenbühl, DÖV 18 (1965) 649–661, 654 f.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 131 f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 20, 71; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 61; Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 163 ff.; Starck, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 20; kritisch z. B. Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 56 und die Fn. 80 auf S. 128 f.;

„Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt.“<sup>224</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat sogar angenommen, dass die Einheit der Verfassung als „logisch-teleologisches Sinngebilde“<sup>225</sup> das „[V]ornehmste Interpretationsprinzip“<sup>226</sup> sei, „weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein“<sup>227, 228</sup> Dementsprechend wurde die Einheit des Grundgesetzes von manchen auch am *telos* der Menschenwürde ausgerichtet.<sup>229</sup>

Hinter der Einheit der Verfassung steht die Idee, dass die Verfassung „nicht Konglomerat zufällig aneinander gereihter Rechtssätze ist, sondern von einer Konzeption, von einer Idee getragen ist, die unternimmt, ein geschlossenes Ganzes der Ordnung des Staats- und Gemeinschaftslebens zu sein.“<sup>230</sup> Aus der Idee folgt allerdings nicht, dass in der Verfassung bereits eine widerspruchslöse, materielle Einheit angelegt sei, sondern dass diese immer wieder hergestellt werden müsse.<sup>231</sup>

Das Prinzip beugt also einem Funktionalismus einzelner Verfassungsteile vor: Die Einheit der Verfassung erinnert daran, dass die Spannungen widerstreitender Normen und Prinzipien anhand ihrer jeweiligen Bedeutung gelöst werden müssen; „die sich überlagernden Wirkungsfelder“<sup>232</sup> sind „nach beiden Seiten einzuengen“<sup>233, 234</sup>

In dieser Ausformung ähnelt die Einheit der Verfassung dem Prinzip der praktischen Konkordanz.<sup>235</sup> Tatsächlich wird die praktische Konkordanz meist auch als Teil des

---

<sup>224</sup> BVerfG, Urt. v. 23.10.1951, Südweststaat, 2 BvG 1/51, Rn. 76.

<sup>225</sup> BVerfG, Urt. v. 14.12.1965, Kirchenbausteuer, 1 BvR 413/60 und 416/60, Rn. 49.

<sup>226</sup> BVerfG, Urt. v. 14.12.1965, Kirchenbausteuer, 1 BvR 413/60 und 416/60, Rn. 49.

<sup>227</sup> BVerfG, Urt. v. 14.12.1965, Kirchenbausteuer, 1 BvR 413/60 und 416/60, Rn. 49.

<sup>228</sup> BVerfG, Urt. v. 14.12.1965, Kirchenbausteuer, 1 BvR 413/60 und 416/60, Rn. 49.

<sup>229</sup> *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 107.

<sup>230</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 132.

<sup>231</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 132.

<sup>232</sup> *Ossenbühl*, DÖV 18 (1965) 649–661, 655.

<sup>233</sup> *Ders.*, DÖV 18 (1965) 649–661, 655.

<sup>234</sup> *Ders.*, DÖV 18 (1965) 649–661, 655.

<sup>235</sup> Zur praktischen Konkordanz siehe nur *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72; kritisch *Fischer-Lescano*, KJ 41 (2008) 166–177; für einen Überblick der Kritik siehe *Schladebach*, Der Staat 53 (2014) 263–283, 274 ff.

Prinzips der Einheit der Verfassung verstanden.<sup>236</sup> Angesichts der sehr ähnlichen Operation ist das zwar naheliegend, man kann die beiden Prinzipien aber in ihrer Zielsetzung unterscheiden: Die praktische Konkordanz ist (eher) auf die Optimierung, die Einheit der Verfassung (eher) auf Systematisierung gerichtet.<sup>237</sup>

Die praktische Konkordanz ist dabei aber keine blinde Optimierungsoperation, sondern sie versucht zugleich eine Harmonisierung herbeizuführen.<sup>238</sup> Die Bezeichnung „praktische Konkordanz“ wird meist mit *Hesse* verbunden,<sup>239</sup> obgleich diese bereits davor vom Schweizer *Bäumlin* verwendet wurde.<sup>240</sup> Inhaltlich findet sich der Gedanke der praktischen Konkordanz auch schon vor *Hesse* bei *Scheuner* und *Lerche*.<sup>241</sup> Dennoch ist es vor allem *Hesse* zu verdanken, dass das Prinzip so weitreichende Anerkennung gefunden hat.

Das Optimierungsgebot entspringt nach *Hesse* dem Prinzip der Einheit der Verfassung.<sup>242</sup> Es ließe sich aber auch dem Effektivierungsgebot der Grundrechte entnehmen. Das Verfahren der praktischen Konkordanz ist vor allem dem gestiegenen Bedarf an Lösung von Grundrechtskollisionen geschuldet. Mit der Ausweitung des Grundrechtsschutzes, besonders deutlich in Form der allgemeinen Handlungsfreiheit, erhöhte sich auch die Zahl der Konflikte zwischen unterschiedlichen Grundrechten verschiedener Grundrechtsträger. Die praktische Konkordanz versucht, diese Konflikte mit dem Ziel zu lösen, möglichst die Effektivität aller beteiligten Grundrechte

---

<sup>236</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72; *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 53 und dort die Fn. 153, der die praktische Konkordanz als Mittel zur Herstellung der materiellen Einheit der Verfassung sieht.

<sup>237</sup> *Starck* ordnet wiederum beide Prinzipien der systematischen Auslegung zu, das Optimierungsgebot sei aber teleologischer Natur: *Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 20.

<sup>238</sup> Im Spannungsfeld von Optimierung und Harmonisierung siedelt auch *Stern* die praktische Konkordanz an: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 133.

<sup>239</sup> *Schladebach*, Der Staat 53 (2014) 263–283, 264, 267 f.

<sup>240</sup> *Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 30; zur Herkunft instruktiv *Schladebach*, Der Staat 53 (2014) 263–283, 267 f.

<sup>241</sup> *Scheuner*, VVDStRL 20 (1963) 103–134, 125; *ders.*, VVDStRL 22 (1965) 1–100, 53; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 125 ff., 134 ff., 153.

<sup>242</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72, so auch die übliche Herleitung: *Schladebach*, Der Staat 53 (2014) 263–283, 268 ff. m. w. N.; ein Optimierungsgebot lässt sich aber auch aus der Prinzipienlehre ableiten, die aber mit ihrem strengen rechtstheoretischen Dualismus von Regeln und Prinzipien nicht von allen geteilt wird; zur Prinzipienlehre siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 ff., 87 ff.; instruktiv auch *Poscher*, RW 1 (2010) 349–372, 351 f., 368 ff.

zu erhalten. Die praktische Konkordanz ist eine Methode der Güterabwägung in Fällen einer Normkollision.

Nach *Hesse* soll der Konflikt nicht einfach zugunsten der einen oder der anderen Norm gelöst werden, sondern „verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt [...]. [D]as Prinzip der Einheit der Verfassung [stellt] die Aufgabe einer Optimierung: *beiden* Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“<sup>243</sup> *Lerche* prägte hingegen die Formel „des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs“<sup>244</sup> von Verfassungsgütern und *Scheuner* sprach vom „Gedanken der interpretativ herzustellenden Einheit und Harmonie der Verfassung“<sup>245</sup>.

Dem Prinzip lässt sich jedoch nicht entnehmen, was im Einzelfall verhältnismäßig ist,<sup>246</sup> sondern es weist lediglich „als in der Verfassung enthaltene und darum verbindliche Direktive die Richtung und es bestimmt das Verfahren, in denen [sic] eine verfassungsmäßige Lösung allein gesucht werden darf“<sup>247</sup>. Damit verbieten sich schematische Lösungen wie *in dubio pro libertate* oder *in dubio pro securitate*.<sup>248</sup> Die Methode setzt also voraus, dass alle Normen und Werte der Verfassung einen gleichwertigen Geltungsanspruch haben.

Auch das Bundesverfassungsgericht bedient sich in ständiger Rechtsprechung der praktischen Konkordanz.<sup>249</sup> Zunächst zögerlich ohne Nennung des Begriffs<sup>250</sup> und

---

<sup>243</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72 (Hervorhebung des Originals).

<sup>244</sup> *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 153.

<sup>245</sup> *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 1–100, 53; davor schon *ders.*, VVDStRL 20 (1963) 103–134, 125.

<sup>246</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

<sup>247</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

<sup>248</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72; in Abgrenzung zu *P. Schneider*, in: FS Deutscher Juristentag, Bd. II, 1960, 263–290; ebenfalls kritisch *Schmid-Abmann*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 541–612, Rn. 93; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2013, 413–568, Rn. 297;

<sup>249</sup> *Schladebach*, Der Staat 53 (2014) 263–283, 266 m. w. N.

<sup>250</sup> BVerfG, Urt. v. 25.02.1975, Schwangerschaftsabbruch I, 1 BvF 1–6/74, Rn. 87, 151 – Prinzip des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen.



als Aufgabe des Gesetzgebers gesehen,<sup>251</sup> wurde das Prinzip vor allem bei Grundrechten angewendet:

„Dieser Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts sowie zwischen diesem Grundrecht und anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, daß nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren.“<sup>252</sup>

Inzwischen ist die praktische Konkordanz über die Grundrechte hinaus zu einem allgemeinen Prinzip für die Abwägung von Verfassungsgütern geworden.<sup>253</sup> Es wird sogar für das Verhältnis zwischen Völkerrecht und deutschem Verfassungsrecht im Rahmen des Art. 25 GG angewendet.<sup>254</sup>

## b) Integrierende Wirkung

Dem Prinzip der Einheit der Verfassung steht das Prinzip der integrierenden Wirkung nahe.<sup>255</sup> Das Prinzip leitet sich aus der Integrationsfunktion der Verfassung ab.<sup>256</sup> Anwendung soll es vor allem bei Auslegung der Bundestreue finden. Man geht davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht dabei die integrierende Wirkung unterschiedlicher Auslegungsergebnisse berücksichtigt, ohne sich allerdings ausdrücklich auf das Prinzip zu berufen.<sup>257</sup>

<sup>251</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.12.1975, Simultanschule, 1 BvR 63/68, 2. Leitsatz.

<sup>252</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.05.1995, Kruzifix, 1 BvR 1087/91, Rn. 51 m. w. N.

<sup>253</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.11.2015, Bezüge sächsischer Beamter, 2 BvL 19/09, 20/09, 5/13 und 20/14, Rn. 108: „Der Grundsatz der amtsangemessenen Alimentation ist Teil der mit den hergebrachten Grundsätzen verbundenen institutionellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG. Soweit er mit anderen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen oder Instituten kollidiert, ist er – wie dies auch sonst der Fall ist – entsprechend dem Grundsatz der praktischen Konkordanz im Wege der Abwägung zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.“

<sup>254</sup> *Cremer*, in: HStR, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, 369–412, Rn. 143 m. w. N.; auch das französische Recht kennt die „praktische Konkordanz“: Conseil constitutionnel, Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995; jüngst wurde dieses Prinzip auch bei europäischen Patentstreitigkeiten angewendet: EPO Beschwerdekammer, Zwischenentsch. v. 17.02.2015, R 0002/14, Rn. 39.4.

<sup>255</sup> *Kritisch Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 30 ff.

<sup>256</sup> Dazu *ders.*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 30 ff.

<sup>257</sup> *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, Rn. 168; zum Prinzip siehe *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 65; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 74, der anders als Smend dieses Prinzip aber durch den Wortlaut begrenzt

Die Nähe zu *Smends* Verfassungsverständnis wird deutlich. Für ihn ist es „der Sinn der Verfassung selbst, ihre Intention nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses zu richten, die jene elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur erlaubt, sondern sogar fordert.“<sup>258</sup>

Nach heutigem Verständnis geht das Prinzip aber nicht über den Wortlaut der einzelnen Normen hinaus, es öffnet nicht die Auslegung für alle möglichen politischen Erwägungen, es soll vielmehr vom Prinzip der Normativität der Verfassung begrenzt sein.<sup>259</sup> Nach dem Prinzip der Normativität der Verfassung ist „die geschriebene Verfassung nicht nur Deklamation, Deklaration oder politisches Programm, sondern selbst verbindliches Recht“<sup>260</sup>.

### c) Funktionelle Richtigkeit

Das Prinzip der funktionellen Richtigkeit besagt zum einen, dass sich ein staatliches Organ durch die Auslegung der eigenen Rolle und Befugnisse nicht außerhalb der ihm zugewiesenen Funktion bewegen darf.<sup>261</sup> Besonders im Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber soll es zur Anwendung kommen: Dem Bundesverfassungsgericht sind Interpretationen versagt, die den Spielraum des Gesetzgebers zu sehr einengen würden.<sup>262</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht verwendet funktionelle Argumente dort, wo es seine eigene Rolle definiert.<sup>263</sup>

---

sieht; zur Integrationslehre siehe *Smend* (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1968, S. 187 ff.

<sup>258</sup> *Smend* (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1968, S. 190; kritisch *Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 33.

<sup>259</sup> *Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 33; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 74, 75, der sich dort in Fn. 36 ausdrücklich von *Smend* abgrenzt.

<sup>260</sup> *Wahl*, JuS 41 (2001) 1041–1048, 1041.

<sup>261</sup> *Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 20; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 73; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 63; *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 173 ff., der das Prinzip der funktionellen Richtigkeit mit Blick auf das US-amerikanische Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des BVerfG nachweist (für Nachweise der Rechtsprechung siehe a. a. O., 74 und dort Fn. 87)

<sup>262</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 73; siehe auch Rn. 82 ff.; im US-amerikanischen Verfassungsrecht werden solche Fragen unter den Stichworten „political-question-doctrine“ und „preferred-freedoms-doctrine“ besprochen, dazu *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 173.

<sup>263</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.12.1985, 1 BvL 15/84, Rn. 48 m. w. N.

Zum anderen verdeutlicht *Stern* die Nähe des Prinzips zur integrierenden Funktion der Verfassung: Funktionsnormen müssen mit Rücksicht auf die einheitsstiftende Wirkung der Verfassung ausgelegt werden, die Verfassungsorgane stehen sich in besonderer Treue gegenüber; daraus leiten sich wiederum Ideen wie die des „judicial self-restraint“ ab.<sup>264</sup>

Das Prinzip der funktionellen Richtigkeit ist letztlich komplementär zur Implied-Powers-Lehre, die im US-amerikanischen Recht entwickelt wurde. Nach der Implied-Powers-Lehre gibt es über die geschriebenen Kompetenzen hinaus auch soweit ungeschriebene, wie sie für die Ausübung der geschriebenen notwendig sind. Hat die Implied-Powers-Lehre eine teleologische Ausrichtung, so ist das Prinzip der funktionalen Richtigkeit systematischer Natur.<sup>265</sup>

#### d) **Verfassungswandel**

Die Verfassungswirklichkeit ist das verfassungsrelevante tatsächliche Leben und Handeln der Gemeinschaft, die von der Verfassung in Bezug genommen wird.<sup>266</sup> Diese Wirklichkeit kann verfassungsgemäß oder verfassungswidrig sein; dabei ist eine verfassungswidrige Verfassungswirklichkeit nicht bloß ein punktueller Verstoß, sondern eine etablierte Praxis, die nicht der Verfassung entspricht; sie ist vom Bundesverfassungsgericht zu rügen.<sup>267</sup> Allerdings ist das Verhältnis im Einzelnen komplexer: Verfassung und Verfassungswirklichkeit sind nicht linear abhängig, sondern interdependent,<sup>268</sup> wengleich mit Vorrang der Verfassung – jedenfalls aus juristischer Sicht. Das diffizile Verhältnis wird meist unter dem Begriff des „Verfassungswandels“ besprochen.<sup>269</sup> Ein verfassungsgemäßer Verfassungswandel wäre dann nicht zu rügen.

---

<sup>264</sup> Zum Nachfolgenden siehe *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 134 f.

<sup>265</sup> Beide sind aber durch die „Implikationslehre“ verklammert: *Kruse*, AVR 4 (1953) 169–182, 171, 173, 182.

<sup>266</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 70.

<sup>267</sup> *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 74 ff.

<sup>268</sup> Deutlich z. B. in der abweichenden Meinung des Richters Rottmann, BVerfG, Ur. v. 02.03.1977, Öffentlichkeitsarbeit, 2 BvE 1/76, Rn. 218 ff., mit Blick auf die Entwicklung der parlamentarischen Demokratie.

<sup>269</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 70; für einen kritischen Überblick siehe *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004) 450–459, der den Verfassungswandel aber spezifischer sieht und ihn im Machtgepräge eines demokratischen Verfassungsstaates ansiedelt (a. a. O., 450); zum Begriff siehe auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 88 f. m. w. N., der unter Rückgriff auf Roßnagel bzw. Bryde

Der Begriff Verfassungswandel wird mit unterschiedlichen Nuancen verwendet.<sup>270</sup> Nach überwiegender Meinung ist er zwar keine Auslegungstechnik, muss aber bei der Auslegung berücksichtigt werden. Er soll die verfassungsgemäße Änderung der Verfassung bezeichnen, die ohne förmliche Verfassungsänderung und nicht *qua* Auslegung erfolgt.<sup>271</sup> Er bezeichnet hingegen nicht den bloßen Begriffswandel wegen technischer Neuerungen, wie zum Beispiel beim Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 GG).<sup>272</sup>

„Der Begriff des Verfassungswandels soll [...] der Erscheinung vorbehalten bleiben, daß eine von sozialen oder politischen Veränderungen abhängige Praxis Verfassungsbestimmungen – und damit die Rechtslage – inhaltlich ändert, ohne daß der Text des Verfassungsgesetzes ausdrücklich abgeändert wird.“<sup>273</sup>

Für die Auslegung stellt sich letztlich die Frage, inwieweit ein festgestellter Verfassungswandel zu beachten ist.

Nach *Badura* wird der Verfassungswandel vor allem vom Parlament vorangetrieben, die Veränderungen sollen aber von der Verfassung selbst hervorgerufen und gesteuert werden.<sup>274</sup> *Herdegen* hingegen merkt an, dass sich die Veränderungen genauso gut auch von außerhalb der Gesellschaft aufdrängen können. Beispielsweise erlangt die Europäische Menschenrechtskonvention immer größere Bedeutung für die Auslegung der deutschen Grundrechte, und auch völkerrechtlich geprägte Begriffe, wie „Verteidigung“ in Art. 87a GG sind anhand der (sich verändernden) Wertungen des Völkerrechts auszulegen.<sup>275</sup>

Der Einfluss des Verfassungswandels ist umstritten. *Voßkuhle* etwa misst ihm keine eigene Bedeutung mehr zu, für ihn gibt es keine eigenständige Lehre des Verfassungswandels, vielmehr diene der Begriff als „Chiffre für die vielfältigen

---

„Verfassungsanpassung“ bzw. „Verfassungsentwicklung“ für passendere Begriffe erachtet.

<sup>270</sup> Zur Begriffsentwicklung siehe *Badura*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 591–612, Rn. 16; früh schon *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 137.

<sup>271</sup> Anderer Ansicht *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 62, die mit (stillem) Verfassungswandel das Phänomen meinen, dass durch Auslegung verfassungsrechtliche Vorgaben und Maßstäbe geändert werden.

<sup>272</sup> „Stillter“ Verfassungswandel bei *Badura*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 591–612, Rn. 14 m. w. N.; ähnlich *Böckenförde*, in: FS Lerche, 1993, 3–14.

<sup>273</sup> *Badura*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 591–612, Rn. 15; a. A. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 33, der dies als Teil des Verfassungswandels begreift.

<sup>274</sup> *Badura*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 591–612, Rn. 17 f.; ähnlich *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 69.

<sup>275</sup> *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 33.

Fortentwicklungsmöglichkeiten einer zeitgeprägten offenen Verfassung jenseits der formellen Verfassungsänderung<sup>276</sup>. Für ihn sei „Verfassungswandel“ lediglich die „Eingangssentenz für die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Grundfragen“<sup>277</sup> und verdecke insofern mehr, als er erkläre.<sup>278</sup>

Auch *Häberle* sieht keinen Raum für einen selbstständigen Begriff des Verfassungswandels.<sup>279</sup> Allerdings beruht *Häberles* Verfassungsverständnis schon *per se* auf der Vorstellung einer sich ständig wandelnden Verfassung, daher bedarf es auch keiner eigenen Kategorie des Verfassungswandels mehr.

### e) Auslegung am einfachen Recht

Die Verfassung steht über dem einfachen Recht. Deswegen ist das einfache Recht verfassungskonform auszulegen. Dabei stellt sich aber das Problem, dass die Normebenen unterschiedlich abstrakt sind.<sup>280</sup>

Die Normendichte der Verfassung ist viel geringer als die des einfachen Rechts. Die Verfassung wird für den infrage stehenden Sachverhalt meist keine ausdrücklichen und konkreten Vorgaben machen. Die Auslegung der Verfassung wird dann vor dem Hintergrund der jeweiligen Fallfrage, das heißt des einfach-gesetzlich erfassten Lebensbereichs, erfolgen. Wenn man sich über den Inhalt der Verfassung im Lichte einer Situation, die von einer einfach-rechtlichen Norm erfasst wird, klar werden möchte, dann wird diese einfach-rechtliche Norm Einfluss auf das Auslegungsergebnis der Verfassungsnorm haben.

Das ist zunächst einmal ein tatsächlicher Zusammenhang. Für eine methodologisch relevante Begründung der Interdependenz von einfachem Recht und Verfassungsrecht berufen sich *Hesse* und *Häberle* überdies auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.<sup>281</sup> Ebenso sprechen Ideen wie die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“<sup>282</sup> und die des Bundestags als „Erstinterpret der Verfassung“<sup>283</sup> für

<sup>276</sup> *Voßkuhle*, *Der Staat* 43 (2004) 450–459, 459.

<sup>277</sup> *Ders.*, *Der Staat* 43 (2004) 450–459, 459.

<sup>278</sup> Zum Vorstehenden *ders.*, *Der Staat* 43 (2004) 450–459, 459.

<sup>279</sup> *Häberle*, *ZfP* 21 (1974) 111–137, 129.

<sup>280</sup> Zum Nachfolgenden siehe *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 85.

<sup>281</sup> *Ders.*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 85; *Häberle*, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, Bd. I, 2. Aufl. 2010, S. 417.

<sup>282</sup> Früh schon *Häberle*, *JZ* 30 (1975) 297–305.

<sup>283</sup> *Kreuter-Kirchhof*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 659–692, Rn. 52 ff.; *Kirchhof*, in: *Bumke* (Hrsg.),

eine solche Auslegung. Natürlich besteht dabei die Gefahr, die hierarchische Stellung zu verkehren. Allerdings bedarf es wegen der Offenheit der Verfassung einer systematischen Vernetzung ihrer offenen Begriffe mit dem übrigen Recht.

## f) Geschichtliche Dimension

Die „historische Auslegung“ ist Teil der klassischen *canones*. Ihre Bedeutung wird im Verfassungsrecht unterschiedlich bewertet. Im deutschen Verfassungsrecht spielt die geschichtliche Dimension der Verfassung aber jedenfalls keine unbedeutende Rolle:<sup>284</sup>

„Die Verfassung gewinnt durch die verschiedenen Spielarten der historischen Auslegung Konturen. Diese besitzt einen hohen Stellenwert. Denn Auslegung setzt Verstehen voraus.“<sup>285</sup>

Die historische Auslegung wird üblicherweise in zwei Bestandteile zerlegt:<sup>286</sup> die Auslegung anhand der Entstehungsmaterialien der auszulegenden Norm und die anhand der Vorläufernormen beziehungsweise deren Entstehungsmaterialien (Genetik).<sup>287</sup> Insofern ist bei der „historischen Auslegung“ auch „nach den historischen Leitbildern und den allgemeinen Vorstellungen und Umständen zur Zeit der Verfassungsgebung“<sup>288</sup> zu fragen, denn „[e]ine neue Verfassung ist in aller Regel kein völliger Neuanfang. Vielmehr knüpft der Verfassungsgeber positiv oder negativ an frühere Verfassungen und Gesetze an.“<sup>289</sup>

„Verfassungsrecht [tradiert] die historisch bewährten Institutionen, Regeln politischer Willensbildung oder Freiheitsrechte. Die in einem

---

Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 75, 78.

<sup>284</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 41, siehe dort auch die Fn. 115–113 für Nachweise der Rechtsprechung; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 348; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn 21; das BVerfG selbst ordnet die historische Auslegung aber eher als untergeordnete Methode ein: BVerfG, Ur. v. 16.02.1983, Bundestagsauflösung I, 2 BvE 1–4/83, Rn. 125 ff.

<sup>285</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn 21.

<sup>286</sup> *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 52 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn 7 ff.

<sup>287</sup> *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 52; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn 13 ff.; *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 96 f.; für die Anwendung außerhalb des Verfassungsrechts siehe *Bydliniski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 449 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 328 ff.

<sup>288</sup> *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 54.

<sup>289</sup> *Ders.*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 54.

weiteren Sinn verstandene historische Auslegung bringt die historischen Leistungen bei der Entwicklung richtigen Verfassungsrechts zur Geltung. Sie erschließt damit jenen historischen Horizont, ohne dessen Kenntnis das Verfassungsrecht nicht verstanden und damit ausgelegt werden kann.“<sup>290</sup>

Die Orientierung an historischen Vorbildern hat durchaus Tradition in der deutschen Verfassungsdogmatik. So wird die Rolle des Bundespräsidenten in Abgrenzung zur Stellung des Reichspräsidenten bestimmt und die Reichweite seiner Kompetenzen im Vergleich von Grundgesetz mit der Weimarer Reichsverfassung ermittelt.<sup>291</sup> Das Grundgesetz verweist selbst auf die Weimarer Reichsverfassung (Art. 140 GG). Die vorherige Verfassung hat also weiterhin Bedeutung für das Verständnis der jetzigen Verfassung.<sup>292</sup>

Dahinter kann man aber noch einen weiteren Rahmen spannen: den des (rechts-)geschichtlichen Horizonts,<sup>293</sup> der oft auch nur ein unbewusst unterstützendes Element ist.<sup>294</sup> In diesem geschichtlichen Horizont liegt die Besonderheit der historischen Auslegung im Verfassungsrecht. Verfassungen haben eine besondere Geschichtlichkeit, die sich aus den Gründungs Umständen ergibt. Sie wenden sich von einer früheren Gesellschaftsordnung ab und wollen eine neue etablieren.

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich zur Auslegung daher bisweilen auch auf die Zeit des Nationalsozialismus als besonders massives Argument. Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht die Existenz des Grundgesetzes mit der Pflicht verknüpft, ein Wiederaufleben des Nationalsozialismus zu verhindern.<sup>295</sup> Die Reichweite dieser geschichtlichen Auslegung wird besonders deutlich im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch. Das Gericht begründete darin den Vorrang des Schutzes des ungeborenen Lebens vor dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter unter

---

<sup>290</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 10.

<sup>291</sup> Vergleichende Argumente verwendet z. B. Herzog, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 54 GG, Rn. 101; siehe auch Stein, ZaöRV 69 (2009) 249–256, 251, 253.

<sup>292</sup> Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, 37 ff.

<sup>293</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn 10, 17.

<sup>294</sup> Maurer unterscheidet entsprechend nach der Auslegung anhand der „Entstehungsgeschichte“, der „Entwicklungsgeschichte“ und der „historischen Auslegung“: Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 52 ff.; ähnlich Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 37 ff.

<sup>295</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.01.1953, 1 BvR 520/52, Rn. 27: „aus dem Gesamtinhalt des Grundgesetzes, das ein Wiederaufleben des Nationalsozialismus verhindern [...] will, ergibt sich [...]“

anderem mit der Verhinderung der „Vernichtung lebensunwerten Lebens“<sup>296</sup> während des Nationalsozialismus.<sup>297</sup>

Der Wert einzelner Menschenrechte wird vom Bundesverfassungsgericht insofern aus der Geschichte heraus bemessen:

„Die ausdrückliche Aufnahme des an sich selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz – anders als etwa in der Weimarer Verfassung – erklärt sich hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden.“<sup>298</sup>

Das Bundesverfassungsgericht kommt schließlich zu dem Schluss, dass „[d]em Grundgesetz [...] Prinzipien der Staatsgestaltung zugrunde liegen, die sich nur aus der geschichtlichen Erfahrung und der geistig-sittlichen Auseinandersetzung mit dem vorangegangenen System des Nationalsozialismus erklären lassen.“<sup>299</sup>

### 3. Besonderheiten des Verfassungsrechts

Die Verfassungsauslegung unterscheidet sich von der Auslegung des einfachen Rechts, weil sich bestimmte Methodenprobleme intensivieren und in qualitativ anderer Form stellen. Das folgt aus den Besonderheiten des Verfassungsrechts.<sup>300</sup>

Einen konzisen Überblick über die Besonderheiten des Verfassungsrechts gibt *Stern*. *Sterns* Verfassungsverständnis ist dabei breit genug, um den überwiegenden Teil der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft zu erfassen, und kann daher auch stellvertretend für den nicht weiter dargelegten Verfassungsbegriff des Mainstreams stehen.

*Sterns* Ansicht fußt auf einem Verfassungsbegriff der „europäisch-amerikanischen Staatenwelt“<sup>301</sup>, wobei er versucht, die Ansätze des Weimarer Methoden- und

<sup>296</sup> BVerfG, Ur. v. 25.02.1975, Schwangerschaftsabbruch I, 1 BvF 1–6/74, Rn. 132.

<sup>297</sup> BVerfG, Ur. v. 25.02.1975, Schwangerschaftsabbruch I, 1 BvF 1–6/74, Rn. 132 ff., 203; kritisch zu diesem Vergleich die abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck und des Richters Simon, a. a. O., Rn. 221 f.

<sup>298</sup> BVerfG, Ur. v. 25.02.1975, Schwangerschaftsabbruch I, 1 BvF 1–6/74, Rn. 132.

<sup>299</sup> BVerfG, Ur. v. 25.02.1975, Schwangerschaftsabbruch I, 1 BvF 1–6/74, Rn. 203.

<sup>300</sup> Anderer Ansicht wohl *Leisner*, DÖV 14 (1961) 641–653, 641, der davon ausgeht, dass die Probleme der Auslegung im Verfassungsrecht nur besonders sichtbar werden.

<sup>301</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 75.



Richtungsstreits zusammenzuführen.<sup>302</sup> Nach *Stern* ist die Verfassung „die höchstrangige normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung im Staat.“<sup>303</sup> Auf der Grundlage dieses Verfassungsbegriffs beschreibt *Stern* folgende Besonderheiten, die die Verfassungsauslegung beeinflussen:<sup>304</sup>

„Verfassungsrechtssätze [verkörpern] [...] die organisatorische und materiale Grundordnung des Staats- und Gemeinschaftslebens. [...] Die Verfassung ist die Grundordnung einer Mannigfaltigkeit politischen und gesellschaftlichen Lebens. Sie besitzt ‚Ordocharakter‘ [...]. Sie will ordnen, stabilisieren, Freiheit sichern, Richtschnur für die Lebenswirklichkeit geben, Programm der Integration und Repräsentation sein [...], in das ‚Bewußtsein der Bürger eingehen‘. [...] Sie schöpft aus der Erfahrung der Vergangenheit, entscheidet in der Gegenwart und normiert für die Zukunft.“<sup>305</sup>

Die Regelungsdichte von Verfassungen ist meist gering; Verfassungen sind „breit und blankettartig“ formuliert und enthalten viele Generalklauseln, sie sind besonders offen; Verfassungsinterpretation sei daher stets Normkonkretisierung durch Auslegung.<sup>306</sup>

Verfassungsrecht bestimmt das politische Geschehen. Aufgrund seiner Rückwirkungen habe es „politischen Charakter“.<sup>307</sup>

Verfassungen enthalten Grundsatzentscheidungen – insbesondere in Form der Grundrechte – die letztlich für die gesamte Rechtsordnung relevant seien; diese Grundsatzentscheidungen müssen durch alle Staatsgewalten verwirklicht werden.<sup>308</sup>

---

<sup>302</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 74: „Alle vorgenannten Deutungen [Anm.: die von Schmitt, Jellinek, Krüger, Smend und Heller] tragen zur Erhellung des Verfassungsbegriffs bei.“

<sup>303</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 78.

<sup>304</sup> Für ähnliche Hinweise siehe *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 47 f.; in ähnlicher Weise beschreibt Kloepfer diese eher technischen Probleme: *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 1, Rn. 140.

<sup>305</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 126 f. (Hervorhebungen des Originals nicht übernommen), mit Verweis auf *Leisner*, DÖV 14 (1961) 641–653, 646 (Ordocharakter), und *Krüger*, DÖV 29 (1976) 613–624, 613 (Bewusstsein der Bürger).

<sup>306</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 83, 127, 128 (Zitat auf S. 128, Hervorhebungen des Originals nicht übernommen).

<sup>307</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 127, 129 (Zitat auf S. 129, Hervorhebungen des Originals nicht übernommen).

<sup>308</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 127, 129.

Entscheidend sei, dass die Auslegung der Verfassung letztverbindlich einer Gerichtsbarkeit besonderer Art zugewiesen ist und nicht von anderen Organen wahrgenommen werde.<sup>309</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Die besonderen Auslegungsprinzipien ermöglichen ein Abweichen vom gesetzesspositivistischen Vorverständnis des Grundgesetzes.<sup>310</sup> Sie verdeutlichen, dass auch bei einer geschriebenen Verfassung (einer Verfassung in Gesetzesform) Sein und Sollen weitaus stärker ineinander übergehen als beim einfachen Gesetzesrecht. Sie bestätigen insofern *Smends*'s Einschätzung, dass der Regelungsgegenstand der Verfassung eine spezielle Form der Auslegung erfordert. Grund hierfür sind Besonderheiten des Verfassungsrechts.

Rechtstheoretische Erwägungen liegen den besonderen Auslegungsprinzipien – jedenfalls so, wie sie in der Rechtspraxis angewendet werden – nicht zugrunde. Eine kohärente Auslegungstheorie bilden sie daher nicht, sie geben vielmehr nur punktuelle Auslegungsstrategien an die Hand. Der *Mainstream* bedient sich dieser Strategien in eklektischer Weise und kommt dadurch einer topischen Vorgehensweise bei der Auslegung des Grundgesetzes nahe (auf die Topik wird später zurückzukommen sein)<sup>311</sup>.

##### a) Abwandlung klassischer Methoden trotz Gesetzesform

Das Vorgehen des *Mainstreams* verdeutlicht, dass ein *Grundgesetz* – also ein positivistischer Verfassungsbegriff unter Betonung der Gesetzlichkeit der Verfassung – zwar zu einem gewissen Grad die klassischen Auslegungsmethoden indiziert. Eine verfassungsrechtliche Auslegungslehre muss aber auch bei einer geschriebenen Verfassung über die klassischen Methoden des Positivismus hinausgehen.

Auch das Verfassungsprozessrecht bestätigt, dass es sich beim Verfassungsrecht um eine besondere Rechtsmaterie handelt: § 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG gesteht den Richtern und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts zu, Sondervoten abzugeben. Die Regelung ist ein bemerkenswertes Abweichen vom restlichen Prozessrecht.

<sup>309</sup> *Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 127, 130.

<sup>310</sup> Zum Fortwirken des Gesetzespositivismus in der gegenwärtigen Verfassungsrechtswissenschaft siehe *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 115 ff.

<sup>311</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.2.

Die Abweichung zeigt zum einen, dass Verfassungsrecht für nicht immer konsensfähig gehalten wird und der Auslegungsmaßstab so vage ist, dass selbst bei größtem Sachverstand allenfalls Mehrheitsmeinungen gebildet werden können. Damit wird sogar in Kauf genommen, dass möglicherweise alle an der Entscheidung beteiligten Richter und Richterinnen zu einzelnen Teilen des Urteils abweichende Meinungen haben,<sup>312</sup> die Entscheidung insgesamt also von keinem Richter für vollständig richtig erachtet wird. Zum anderen liegt der gesetzlichen Abweichung die Vorstellung zugrunde, dass die intellektuelle Spannung, die Sondervoten erzeugen, nicht destruktiv, sondern konstruktiv für die Entwicklung des Verfassungsrechts ist.<sup>313</sup> Was anderswo als Gefahr für die Autorität des Gerichts und den Rechtsfrieden gesehen wird,<sup>314</sup> wird im Verfassungsrecht als wertvoll erachtet.

Die Anerkennung einer mehrstimmigen Auslegung verträgt sich nicht mit dem Bild der deduktiven Auslegung. Aus rechtspraktischer Sicht überrascht zwar nicht, dass mehrere Richter zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Allerdings kommt eine Mehrheit von Auslegungsergebnissen in einer Gerichtsentscheidung strukturell einem interpretatorischen *non liquet* nahe: Das Kriterium einer Mehrheitsentscheidung kann nicht die theoretische Prämisse der deduktiven Auslegung ersetzen, dass sich der Inhalt des Rechts zweifelsfrei bestimmen lässt. Ein *non liquet* dürfte in einem geschlossenen Rechtssystem also eigentlich nicht vorkommen, denn im Grunde genommen müsste sich jede (Auslegungs-)Frage im System beantwortet lassen.

Aus diesem Blickwinkel ist die Ausnahme in § 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG mehr als nur ein Zugeständnis an die Rechtswirklichkeit. Der Vorschrift liegt letztlich die Vorstellung zugrunde, dass ein – wenngleich nicht wirksam werdendes – interpretatorisches *non liquet* der Entwicklung des Verfassungsrechts helfen kann. Sie ist ein deutliches Zeichen dafür, dass der Auslegungsgegenstand Verfassungsrecht methodisch anders betrachtet werden muss: Verfassungsrecht lässt sich nicht einfach mit den vier *canones* aus der Verfassungsurkunde ableiten. Verfassungsrecht produziert nicht nur Spannungen durch unterschiedliche Interpretationen, vielmehr ist es zu

---

<sup>312</sup> So geschehen, kurz nachdem die Möglichkeit der Abgabe von Sondervoten eingeführt wurde: vgl. jeweils die abweichende Meinung der Richter Geller, Dr. Rupp und Wand, die abweichende Meinung des Richters Geiger und die abweichende Meinung der Richter Seuffert, Dr. Leibholz und Dr. Rinck, BVerfG, Urteil v. 15.11.1971, Richterbesoldung II, 2 BvF 1/70, Rn. 79 ff., 123 ff., 137 ff.; dazu E. Klein/J. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 54. Aufl. 2018, § 30 BVerfGG, Rn. 6.

<sup>313</sup> Zum Zweck der Regelung siehe *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 52.

<sup>314</sup> Insbesondere im Strafprozessrecht, vgl. § 43 DRiG.

einem gewissen Grad auf solche intellektuellen Spannungen als produktives Element angewiesen.

## b) Eklektizismus des Mainstreams

Viele der im Mainstream anerkannten besonderen Auslegungsprinzipien wurden von nur wenigen Vertretern der Verfassungsrechtswissenschaft entwickelt. Ein großer Teil wird zum Beispiel in *Hesses* Auslegungslehre gebündelt.<sup>315</sup> Die Prinzipien sind inzwischen aber so weit anerkannt, dass der Mainstream sie auch ohne den theoretischen Unterbau des Verfassungsverständnisses der jeweiligen Auslegungslehre anwendet.

Dieses Vorgehen des Mainstreams, vor allem auch des Bundesverfassungsgerichts, ist inkohärent, weil eklektisch. So beruht *Hesses* Auslegungslehre auf einer spezifischen verfassungstheoretischen Grundposition. Sein Auslegungsverständnis ist maßgeblich beeinflusst durch *Smends* Integrationslehre und *Gadamer*s Hermeneutik.<sup>316</sup> Die Ansichten dieser beiden passen aber nicht zu der Vorstellung des Mainstreams, dass das Verfassungsrecht im Grunde wie ein Gesetz auszulegen sei.<sup>317</sup> Die Anwendung der Auslegungsprinzipien wird dadurch nicht falsch, es leidet aber die methodologische Transparenz.

## III. Skizze der wesentlichen Auslegungstheorien

Neben dem methodischen Gemenge des Mainstreams gibt es weiter ausgearbeitete Auslegungstheorien, die in ihren Ansätzen bereits in dem von *Dreier* und *Schwegmann* erschienenen Sammelband zu finden sind. *Böckenförde* hat zu der Zeit, als der Sammelband erschien, die damals bestehenden Entwürfe in einer Abhandlung aufgearbeitet und sie nach ihren methodischen Grundlagen kategorisiert.<sup>318</sup> Der wesentliche Teil der von *Böckenförde* behandelten Theorien hat bis heute nicht seine

---

<sup>315</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 70 ff.

<sup>316</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 4, 60, 62, 77.

<sup>317</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.

<sup>318</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 53–89; die wesentlichen Gedanken der Abhandlung wurden aber schon vor dem Erscheinen des Sammelbands bei den Reinhäuser Gesprächen 1975 vorgetragen; für einen weiteren Überblick siehe *Dreier*, in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 13–47.

Relevanz für die Verfassungsauslegung verloren und soll daher nachfolgend besprochen werden. Die einzelnen Positionen sind alle in Abgrenzung zu den klassischen Methoden des Positivismus entstanden, wie sie für die Verfassungsauslegung das letzte Mal am ehesten noch von *Forsthoff* formuliert wurden.<sup>319</sup>

## 1. Klassisch-hermeneutische Verfassungsauslegung

*Forsthoff* befürchtete eine „Abdankung der juristischen Methode“<sup>320</sup> – die „Deposidierung der Rechtswissenschaft und des Juristen im Raum der Verfassung“<sup>321</sup> zugunsten der Philosophie, Politologie und Soziologie.<sup>322</sup> Er konstatierte die „summarische Diskreditierung des Positivismus“<sup>323</sup> und die „unkritische Bejahung jedweder Kritik“<sup>324</sup> daran. Die Kritik sah er vor allem von *Smends* Werk „Verfassung und Verfassungsrecht“ ausgehen.<sup>325</sup> Er wolle zwar nicht in den Positivismus zurückfallen, die Überwindung desselben dürfe aber nicht zur „Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt“<sup>326</sup> führen, vielmehr müsse man die Verfassung als Gesetz ernst nehmen.<sup>327</sup>

Trotz dieser deutlichen Worte blieb er in seinen methodischen Forderungen vage. Man könnte ihn so verstehen, dass für ihn die Gesetzesform die Anwendung der Methoden indiziert, wie sie die klassische juristische Hermeneutik des 19. Jahrhunderts hervorgebracht hat.<sup>328</sup> *Forsthoffs* Position ist insgesamt aber eher ein Appell als ein ausgearbeiteter Entwurf einer verfassungsrechtlichen Methodenlehre.<sup>329</sup> Man kann daher auch bezweifeln, dass er einen Rückschritt zu den Methoden des 19. Jahrhunderts forderte.<sup>330</sup> Vielmehr dürfte er diese nur seiner Ansicht nach rechtsstaatswidrigen Entwicklungen gegenübergestellt haben, die er bei der damaligen Auslegung der Verfassung auszumachen glaubte.

<sup>319</sup> *Forsthoff*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62.

<sup>320</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 41.

<sup>321</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 61.

<sup>322</sup> *Dreier*, in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, 13–47, 16.

<sup>323</sup> *Forsthoff*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 37 (Zitate a.a.O.).

<sup>324</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 37.

<sup>325</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 37, 44.

<sup>326</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 39.

<sup>327</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 39 f.

<sup>328</sup> *Ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 36, *passim*.

<sup>329</sup> Deutlich *ders.*, in: FS C. Schmitt, 3. Aufl. 1959, 35–62, 54 f., 60.

<sup>330</sup> *Dreier*, in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, 13–47, 16.

Seine Abhandlung wurde dennoch als Position der klassisch-juristischen Hermeneutik verstanden und entsprechend kritisiert.<sup>331</sup> Auch wenn er ausdrücklich einen Rückfall zum Positivismus ausschloss, ist die Kritik insofern richtig, als *Forsthoff* Verfassung und Gesetz gleichsetzte. Das größte Problem dieser Ansicht ist, dass man dadurch die bei der Verfassungsinterpretation eventuell zusätzlich eingesetzten Auslegungsmittel unterbelichtet lässt.<sup>332</sup>

*Böckenförde* kritisiert diese Gleichstellung von Verfassungsrecht und einfachem Recht als Fiktion.<sup>333</sup> Er fragt sich stattdessen, ob „die Eigenart der Verfassung nicht derart [ist], daß dadurch ihr Gesetzescharakter, zumindest interpretationsmethodisch, aufgehoben wird.“<sup>334</sup> Tatsächlich präsentiere sich die Verfassung anders als Gesetze als „fragmentarisch und bruchstückhaft“<sup>335</sup>, sie sei eher eine Rahmenordnung und enthält kaum Einzelregelungen, die „im juristischen oder verwaltungsmäßigen Sinne“<sup>336</sup> schon vollzugsfähig wären.<sup>337</sup> Gesetze hingegen fügen sich „in einen Kosmos schon bestehender strukturgleicher Regelungen [ein], das heißt in den Zusammenhang einer ausgeformten gesetzlichen Rechtsordnung, von dem aus das einzelne Gesetz seinerseits inhaltlich weiter bestimmt und in seinen ‚offenen‘ Regeln ausgefüllt wird.“<sup>338</sup>

In die gleiche Richtung weist *Lerches* Kritik. Er beanstandet den Schritt von der Formalisierung zur Logifizierung der Verfassung; tatsächlich müsse die Verfassung aber unvollständig bleiben, um ihre Funktion zu erfüllen.<sup>339</sup>

„Zwar mag die Verfassung zur axiomatischen Geschlossenheit tendieren: Befriedigt sie aber diese Tendenz über eine gewisse Stelle hinaus, so fällt sie – nur scheinbar paradoxerweise – zum Organisationselement ab. Das stellt dann zwar eine perfekte ‚Fassung‘ dar, jedoch

---

<sup>331</sup> Zum Beispiel *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 121 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 143 ff.; *Lerche*, DVBI 76 (1961) 690–701, 691 ff., der seine Abhandlung aber ohnehin mit „Polemische Bemerkungen“ überschreibt.

<sup>332</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091.

<sup>333</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2090; in diese Richtung gehen auch *Lerche*, DVBI 76 (1961) 690–701, 692 ff.; *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 132.

<sup>334</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2090.

<sup>335</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091.

<sup>336</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091.

<sup>337</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091.

<sup>338</sup> *Ders.*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091.

<sup>339</sup> *Lerche*, DVBI 76 (1961) 690–701, 692.

keine ‚Verfassung‘. Die Verfassung ist nicht so sehr konkretes wie konzentriertes Recht; sie verlangt nicht so sehr Auslegung wie Vermittlung, nicht so sehr nachvollziehende rechtslogische Interpretation wie nachvollziehbar geordnete ‚gekonnente‘ Konkretisierung.<sup>340</sup>

*Lerche* bringt in diesem kurzen Zitat die Widersprüchlichkeiten des Verfassungsrechts auf den Punkt. Was aus juristisch-methodologischer Sicht gewünscht wäre – die perfekte Kodifizierung – ist aus verfassungsrechtlicher Sicht unerwünscht. Die Verfassung kann ihre Funktion gerade dadurch erst erfüllen, dass sie als Werteordnung geschlossen, aber als Regelungsordnung offen ist. Die Verfassung bildet eben kein lückenloses System von Rechtssätzen aus.<sup>341</sup> Die klassischen Auslegungsregeln sind daher zu spröde für die Geschmeidigkeit konstitutioneller Regeln und Prinzipien.

## 2. Topisch-problemorientierte Verfassungsauslegung

Die Gegenposition zu Gleichstellung der Verfassung mit Gesetzesrecht ist eine topische Sicht auf die Verfassung.

Die Diskussion um das Ausmaß topischer Argumentation in der Rechtswissenschaft setzte mit *Viehwegs* Abhandlung „Topik und Jurisprudenz“ ein.<sup>342</sup> *Kriele* bezeichnete die Topik als die „fundamentalste Herausforderung, die die juristische Methodenlehre bisher erfahren hat“<sup>343</sup>. Das ist insofern richtig, als die Topik endgültig mit der überkommenen Sicht brach und das Problem über das System stellte.<sup>344</sup>

Nach *Viehweg* bezeichnet Topik „diejenige denkerische Techne [...], die sich am *Problem* orientiert“<sup>345</sup>. Danach kann die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe – die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit – nur erfüllen, wenn sie nicht deduktiv-

<sup>340</sup> Ders., DVBl 76 (1961) 690–701, 692 f.

<sup>341</sup> So der klassische Systembegriff des Rechtspositivismus; zum Systembegriff siehe *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 118 f., 141 f.; zum offenen Systembegriff siehe *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983.

<sup>342</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 1953.

<sup>343</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 114.

<sup>344</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2092; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 114; dazu *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 31 ff., 53, 97 ff.

<sup>345</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 1953, S. 15 (Hervorhebung des Originals).

systematisch, sondern topisch am Problem verfahren.<sup>346</sup> Denn es gebe kein so perfektes Rechtssystem, das logisch-deduktive und widerspruchsfreie Schlüsse erlaube.<sup>347</sup>

Schließlich gebe das Problem vor, welche Gesichtspunkte für die Lösung relevant werden, und nicht das System.<sup>348</sup> Auslegungsregeln, juristische Logik und Teile der Rechtsdogmatik werden dann zu *topoi* der Problemlösung, die frei zusammengestellt werden können, wodurch man die Jurisprudenz von ihrem Korsett befreien würde.<sup>349</sup> In dieser Hinsicht hat die Topik die Rolle der älteren Freirechtsschule – wenngleich feinsinniger – übernommen. *Larenz* kritisiert, dass mit *Viehweg* jeglicher Gesichtspunkt – unabhängig von systematischen Zusammenhängen – juristischer Topos sein könne, sodass die Topik ohne Zusammenstellung und Systematisierung aller juristischer *topoi* keinen methodologischen Beitrag leiste. Entscheidender Vorwurf gegenüber *Viehweg* ist aber, dass er System und Problem zu stark kontrastiere und systematische Argumentation mit blinden Deduktionismus gleichsetze.<sup>350</sup> Zu diesem Schluss kommt auch *Kriele*, der nach intensiver Auseinandersetzung mit *Viehweg* fordert, dass ein neuer juristischer Systembegriff zu begründen sei.<sup>351</sup>

Tatsächlich hat die Topik einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass der juristische Systembegriff offener formuliert wurde. Bei *Canaris* etwa ist das System keine geschlossene logische Einheit mehr, sondern eine „axiologische und teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien“<sup>352</sup>, die sich leichter gegeneinander verschieben lassen.

*Viehwegs* Überlegungen schwappten schnell auf das Verfassungsrecht über und fanden dort besonders fruchtbaren Boden. Insbesondere *Scheuner* und *Ehmke* sahen im Problemdenken eine Methode, die wegen der Offenheit des Verfassungsrechts besonders geeignet sei für dessen Interpretation.<sup>353</sup> Verfassungstext und

<sup>346</sup> Siehe hierzu auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 145 ff.; *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 441 f.

<sup>347</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 87 ff.

<sup>348</sup> *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 1–100, 55.

<sup>349</sup> *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 41 ff.

<sup>350</sup> Zum Vorstehenden siehe *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 145 ff.; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 135 ff.

<sup>351</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 114 ff.; ähnlich *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 135 ff.

<sup>352</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 40–60, 47.

<sup>353</sup> *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 62 f.; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 1–100, 28, 61 f.; a. A.



Auslegungsregeln sind dann nur einer von vielen Gesichtspunkten der Problemlösung; sie beantworten keinesfalls abschließend die Rechtsfrage, sondern werden von einer Vielzahl von anderen Überlegungen begleitet.<sup>354</sup>

Letztlich sei es der Interpret selbst, der bestimme, welche Gesichtspunkte aus dem Topoikatalog zur Lösung des Problems herangezogen werden. Daher komme es für eine konsistente Auslegung auf ein gemeinsames Vorverständnis an,<sup>355</sup> das *Ehmke* im Konsens „aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden“<sup>356</sup> und *Kriele* in der präjudiziellen<sup>357</sup> Bindung durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden möchte.

*Böckenförde* und *Müller/Christensen* kritisieren dabei zu Recht, dass die Unterordnung der Norm und des Systems unter den Fall und das Problem schließlich zur Aushöhlung der Normativität des Verfassungsrechts führt.<sup>358</sup> Überdies schieße die Topik heutzutage am Problem vorbei, da ein gesetzespositivistischer Syllogismus schon lange nicht mehr angewendet werde.<sup>359</sup> Dafür bestehe aber ein Problem im „praktischen Verhältnis topischer Arbeitsweisen zur verfassungsmäßig angeordneten *Normtextbindung* aller juristischen Funktionen. [...] Der Normtext ist aus Gründen von Rechtsstaat, Demokratie und ihrer methodenrelevanten Vorschriften nicht ein ‚Topos unter anderen‘, obwohl er es rein methodologisch gesehen durchaus wäre. Die Lehre von der Topik reflektiert zu wenig die Art des Politischen Systems als einen die Rechtsarbeit mitbestimmenden Faktor.“<sup>360</sup>

Der Einwand von *Müller/Christensen* ist bedeutend. Er zeigt, dass sich die Methodenlehre den materiellen Vorgaben des Verfassungsrechts beugen muss. Das Dogma der normativen Bindung durch den Verfassungstext kann nicht aus

---

*Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 78.

<sup>354</sup> *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 59 ff.; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 1–100, 60 f.; kritisch *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2092; *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 142 ff.

<sup>355</sup> *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 59 ff.

<sup>356</sup> *Ders.*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 71 f.

<sup>357</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 258 ff., 299 ff.; dazu *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2092.

<sup>358</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2092; *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 143; so auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 146.

<sup>359</sup> *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 148 ff.

<sup>360</sup> *Dies.*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 145 (Hervorhebung des Originals).

erkenntnistheoretischer Sicht beiseitegeschoben werden. Letztlich scheitert die Topik also am normativen Anspruch der Verfassung.

### 3. Hermeneutisch-konkretisierende Verfassungsauslegung

Besonderen Einfluss auf die Praxis hatte die Lehre, die von *Böckenförde* als hermeneutisch-konkretisierende Verfassungsauslegung bezeichnet wird.<sup>361</sup> Bedeutende Vertreter sind *Hesse* und *Müller* (später zusammen mit *Christensen*). Sie begreifen die Verfassungsinterpretation als Verstehensprozess und sehen insofern die Auslegung als schöpferische Konkretisierung.<sup>362</sup>

Der Unterschied zwischen *Müller/Christensen* und *Hesse* ist, dass *Müller/Christensen* sich noch deutlicher als *Hesse* auf die Linguistik stützen und rechtstheoretisch Position beziehen.<sup>363</sup> Ihre Methodenlehre baut darauf auf, dass es keine dem Gesetz inhärente, bereits existierende Norm gibt, sondern diese erst durch den Anwendungsprozess selbst gebildet wird; es geht um „Normkonstruktion“ und nicht um einen Syllogismus oder das Nachvollziehen bereits „vovollzogener und im Gesetzestext ‚repräsentierter‘ Interessenabwägungen oder Wertungen“.<sup>364</sup>

*Hesse* scheint sich diese Grundbedingungen anzueignen, indem er auf die Auslegungslehre von *Müller* verweist.<sup>365</sup> Anders als *Müller/Christensen* begrenzt *Hesse* seine Auslegungsmethodik aber auf das Verfassungsrecht. *Müller/Christensen* hingegen entwickeln eine universelle Auslegungslehre.<sup>366</sup> Entscheidender Unterschied ist letztlich, dass *Hesse* nur von einer Konkretisierung der Norm und *Müller/Christensen* von der Bildung der Norm im Rahmen der Auslegung ausgehen.

Für *Hesse* ist die Konkretisierung „[das Verstehen] des Inhalts der zu konkretisierenden Norm“<sup>367</sup>; das Verstehen lasse sich aber nicht vom Vorverständnis des

<sup>361</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2095; kritisch zur Konkretisierung *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 48.

<sup>362</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 60.

<sup>363</sup> *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 224, 537.

<sup>364</sup> *Dies.*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 517.

<sup>365</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 61 ff. und dort Fn. 23.

<sup>366</sup> *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 181 ff.

<sup>367</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 61.

Interpreten und vom „jeweils zu lösenden konkreten Problem“<sup>368</sup> entkoppeln.<sup>369</sup> Im Unterschied zur „reinen“ Topik wird das Verfahren der Konkretisierung aber durch leitende Gesichtspunkte normativ gebunden.<sup>370</sup> Die klassischen *canones* werden dabei für die Festlegung des im Text enthaltenen „Normprogramms“ wichtig. Das Normprogramm ist aber meist nicht ausreichend konkret, um das jeweilige Problem zu lösen. Daher muss der „Normbereich“ des Sachverhalts herausgearbeitet werden, das heißt, die Wirklichkeit muss „in der vom Normprogramm bestimmten Fragestellung in ihrer sachlichen, oft auch in ihrer rechtlich geformten Gestalt und Eigenart“<sup>371</sup> erfasst werden.<sup>372</sup>

Die für die Konkretisierung entscheidenden Gesichtspunkte nennt *Hesse* die „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“. Sie stimmen in vielen Teilen mit den zuvor aufgeführten anerkannten Auslegungsprinzipien überein. *Hesse* nennt als Prinzipien die Einheit der Verfassung, die Rechtsvergleichung, die praktische Konkordanz, die funktionelle Richtigkeit, die integrierende Wirkung und die normative Kraft der Verfassung.<sup>373</sup>

Auch die hermeneutisch-konkretisierende Auslegung kritisiert die Beschränkung der Auslegung auf die *canones* im Verfassungsrecht.<sup>374</sup> Die Verengung des Blicks verschleierte letztlich den Erkenntnisprozess der Auslegung, da die klassischen Auslegungsregeln mit dem Verfassungstext überfordert seien.<sup>375</sup> Die Verfassung sei kein „abgeschlossenes und einheitliches – logisch-axiomatisches oder werthierarchisches – System“<sup>376</sup>.

---

<sup>368</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 61.

<sup>369</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 61.

<sup>370</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 67.

<sup>371</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 69.

<sup>372</sup> Zum Vorstehenden siehe *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 68 f.

<sup>373</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 71 ff.

<sup>374</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 53 ff.

<sup>375</sup> *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 257.

<sup>376</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 67.

Etwas überraschend findet bei *Hesse* die Verfassungsauslegung dennoch ihre Grenze im Verfassungstext als „unübersteigbare Grenze“<sup>377</sup>; ein Verfassungswandel sei damit zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber die Verfassungsdurchbrechung und Verfassungsänderung durch Interpretation.<sup>378</sup> Letztlich geht *Hesse* vom Primat des Textes und nicht dem des Problems aus. Gerade im Verfassungsrecht sei der Text das Maß für die Topik, da die Verfassung nicht als punktuelles Recht zur Lösung von Einzelproblemen gesehen werden könne, sondern eine Gesamtordnung begründet und auf „Zusammenordnung“ angelegt sei.<sup>379</sup>

Die Strenge, mit der die Vertreter der hermeneutisch-konkretisierenden Verfassungsauslegung ihre zunächst recht offene Interpretationslehre durch den Wortlaut der Verfassung binden, überrascht. Die Bindung steht im Widerspruch zur linguistischen Grundlage und kann letztlich nur mit der materiell-rechtlichen Bindung der Rechtsdogmatik an Gesetz und Recht erklärt werden – ein Anerkenntnis der Zwänge einer anwendungsorientierten Auslegungslehre.

#### 4. Kulturwissenschaftliche Verfassungsauslegung

*Böckenförde* ordnet *Häberles* kulturwissenschaftlichen Ansatz der topisch-problemorientierten Verfassungsauslegung zu:

„Die Demokratisierung und die damit verbundene Radikalisierung der topisch-problemorientierten Methode ist exemplarisch von *Häberle* vollzogen worden.“<sup>380</sup>

Die Radikalisierung rechtfertigt aber auch, sie als eigene Methode einzuordnen. *Häberle* hat seine Position schließlich zu einer kulturwissenschaftlichen Verfassungstheorie ausgeweitet.<sup>381</sup>

*Häberles* zentrale These ist, dass „[a]lle Interpretationsmethoden [...] denselben sachlichen Bezugspunkt [haben]: die – in der Zeit wirkende – Öffentlichkeit und

---

<sup>377</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 77.

<sup>378</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 77.

<sup>379</sup> *Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 78.

<sup>380</sup> *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2093.

<sup>381</sup> *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998; *ders.*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, 2013.

Wirklichkeit der Verfassung: ‚republikanische Auslegung‘. Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung lassen sich nur durch offene Auslegung einfangen!<sup>382</sup>

Das offene Auslegungsverständnis integriere zwar die klassischen Auslegungsregeln, sie zwingt aber zur Öffnung des Methodenkanons.<sup>383</sup> Die Orientierung an der Zeit erfordere einerseits eine wirklichkeits- und öffentlichkeitsorientierte Verfassungsauslegung, um die Zukünftigkeit der Verfassung zu garantieren, und andererseits vermittele sie der historischen Auslegungsmethode neue Legitimation, weil Verfassungslehre ein Stück weit anthroposophische Erfahrungswissenschaft sei.<sup>384</sup> Dabei seien statische Auslegungsmethoden wie die historische Auslegung dynamisch umzufunktionieren, um das Prozesshafte der Verfassung einzufangen.<sup>385</sup> Verfassungsauslegung werde so zum ständigen Vor- und Nachverstehen.<sup>386</sup> Verfassungen sollten somit einerseits zum „Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit“<sup>387</sup> werden und andererseits „nicht nur Spiegel, sondern auch Lichtquelle“<sup>388</sup> sein.<sup>389</sup>

Dieses schiefe sprachliche Bild zeigt unfreiwillig das Problem des kulturwissenschaftlichen (und sozialwissenschaftlichen) Ansatzes:<sup>390</sup> Etwas kann nicht offen und gleichzeitig verbindlich sein, wenn die Offenheit zum einzigen Strukturmerkmal wird.<sup>391</sup>

Die Konsequenzen für die Verfassungsinterpretation, die Häberle aus seiner Position zieht, sind dennoch weniger radikal, als man annehmen müsste. Im Wesentlichen fordert er die Öffnung der Auslegung für alle interpretatorischen Kräfte.<sup>392</sup> Das sei die pluralistische Öffentlichkeit, die in unterschiedlichen Formen mediatisiert sei.<sup>393</sup> Deren Anschauungen seien bei der Interpretation zu berücksichtigen, was zur Zurückdrängung der juristischen Methode und Alleinzuständigkeit der Richter führe. Das bedeutet zum Beispiel, dass insbesondere dort, wo die Öffentlichkeit besonders weit beteiligt war, die Überprüfungsintensität abfallen müsse.<sup>394</sup> Im Übrigen müsste das

<sup>382</sup> Häberle, ZfP 21 (1974) 111–137, 122.

<sup>383</sup> Ders., ZfP 21 (1974) 111–137, 123.

<sup>384</sup> Ders., ZfP 21 (1974) 111–137, 124.

<sup>385</sup> Ders., ZfP 21 (1974) 111–137, 125.

<sup>386</sup> Ders., ZfP 21 (1974) 111–137, 126 ff.

<sup>387</sup> Ders., JZ 30 (1975) 297–305, 301.

<sup>388</sup> Ders., JZ 30 (1975) 297–305, 301.

<sup>389</sup> Ders., JZ 30 (1975) 297–305, 301.

<sup>390</sup> Kritisch gegenüber dem sprachlichen Bild auch Böckenförde, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2093.

<sup>391</sup> Ähnlich ders., NJW 29 (1976) 2089–2099, 2093.

<sup>392</sup> Häberle, JZ 30 (1975) 297–305, 297.

<sup>393</sup> Für eine Übersicht siehe ders., JZ 30 (1975) 297–305, 299.

<sup>394</sup> Zum Vorstehenden siehe auch ders., JZ 30 (1975) 297–305, 303.

Verfassungsprozessrecht so angepasst werden, dass den Richtern mehr Informations- und den Beteiligten mehr Partizipationsrechte zustünden.<sup>395</sup> Des Weiteren will *Häberle* die Rechtsvergleichung als fünfte Auslegungsmethode in den Kanon der Auslegungsregeln aufnehmen.<sup>396</sup>

## 5. Funktionell-rechtliche Verfassungsauslegung

Es gibt Ansätze, die nach dem Prinzip der funktionellen Richtigkeit die Auslegungstätigkeit des Verfassungsgerichts insgesamt strukturieren wollen.<sup>397</sup> Die Auslegungslehre wird danach entsprechend der Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Vergleich zu der Funktion anderer Verfassungsorgane bestimmt.<sup>398</sup> Es „wird nach den unterschiedlichen Funktionen und Fähigkeiten der Staatsorgane (Gesetzgeber, Regierung, Bundesverfassungsgericht, übrige Gerichte und so weiter) gefragt, nach deren Handlungsspielräumen und Wirkungsweisen wie auch nach deren Möglichkeiten der Zusammenarbeit und Arbeitsteilung, kurz: nach der sachgemäßen Rollenverteilung zwischen den Staatsorganen.“<sup>399</sup> Der Ansatz bestimmt zunächst die Grenzen der Auslegung und daran anschließend den Maßstab und die Dichte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>400</sup>

Als Auslegungslehre bleibt der Ansatz dennoch unvollständig: Er richtet sich allein auf die Strukturierung der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit<sup>401</sup> und beantwortet nur Teilfragen einer Auslegungslehre. Dieser Blickwinkel hilft zwar, die Verfassungsorgane im Machtgefüge zu verorten, und verdeutlicht die Spannung zwischen Autonomie und Begrenzung politischer Macht. Die Auslegungslehre bleibt aber inhaltlich leer, da sie sich bloß auf die Grenzen der jeweiligen Kompetenzen konzentriert.

---

<sup>395</sup> *Ders.*, JZ 30 (1975) 297–305, 204.

<sup>396</sup> *Ders.*, JZ 40 (1989) 913–919.

<sup>397</sup> Dazu *Sachs*, in: *Sachs*, 8. Aufl. 2018, 4–20, Rn. 51; *Isensee*, in: *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 114; kritisch *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Aufl. 2015, Rn. 506 ff.; jeweils m. w. N.; zum Prinzip der funktionellen Richtigkeit siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.c).

<sup>398</sup> Deutlich bei *Hesse*, in: *FS Huber*, 1981, 261–272, 265 f.

<sup>399</sup> *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Aufl. 2015, Rn. 507 (Hervorhebung des Originals nicht übernommen).

<sup>400</sup> *Schenke*, *NJW* 32 (1979) 1321–1329, 1325; *H.-P. Schneider*, *NJW* 33 (1980) 2103–2111, 2106 ff.

<sup>401</sup> Deutlich bei *Schenke*, *NJW* 32 (1979) 1321–1329; *H.-P. Schneider*, *NJW* 33 (1980) 2103–2111, 2104; *Hesse*, in: *FS Huber*, 1981, 261–272.

Die funktionell-rechtliche Diskussion in Deutschland schließt sich an Überlegungen aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht an.<sup>402</sup> Im US-amerikanischen Verfassungsrecht wird die Spannung von Autonomie und Begrenzung politischer Macht auch mit der Gegenüberstellung von „implied powers“ und „implied limitations“ untersucht.<sup>403</sup> Dieses Begriffspaar ist im deutschen Verfassungsrecht rezipiert worden,<sup>404</sup> hat sich aber nicht durchgesetzt. Die funktionelle Analyse ist aber geblieben: Zum Beispiel sind Teile des Prinzips der funktionellen Richtigkeit im Konstrukt des Gesetzgebers als dem Erstinterpreten des Grundgesetzes aufgegangen.<sup>405</sup>

Die funktionelle Betrachtungsweise ist nicht neu; besonders pointiert hat sie schon *Montesquieu* mit dem Bild des Richters als Mund des Gesetzes beschrieben.<sup>406</sup> Der funktionelle Ansatz ist letztlich Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips<sup>407</sup> und die Ergebnisse seiner Anwendung sind damit sehr spezifisch für jede einzelne Verfassung, da die konkrete Verteilung sehr unterschiedlich vorgenommen werden kann.

Vor allem in dieser Hinsicht hat *Rüthers* Recht, wenn er sagt, dass Methodenfragen Verfassungsfragen sind.<sup>408</sup> Die Positionierung des jeweiligen Verfassungsgerichts erfolgt anhand des Machtgefüges, wie es die Verfassung festlegt. Das ist zwar nicht immer eine Frage des materiellen Verfassungsrechts, sondern kann auch aus Sicht eines abstrakten Demokratieverständnisses beantwortet werden. Aber auch theoretische Ansätze wie zum Beispiel der von *Herdegen*, der das Bundesverfassungsgerichts als „pouvoir neutre“ konstruiert,<sup>409</sup> verzichten nicht darauf, ihre theoretischen Überlegungen im materiellen Recht nachzuweisen.<sup>410</sup>

<sup>402</sup> *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 53–102, 73 ff.; *Schenke*, NJW 32 (1979) 1321–1329, 1324 ff.; *Schuppert*, DVBl 103 (1988) 1191–1200, 1191, 1195 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 113 f.

<sup>403</sup> *Dodd*, Yale Law J. 29 (1919) 137.

<sup>404</sup> *Kruse*, AVR 4 (1953) 169–182.

<sup>405</sup> BVerfG, Urt. v. 11.11.1999, Finanzausgleich III, 2 BvF 2/93, 3/98, 1/99 und 2/99, Rn. 338; *Kreuter-Kirchhof*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 659–692, Rn. 52 ff.; *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 75, 78.

<sup>406</sup> Ähnlicher Meinung sind *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 529.

<sup>407</sup> Zum Beispiel *Hesse*, in: FS Huber, 1981, 261–272, 265; *Bleckmann*, Staatsrecht I, 1993, Rn. 2009 ff., ein weiteres Kriterium ist die „Gerichtsförmigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit“, vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 512 m. w. N.

<sup>408</sup> *Rüthers*, Rechtstheorie 40 (2009) 253–283, 272, 282; zum Verhältnis von Methode und Grundgesetz siehe auch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 33 f.

<sup>409</sup> *Herdegen*, ZaöRV 69 (2009) 257–266, 257 ff.

<sup>410</sup> *Ders.*, ZaöRV 69 (2009) 257–266, 261, 264,

Letztlich wird die funktionelle Auslegung in unterschiedlichem Maße gefordert, nur selten wird sie aber als bestimmender Faktor gesehen:

„Verfassungsinterpretation muß [...] funktionsrechtlich orientiert sein, wenn sie nicht ihre Aufgabe verfehlen soll.“<sup>411</sup>

Daran ist jedenfalls richtig, dass die staatliche Macht in einem demokratischen Verfassungsstaat auf funktionell unterschiedliche Organe verteilt ist und deren Verhältnis zueinander die Auslegung beeinflussen kann.

#### **IV. Schlussbeobachtung zur Besonderheit des Verfassungsrechts**

Den vorhergehenden Ausführungen lässt sich entnehmen, dass das Vorgehen des Mainstreams eklektisch und daher kritisch zu sehen ist. Unabhängig von dieser Kritik wird aber deutlich, dass trotz Gesetzesform der Verfassung die klassische juristische Methode nicht in Reinform Anwendung finden kann. Vielmehr gibt es verfassungsrechtliche Besonderheiten, die sich auf die Verfassungsauslegung auswirken.<sup>412</sup> Neben diesen Besonderheiten zeigt der Überblick über die Verfassungsauslegung in Deutschland aber auch, dass ein Teil der verfassungsrechtlichen Methodenprobleme schlicht die Fortsetzung der zivilrechtlichen Methodendiskussion ist.<sup>413</sup>

Das gilt insbesondere für die Frage, wie man mit dem deduktiven Erbe des Positivismus umgehen soll. Auf der Ebene der Verfassung stellen sich zunächst dieselben Methodenprobleme wie im einfachen Recht, weil sich der Verfassungsbegriff immer weiter verrechtlicht hat. Die Verrechtlichung führte zu einer Entlastung der Methodenlehre des einfachen Rechts: Dem einfachen Recht wurde eine neue und höher-rangige positiv-rechtliche Ebene hinzugefügt, die immer weiter in das einfache Recht einwirkt. Ursprünglich methodologische Fragen kann man nun als materiellrechtliche Fragen an das Verfassungsrecht stellen: Lücken im zivilrechtlichen System werden mit Verweis auf das Verfassungsrecht gelöst, das heißt durch „verfassungskonforme Auslegung“. Dadurch haben sich die Methodenprobleme, die sich vor allem bei den

---

<sup>411</sup> Starck, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 14; der funktionelle Ansatz wird deutlich bei Kreuter-Kirchhof, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 659–692; Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980.

<sup>412</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.3.

<sup>413</sup> Leisner, DÖV 14 (1961) 641–653, 641.



„hard cases“ stellen, nicht selten in das Verfassungsrecht verlagert. Gleiches ist im Völkerrecht zu erwarten.

Die Verrechtlichung der Verfassung wirft damit auch das Problem der Vollständigkeit bzw. Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtssystems auf.<sup>414</sup> Das Problem stellt sich dort unter verschärften Bedingungen.<sup>415</sup> Die Verfassungsordnung hat keine positiv-rechtlich höhere Bezugsebene und ist textuell noch fragmentarischer geregelt als das einfache Recht. Die klassisch-hermeneutische Vorstellung einer geschlossenen Rechtsordnung ist bereits im einfachen Recht eine Fiktion, an der Offenheit der Verfassung scheitert sie vollends. Die Idee der Geschlossenheit der Verfassung haben die in Abgrenzung zum positivistischen Verfassungsbegriff entwickelten Auslegungstheorien abschließend widerlegt.

Daraus folgt allerdings nicht, dass die Verfassung nicht das Ziel einer einheitlichen Ordnung verfolgt – wie auch eindrücklich die vom Mainstream anerkannten besonderen Auslegungsprinzipien verdeutlichen. Es zeigt aber, dass die Verfassung dieses Ziel aus sich heraus, das heißt aus dem eigenen Normtext heraus, nicht ohne Weiteres (ohne weiteres Recht) erreichen kann.

Im Übrigen fehlt es bereits an der Notwendigkeit der Geschlossenheit des Rechtssystems. Grund des Geschlossenheits-Dogmas ist die strikte Vorab-Bindung der Rechtsanwendung an das Recht. Demgegenüber besteht bei Verfassungen ein besonderes Bedürfnis nach einer weniger strengen Vorab-Bindung. Eine Verfassung muss und will sich entwickeln. Sie muss es, weil sie fragmentarisch geregelt ist; und sie will es, weil sie die gesellschaftliche Gesamtordnung nicht nur für die Vergangenheit bzw. Gegenwart, sondern vor allem auch für die Zukunft regeln will. Auf diese Funktion weisen nicht nur die besonderen Auslegungsprinzipien hin, sondern ein Großteil der Auslegungstheorien, die sich in Abgrenzung zum Verfassungspositivismus entwickelt haben.

Das bedeutet aber nicht, dass Verfassungen ausschließlich offene Rechtsordnungen sind, die nur eine Leitfunktion erfüllen sollen. Verfassungen leiten nicht nur, sondern sie wollen auch regeln, um so die Rechts- und Gesellschaftsordnung zu stabilisieren. Diese Stabilisierungsfunktion<sup>416</sup> darf durch die Auslegung nicht übergangen werden. Die klassisch-hermeneutische Methode verdeutlicht hier, dass es einen

---

<sup>414</sup> In diese Richtung geht *ders.*, DÖV 14 (1961) 641–653, 641.

<sup>415</sup> Ebenso *ders.*, DÖV 14 (1961) 641–653, 642.

<sup>416</sup> Zur Stabilisierungsfunktion siehe *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 86 ff.

Zusammenhang zwischen Offenheit und Auslegung gibt: Aus einem höheren Grad systematischer Geschlossenheit folgt ein geringeres Maß an Dynamik bei der Auslegung. Je enger eine Rechtsmaterie von der Verfassung geregelt wird, desto eher ist diese abschließend geregelt.

Vor dem Hintergrund der relativen Offenheit der Verfassung vermag die hermeneutisch-konkretisierende Verfassungsauslegung (v. a. *Hesse*) die Besonderheiten des Verfassungsrechts noch am ehesten abzubilden. Sie findet eine Balance zwischen Bindung und Offenheit, zwischen textueller Begrenzung und interpretatorischer Freiheit. Aber auch bei der von *Hesse* entwickelten Auslegungslehre zeigen sich Inkohärenzen. So steht *Hesses* Einschränkung der Auslegung durch die Wortlautgrenze eigentlich im Widerspruch zum Ursprung seiner Verfassungstheorie bei *Gadamer* und *Smend*. Aus Sicht des normativen Anspruchs der Verfassung ist eine solche Einschränkung hingegen erklärbar. Für *Hesses* Ansatz spricht letztlich vor allem, dass er die Normativität der Verfassung nicht aushebelt.

Eine Auslegungslehre, die hingegen allein am Problem ansetzt, würde diese Normativität missachten. Sie würde missachten, dass die verfassungsgebende Gewalt die rechtliche Ordnung der Gemeinschaft einem Rechtstext übertragen hat (darauf wird später zurückzukommen sein)<sup>417</sup>. Hierin liegt eine zentrale Erkenntnis der Analyse der deutschen Verfassungsauslegung: Die anwendungsorientierte Methodenlehre muss sich bestimmten Annahmen des geschriebenen Rechts beugen. Sie kann nicht die Annahme aushebeln, dass der Auslegende durch das positive Recht gebunden ist, ohne die Essenz der Rechtsdimension einer Verfassung aufzugeben.

Demgemäß ziehen die wenigsten Vertreter der besprochenen Auslegungslehren radikale Schlüsse aus ihren Theorien. Eine Abschaffung der überkommenen Regeln wird selten gefordert. Diese werden *per se* nicht angegriffen, sondern nur die Verengung der Auslegung auf die klassischen Operationen. Dann nämlich legt man nicht mehr offen, was über die Grenzen der klassischen Auslegungsregeln hinaus bei der Verfassungsinterpretation berücksichtigt wird. Man verkennt oder verschleiert, dass bei der Auslegung auf einen Kontext zurückgegriffen wird. Es wird also im Grunde nur die Intransparenz gerügt, die aus dem engen Verständnis eines geschlossenen Systems folgt.

Die zentrale Aufgabe der Verfassungsauslegung ist es dann, die widersprüchliche Position der Verfassung abzubilden: Verfassungen müssen einerseits ausreichend

---

<sup>417</sup>

Zur Bedeutung der Verschriftlichung siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.III.

geschlossen sein, um die Gesellschafts- und Rechtsordnung zu stabilisieren, und andererseits ausreichend offen sein, um die Gesellschafts- und Rechtsordnung weiterzuentwickeln. Die Verfassungsinterpretation muss diese Geschichtlichkeit, Gegenwartigkeit und Zukünftigkeit der Verfassung also in einen angemessenen Ausgleich bringen. Eine Verfassungsauslegungslehre hat hierbei die entscheidende Frage zu beantworten, ob dieser Dreiklang zu jeder Zeit und für alle Normen gleich klingen muss.

## B. Verfassungsauslegung in den USA

In den USA hatte sich nach dem Grundsatzurteil *Marbury v. Madison* zunächst die Ansicht verbreitet, dass das Verfassungsrecht in besonderer Weise ausgelegt werden müsste:

„[W]e must never forget that it is a Constitution we are expounding“<sup>418</sup>,  
 „a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently  
 to be adapted to the various crises of human affairs.“<sup>419</sup>

Das Zitat von Chief Justice *Marshall* deutet auf eine dynamische Auslegung hin.<sup>420</sup> Kurz danach entbrannte allerdings der Streit, ob der US Supreme Court auch tatsächlich die genannten Anpassungen vornehmen darf, die *Marshall* angedeutet hat.

### I. Herkunft der aktuellen Methodendiskussion

Heute wird diese Diskussion in den USA von zwei Lagern dominiert: Auf der einen Seite stehen dynamische bzw. evolutive Auslegungstheorien, die auf der Vorstellung der *living constitution* aufbauen, und auf der anderen Seite statische, allen voran der „originalism“. Der Konflikt ist kein neues Phänomen. So diskutierte zum Beispiel *Ely*

---

<sup>418</sup> Chief Justice Marshall, US Supreme Court, Urt. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (Hervorhebung des Originals); dieser Satz wurde auch auf die deutsche Verfassungsauslegung übertragen: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 1695.

<sup>419</sup> Chief Justice Marshall, US Supreme Court, Urt. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 415.

<sup>420</sup> Mit Einschränkung *Grey*, *Stanf. Law Rev.* 27 (1975) 703–718, 709 f.; a. A. *Scalia*, *U. Cin. L. Rev.* 57 (1988-1989) 849–866, 853.

die Kontroverse im Rahmen des Begriffspaars aus interpretivism und noninterpretivism:<sup>421</sup>

„The central dispute in constitutional theory has gone under different names at different times [...]. Today we are likely to call the contending sides ‚interpretivism‘ and ‚noninterpretivism‘ – the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing values or norms that are stated or very clearly implicit in the written Constitution, the latter indicating the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce values or norms that cannot be discovered within the four corners of the document.“<sup>422</sup>

Auch wenn sich das Begriffspaar in dieser Weise nicht durchgesetzt hat,<sup>423</sup> zeigt der so definierte Konflikt, dass auch in der US-amerikanischen Methodendiskussion der ursprüngliche Gegensatz von Positivismus und Naturrecht fortwirkt.<sup>424</sup>

Die aktuelle Variante dieses Streits entbrannte nach einer Periode in den 1950er und 1960er Jahren, in der die Rechtsprechung des US Supreme Court als besonders aktiv empfunden wurde. Der damals berufene „Warren Court“ – unter Vorsitz von Chief Justice *Earl Warren* – wird gemeinhin als Beispiel für richterlichen Aktivismus gesehen.<sup>425</sup> Diesem Aktivismus wurde nicht nur das Prinzip richterlicher

<sup>421</sup> *McDowell*, in: Hall/Ely/Grossmann (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl. 2005, 504; *Bobbitt/Graber*, in: Hall/Ely/Grossmann (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl. 2005, 211–219; siehe auch *Ely*, *Ind. Law J.* 53 (1978) 399–448; *Grey*, *Stanf. Law Rev.* 27 (1975) 703–718, kritischer später *ders.*, *Stanf. Law Rev.* 37 (1984) 1–25, 1 f., siehe dort auch Fn. 1.

<sup>422</sup> *Ely*, *Ind. Law J.* 53 (1978) 399–448, 399; für eine andere Gegenüberstellung siehe *Sloan*, *Pace Y. B. Int'l L.* 1 (1989) 61–126, 87, 89.

<sup>423</sup> „Interpretivism“ wird heute vor allem als Beschreibung der Position von Dworkin verwendet, die eher dem „non-interpretivism“ entspricht, wie er von Ely definiert wurde.

<sup>424</sup> Früher schon *Ely*, *Ind. Law J.* 53 (1978) 399–448, 399, siehe dort auch Fn. 1, 446; damals wurde auch auf den Gegensatz von Praktikern („legal realism“) zu Theoretikern hingewiesen: *Wright*, *Harv. Law Rev.* 84 (1971) 769–805; *Linde*, *Yale Law J.* 82 (1972) 227–256. Der Gegensatz von Praktikern zu Theoretikern wurde auch im „legal pragmatism“ besprochen: *R. Posner*, *South. Calif. Law Rev.* 63 (1989-1990) 1653–1670.

<sup>425</sup> Für die überkommene Meinung siehe etwa *Lewis*, *The Context of Judicial Activism*, 1999, S. 25 ff.; diese Einschätzung weicht zunehmend einem differenzierenden Blick: *Zietlow*, *Ohio St. Law J.* 69 (2008) 255–294, 269 ff., die neben dem Aktivismus auch die Zurückhaltung des Warren Court analysiert; *Driver*, *Calif. Law Rev.* 100 (2012) 1101–1167, der allein die konservative Seite herausarbeitet; siehe auch *Strauss*, *Wm. & Mary Law Rev.* 49 (2007) 845–879, 879, der meint, dass die Entscheidungen des Warren Court schlicht auf früheren Entscheidungen aufbauen und nur ein weiterer Schritt der Rechtsentwicklung gewesen seien; *Strauss* bezeichnet seine Ansicht als den „common law approach“ (*ders.*, *Univ. Chic. Law Rev.* 63 (1996) 877–935 m. w. N.; *ders.*, *Wm.*

Zurückhaltung entgegengehalten, sondern auch eine neue Form des Formalismus, der die Auslegung in einer historischen Bedeutungssuche verankern will.<sup>426</sup> Die Verfassung soll danach nicht in einem aktuellen Kontext ausgelegt werden, sondern so, wie sie intendiert war.

Ein Teil der Diskussion deckt sich insofern mit der bekannten Frage, ob Verfassungsauslegung subjektiv oder objektiv zu erfolgen hat:<sup>427</sup>

„[T]he Great Divide with regard to constitutional interpretation is not that between Framers' intent and objective meaning, but rather that between *original* meaning (whether derived from Framers' intent or not) and *current* meaning.“<sup>428</sup>

Die Methodendiskussion folgte dabei weniger rechtstheoretischen als vielmehr demokratietheoretischen Überlegungen zur Rolle des US Supreme Court im US-staatlichen Machtgefüge.<sup>429</sup> Vor allem *Bickels* Beschreibung der „countermajoritan difficulty“<sup>430</sup> prägte die Methodendebatte, auch wenn sich inzwischen die Ansicht durchsetzt, dass *Bickels* Ansatz nicht als Analysewerkzeug für das Verfassungsrecht und dessen Institutionen geeignet war.<sup>431</sup> Für *Bickel* war die gerichtliche Überprüfung des Gesetzgebers eine Aberration vom demokratischen Prinzip, da eine demokratisch nicht legitimierte Institution – der Supreme Court – eine Mehrheitsentscheidung

---

& *Mary Law Rev.* 49 (2007) 845–879, 854 ff.; davor schon *Grey*, *Chi.-Kent. L. Rev.* 64 (1988) 211–238, 234 ff.; *ders.*, *Stanf. Law Rev.* 27 (1975) 703–718, 715). Der „common law approach“ erklärt für Strauss auch das Konzept der *living constitution*: *Strauss*, *Drake Law Rev.* 59 (2010-2011) 973–984, 984; *ders.*, *The Living Constitution*, 2010.

<sup>426</sup> Deutlich bereits bei *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, 13 f., 17, 21 f., der am Willen der Gründungsväter anknüpft.

<sup>427</sup> Ebenso *Heun*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, 213–238, 213.

<sup>428</sup> *Scalia*, in: *ders./Gutmann* (Hrsg.), *A Matter of Interpretation*, 1998, 3–48, 38 (Hervorhebung des Originals).

<sup>429</sup> *Wright*, *Harv. Law Rev.* 84 (1971) 769–805; *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, der den US Supreme Court als demokratische Anomalie sieht (a. a. O., 2); ähnlich früher schon *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962, S. 18; siehe zum Thema auch *Graber*, *SAPD* 7 (1993) 35–73.

<sup>430</sup> *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962, S. 16 ff.

<sup>431</sup> *Graber*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 4 (2008) 361–384 m. w. N.

aufheben könne.<sup>432</sup> Wegen der fehlenden demokratischen Legitimation dürfe das Verfassungsgericht daher keine aktive Rolle übernehmen.<sup>433</sup>

*Wright* verteidigte die Rechtsprechung des Warren-Court gegenüber *Bickels* Kritik. Er pries sie gar als Revolution einer neuen (besseren) Generation von Juristen an.<sup>434</sup> Seiner Vorstellung nach sei der Zweck einer Verfassung, das Verhältnis zwischen Bürger und Regierung beständig zu regeln; sie sei eine lebende Absicherung der Bürger gegen Auswüchse der politischen Macht, der Anpassungsfähigkeit wegen müsse sie daher vager formuliert sein.<sup>435</sup> *Bickels* Position wurde schließlich vom „originalism“ übernommen.

## II. Originalism vs. Evolutionary Interpretation

Seit den Anfängen des aktuellen Konflikts zwischen „originalism“ und evolutiven Positionen (insb. „judicial activism“) haben sich viele Zwischenpositionen<sup>436</sup>, Unterkategorien<sup>437</sup> und Synthesen<sup>438</sup> herausgebildet. *Garvey/Aleinikoff/Farber* unterscheiden in ihrem Sammelband drei Strömungen: „Originalism“, „textualism“ und evolutionary theories,<sup>439</sup> wobei der „textualism“ eine heterogene Zwischenposition bildet. Versteht man den „textualism“ als eigene Kategorie, muss man alle Ansichten dazu zählen,

---

<sup>432</sup> *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962, S. 16 ff., deutlich S. 18: „Judicial review is a deviant institution in the American democracy.“ Für diese Diskussion im Rahmen der EU mit Verweis auf *Bickel* bzw. *Hamilton* siehe *Höreth*, in: *Dawson/Witte/Muir* (Hrsg.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, 2013, 32–55.

<sup>433</sup> *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962, S. 16 ff.

<sup>434</sup> *Wright*, *Harv. Law Rev.* 84 (1971) 769–805, 804.

<sup>435</sup> *Ders.*, *Harv. Law Rev.* 84 (1971) 769–805, 785: „The reason for framing a constitution is to guarantee a general sort of relation between the government and its citizens. To achieve that end the Constitution must have a purposive permanence. It must serve as a ‚living‘ safeguard against certain sorts of excesses on the part of elected officials [...]. It must, in short, be written in ‚vague‘ language.“

<sup>436</sup> Zum Beispiel der „judicial pragmatism“, siehe *R. Posner*, *South. Calif. Law Rev.* 63 (1989-1990) 1653–1670; *ders.*, *Card. Law Rev.* 18 (1996 - 1997) 1–20.

<sup>437</sup> Zum Beispiel die Unterteilung des „originalism“ in „original intent“ und „original meaning“.

<sup>438</sup> Zum Beispiel der „living originalism“, siehe *Balkin*, *Living Originalism*, 2011; *ders.*, *Nw. U. Law Rev.* 103 (2009) 549–614; oder der „judicial pragmatism“, siehe *Barnett*, *Cato Journal* 4 (1985) 853–864; *ders.*, *Harv. J. Law Pub. Policy* 10 (1987) 273–294.

<sup>439</sup> *Garvey/Aleinikoff/Farber*, *Modern Constitutional Theory*, 5. Aufl. 2004, S. 91 ff.; für eine andere Einteilung siehe *Redish/Arnould*, *Fla. Law Rev.* 64 (2012) 1485–1537, 1493 ff.

die ihre Auslegungstheorie vom Text her entwickeln.<sup>440</sup> Allerdings gruppiert man dann auch Ansichten, die in ihrer dynamischen Ausrichtung gegensätzlich sind.

So baut etwa *Scalia* „originalism“ auf dem „textualism“ auf,<sup>441</sup> wobei der Text in seiner historischen Bedeutung die absolute Grenze der Auslegung sein soll.<sup>442</sup> Der „textualism“ wird aber auch in einer evolutiven Variante vertreten. Vertreter der evolutiven Variante halten die Vorstellung einer offensichtlichen Bedeutung von Text für reine Fiktion; es könne niemals eine Einigung darüber geben.<sup>443</sup> Daher müsse vor allem der linguistische und kulturelle Kontext herangezogen werden.<sup>444</sup> Diese Position radikalisierte sich zum Teil zu einer Ansicht, die Rechtstexte wie Literatur behandeln will.<sup>445</sup> Es sei entsprechend fruchtlos, an einer inneren Essenz des Textes hängen zu wollen, die Suche nach Auslegungsregeln sei hoffnungslos.<sup>446</sup>

In einer moderaten Form des „textualism“ kommt dem Verfassungstext wiederum nach der „plain meaning rule“ in seiner offensichtlichen Bedeutung oberste Priorität zu, aber diese Bedeutung soll – anders als bei *Scalia* – nicht historisch verankert werden.<sup>447</sup> Dennoch bildet auch hier der Wortlaut die Grenze der Auslegung:

„[A]lthough the spirit of an instrument, especially of a constitution, is to be respected not less than its letter, yet the spirit is to be collected chiefly from its words [...]. [I]f [...] the plain meaning of a provision, not contradicted by any other provision in the same instrument, is to be

---

<sup>440</sup> Zum Beispiel *Schauer*, *South. Calif. Law Rev.* 58 (1985) 399–440, 125 ff.

<sup>441</sup> *Scalia/Garner*, *Reading Law*, 2012, S. 15 ff. 47–234.

<sup>442</sup> *Brest*, *Boston Univ. Law Rev.* 60 (1980) 204–238, 216; vgl. auch *Amar*, *Harv. Law Rev.* 114 (2000) 26–134, 28 f.: „The joint aim of these related approaches is to understand what the American People meant and did when we ratified and amended the document.“

<sup>443</sup> *S. Levinson*, *Tex. Law Rev.* 60 (1982) 373–404, 379.

<sup>444</sup> *Schauer*, *South. Calif. Law Rev.* 58 (1985) 399–440, 419: „Thus, language cannot be divorced from its context, because meanings become clear if and only if certain understandings are presupposed. Language cannot and does not transcend completely the culture of which it is a part. It is not something that has been delivered packaged, assembled and ready-to-use to a previously nonlinguistic culture. Language and society are part and parcel of each other; understanding a language, even at its clearest, requires some understanding of the society that has generated it.“

<sup>445</sup> *S. Levinson*, *Tex. Law Rev.* 60 (1982) 373–404, 377: „If we consider law as literature, then we might better understand the malaise that afflicts all contemporary legal analysis, nowhere more severely than in constitutional theory.“

<sup>446</sup> In diese Richtung geht *ders.*, *Tex. Law Rev.* 60 (1982) 373–404, 385, u. a. mit Verweis auf Nietzsche.

<sup>447</sup> *Brest*, *Boston Univ. Law Rev.* 60 (1980) 204–238, 208; a. A. *Amar*, *Harv. Law Rev.* 114 (2000) 26–134, 29: „Although one could imagine a brand of Textualism that seeks only the present-day meaning of words, severing textual from historical argument, I endorse a different approach.“

disregarded, because we believe the framers of that instrument could not intend what they say, it must be one in which absurdity and injustice of applying the provision to the case, would be so monstrous that all mankind would, without hesitation, unite in rejecting the application.<sup>448</sup>

Angesichts der disparaten Vorstellungen von Auslegung innerhalb der Gruppierung des „textualism“ kann man die „Textualisten“ kaum einheitlich diskutieren. Die Essenz der US-amerikanischen Auslegungsdiskussion lässt sich besser am Gegensatz zwischen „originalism“ – der bei *Scalia* auf dem „textualism“ beruht – und evolutiven Auslegungstheorien darstellen. Der Gegensatz ist auch deswegen von Bedeutung, weil beide Theorien in der Rechtspraxis Anwendung gefunden haben. Er zeigt, wie unterschiedlich eine Verfassung auch anwendungsbezogen ausgelegt werden kann. Für die Arbeit ist vor allem der „originalism“ von besonderem Interesse: Zum einen, findet man keine entsprechende Position mehr in der deutschen Auslegungsdiskussion und – wichtiger noch – zum anderen widerspricht er eindeutig der bisherigen Vorstellung der „constitutional interpretation“ im Völkerrecht, die so weit wie möglich auf die historische Auslegung verzichten möchte.<sup>449</sup>

## 1. Originalism

Der „originalism“ ist im US-amerikanischen Verfassungsrecht keine neue Idee.<sup>450</sup> Bereits 1911 sah das „Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws“ das Ziel der Verfassungsauslegung in der Effektivierung der Gründerwillen.<sup>451</sup> Einfluss gewann der „originalism“ aber vor allem ab Ende der 1970er Jahre.<sup>452</sup> Seine prominentesten Verfechter waren *Scalia*<sup>453</sup> und *Bork*<sup>454</sup>, wobei *Bork* die radikalere

<sup>448</sup> US Supreme Court, *Entsch. v. 17.02.1819, Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122, 202 f.

<sup>449</sup> Siehe dazu die Ausführungen später unter Kap. 4, Abschn. B.

<sup>450</sup> *Heun*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, 213–238, 214.

<sup>451</sup> *Black*, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, 2. Aufl. 1911, S. 20: „It is a cardinal rule in the interpretation of constitutions that the instrument be so construed as to give effect to the intention of the people, who adopted it. This intention is to be sought in the Constitution itself, and the apparent meaning of the words employed is to be taken as expressing it, except in cases where that assumption would lead to absurdity, ambiguity, or contradiction.“

<sup>452</sup> *Heun*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, 213–238, 214.

<sup>453</sup> Erstmals *Scalia*, *U. Cin. L. Rev.* 57 (1988-1989) 849–866; später *ders.*, in: *Scalia/Gutmann* (Hrsg.), *A Matter of Interpretation*, 1998, 3–48; *Scalias* Position war allerdings nicht immer eindeutig, es wird daher angezweifelt, ob er tatsächlich Vertreter des „originalism“ war: *Barnett*, *U. Cin. L. Rev.* 75 (2006-2007) 7–24, 13 ff.

<sup>454</sup> Erstmals *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36; später *ders.*, *S. Diego Law Rev.* 23 (1986) 823–832;



Ansicht vertrat. *Bork* hielt den ursprünglichen Willen („original intent“)<sup>455</sup> und *Scalia* die ursprüngliche Bedeutung („original meaning“) für maßgeblich.

### a) Original Intent

*Bork* war zu Anfang in seiner Position nicht ganz eindeutig und veränderte diese mehrmals, nur zuletzt bezog er wohl endgültig Stellung: Nur wenn sich die Richter an die historischen Intentionen der Gründerväter halten, die hinter den einzelnen Normen stehen, könnten die Richter wirksam vermeiden, dass sie selbst zum Gesetzgeber werden oder dass sie nur ihre eigenen Moralvorstellungen durchsetzen; nur wenn sich die Auslegung an den historischen Willen halte, könne der Rechtscharakter der Verfassung gewahrt bleiben.<sup>456</sup>

Anfänglich ging es *Bork* nur darum, dass die Richter neutrale Prinzipien anwenden müssten, wenn sie eine Entscheidung treffen.<sup>457</sup> Er leitete diese Forderung in Anlehnung an *Bickel* aus der Gewaltenteilung ab: In einer Demokratie sei die Überordnung eines Verfassungsgerichts über Mehrheitsentscheidungen des Gesetzgebers eine Anomalie. Dieser Konflikt mit dem demokratischen Prinzip könne allein durch ein streng reguliertes Regierungssystem aufgelöst werden.<sup>458</sup> In den USA sei das System nach dem *Madisonian Mode*<sup>459</sup> gebildet worden, das heißt, im Grundsatz muss dem Mehrheitsprinzip gefolgt werden und nur in begründeten Ausnahmefällen könne man davon abweichen („counter-majoritarian premise“).<sup>460</sup> Das Abweichen sei letztlich eine Konzession an die Eigenarten des Zusammenspiels von Mehrheit und Minderheit in einer Demokratie: Weder die Mehrheit noch die Minderheit dürften die eigenen Rechte oder die der anderen festlegen, denn das eine würde zur Tyrannei bzw. Oligarchie und das andere zur Ochlokratie führen.<sup>461</sup>

---

*ders.*, *The Tempting of America*, 1990.

<sup>455</sup> So auch *Thomas*, *How. Law J.* 30 (1987) 983–996.

<sup>456</sup> *Bork*, *S. Diego Law Rev.* 23 (1986) 823–832, 831: „The conclusion, I think, must be that only by limiting themselves to the historic intentions underlying each clause of the Constitution can judges [sic] avoid becoming legislators, avoid enforcing their own moral predilections, and ensure that the Constitution is law.“ Grundlage dieser Folgerung ist, dass die Verfassung tatsächlich Recht ist und sein muss: *ders.*, *S. Diego Law Rev.* 23 (1986) 823–832, 824 f.

<sup>457</sup> *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, mit Verweis auf *Wechsler*, *Harv. Law Rev.* 73 (1959) 1–35.

<sup>458</sup> Zum Vorstehenden siehe *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, 2.

<sup>459</sup> *Bork* verweist dabei auf *Dahl*, *A Preface to Democratic Theory*, 1956, S. 4 ff.; kritisch diesem Modell gegenüber ist *Carey*, *APSR* 72 (1978) 151.

<sup>460</sup> *Bork*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, 3.

<sup>461</sup> *Ders.*, *Ind. Law J.* 47 (1971) 1–36, 3.

Die Entscheidung über die Verteilung der Rechte müsse außerhalb der Gesellschaft in der Verfassung getroffen werden; die Verfassung müsse das Dilemma für beide Seiten lösen, wobei das Verfassungsgericht diese Entscheidungen im konkreten Fall durchzusetzen habe. Legitim könnten die Entscheidungen des Gerichts aber nur dann sein, wenn sie die Entscheidung der Verfassung beinhalten würden; das sei der Fall, wenn das Gericht keine eigene Wertvorstellung an die Stelle einer aus der Verfassung abgeleiteten Lösung setze.<sup>462</sup> Die Kompetenz der richterlichen Wertentscheidung wäre hingegen nichts anderes als die Macht zu einem begrenzten Coup d'État.<sup>463</sup> Nur wer den Willen der Gründungsväter<sup>464</sup> erforsche, könne vermeiden, subjektive Entscheidungen zu treffen.<sup>465</sup> Bei der Auslegung komme es daher auf den Wortlaut und die Sekundärmaterialien der Gründungskonvente an, aber auch auf die öffentliche Diskussion, Zeitungsartikel und Wörterbücher der damaligen Zeit.<sup>466</sup>

*Borks* Methode ist schon praktisch unmöglich umzusetzen: Würde man ihm folgen, begäbe man sich bei jeder Normanwendung auf ein geschichtswissenschaftliches Großprojekt, das nicht nur Tage, sondern eher Jahre dauern würde.<sup>467</sup> Es fragt sich auch, für welche Abstraktionsebene der ursprüngliche Wille nachgewiesen werden muss. Die Auslegung am ursprünglichen Willen kann weder für eine abstrakte noch eine konkrete Ebene befriedigende Antworten geben. Müsste man den ursprünglichen Willen für die konkrete Sachfrage nachweisen, schlosse man jede technische Entwicklung aus. Käme es bloß auf einen abstrakten Willen an, zum Beispiel den Willen zur gesellschaftlichen Gleichberechtigung unterschiedlicher Gruppen, könnte man nicht verhindern, dass der Nachweis mit subjektiven Komponenten unterlegt wird.<sup>468</sup>

---

<sup>462</sup> Zum Vorstehenden siehe *ders.*, Ind. Law J. 47 (1971) 1–36, 3.

<sup>463</sup> *Ders.*, Ind. Law J. 47 (1971) 1–36, 6.

<sup>464</sup> Kritisch zur Bestimmung der Gründer und deren Willen *Brest*, Boston Univ. Law Rev. 60 (1980) 204–238, 214 f.

<sup>465</sup> *Bork*, The Tempting of America, 1990, S. 143, 251.

<sup>466</sup> *Ders.*, The Tempting of America, 1990, S. 144.

<sup>467</sup> *B. Ackerman*, Yale Law J. 99 (1990) 1419–1439, 1922.

<sup>468</sup> *Nichol*, Va. Law Rev. 76 (1990) 337–348, 344; ähnlich *Tribe/Dorf*, Univ. Chic. Law Rev. 57 (1990) 1057–1108, 1059 ff.; siehe auch *Dworkin*, Univ. Chic. Law Rev. 57 (1990) 657–677, 664 f., 671; das Spiel mit dem Abstrahierungsgrad erklärt, warum *Bork* die Entscheidung *Brown v. Board of Education* (US Supreme Court, Entsch. v. 17.05.1954, 347 U.S. 483) trotz seiner strengen Theorie als richtige Entscheidung darstellen konnte (*Bork*, The Tempting of America, 1990, S. 73 ff.); kritisch dazu *Berger*, Nw. U. Law Rev. 84 (1989–1990) 1167–1189, 1176 ff.

Hier liegt sodann auch das wesentliche Problem der Theorie: *Bork* übersieht, dass die Vergangenheit nicht ohne Vorwertung der Gegenwart betrachtet werden kann.<sup>469</sup> Das aber widerlegt jedenfalls eine Auslegungslehre, die sich allein auf den ursprünglichen Willen der Verfassungsgründer beruft.

## b) Original Meaning

*Scalia* hielt im Gegensatz zu *Bork* nicht den ursprünglichen Willen für relevant, sondern, wie bei der Gesetzesauslegung, „die ursprüngliche Bedeutung des Textes“<sup>470</sup>. Die ursprüngliche Bedeutung bestimmte *Scalia* dann anhand des Textes der Verfassung und der damaligen Rechtspraxis.<sup>471</sup> Insofern dürfe die Richterin keine eigene Wertentscheidung treffen,<sup>472</sup> die Idee der *living constitution* lehnte *Scalia* ab.<sup>473</sup>

Ausgangspunkt *Scalias* Überlegungen ist – ähnlich wie bei *Bork* – die Frage nach der Legitimation gerichtlicher Kontrolle. Für den US Supreme Court ergebe sich diese aus seiner Funktion; als Gericht habe der US Supreme Court die Verfassung als Gesetz anzuwenden.<sup>474</sup> Wertentscheidungen seien hingegen der Legislative zugeordnet.<sup>475</sup> Aus der verfassungsrechtlichen Anordnung dem Gericht gegenüber, die Verfassung lediglich anzuwenden, folge, dass die Verfassung als etwas betrachtet werden müsse, dem gefolgt werden könne. Das sei aber nur dann der Fall, wenn man der Verfassung eine autoritative Bedeutung zuschreibe; die Autorität könne sich aber nur aus einer statischen Bedeutung ableiten, das heißt aus der Bedeutung, die der Verfassung bei Ihrer Entstehung gegeben wurde.<sup>476</sup>

Trotz des ähnlichen theoretischen Aufbaus ist *Scalias* „originalism“ weit weniger dogmatisch als der *Borks*; sich selbst bezeichnet *Scalia* gar als mattherzigen Originalisten.<sup>477</sup> Nicht nur erkennt er die praktischen Defizite des „originalism“ an, sondern er lässt auch Abweichungen vom Dogma der Bindung an die ursprüngliche Bedeutung

<sup>469</sup> So auch *Brest*, Boston Univ. Law Rev. 60 (1980) 204–238, 222, mit Verweis auf Gadamer.

<sup>470</sup> *Scalia*, in: ders./Gutmann (Hrsg.), A Matter of Interpretation, 1998, 3–48, 31 (Übersetzung des Verfassers).

<sup>471</sup> *Chemerinsky*, Univ. Haw. Law Rev. 22 (2000) 385–401, 390 f., der zu dieser Einsicht durch Analyse der Entscheidungen *Scalias* kommt.

<sup>472</sup> *Ders.*, Univ. Haw. Law Rev. 22 (2000) 385–401, 389.

<sup>473</sup> Zum Vorstehenden siehe *Scalia*, in: ders./Gutmann (Hrsg.), A Matter of Interpretation, 1998, 3–48, 41.

<sup>474</sup> *Ders.*, U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 854.

<sup>475</sup> *Ders.*, U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 854.

<sup>476</sup> Zum Vorstehenden siehe *Barnett*, U. Cin. L. Rev. 75 (2006-2007) 7–24, 10 m. w. N.

<sup>477</sup> *Scalia*, U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 862 ff.: „faint-hearted“.

zu.<sup>478</sup> *Scalia* weicht seine Theorie in zwei Punkten auf: Zum einen lässt er „stare decisis“ gelten und zum anderen soll vom Ausgangsdogma abgewichen werden, wenn ansonsten der Gerechtigkeitssinn zu stark gestört wäre.<sup>479</sup> Letztlich bleibt von der Auslegung anhand der ursprünglichen Bedeutung nicht mehr viel übrig. *Scalia* selbst begreift sie ohnehin nur als das kleinere Übel gegenüber nicht-historischen Auslegungslehren.

Die zweite Abweichung erinnert an die *Radbruch'sche* Formel. Die erste Abweichung rückt *Scalias* Position wiederum näher an den „common law constitutionalism“ heran, der die Entwicklung des US-amerikanischen Verfassungsrechts als fortgesetzte Rechtsfortbildung im Sinne des „common law“ begreift.<sup>480</sup>

Nach dem „common law constitutionalism“ spielt zwar der Text eine wichtige Rolle, das Verfassungsrecht sei aber mehr als das geschriebene Dokument; denn betone man allein die Gründung, vernachlässige man die von unzähligen Juristinnen und Richtern getragene Entwicklung.<sup>481</sup>

Am Ende sieht *Scalia* zwar rechtsphilosophische Unterschiede zwischen beiden Lagern, die juristischen Ergebnisse sollen sich aber gleichen:

„It is [...] the fact that most originalists are faint-hearted and most non-originalists are moderate [...] which accounts for the fact that the sharp divergence between the two philosophies does not produce an equivalently sharp divergence in judicial opinions.“<sup>482</sup>

Unabhängig von der Frage, ob sich eine Gesellschaft ausschließlich von Ansichten einer verstorbenen Gründergeneration leiten lassen sollte,<sup>483</sup> kann *Scalia* nicht erklären, warum die Auslegung anhand der aktuellen Bedeutung die Autorität der Verfassung grundsätzlich infrage stellt. Umgekehrt kann *Scalia* nicht erklären, warum aktuelle Rechtsfragen besser durch historische Vorstellungen beantwortet werden sollten als mit aktuellen Ansichten. Die Auslegung anhand der ursprünglichen Bedeutung kann damit letztlich nur zeigen, dass die Verkörperung der Verfassung in einer

<sup>478</sup> Ders., U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 861 ff.

<sup>479</sup> Ders., U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 864, nennt Auspeitschen als Beispiel.

<sup>480</sup> Strauss, Univ. Chic. Law Rev. 63 (1996) 877–935; ders., Drake Law Rev. 59 (2010-2011) 973–984, 984; für einen kritischen Überblick zum „common law constitutionalism“ siehe Vermeule, Colum. Law Rev. 107 (2007) 1482–1532; eine Theorie, die in die gleiche Richtung geht, entwerfen Friedman/Smith, Univ. Pa. Law Rev. 147 (1998) 1–90.

<sup>481</sup> Strauss, Univ. Chic. Law Rev. 63 (1996) 877–935, 934 f.

<sup>482</sup> *Scalia*, U. Cin. L. Rev. 57 (1988-1989) 849–866, 862.

<sup>483</sup> Dazu Siegel, UCLA Law Rev. 56 (2009) 1399–1424 m. w. N.

rechtlichen Textform in der Vergangenheit nicht interpretatorisch übergangen werden darf. Die Vergangenheit muss deswegen aber nicht zum alleinigen Maßstab der Auslegung werden.

### c) Verfehlung des eigenen Ziels

Der entscheidende Kritikpunkt am „originalism“ ist schließlich, dass er sein eigenes Versprechen nicht einlösen kann: Sich auf den Willen der Verfassungsgeber oder ein historisches Verständnis zu berufen, ist nicht grundsätzlich angemessener und im Übrigen auch nur scheinbar objektiver, als den Verfassungstext im Kontext der aktuellen Gesellschafts- und Rechtsordnung auszulegen. Die Bewertung historischer Intentionen, Aussagen und Zusammenhänge beruht genauso auf einem Vorverständnis wie diejenige von tagesaktuellen Gegebenheiten. Richter werden die Vergangenheit immer nur aus der – oftmals verkärten – Sicht der Gegenwart auf die Vergangenheit betrachten können. Der einzige Unterschied ist damit, dass die historische im Gegensatz zur aktuellen Bedeutungssuche weit weniger Auslegungs-Material zur Verfügung hat, was keine besseren Auslegungsergebnisse erwarten lässt.

Umgekehrt wird man deswegen aber nicht sagen können, dass die vergangene Entscheidung der verfassungsgebenden Personen (abstrahiert in der verfassungsgebenden Gewalt) überhaupt keine Rolle spielt. Das retardierende Element des Rechts kann nicht übergangen werden. Die Auslegung hat sich mit der historischen Dimension des Verfassungsrechts gebühlich auseinanderzusetzen.

## 2. Judicial Activism

Das Gegenstück zum „originalism“ bilden evolutive Auslegungstheorien. Hier hat sich vor allem der sog. „judicial activism“ hervor getan, der der Judikative eine aktive Rolle bei der Entwicklung des Rechts zuschreibt.

Besonders *Wright* trat für eine starke Position des US Supreme Court gegenüber dem Gesetzgeber ein.<sup>484</sup> Funktion des Verfassungsgerichts sei es zu verhindern, dass die Gesellschaft ihre eigenen Prinzipien und Werte verliere; dies erfordere über die passive Kontrolle hinaus eine bekräftigende („affirmative“) Rolle, die sich das Gericht mit der gesamten Regierung inklusive der Legislative teile.<sup>485</sup> Je weniger aber die Legislative die Aufgabe übernehme, desto mehr falle diese dem Verfassungsgericht zu. Besonders dann, wenn die Legislative ihrer verfassungsrechtlichen

<sup>484</sup> *Wright*, Cornell Law Rev. 54 (1968–1969) 1–28; *ders.*, Harv. Law Rev. 84 (1971) 769–805.

<sup>485</sup> *Wright*, Cornell Law Rev. 54 (1968–1969) 1–28, 13 f.

Verantwortung nicht nachkomme, müsse man sich auf den US Supreme Court verlassen können, diese Lücke zu füllen.<sup>486</sup>

*Grey* meint, dass dem Supreme Court eine zusätzliche Rolle zukomme, weil er die grundlegenden Freiheitsrechte und Gerechtigkeitswerte auch dann auslegen müsse, wenn sie nicht im positiven Recht niedergelegt seien.<sup>487</sup> Den Richterinnen werde damit ein auch-politisches Mandat übertragen:

„Supreme Court justices [...] are comfortably middle-of-the-road, senatorially confirmable lawyer-politicians.“<sup>488</sup>

### a) Living Constitution

Grundlage des „judicial activism“ ist die Forderung nach einer zeitangepassten Auslegung der Verfassung:

„Current Justices read the Constitution in the only way that we can: as twentieth-century Americans. [...] [T]he genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems.“<sup>489</sup>

„The evolutionary process is inevitable; indeed, it is the true interpretive genius of the text.“<sup>490</sup>

In diesem Sinne ist die evolutive Auslegung die interpretatorische Fortsetzung der *living constitution*; aus dem Narrativ des Lebendigen kann man ohne Weiteres ableiten, dass die Auslegung evolutiv sein müsse, wohingegen formalistische Auslegungslehren – wie der „originalism“ – mit einer *living constitution* nicht in Einklang gebracht werden können.<sup>491</sup> Für den Supreme Court hat *Justice Holmes* die Vorstellung einer *living constitution* besonders deutlich formuliert:

„[W]hen we are dealing with words that also are a constituent act [...] we must realize that they have *called into life a being* the development

<sup>486</sup> *Ders.*, Cornell Law Rev. 54 (1968–1969) 1–28, 28.

<sup>487</sup> *Grey*, Stanf. Law Rev. 27 (1975) 703–718, 706.

<sup>488</sup> *Ders.*, Stanf. Law Rev. 37 (1984) 1–25, 24.

<sup>489</sup> *Brennan*, S. Tex. Law Rev. 27 (1985–1986) 433–446, 438.

<sup>490</sup> *Ders.*, S. Tex. Law Rev. 27 (1985–1986) 433–446, 445.

<sup>491</sup> *Grey*, Stanf. Law Rev. 27 (1975) 703–718, 709 f., 711, 713.

of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters.<sup>492</sup>

So wird die Verfassungsauslegung – versinnbildlicht in der „living tree doctrine“ – als besonders schöpferisch angesehen.<sup>493</sup> Diese Idee wurde selbst evolutionistisch formuliert:

„Living political constitutions must be Darwinian in structure and in practice.“<sup>494</sup>

## b) Common Law Constitution

Für *Grey* ist eine lebende Verfassung „a constitution with provisions suggesting restraints on government in the name of basic rights, yet sufficiently unspecific to permit the judiciary to elucidate the development and change in the content of those rights over time“<sup>495</sup>. *Grey* folgert daraus, dass der US Supreme Court neben der üblichen Textauslegung auch auf Auslegungsressourcen außerhalb der geschriebenen Verfassung zurückgreifen solle.<sup>496</sup>

„[T]he text [is] the overriding source where it speaks clearly, but [is] supplemented by an unwritten constitution made up of principles that underlie precedent and practice as seen from the perspective of the present. The text itself authorizes resort to these unwritten sources through provisions like the ninth amendment and the due process clauses.“<sup>497</sup>

---

<sup>492</sup> US Supreme Court, Urt. v. 19.04.1920, *State of Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>493</sup> In diese Richtung geht *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 49 ff., zum „schöpferischen Moment“ siehe Rn. 60, obgleich *Hesse* dies wohl insgesamt als Charakteristikum der juristischen Interpretation sieht, wie seine Verweise in Fn. 21 an dortiger Stelle vermuten lassen.

<sup>494</sup> *Wilson*, Constitutional Government in the United States, 1908, S. 57, auf den *McBain* in seinem für juristische Laien gedachten Werk (so *Corwin*, APSR 22 (1928) 461–463, 461) verweist: *McBain*, The Living Constitution, 1937, S. 276 (Erstauflage 1927); zum Begriff und zur Kritik an der *living constitution* siehe *Rehnquist*, Harv. J. Law Pub. Policy 29 (2006) 401–415.

<sup>495</sup> *Grey*, Stanf. Law Rev. 27 (1975) 703–718, 709.

<sup>496</sup> *Ders.*, Chi.-Kent. L. Rev 64 (1988) 211–238, 211 f., 230 ff.; u. a. weiterentwickelt von *Amar*, America's Unwritten Constitution, 2012.

<sup>497</sup> *Grey*, Chi.-Kent. L. Rev 64 (1988) 211–238, 221.

*Grey* stützt seine Ansicht mithin auf die Vorstellung, dass die US-amerikanische Verfassung nicht nur eine geschriebene, sondern auch eine „common law constitution“ habe.

In eine ähnliche Richtung geht *Elys* Position. Seiner Meinung nach sei die Verfassung offen formuliert („open-textured“); daher habe die strenge Begrenzung der Verfassungsauslegung zwar ihren rechtsstaatlichen und demokratischen Reiz, die Auslegung allein anhand des Textes oder des ursprünglichen Willens könne aber nicht funktionieren.<sup>498</sup> Bemerkenswert an *Elys* und *Greys* Position ist, dass sie gerade das positive Verfassungsrecht als Argument für eine offene Verfassungsinterpretation anführen. Weil einzelne Normen der US-amerikanischen Verfassung (zum Beispiel der 9. Zusatzartikel) auf zukünftige Entwicklungen verweisen,<sup>499</sup> könne und müsse der US Supreme Court eigene Wertentscheidungen treffen, die über die (geschriebene) Verfassung hinausgehen.<sup>500</sup> Sie nutzen also ein rechtspositivistisches Argument, um die rechtspositivistische Rechtsanwendung zu überwinden (hierauf wird bei der Verfassungsauslegung in der EU zurückzukommen sein)<sup>501</sup>.

### 3. Zwischenfazit

„Originalism“ und evolutive Interpretationstheorie unterscheiden sich vor allem in zwei Punkten: Welche Rolle der US Supreme Court im staatlichen Machtgefüge einnimmt und was aus der Schriftlichkeit der US-amerikanischen Verfassung folgt.

Die entscheidendere Frage scheint zu sein, welche Rolle der US Supreme Court spielen soll. Beide Seiten stützen sich jeweils auf unterschiedliche Narrative: evolutive Theorien auf die *living constitution* mit einer aktiven Rolle des Gerichts und der „originalism“ auf die klassische Gewaltenteilung.

Die Verschriftlichung der Verfassung dürfte in den USA eine größere Bedeutung haben als zum Beispiel im deutschen Verfassungsrecht. Das liegt daran, dass im US-amerikanischen Recht auch die Kategorie des „common law“ existiert und davon geschriebenes Recht gravierend abweicht. In gewisser Weise ähnlich ist die Situation im Völkerrecht, wo lange Zeit Gewohnheitsrecht eine weitaus größere Rolle als

<sup>498</sup> *Ely*, Ind. Law J. 53 (1978) 399–448, 412 ff., 445; später erweitert er diese Analyse noch um eine eigene Position der Funktion des US Supreme Court: *ders.*, Democracy and Distrust, 1980, S. 11 ff., 105 ff. Er sieht den US Supreme Court zum Minderheitenschutz und zur Unterstützung des politischen Prozesses verpflichtet.

<sup>499</sup> *Ely*, Ind. Law J. 53 (1978) 399–448, 413 f., 440 ff.

<sup>500</sup> *Ders.*, Ind. Law J. 53 (1978) 399–448, 412 ff.; *Grey*, Chi.-Kent. L. Rev 64 (1988) 211–238, 221.

<sup>501</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.



geschriebenes Recht spielte. Dementsprechend kommt auch im Völkerrecht der Kodifizierung eine eigenständige Bedeutung zu – insbesondere, wenn es sich um die Völkerverfassung handelt.

### III. Schlussbeobachtung zur Schriftlichkeit der Verfassung

Die Bedeutung des Gegensatzes von geschriebener und ungeschriebener Verfassung wird auf besondere Weise in der US-amerikanischen Verfassungsdiskussion hervorgehoben. Die Verschriftlichung der Verfassung spielte auch schon im Grundsatzzurteil *Marbury v. Madison* eine bestimmende Rolle. In der Sache hatte der US Supreme Court zu entscheiden, ob ein Bundesgesetz, das gegen die Verfassung verstößt, unwirksam ist. Ein wesentliches Element seiner Argumentation war, dass die Verfassung den Versuch darstelle, politische Macht durch ein Schriftstück zu organisieren:

„The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, *the Constitution is written*. To what purpose are powers limited, and *to what purpose is that limitation committed to writing*, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? [...] The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. [...] If the latter part be true, *then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.*“<sup>502</sup>

Für die Richter folgte also bereits aus der Intention des amerikanischen Volkes, die politische Macht per Rechtstext zu begrenzen, dass dieser Rechtstext eine besondere hierarchische Stellung haben müsse. Für den Supreme Court scheint dabei das „Absurditäts-Argument“ selbsterklärend zu sein, obgleich zur damaligen Zeit noch offen gewesen sein dürfte, ob eine geschriebene Verfassung tatsächlich die politische Macht beschränken kann.

Dem liegt zugleich die Vermutung zugrunde, dass Recht determinieren kann und auslegungsfähig ist. Andernfalls wäre eine geschriebene Verfassung in der Tat ein

<sup>502</sup>

US Supreme Court, Urt. v. 24.02.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 f. (Hervorhebung des Verfassers).

„absurder Versuch“, politische Macht zu begrenzen. In Anbetracht der Kritik an der juristischen Methode ist diese Annahme aber nicht mehr selbsterklärend.<sup>503</sup>

Gleichzeitig belegen inzwischen zahlreiche Verfassungsordnungen, dass eine geschriebene Verfassung erfolgreich politische Macht beschränken kann. Die Argumentation des US Supreme Court wäre heute also überzeugender als früher. Ihr liegt in der Tat eine Selbstverständlichkeit zugrunde, die weiterhin gilt: Entscheidet sich eine Gemeinschaft dazu, ihre gesellschaftliche Ordnung durch ein Schriftstück – das heißt durch das Verschriftlichen ihrer Verfassung – zu ordnen, ist dieses Anliegen ernst zu nehmen. Es ist dann Aufgabe der Juristen, dieses Anliegen interpretatorisch soweit wie möglich umzusetzen. Das indiziert allerdings weder eine dynamische noch eine statische Auslegung, sondern allein, dass Ausgang dieser Überlegung der Verfassungstext selbst ist.

Auf die völkerrechtliche Ebene übertragen bedeuten diese Überlegungen, dass es einen gravierenden Unterschied macht, ob man von einer geschriebenen oder ungeschriebenen Völkerverfassung ausgeht. Die Dokumentation der Verfassung in einer Urkunde – die „Urkundlichkeit“ der Völkerverfassung – ist nicht nur ein formelles Kriterium, sondern enthält gerade auf internationaler Ebene materielle Aussagen zum rechtstheoretischen Verständnis.

## C. Verfassungsauslegung in der EU

Die Auslegung des EU-Rechts ist vielgestaltig – sie hat ein einzigartiges Gemenge aus nationalem, inter- und supranationalem Recht abzubilden. Der Auslegende hat die verschiedenen Ebenen des europäischen Rechtsraums zu berücksichtigen und dabei zu beachten, dass Staaten, Organe und EU-Bürger unterschiedlich stark durch verschiedene Arten von Rechtsakten gebunden werden.

Dieses eigentümliche Geflecht spiegelt sich in der institutionellen Struktur wider: Die letztverbindliche Auslegung des EU-Rechts ist zwar im Allgemeinen beim Europäischen Gerichtshof zentralisiert, an der Interpretation nehmen dennoch nationale (Verfassungs-)Gerichte genauso teil wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Das gilt im Besonderen für das europäische Verfassungsrecht, wo

---

<sup>503</sup>

Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 2.

Europäischer Gerichtshof, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und nationale Verfassungsgerichte einen „Europäischen Verfassungsgerichtsverbund“<sup>504</sup> bilden.

Die Schwierigkeit dabei ist es, dass jedes dieser Gerichte mit einer anderen funktionalen Ausrichtung arbeitet: Primär geht es jedem Gericht um die Einhaltung der eigenen Rechtsordnung. Die einzelnen Normbereiche sind aber nicht notwendigerweise als System aufeinander abgestimmt. Die daraus entstehenden Spannungen prägen die Geschichte der Interpretation des europäischen Verfassungsrechts.

Aus dieser Gemengelage behandelt der folgende Abschnitt allein die EU-Verfassungsauslegung, das heißt, es wird nur um die Interpretation des EU-Primärrechts durch den Europäischen Gerichtshof gehen.<sup>505</sup> Dem liegt die Annahme zugrunde, dass große Teile des EU-Primärrechts, also Normen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (beziehungsweise deren Vorgänger), das Verfassungsrecht der EU bilden.<sup>506</sup> Die Verfassungsauslegung in der EU umfasst insofern nicht die Besonderheiten wie die unmittelbare Anwendbarkeit bzw. den Anwendungsvorrang des EU-Rechts, die EU-Recht konforme bzw. richtlinienkonforme Auslegung, die Vorwirkung von

<sup>504</sup> *Voßkuhle*, NVwZ 29 (2010) 1–8; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 77 ff.

<sup>505</sup> Die Rechtsprechung des EuGH wurde bereits – zunächst in deskriptiver, dann vor allem in präskriptiver Form (so *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729, 708) aufgearbeitet; siehe hierzu aus neuerer Zeit etwa *Langenbacher*, in: dies. (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. 2008, 1–40; *Graf N. Vitzthum*, GPR 6 (2009) 129–132; *Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, 2009; *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36; *Streinz*, in: *Griller/Rill* (Hrsg.), *Rechtstheorie: Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung*, 2011, 209–264; *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844; *Neergaard/Nielsen/Roseberry*, *European Legal Method*, 2011; *F. Müller/R. Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. II, 3. Aufl. 2012; *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2015; für weitere Nachweise siehe *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 1–5. Die Rechtsprechung wird im Wesentlichen aus Sicht des „Europäischen Zivilrechts“ aufgearbeitet: *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729, 707, mit Blick auf *Langenbacher*, in: dies. (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. 2008, 1–40, und *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2015; siehe auch *Nehne*, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, 2012. Wenig ausführlich hingegen wird die Auslegung des EuGH aus der Sicht des EU-Verfassungsrechts betrachtet; anders allerdings z. B. *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844; *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 6; *Conway*, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, 2012, S. 275 ff.; angedeutet bei *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 226.

<sup>506</sup> *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 8, mit Verweis auf EuGH, *Urt. v. 23.04.1986*, *Les Verts*, 294/83, *Slg.* 1986, 1339, Rn. 23; *BVerfG*, *Beschl. v. 18.10.1967*, *EWG-Verordnungen*, 1 BvR 248/63 und 216/67, Rn. 14.

Richtlinien oder die Drittwirkungsproblematik des EU-Rechts. Dabei handelt es sich zwar um Charakteristika der Auslegung des Unionsrechts, die aus der Verfassungseigenschaft der EU abgeleitet wurden, sie betreffen aber nicht die Auslegungsmethode des EU-Verfassungsrechts selbst.

## I. Autonome Auslegungsmethode

EU-Recht ist autonom, das heißt, vom Recht und Verständnis der Mitgliedstaaten unabhängig auszulegen:

„[J]ede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts [ist] in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“<sup>507</sup>

Dieser Autonomie entspricht es, eine dem EU-Recht eigene Methodenlehre zu entwickeln.<sup>508</sup> Es wird zwar vertreten, dass nur der supranationale Bereich einer autonomen Methodik bedürfe; der intergouvernementale Teil des Primärrechts solle hingegen nach völkerrechtlichen Regeln ausgelegt werden.<sup>509</sup> Das ist aber wenig überzeugend: Die Unterscheidung zwischen supranationalem und intergouvernementalem Recht ist der Überlegung geschuldet, dass im Vergleich zum Völkerrecht nur das supranationale Recht als echte Novität gesehen werden kann. Es enthält die wesentlichsten Besonderheiten des EU-Rechts: Anwendungsvorrang, unmittelbare Wirkung und besondere Verfahrensarten wie das Vorabentscheidungsverfahren. Die Unterscheidung dient dazu, das Gemeinschaftsrecht als Recht *sui generis* zu etablieren.<sup>510</sup>

<sup>507</sup> EuGH, Urt. v. 06.10.1982, CILFIT, C-283/81, Slg. 1982, I-3415, Rn. 20.

<sup>508</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 142; *Herdegen*, Europarecht, 17. Aufl. 2015, S. 207, 211; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 42, 48; *Streinz*, in: Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung, 2011, 209–264, 241 ff.; *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729, 707; jeweils m. w. N.; a. A. *Bleckmann*, *NJW* 35 (1982) 1177–1182; zum (übertragbaren) Stand der Diskussion im Rahmen des EGV siehe *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 40. Aufl. 2009, Art. 1 EGV, Rn. 60 ff. m. w. N.

<sup>509</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 2; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 795 f., 797 m. w. N.

<sup>510</sup> Deutlich *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 797 f.: „Im Postulat dieser ‚neuen Rechtsordnung‘, mit den Bürgern als Rechtssubjekten, wird die Grundlage für eine eigenständige, von der völkerrechtlichen Auslegungslehre abweichende, spezifisch gemeinschaftsrechtliche Auslegungsmethode für den supranationalen Bereich geschaffen [...].“

Die Ansicht, methodologisch zwischen den beiden Rechtsbereichen zu unterscheiden, stützt sich auf einzelne Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs.<sup>511</sup> Darin wendet er aber nicht direkt völkerrechtliche Methoden an, sondern nennt lediglich Figuren, die auch das Völkerrecht kennt.<sup>512</sup> Es kann daher nicht aus der Rechtsprechung gefolgert werden, dass die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention Anwendung finden.

Die Einschränkung des Autonomiepostulats wäre auch aus (völker-)verfassungsrechtlicher Sicht wenig ertragreich: Sofern die EU-Verfassung auch den intergouvernementalen Bereich umfasst, ist aus Sicht der Auslegungslehre keine Unterscheidung mehr notwendig. Die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention finden daher nur auf völkerrechtliche Verträge zwischen der EU und Drittstaaten Anwendung – auch wenn diese Abkommen in das „Mezzanin“<sup>513</sup> zwischen Primärrecht und Sekundärrecht eingeordnet werden.<sup>514</sup> Im Übrigen ist eine Unterscheidung schon deswegen nicht sinnvoll, weil die völkerrechtlichen und europarechtlichen Auslegungsmethoden bei internationalen Organisationen ohnehin konvergieren.<sup>515</sup>

## II. Auslegung anhand der Canones und deren Besonderheiten

Man ist sich einig, dass bei Auslegung des EU-Primärrechts im Grundsatz die tradierten Auslegungsmethoden – Wortlaut, Systematik, Teleologie und Historie – Anwendung finden.<sup>516</sup> Die einzelnen Methoden werden aber mit unterschiedlicher Intensität angewendet.

---

<sup>511</sup> Ders., *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 796.

<sup>512</sup> Zum Beispiel die Anwendung des völkerrechtlichen Territorialprinzips: EuGH, Urt. v. 27. 9. 1988, *Zellstoff J.* Kommission, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125–129/85, Slg. 1993, I-1307, Rn. 18.

<sup>513</sup> *Lachmeyer/von Förster*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 216 AEUV, Rn. 24.

<sup>514</sup> *Dies.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 216 AEUV, Rn. 24 m. w. N.; EuGH, Urt. v. 03.10.2008, *Seeverkehr – Meeresverschmutzung durch Schiffe*, C-308/06, Slg. 2008, I-4057, Rn. 42.

<sup>515</sup> So letztlich auch *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 797.

<sup>516</sup> Siehe nur *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, S. 170 ff.; *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 53; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 42; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 1, mit Nachweisen der Rechtsprechung in Rn. 17 ff., 41 ff.; *Hobe*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2017, Rn. 439 ff.

Ausgangspunkt ist zunächst zwar der Wortlaut der Norm, wobei die Schwierigkeit darin besteht, dass EU-Recht in 24 Amtssprachen verbindlich ist (Art. 55 EUV).<sup>517</sup> Der Schwerpunkt der Auslegung liegt aber deutlich auf den dynamisierenden Elementen – der Systematik und der Teleologie der Normen und Verträge insgesamt.<sup>518</sup> Die historische Auslegung spielt demgegenüber keine Rolle, ihre Anwendung ist bereits faktisch eingeschränkt: Die Gründungsmaterialien wurden von den Mitgliedstaaten nicht offengelegt.<sup>519</sup>

## 1. Wortlaut

Das EU-Verfassungsrecht hat 24 gültige Sprachfassungen. Diese Vielfalt ist einer der Gründe, warum der Wortlaut kaum die Funktion der Grenze der Auslegung erfüllen kann.<sup>520</sup> Inhaltlich werden die unterschiedlichen Sprachfassungen durch ihren jeweiligen nationalen Kontext aufgeladen, schon deswegen ist es angezeigt, Begriffe des EU-Rechts autonom auszulegen: Ohne eine autonome Auslegung würde man die Sprachfassungen nicht harmonisieren können,<sup>521</sup> die Einheit(lichkeit) der EU-Rechtsordnung wäre gefährdet.<sup>522</sup> Der Europäische Gerichtshof greift bei Unklarheiten zwischen verschiedenen Sprachfassungen vor allem auf den Sinn und Zweck der

<sup>517</sup> *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 43; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 799; zum Problem der Wortlautgrenze siehe *Graf N. Vitzthum*, *GPR* 6 (2009) 129–132, 129.

<sup>518</sup> Siehe nur *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 53 ff.; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 40; für einen statistischen Überblick siehe *Derichs*, *Die Methodik des EuGH*, 200, S. 33 ff., 37 ff.

<sup>519</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 66; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800; *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 14 m. w. N.; kritisch *Leisner*, *EuR* 42 (2007) 689–706.

<sup>520</sup> Von der Geltung der Wortlautgrenze geht aus *Neuner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 245–262, Rn. 2 f. m. w. N.; kritisch hingegen *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 828; *Graf N. Vitzthum*, *GPR* 6 (2009) 129–132, 129; für einen knappen Überblick des Problems der Auslegung verschiedener Sprachfassungen siehe *Kokott*, in: Streinz, 2. Aufl. 2012, Art. 55 EUV, Rn. 3 ff.

<sup>521</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 17 ff.; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 43, mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>522</sup> *EuGH*, *Urt. v. 20.11.2003*, *Kyocera Electronics Europe GmbH / J. Hauptzollamt Krefeld*, C-152/01, *Slg.* 2003, I-13821, Rn. 33: „Um die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu wahren, muss dann, wenn die Sprachfassungen voneinander abweichen, die betreffende Vorschrift anhand von Sinn und Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“

Gesamtregelung zurück.<sup>523</sup> Eine „Mehrheitsmethode“, die die Bedeutungsübereinstimmungen schlicht abzählt, ist hingegen abzulehnen.<sup>524</sup>

Das Dogma der autonomen Begriffsbildung im Unionsrecht spielt wiederum eine Schlüsselrolle bei der dynamisierenden Auslegung im Rahmen des „effet utile“: Die Effektivierung *qua* Auslegung setzt eine Autonomisierung voraus.<sup>525</sup> Dabei wird die autonome Begriffsauslegung des Europäischen Gerichtshofs teilweise als apodiktisch und ohne erkennbare Methode kritisiert.<sup>526</sup> Richtig daran ist, dass eine zu starke Autonomisierung zu einem kritikwürdigen Funktionalismus des EU-Rechts führen kann.<sup>527</sup> Das ist etwa dann der Fall, wenn die mit dem Unionsrecht verschränkten Rechtsordnungen nicht mehr zur Kenntnis genommen werden. Ein solcher Funktionalismus führt nicht nur zu Normkonflikten zwischen den unterschiedlichen Ebenen des europäischen Verfassungsverbands, sondern er kann auch die Konflikte innerhalb des EU-Verfassungsrechts erhöhen, wenn die Geltung einzelner Teilbereiche autonom zu stark ausgedehnt wird – etwa, wenn die Grundfreiheiten zulasten von Grundrechten ausgedehnt werden. In einem solchem Fall leidet die Kohäsion des EU-Verfassungsrechts und schließlich des europäischen Rechtsraums.

## 2. Systematik und Teleologie

Die systematische Auslegung<sup>528</sup> ist im EU-Verfassungsrecht von doppelter Bedeutung: Sie baut auf der Idee der Einheit des EU-Rechts auf und stellt diese gleichzeitig her.<sup>529</sup> Zusammen mit der teleologischen Auslegung stützt sie viele der wegweisenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs.<sup>530</sup> Sowohl in *Van Gend en*

<sup>523</sup> EuGH, Urt. v. 12.07.1979, Koschniske *.J.* Raad van Arbeid, 9/79, Slg. 1979, I-2717, Rn. 7 f.; EuGH, Urt. v. 20.11.2003, Kyocera Electronics Europe GmbH *.J.* Hauptzollamt Krefeld, C-152/01, Slg. 2003, I-13821, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 29.06.1988, Van Landschoot *.J.* Mera, 300/86, Slg. 1988, 3443, Rn. 18.

<sup>524</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 19; *Kokott*, in: Streinz, 2. Aufl. 2012, Art. 55 EUV, Rn. 4; undeutlich EuGH, Urt. v. 29.06.1988, Van Landschoot *.J.* Mera, 300/86, Slg. 1988, 3443, Rn. 18.

<sup>525</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.II.3.

<sup>526</sup> *Bleckmann*, NJW 35 (1982) 1177–1182, 1177.

<sup>527</sup> *Ders.*, NJW 35 (1982) 1177–1182, 1180: „Ich meine darüber hinaus, daß der Europäische Gerichtshof sich mit der grundsätzlichen Entscheidung für autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts für den Auslegungsgrundsatz ‚in dubio pro communitate‘ und mit der Rechtsprechung zu den Freiheitsrechten zu dem Grundsatz ‚in dubio pro libertate‘ entschieden hat.“

<sup>528</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 22 ff., mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>529</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 143.

<sup>530</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 54.

*Loos* als auch in *AETR* kommt sie zur Anwendung.<sup>531</sup> Die systematische Methode wirkt dynamisierend, weil sie sich besonders gut an eine teleologische Auslegung koppeln lässt: Sie ordnet die auszulegende Norm in das Zielsystem des Primärrechts ein.<sup>532</sup>

Tatsächlich lassen sich Systematik und Teleologie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kaum unterscheiden; sie werden meist in Kombination angewendet.<sup>533</sup> *Höpfner/Rüthers* geben zu bedenken, dass die Auslegung aus dem inneren System aber umso weniger überzeugt, je mehr Widersprüche in der europäischen Rechtsordnung bestehen und je weniger sich ein System gebildet hat.<sup>534</sup> Das habe zur Folge, dass sich die systematische Auslegung in dem „effet utile“ (der praktischen Wirksamkeit) des EU-Rechts erschöpfe.<sup>535</sup>

Die dynamische Auslegung ist trotz zum Teil massiver Kritik das wesentliche Charakteristikum der EU-Verfassungsauslegung des Europäischen Gerichtshofs.<sup>536</sup> Sie folgt der Teleologie der Norm und des Primärrechts, das heißt den in den Verträgen niedergelegten (normativen) Zielen.<sup>537</sup> Präambel und Vertragsziele bilden dabei nicht nur Grund, sondern auch Programm der teleologischen Auslegung:

„Der EWG-Vertrag ist als eine Verfassung ‚im Werden‘ entworfen worden. In der Präambel des EWG-Vertrags war von einem ‚immer engeren Zusammenschluss‘ der Völker die Rede. Im Vertrag über die Europäische Union heißt es jetzt, dass ein ‚Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker‘ angestrebt wird.“<sup>538</sup>

<sup>531</sup> EuGH, Urt. v. 05.02.1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Slg. 1963, 1, 24; EuGH, Urt. v. 31.03.1971, *AETR*, 22/70, Slg. 1971, 263, 274.

<sup>532</sup> *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800 f.; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 46.

<sup>533</sup> Für eine Grenzziehung ist z. B. *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 26.

<sup>534</sup> *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 12.

<sup>535</sup> *Dies.*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 12; differenzierend *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 801.

<sup>536</sup> *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 804, mit Nachweisen der Rechtsprechung; so auch *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 1997, S. 238 ff.; *Buck*, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, 1997, S. 213 ff.; kritisch z. B. *Bleckmann*, *NJW* 35 (1982) 1177–1182.

<sup>537</sup> *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 55; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 802.

<sup>538</sup> *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 802.



Vertragsziele wie die Verwirklichung des Binnenmarktes, Hebung der Lebenshaltung und Lebensqualität, Umweltschutz und Umweltqualität und weitere grundlegende Werte wie Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit werden so zu rechtlich bindender Programmatik.<sup>539</sup>

Der Europäische Gerichtshof hat im Zuge dessen die Grundfreiheiten funktionalisiert, das heißt als Mittel zum Zweck der Durchsetzung der Vertragsziele gedeutet.<sup>540</sup> Schon in *Costa/ENEL* hat der Europäische Gerichtshof die teleologische Auslegung des Primärrechts damit begründet, dass ansonsten die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet sei.<sup>541</sup> Die teleologische Prädisposition der Auslegung ergibt sich also aus dem Inhalt des EU-Rechts selbst (darauf wird später zurückzukommen sein)<sup>542</sup>.

Eine weitere Folge der teleologischen Auslegung ist, dass der Europäische Gerichtshof Ausnahmen im Unionsrecht eng auslegt.<sup>543</sup> Begründet wird dies mit der Effektivierung der Grundregel.<sup>544</sup> Der „effet utile“ des Unionsrechts ist mithin auch eine der zentralen teleologischen Auslegungsdirektiven der EuGH-Rechtsprechung.<sup>545</sup> Sie wird ergänzt um den Gedanken der „implied powers“.

#### a) **Effet Utile**

Der „effet utile“ ist – wie die Zielbestimmungen – Grund und Programm teleologischer Auslegung. Als inhaltliche Vorgabe verstärkt und gestaltet er die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des Unionsrechts.

<sup>539</sup> *Ders.*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 802.

<sup>540</sup> *Ders.*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 802, mit Verweis auf EuGH, Gutachten v. 14.12.1991, C-1/91, Slg. 1991, I-6079, Rn. 18; EuGH, Ur. v. 21.02.1973, *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. /J. Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, 6/72, Slg. 1972, 157, Rn. 25 f.; EuGH, Ur. v. 05.05.1982, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV /J. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Roosendaal*, 15/81, Slg. 1982, 1409, Rn. 33.

<sup>541</sup> EuGH, Ur. v. 15.07.1964, *Costa /J. ENEL*, 6/64, Slg. 1964, 1251, 1270; *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 56.

<sup>542</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.

<sup>543</sup> *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 56; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 27 ff.; jeweils mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>544</sup> EuGH, Ur. v. 27.03.1974, *BRT /J. SABAM*, 127/73, Slg. 1974, I-313, Rn. 19; *Gaitanides*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje*, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 45.

<sup>545</sup> *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 805 f.; *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 1997, S. 219 ff.; *Buck*, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, 1997, S. 208 ff.

Folge der am „effet utile“ ausgerichteten Auslegung des Primärrechts war die Entwicklung von Rechtspflichten und -wirkungen, die in dieser Form nicht ausdrücklich in den Verträgen zu finden waren:<sup>546</sup> die Pflicht der nationalen Gerichte zur Vorlage beim Europäischen Gerichtshof, die Pflicht zur Gewährung des Rechtsschutzes bei Verstoß gegen Unionsrecht, der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die unmittelbare Anwendung des EU-Rechts (auch im Vertikalverhältnis) und so weiter.

Für die Technik der Auslegung bedeutet der „effet utile“, dass der Europäische Gerichtshof „derjenigen Auslegung den Vorzug einräumt, die die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft sicherstellt.“<sup>547</sup> Inhaltlich nimmt der „effet utile“ viele Gestalten an. Er kann den materiellen Inhalt einer Norm bestimmen, aber auch das Verfahren zur Durchsetzung des Unionsrechts. Mit ihm hat der Europäische Gerichtshof die Funktion von Grundfreiheiten ausgelotet, aber auch Schadensersatzpflichten geschaffen.

## b) Implied Powers

Die Implied-Powers-Lehre ist nicht unbedingt Teil der teleologischen Auslegung, sie setzt aber den Gedanken des „effet utile“ fort: Sie kann zum Tragen kommen, wenn selbst nach teleologischer Auslegung keine Kompetenznorm vorliegt.<sup>548</sup> Der Europäische Gerichtshof hat die Lehre schon sehr früh als völkerrechtliches und nationales Prinzip angewendet:<sup>549</sup>

„Die Vorschriften eines völkerrechtlichen Vertrages oder eines Gesetzes enthalten zugleich diejenigen Vorschriften, bei deren Fehlen jene sinnlos wären oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten.“<sup>550</sup>

<sup>546</sup> Roth, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 806 f.

<sup>547</sup> Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 57.

<sup>548</sup> M. Schröder, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 352 AEUV, Rn. 18; für einen anderen Zusammenhang von „effet utile“ und „implied powers“ siehe Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 59 ff., der darstellt, wie unterschiedlich weit man diese Konzepte anwenden kann.

<sup>549</sup> Nettesheim meint, dass die Implied-Powers-Lehre vor allem in den USA und Deutschland entwickelt wurde: Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 1 AEUV, Rn. 13.

<sup>550</sup> EuGH, Urt. v. 29.11.1956, *Fédération Charbonnière de Belgique ./. Hohe Behörde der EGKS*, 8/55, Slg. 1955, 291; so auch Hobe, *Europarecht*, 9. Aufl. 2017, Rn. 239 ff.; Oppermann/Clasen/Nettesheim, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, S. 165 f.

Der Europäische Gerichtshof hat sich danach vor allem im Bereich der EU-Außenbeziehungen auf ungeschriebene Kompetenzen berufen.<sup>551</sup>

Es ist umstritten, inwieweit die Implied-Powers-Lehre durch den Art. 352 AEUV verdrängt wird. Es wird aber meist angenommen, dass ihr darüber hinaus oder daneben ein Anwendungsbereich verbleibe,<sup>552</sup> die Lehre sei jedenfalls mit der Kompetenzergänzungsklausel verwachsen.<sup>553</sup>

### 3. Historie

Es besteht überwiegend Einigkeit darin, dass die historische Auslegung bei der Auslegung des EU-Primärrechts keine Rolle spielt.<sup>554</sup> Dies geht meist einher mit dem Bekenntnis zur objektiven bzw. dynamischen Auslegung.<sup>555</sup>

Als historische Auslegung wird die Auslegung anhand der Gründungsdokumente verstanden. Im EU-Kontext besteht hier aber faktisch schon das Problem, dass die Gründungsdokumente in den meisten Fällen nicht veröffentlicht wurden.<sup>556</sup> Ob deswegen die historische Auslegung insgesamt abzulehnen ist, ist zweifelhaft. Den Vorschlag, statt der Gründungsmaterialien die Äußerungen im Rahmen der mitgliedstaatlichen Ratifizierungsverfahren in Bezug zu nehmen, hat der Europäische Gerichtshof aber jedenfalls nicht aufgenommen; ebenso wenig Beachtung finden die mitgliedstaatlichen Protokollerklärungen.<sup>557</sup> Auch zieht der Europäische Gerichtshof

<sup>551</sup> *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. September 2013, Art. 5 EUV, Rn. 21.

<sup>552</sup> Zum Meinungsstand siehe *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 232 ff.; für eine Verdrängung *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 161, a. A. *M. Schröder*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 352 AEUV, Rn. 19; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 1 AEUV, Rn. 13 ff.

<sup>553</sup> Für eine aufschlüsselnde Analyse siehe *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 1 AEUV, Rn. 13 ff.

<sup>554</sup> *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 47; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 66; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800; *Baldus/Vogel*, in: FS Krause, 2006, 237–252, 244; *Bleckmann*, *NJW* 35 (1982) 1177–1182, 1178 f.; a. A. *Leisner*, *EuR* 42 (2007) 689–706 m. w. N.; *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 14.

<sup>555</sup> *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 47; undeutlich *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 66; lediglich als Beschreibung der Rechtsprechung *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800; a. A. auch zur faktischen Bedeutung *Leisner*, *EuR* 42 (2007) 689–706, 698 ff.

<sup>556</sup> *Baldus/Vogel*, in: FS Krause, 2006, 237–252, 244 m. w. N.

<sup>557</sup> *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 14; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 800; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 125–145, Rn. 33; dafür plädiert aber *Leisner*, *EuR* 42 (2007) 689–706, 702 f.

„travaux préparatoires“ dann nicht zur Auslegung heran, wenn sie – wie zum Beispiel bei der Einheitlichen Europäischen Akte – zugänglich sind.<sup>558</sup>

Die zunehmende Verfügbarkeit solcher Materialien zeigt aber, dass der Mangel an historischen Dokumenten immer weniger als Argument gegen eine historische Auslegung angeführt werden kann. Die „travaux préparatoires“ des Verfassungskonvents liegen vor, wie auch die Erläuterungen zur Grundrechtecharta.<sup>559</sup> Es ist insofern zweifelhaft, allein die Entscheidung, die Verhandlungsdokumente der Regierungskonferenzen nicht zu veröffentlichen, als Bekenntnis zur objektiven bzw. dynamischen Methode zu werten.<sup>560</sup> Umgekehrt müsste man dann die Regelungen subjektiv auslegen, für die die Dokumente veröffentlicht wurden. Der Imperativ zu Dynamisierung ist daher weiterhin begründungsbedürftig.

### III. Grundlagen der dynamischen Auslegung

Das herausragende Attribut der EU-Verfassungsauslegung ist deren besondere Dynamik – das gilt im Übrigen auch für die völkerrechtliche konstitutionelle Interpretation im Rahmen internationaler Organisationen (darauf wird in Kapitel 4 zurückzukommen sein). Bisher ist aber nicht eindeutig, woraus sich diese Prädisposition ergibt. Es wird daher nachfolgend analysiert, worin die dynamische Auslegung in der EU begründet ist. Hierfür soll zunächst die Rolle des Europäischen Gerichtshofs beleuchtet werden und anschließend die materiell-rechtlichen Vorgaben des EU-Verfassungsrechts.

#### 1. Rolle des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof nimmt eine zentrale Rolle bei der Entwicklung des EU-Verfassungsrechts ein. Seine Rechtsprechung ist Ausprägung eines „judicial activism“. Die Möglichkeit des Europäischen Gerichtshofs zur Weiterentwicklung des EU-Rechts wird nicht grundsätzlich in Frage gestellt, intensiv diskutiert wird aber, welche Grenzen seiner rechtsfortbildenden Tätigkeit gesetzt sind und woraus sich diese ergeben.

---

<sup>558</sup> Höpfer/Rüthers, AcP 209 (2009) 1–36, 14; Stephan M. Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, S. 249 ff.

<sup>559</sup> Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 66.

<sup>560</sup> Leisner, EuR 42 (2007) 689–706, 694.

## a) Judicial Activism

Die Auslegung des Primärrechts wird meist mit Blick auf die Zuständigkeit und Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofs besprochen.<sup>561</sup> Die Debatte hat sich seit Ende der 1980er Jahre kaum von der Frage nach der Rolle des Europäischen Gerichtshofs lösen können.<sup>562</sup>

Damals hatte sie sich intensiviert, als mit Blick auf den „judicial activism“ die ersten umfassenden Analysen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs veröffentlicht wurden. Einflussreich war besonders *Rasmussens*<sup>563</sup> kritische Analyse aus dem Jahr 1986,<sup>564</sup> die eine pendelnde Diskussion auslöste, in der auf der einen Seite die Verteidiger<sup>565</sup> des dynamisch-integrativen Ansatzes des Europäischen Gerichtshofs standen und auf der anderen Seite die Skeptiker<sup>566</sup> der aktiven Rolle. Schließlich wurde versucht, die Gegensätze in synthetischen Ansichten abzubauen:<sup>567</sup> Dem Europäischen Gerichtshof wird inzwischen auch eine teil-politische Rolle zugeschrieben.<sup>568</sup>

Mittlerweise wird auch nicht mehr so sehr der schöpferische Aspekt kritisiert, sondern dessen Verschleierung durch den Gerichtshof.<sup>569</sup> Das Schrifttum merkt an, dass der

---

<sup>561</sup> Deutlich *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 48 ff.

<sup>562</sup> Deutlich *Höpner/Rüthers*, AcP 209 (2009) 1–36, 6; *Roth*, RabelsZ 75 (2011) 787–844, 794: „Eine solche Diskussion kann nicht ohne ein bestimmtes Verständnis bzw. Vorverständnis von der Rolle und dem Zusammenwirken der verschiedenen Institutionen der Union geführt werden.“ Früher schon *Schermers*, Am. J. Comp. Law 22 (1974) 444–464, 444 ff. (Rolle), 456 ff. (Methoden).

<sup>563</sup> *Rasmussen*, On Law and Policy in the European Court of Justice, 1986; später *ders.*, The European Court of Justice, 1998; davor gab es schon positive Studien: z. B. *Schermers*, Am. J. Comp. Law 22 (1974) 444–464, für weitere Nachweise siehe *de Waele/van der Vleuten*, Mich. St. Int. Law Rev. 19 (2013) 639–666, 649.

<sup>564</sup> *De Waele/van der Vleuten*, Mich. St. Int. Law Rev. 19 (2013) 639–666, 649.

<sup>565</sup> *Rasmussen* kritisieren z. B. *Cappelletti*, ELR 12 (1987) 3–17; *Weiler*, CMLRev. 24 (1987) 555–589; *Toth*, YEL 7 (1987) 411–413; siehe auch *Arnulf*, LQR 112 (1996) 411–423.

<sup>566</sup> *Hartley*, LQR 112 (1996) 95–109; *Conway*, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, 2012, 275 ff.

<sup>567</sup> Differenzierend etwa *Höpner*, dms 3 (2010) 165–185, 166 ff.; für eine Übersicht zum „judicial activism“ mit neuen Beiträgen siehe *Dawson/Witte/Muir* (Hrsg.), Judicial Activism at the European Court of Justice, 2013.

<sup>568</sup> *Dawson/Witte/Muir*, in: dies. (Hrsg.), Judicial Activism at the European Court of Justice, 2013, 1–10, 1: „We do, however, assume that the Court of Justice is (also) a political actor.“ Siehe auch *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 69 ff. m. w. N. Für einen anderen Ansatz siehe *Kokott*, ZaöRV 69 (2009) 275–288, die die (neue) Rolle des Europäischen Gerichtshofs als „pouvoir neutre“ beschreibt.

<sup>569</sup> *Rasmussen*, On Law and Policy in the European Court of Justice, 1986, S. 387 ff.; *ders.*, The European Court of Justice, 1998, S. 292 f.; *Roth*, RabelsZ 75 (2011) 787–844, 819.

Europäische Gerichtshof zwar ein enges hermeneutisches Auslegungsverständnis anhand der klassischen Regeln vertreten, aber letztlich schöpferisch tätig werde.<sup>570</sup>

## b) Grenzen der Rechtsfortbildungskompetenz

Die Frage, wie aktiv ein Gericht sein darf, kann man in den methodologischen Begriff der Rechtsfortbildungskompetenz übersetzen. Entscheidend ist, wo die Grenzen dieser Kompetenz liegen. Hintergrund ist, dass trotz der dynamischen Ausrichtung – vor allem von deutscher Seite – zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterschieden wird.<sup>571</sup> Anders als zur Auslegung einer Rechtsnorm soll der Europäische Gerichtshof nicht zur grenzenlosen Rechtsfortbildung derselben befugt sein.<sup>572</sup>

Ausgangspunkt der Diskussion ist die Feststellung, dass der Europäische Gerichtshof zuständig für die Auslegung des Primärrechts sei und die Kompetenz habe, das Recht fortzubilden.<sup>573</sup> Die Rechtsfortbildung sei vor allem notwendig, um die Lücken des Primärrechts zu füllen.<sup>574</sup> Das Mandat zur Rechtsfortbildung erteile Art. 19 Abs. 1 EUV in Verbindung mit anderen Vorschriften wie Art. 340, 352 AEUV (bzw. dem alten Art. 220 EGV) und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Mitgliedstaaten.<sup>575</sup> Umstritten ist allerdings, wo und warum Grenzen zu ziehen sind.<sup>576</sup>

„Die Abgrenzung zwischen der allgemein als unverzichtbar angesehenen, zulässigen Rechtsfortbildung und der unzulässigen richterlichen Grenzüberschreitung ist undeutlich und fließend, darauf beruht die eigentliche Problematik des Richterrechts.“<sup>577</sup>

<sup>570</sup> Dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 40. Aufl. 2009, Art. 1 EGV, Rn. 60 m. w. N.

<sup>571</sup> Dazu kurz *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 819 f.; für eine Unterscheidung der Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs in sechs Stufen siehe *Höpner*, *dms* 3 (2010) 165–185, 169 ff.

<sup>572</sup> Die Grenzen der Rechtsfortbildung sollen sich auf EU-rechtlicher Ebene vielmehr im Prinzip der Einzelmächtigung, der funktionellen Gewaltenteilung und der Souveränität der Mitgliedstaaten finden: *Höpner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 18 f. m. w. N.

<sup>573</sup> *Neuner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 245–262, Rn. 7 ff.; *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 821; *Höpner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 18; *Dobler*, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, 2008, 509–559; *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 219 ff.; *Hummer/Oberwexer*, *EuZW* 8 (1997) 295–305, 296 f.

<sup>574</sup> *Höpner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 18.

<sup>575</sup> *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 821; *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 221.

<sup>576</sup> Zur Debatte siehe *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 414 ff.

<sup>577</sup> *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 225, mit Verweis auf *Frowein*, in: FS Universität Heidelberg, 1986, 527–540, 555.

Unter Rückgriff auf *Rüthers*<sup>578</sup> kann man davon ausgehen, dass (auch) im EU-Recht Methodenfragen Verfassungsfragen sind.<sup>579</sup> Die Grenzen können daher sowohl auf der Grundlage des materiellen EU-Rechts als auch anhand eher abstrakter Konzepte des Verfassungsrechts gezogen werden. Materiell-rechtlich wird neben Art. 19 Abs. 1 EUV i. V. m. Art. 340, 352 AEUV insbesondere Art. 5 EUV angeführt, der insbesondere den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung der EU und das Prinzip der Subsidiarität enthält.<sup>580</sup> Meist werden die Schranken vom Schrifttum aber eher anhand abstrakter Ideen gezogen, wobei auch hier Überschneidungen mit konkreten materiell-rechtlichen Vorgaben bestehen.

Gemeinhin werden zur Begrenzung der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof folgende Gründe genannt: die (fehlende) demokratische Legitimation des Gerichtshofs, die funktionelle Gewaltenteilung zwischen den EU-Organen, die Souveränität der Mitgliedstaaten, der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und die Wortlautgrenze.<sup>581</sup> Zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird zum Teil auch noch das Subsidiaritätsprinzip gezählt.<sup>582</sup> Nicht alle diese Einwände überzeugen, von besonderer Bedeutung für diese Arbeit ist die Frage nach dem Verhältnis von demokratischer Legitimation und funktioneller Gewaltenteilung.

Dem Einwand der mangelnden demokratischen Legitimation kann man die funktionelle Gewaltenteilung entgegenhalten: Die institutionelle Gewaltenteilung der EU ist nicht vergleichbar mit der demokratischen.<sup>583</sup> Die Kompetenzverteilung innerhalb der EU ist funktioneller Natur und nur in Teilen deckungsgleich mit der Aufteilung in

---

<sup>578</sup> Siehe nur *Rüthers*, *Rechtstheorie* 40 (2009) 253–283.

<sup>579</sup> *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 6; *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729, 719; *Graf N. Vitzthum*, *GPR* 6 (2009) 129–132, 131; *Vogenaue*, *ZEuP* 13 (2005) 234–263, 246.

<sup>580</sup> *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 226, nennt zudem noch die Ziele und Präambeln des Primärrechts.

<sup>581</sup> Gewaltenteilung und Kompetenzverteilung: *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 8 f., 18 (mit Souveränität); *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 834 ff.; *Gaitanides*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje*, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV, Rn. 39 ff.; funktionelle Betrachtung: *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 69 ff.; Zuständigkeit des Gerichtshofs im Rahmen des „Integrationsprogramms“: *Everling*, *JZ* 55 (2000) 217–227, 226, mit Verweis auf *BVerfG*, *Beschl. v. 23.06.1981*, *Eurocontrol I*, 2 *BvR* 1107, 1124/77 und 195/79, Rn. 107 f.; Wortlaut: *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, 245–262, Rn. 2 f. 7 ff. m. w. N., der allerdings zudem noch auf die Kompetenzverteilung innerhalb der EU und Präjudizien abstellt (a. a. O., Rn. 13 ff. und 22 ff.).

<sup>582</sup> *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 19.

<sup>583</sup> So aber *dies.*, *AcP* 209 (2009) 1–36, 19, mit Verweis auf *Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, S. 361 ff.

Legislative, Judikative und Exekutive. Sie ist organschaftlich anders verwachsen und hat sich über Jahrzehnte entwickelt; sie berücksichtigt auch die nationalen und supranationalen Bereiche, die mit den intergouvernementalen und internationalen Bereichen verschränkt sind.

Daraus folgt, dass bereits die Funktionszuweisung selbst die notwendige Legitimation vermittelt. Allerdings folgt aus dem Prinzip der institutionellen Gewaltenteilung umgekehrt auch nicht, dass das System nicht neu ausgerichtet und feinjustiert werden muss. Im Gegenteil, eine demokratische Wende ist unverkennbar und in Art. 2 EUV materiell-rechtlich verankert. Die Bewegung hin zu einer demokratischen Gewaltenteilung ist vorgegeben. Aber selbst im demokratischen Verfassungsstaat legitimiert sich das Verfassungsgericht nicht allein durch eine Kette von Volk zu Richterin, sondern „in erster Linie durch seine Stellung als legal errichtete und sachgerecht handelnde Instanz“<sup>584</sup>. *Everling* verweist zu Recht auf *Max Weber*, der für die Legitimation „den rationalen, traditionellen und charismatischen Charakter einer Institution als maßgebend“<sup>585</sup> erachtet.<sup>586</sup> Dem folgend darf man die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität des Europäischen Gerichtshofs als Legitimationsgrund gegenüber den Mitgliedstaaten ansehen; nicht zuletzt werden seine Entscheidungen auch weitgehend akzeptiert.<sup>587</sup>

Natürlich kann man die Sachgerechtigkeit der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofs bestreiten; ob der Europäische Gerichtshof tatsächlich „Motor der Integration“ ist und sein sollte, bleibt weiterhin umstritten.<sup>588</sup> Die Ausrichtung der EU auf eine fortschreitende Integration (Präambel, Art. 1 EUV und Art. 1 EUV a.F.) spricht aber dafür, dass auch der Gerichtshof eine integrative Rolle übernimmt (dazu gleich mehr). Im Übrigen sind die Kompetenzen des Gerichtshofs trotz zahlreicher Gelegenheiten nie von den Mitgliedstaaten beschnitten worden. Sofern also nicht schon von Anfang an die notwendige Legitimation für die Rechtsfortbildung bestand, kann man die Entwicklung des Primärrechts als nachträgliche Legitimierung ansehen.

Dem Demokratiedefizit lässt sich im Übrigen auch mit der Stärkung des Rechts (bzw. der „rule of law“) begegnen, was wiederum das Gericht zur Rechtsfortbildung

---

<sup>584</sup> *Everling*, JZ 55 (2000) 217–227, 221 f.

<sup>585</sup> *Ders.*, JZ 55 (2000) 217–227, 221.

<sup>586</sup> *Weber*, Grundriss der Sozialökonomik, 1922, S. 124.

<sup>587</sup> *Everling*, JZ 55 (2000) 217–227, 221.

<sup>588</sup> Dazu *Höpner*, BJS 21 (2011) 203–229; *Kokott*, ZaöRV 69 (2009) 275–288, die die (neue) Rolle des Europäischen Gerichtshofs als „pouvoir neutre“ beschreibt.



legitimiert: Der Europäische Gerichtshof hat in seiner wegweisenden Entscheidung *Van Gend en Loos* die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft (Gemeinschaft als „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“<sup>589</sup>) bezeichnet und damit dem politischen Prozess einen rechtlichen gegenübergestellt. Aus dem Topos der Rechtsgemeinschaft hat er später wiederum inhaltliche Regelungen gezogen. Vor allem die Menschenrechte und der effektive Rechtsschutz haben diesen rechtlichen Prozess gestärkt. Letztlich hat die dynamische Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof einen Stillstand wegen langwieriger Vertragsänderungen verhindert und zugleich das EU-Recht gestärkt.<sup>590</sup>

## 2. Dynamische Disposition des europäischen Verfassungsrechts

Der Begriff der dynamischen Auslegung wird nicht einheitlich verstanden. Insbesondere ist die damit beschriebene Intensität der Rechtsfortbildung nicht immer eindeutig. Sofern mit dem Begriff ein normatives Verständnis, das heißt ein methodologischer Auftrag zur Fortentwicklung des Rechts *qua* Auslegung, verbunden wird, müsste dies – zum Beispiel materiell-rechtlich – begründet werden können.

### a) Varianten der dynamischen Auslegung

*Bleckmann* hat bereits früh unterschiedliche Bedeutungen der dynamischen Auslegung im Rahmen des EG-Rechts herausgearbeitet. Er unterscheidet vier Varianten: eine immer dichter werdende Rechtsprechung, die zur Präzisierung der Rechtssätze und Formulierung von Rechtsinstituten hin zu einer eigenständigen Rechtsordnung führt; die am Integrationsziel ausgerichtete teleologische Auslegungsmethode, die eine statische völkerrechtliche Auslegung überwindet; die Anpassung des Rechts an außerrechtliche Verhältnisse der Wirtschaft und Gesellschaft; und die interpretative Ausdehnung der Anwendung des Unionsrechts auf Sachverhalte, die zuvor durch das nationale Recht geregelt wurden.<sup>591</sup>

Die erste Variante der dynamischen Auslegung beschreibt im Wesentlichen das Phänomen der schlichten Rechtsentwicklung vor allem durch vertikale Rechtsintegration (in die Tiefe der Rechtsordnung). Die zweite, dritte und vierte Variante sind demgegenüber die besonderen Komponenten der unionsrechtlichen Dynamik: Durch eine

<sup>589</sup> EuGH, Urt. v. 5.02.1963, *Van Gend en Loos* ./ Administratie der Belastingen, 26/62, Slg. 1963, 7, 25; später dann nur noch „eigene Rechtsordnung“: EuGH, Urt. v. 15.07.1964, *Costa* ./ ENEL, 6/64, Slg. 1964, 1259, 1269.

<sup>590</sup> *Roth*, *RebelsZ* 75 (2011) 787–844, 831.

<sup>591</sup> *Bleckmann*, *NJW* 35 (1982) 1177–1182, 1180 f.; für eine Analyse des Begriffs „evolutive interpretation“ siehe *Djefal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 18 ff.

explizit teleologische, d. h. am Integrationsziel ausgerichtete Auslegung im Kontext wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen wird das EU-Recht über den ursprünglichen Anwendungsrahmen (insbesondere in der Breite) in ehemals unge-regelte oder durch andere Rechtsordnungen geregelte Bereiche ausgedehnt.

Es ist zu begründen, warum diese Form der Dynamik, die über die üblicherweise zu beobachtende Rechtsentwicklung hinausgeht, im Falle der EU zulässig sein soll. Bei der EU ist es vor allem verfassungsrechtlich (nicht: verfassungstheoretisch) möglich, eine solche dynamisch-integrative Auslegungsmethode zu begründen.

## **b) EU-rechtliche Grundlage der Dynamik**

Losgelöst von der Rolle des Europäischen Gerichtshofs stellt sich die Frage, ob sich das Unionsverfassungsrecht zur dynamischen Methode bekennt und eine historische Auslegung ablehnt.<sup>592</sup> Dass die Gründungsdokumente zum größten Teil nicht veröf-fentlicht wurden, ist allein ein praktischer Grund gegen die historisch-subjektive Auslegung. Für ein Bekenntnis zur evolutiven Methode reicht dieser Fakt nicht aus.

Eine Bestätigung der dynamischen Auslegung und unter Umständen auch eine Auf-forderung zur Fortführung derselben könnte man aber daraus ableiten, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht durch spätere Verträge infrage gestellt wurde. Der vom Europäischen Gerichtshof eingeschlagene Integrationspfad wurde nie grundsätzlich revidiert.

Allerdings spricht der erhöhte Systematisierungsgrad der europäischen Rechtsord-nung durch deren Vertiefung und Verbreiterung gegen eine dynamische Auslegung: Je weniger Lücken zu füllen sind, desto eher kann auf Rechtsfortbildung verzichtet werden. Das Bekenntnis zur dynamischen Auslegung muss also im materiellen Recht enthalten sein.

Tatsächlich sind die Verträge der EG und EU seit jeher im Geist der vertikalen und horizontalen Integration geschlossen worden. Dieser Integrationsgedanke ist Grund-lage der dynamischen Auslegung der Verträge.<sup>593</sup> Schon die Präambel des EUV ent-hält den Auftrag zur fortwährenden Integration:<sup>594</sup>

---

<sup>592</sup> Bejahend z. B. *Satō*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, S. 248.

<sup>593</sup> Siehe nur *Streinz*, in: *Streinz*, 2. Aufl. 2012, Präambel AEUV, Rn. 2 m. w. N.

<sup>594</sup> *Terhechte*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje*, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 6.

„[E]ntschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas [...] weiterzuführen.“

Neben die Präambel des EUV tritt die des AEUV, beide ergänzen sich wechselseitig.<sup>595</sup> Die Präambel des AEUV legt in ihren Erwägungsgründen über den Integrationsgedanken hinaus die materiellen Integrationsziele fest, welche nochmals im Art. 3 EUV aufgegriffen werden. Neben dem rechtlichen Gehalt<sup>596</sup> folgt daraus, dass die Integration nicht nur eine Idee ist, sondern normativ verstanden werden muss. Das ist mehr als nur ein „einheitlicher Ausdruck der grundlegenden Leitgedanken der europäischen Integration“<sup>597</sup>. Die Integration ist Vektor des europäischen Verfassungsrechts.<sup>598</sup>

Dieser Integrationsvektor wird durch die Entwicklung des EU-Verfassungsrechts bestätigt: Das Primärrecht entwickelte sich kaskadenhaft: Jeder neue Vertrag war Abbildung des bisherigen Integrationsniveaus und zugleich Plattform für die weitere Entwicklung. Die Verträge sehen sich selbst als neue Stufe der Entwicklung zu einer immer engeren Union.<sup>599</sup> Diese Entwicklung ist ein klares Bekenntnis zur dynamischen und scheinbar eine Absage an die historisch-subjektive Auslegung. Für eine jedenfalls teilweise historisch-subjektive Auslegung sprechen aber wiederum die

<sup>595</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 2.

<sup>596</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel AEUV, Rn. 3.

<sup>597</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 2.

<sup>598</sup> Besonders deutlich *Reimer*, EuR 38 (2003) 992–1012, 994 ff. m. w. N.; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Präambel AEUV, Rn. 6, nennt sie „Geschäftsgrundlage“, was insofern irreführend ist, als er damit in der Vertraglichkeit des Primärrechts verhaftet bleibt; *Terhechte* vertritt dennoch eine besonders dynamische Position, vgl. *ders.*, EuR 52 (2017) 3–30.

<sup>599</sup> Positiv-rechtliche Nachweise eines Integrationsauftrags: „Die Gemeinschaft hat in fortschreitender Entwicklung [...]“ (Art. 2 Abs. 2 EGKS 1951); „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen“ (Präambel EWG 1957; EUV 1992; EGV 1992, 1997, AEUV); „das von den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften ausgehende Werk weiterzuführen“ (Präambel EEA 1986); „Die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Politische Zusammenarbeit verfolgen das Ziel, gemeinsam zu konkreten Fortschritten auf dem Wege zur Europäischen Union beizutragen“ (Art. 1 Abs. 1 EEA 1986); „den Prozeß der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europa“, „feste Grundlagen für die Gestalt des zukünftigen Europas zu schaffen“; „weitere Schritte, die getan werden müssen, um die europäische Integration voranzutreiben“ (Präambel EUV 1992, 1997, 2001 und 2007); Positiv-rechtliche Nachweise für Bekräftigungen des Status: „den mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eingeleiteten Prozeß der europäischen Integration auf eine neue Stufe zu heben“ (Präambel des EUV 1992, 1997, 2001 und 2007); „Dieser Vertrag stellt eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar“ (Art. 1 Abs. 2 EUV 1992, Art. 1 Abs. 2 EUV 1997, 2001 und 2007).

Präambeln, die letztlich eine ambivalente Rolle bei der Grundlegung der dynamischen Methode spielen.

### c) **Ambivalenz der Präambeln**

Die vorstehende Begründung ist nicht ohne Widersprüche: Stützt man sich auf die Präambeln als Rechtfertigung für eine dynamische, vom ursprünglichen Willen losgelöste Auslegung, argumentiert man mit dem Willen der Verfassungsgründer (bzw. Repräsentanten der Staaten), dass der Wille der Verfassungsgründer keine Rolle spielen soll. Das ist aber nicht eindeutig: Die Präambeln sind, wenn man sie zum Beispiel mit Resolutionen der UN vergleicht, „in der Formensprache völkerrechtlicher Konferenzdiplomatie“<sup>600</sup> abgefasst. Eine solche Formensprache könnte nun nahelegen, dass die Staaten und deren Willensentscheidung gerade maßgeblich für das Verständnis des Vertragstextes sind.

Der Widerspruch entschärft sich zwar, wenn man in den ersten Vertragsschlüssen einen konstitutionellen Moment sieht: In diesem Moment haben die Verfassungsgeber die Verfassung als eigenes Geschöpf erschaffen,<sup>601</sup> die Vertragsnovellen sind dann Affirmationen dieses Moments. Dennoch bleibt es dabei, dass man sich eines subjektiv-historischen Arguments bedient, um eine objektive Sichtweise zu begründen.<sup>602</sup>

Letztlich beinhalten die Präambeln ein Bekenntnis zu beiden Perspektiven. Sie nehmen eine „Brückenfunktion in der Zeit“<sup>603</sup> ein, sie haben zwar etwas „merkwürdig Anachronistisches“<sup>604</sup>, werden dadurch aber zum wichtigen „Erfahrungsspeicher“<sup>605</sup> der Entwicklung des Unionsrechts.<sup>606</sup> Im Falle der EU positivieren sie die historische Entwicklung; eine Auslegung anhand der Präambel ist damit auch eine verschleierte historische Auslegung.<sup>607</sup> Die Präambeln geben somit Hinweise sowohl auf die Geschichtlichkeit als auch die Zukünftigkeit der Verfassung. Sie zeigen am deutlichsten

---

<sup>600</sup> *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Präambel EUV, Rn. 11.

<sup>601</sup> Anderer Ansicht *ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Präambel EUV, Rn. 11.

<sup>602</sup> *Terhechte* weist daher zurecht auf die doppelte Bedeutung (historische und teleologische) der Präambel bei der Auslegung hin, *ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Präambel EUV, Rn. 13.

<sup>603</sup> *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, S. 516.

<sup>604</sup> *Terhechte*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 14.

<sup>605</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 14.

<sup>606</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 14 (Zitate a. a. O.).

<sup>607</sup> *Ders.*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Präambel EUV, Rn. 13 m. w. N.

den historischen Horizont der EU-Verfassung auf und verdeutlichen zugleich deren Entwicklung – beides darf bei der Auslegung nicht außer Acht gelassen werden.

### 3. Integrationsauftrag als Grund der Dynamik

Trotz ihrer Ambivalenz enthalten die Präambeln einen Integrationsauftrag.<sup>608</sup> Dieser Integrationsauftrag ist materiell-rechtlicher Grund für die Dynamik der Auslegung. Das EU-Verfassungsrecht enthält einen zweistufigen Integrationsauftrag: Zunächst folgt aus der Finalität der EU ein formeller Integrationsauftrag zur Weiterentwicklung der Union und deren Verfassung. Dieser Auftrag richtet sich an die Organe der EU, die Mitgliedstaaten und schließlich auch an das Verfassungssubstrat selbst. Zudem enthält das EU-Recht einen materiellen Integrationsauftrag: Das im Primärrecht enthaltene normative Programm soll umgesetzt werden.

## IV. Induktive Rechtsvergleichung

Neben der Dynamisierung sieht das Schrifttum eine weitere Besonderheit der EU-Verfassungsauslegung im Verfahren zur Gewinnung der unionsrechtlichen Grundrechte, die unter anderem aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten extrahiert werden (nunmehr in Art. 6 Abs. 3 EUV).<sup>609</sup>

Bevor das Gemeinschaftsrecht geschriebene Grundrechte kannte, entwickelte der Europäische Gerichtshof diese im Einzelfall.<sup>610</sup> Er griff dabei auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zurück.<sup>611</sup> Dieser prätorische Grundrechtsschutz besteht auch heute noch, er hat sich in der „Entwicklungsklausel“<sup>612</sup> des Art. 6 Abs. 3 EUV fortgesetzt.<sup>613</sup> Darin wird ausdrücklich auf die Grundrechte verwiesen, „wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

---

<sup>608</sup> Siehe hierzu auch Kap. 3, Fn. 599.

<sup>609</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 59 ff.

<sup>610</sup> *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. September 2013, Art. 6 EUV, Rn. 50.

<sup>611</sup> Undeutlich noch EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Stauder, 29/69, Slg. 1969, 419, Rn. 7: „Allgemeine Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung“; kurze Zeit später dann aber ausdrücklich EuGH, Urt. v. 14.05.1974, 4/73, Nold, Slg. 1974, 491, Rn. 13: „Der Gerichtshof hat bereits entschieden, daß die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die er zu wahren hat, und daß er bei der Gewährleistung dieser Rechte, von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen hat.“

<sup>612</sup> *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. September 2013, Art. 6 EUV, Rn. 52.

<sup>613</sup> *Ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. September 2013, Art. 6 EUV, Rn. 52; *Beutler*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 6 EUV, 23.

der Mitgliedstaaten ergeben.“ Darüber hinaus kennt das Unionsrecht mit Art. 340 AEUV einen weiteren Verweis auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“

Beide Normen verweisen aber nicht nur auf eine Rechtsquelle, das heißt auf Normen, die durch Rechtsvergleichung der mitgliedstaatlichen Ordnungen gefunden werden können.<sup>614</sup> Vielmehr eröffnen sie auch die Möglichkeit, wertend auf allgemeine Grundsätze der Mitgliedstaaten zurückzugreifen. Sie verstärken also den schöpferischen Spielraum: Der Europäische Gerichtshof beschränkt sich entsprechend nicht auf die Extraktion eines Querschnitts der nationalen Regeln, sondern sucht den mitgliedstaatlichen Rechtsgrundsatz, der die evolutivste Auslegung ermöglicht.<sup>615</sup> Die Verweise sind zudem insoweit methodologisch bedeutend, als sie die Grundlage für Fälle bilden, in denen das Unionsrecht anhand eines nationalen Rechtsvergleichs ausgelegt wird.<sup>616</sup> Insofern wird die hierarchisch höhere Rechtsebene anhand von niederrangigerem Recht ausgelegt – eine Idee, die auch im deutschen Verfassungsrecht Niederschlag gefunden hat.<sup>617</sup>

Insgesamt ist die Rechtsvergleichung somit eine wichtige Methode des Unionsrechts. Sie ist wegen der Verflechtungen im europäischen Verfassungsverbund essenziell (*sine qua non*<sup>618</sup>) für die Herstellung von Rechtseinheit.<sup>619</sup>

## V. Schlussbeobachtung zur dynamisch-integrativen Auslegung

*Roth* untersucht die europäische Methodenlehre aus der Sicht des europäischen Verfassungsrechts.<sup>620</sup> Unter Rückgriff auf die *CILFIT*-Entscheidung des Europäischen

<sup>614</sup> Vgl. *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 59.

<sup>615</sup> *Augsberg*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 340 AEUV, Rn. 14; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009) 1–36, 18.

<sup>616</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 60 f. mit Verweis auf EuGH, Ur. v. 18.05.1982, AM & S. / J. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 155/79, Slg. 1982, 1575, Rn. 18 ff.

<sup>617</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.e).

<sup>618</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 59.

<sup>619</sup> *Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Januar 2015, Art. 340 AEUV, Rn. 32; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Juli 2010, Art. 19 EUV, Rn. 59 m. w. N.; zu der Idee der konstitutionellen Verflechtungen im europäischen Verfassungsverbund siehe *Pernice*, ZaöRV 70 (2010) 51–71, 52, 71.

<sup>620</sup> Der Titel lautet schon „Europäische Verfassung und europäische Methodenlehre“, *Roth*, RabelsZ

Gerichtshofs erkennt er als spezifische Probleme die Vielsprachigkeit, die eigenständige, autonome Begrifflichkeit, die Ziele und den Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts.<sup>621</sup> Danach nennt er eine Reihe von Besonderheiten der Auslegung, die er vor allem aus der Eigenschaft der Union als Rechtsgemeinschaft ableitet.<sup>622</sup>

Abstrahiert man die Ausführungen, kann man in Ansehung der spezifischen Probleme drei Auslegungsdirektiven erkennen: die Herstellung der Einheit der EU-Rechtsordnung, die Verwirklichung der materiellen Ziele und das Sicherstellen der Wirksamkeit des EU-Rechts. Alle drei Punkte sind letztlich Facetten der inneren und äußeren Integration des EU-Rechts, die eine dynamische Auslegung erfordert.

Dieser integrative Ansatz lässt sich mit dem Integrationsauftrag begründen. Die evolutive Methode lässt sich daher weitaus deutlicher im EU-Verfassungsrecht begründen als etwa im deutschen oder US-amerikanischen Verfassungsrecht. Eine grundlegend dynamische Prädisposition der Völkerverfassungsauslegung wäre insofern auch nur gerechtfertigt, wenn die UN-Charta einen vergleichbaren Integrationsauftrag enthielte.

## D. Fazit

In den untersuchten Verfassungsordnungen geht der Mainstream jeweils davon aus, dass die für das einfache Gesetzesrecht entwickelten Methoden zunächst auch auf das Verfassungsrecht angewendet werden können. Es hat sich aber gezeigt, dass die beim einfachen Recht bereits festgestellten (erkenntnis-)theoretischen Schwächen, die aus der Vorstellung eines geschlossenen Rechtssystems folgen, sich im Verfassungsrecht verstärken. Klassische juristische Methoden, die sich in reinen Deduktionsschlüssen erschöpfen, sind nicht brauchbar für das Verfassungsrecht. Daher wird auch durchgehend angenommen, dass die Verfassung schließlich anders als einfaches Gesetzesrecht auszulegen ist – insbesondere unter Zuhilfenahme zusätzlicher Interpretationsmechanismen. Die verfassungsrechtliche Auslegung muss mehr noch als die Auslegung von bloßem Gesetzesrecht mit intellektuellen Spannungen und Widersprüchen umgehen können.

Überwiegend wird daher angenommen, dass das Verfassungsrecht in Abgrenzung zum Gesetzesrecht evolutiv ausgelegt werden müsse. Teile der amerikanischen

---

75 (2011) 787–844.

<sup>621</sup> *Ders.*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 802.

<sup>622</sup> *Ders.*, *RabelsZ* 75 (2011) 787–844, 803 ff.

Verfassungsrechtswissenschaft weisen diese Vorstellung zwar vehement zurück. Sie setzen sich für eine historisch gebundene Auslegung ein. Ihr Vorschlag überzeugt hingegen aber schon praktisch nicht. Dennoch bleibt auch die gegenteilige Vorstellung einer grundsätzlich dynamischen Auslegung nicht ohne Widersprüche. Das oftmals angeführte Argument, dass Verfassungen weniger einfach oder seltener angepasst werden können und daher evolutiv auszulegen seien, verfängt nicht. Schließlich soll die Verfassung gerade dadurch langfristig Struktur geben. Verfassungen sollen nicht in einfacher Weise abgeändert werden können, um zu gewährleisten, dass ihr Gehalt bleibenden Einfluss auf die Gesellschaft hat. Es wäre widersinnig, wenn dieser Gehalt zwar nicht auf formellem, aber auf informellem Weg *qua* Auslegung verändert werden könnte.

Verfassungen sind also weder nur dynamisch noch nur statisch auszulegen. Entsprechend kennt die amerikanische Verfassungsauslegung Zeiten unterschiedlicher Dynamik. Dem rechtsgestalterischen Warren-Court folgte ein historischer Formalismus. Und auch für das Unionsrecht ist festgestellt worden, dass die Rechtsfortbildung durch Auslegung in Wellenbewegungen erfolgte.<sup>623</sup> Es ist daher Aufgabe einer Auslegungslehre, nachvollziehbar zu machen, wo in der Welle man sich gerade befindet und warum.

Letztlich sind Verfassungen zwar zukunfts offen, aber nicht zukunftsbeliebig. Verfassungen sind in ganz eigener Weise historisch und aus dieser Geschichtlichkeit heraus zukunfts gestaltend. Dies zeigt sich besonders in ihren Präambeln, die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft in eigentümlicher Weise verklammern. Die Aufgabe der Verfassungsauslegung ist es, diese Verklammerung für den konkreten Fall angemessen herauszuarbeiten. Dabei können materiell-rechtliche Vorgaben die Auslegung dynamisch prädisponieren, der Verfassungscharakter allein reicht hierfür aber nicht aus. Im EU-Recht lässt sich diese materiell-rechtliche Prädisposition besonders deutlich nachweisen.

---

<sup>623</sup>

Für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs *Everling*, JZ 55 (2000) 217–227, 224.



## Kapitel 4 – Konstitutionelle Interpretation nach der WVRK

Im folgenden Kapitel wird untersucht, inwieweit im Völkerrecht bereits Ansätze für eine Auslegung von Völkerverfassungsrecht entwickelt wurden.

Zunächst fällt auf, dass im Völkerrecht das Thema der Auslegung als solches meist nicht umfassend diskutiert, sondern auf die Auslegung völkerrechtlicher Verträge verengt wird; die Auslegung von Völkergewohnheitsrecht zum Beispiel ist kaum Gegenstand der Methodendiskussion.<sup>624</sup> Eine Methodenlehre, die alle Völkerrechtsquellen umfasst, ist daher nicht entstanden. Erst in jüngerer Zeit hat die Völkerrechtswissenschaft Versuche unternommen, die völkerrechtliche Auslegung systematisch zu untersuchen.<sup>625</sup> In diesen Untersuchungen spielt die Auslegung von Völkerverfassungsrecht aber keine Rolle.

Die Frage nach der richtigen Auslegung völkerrechtlicher Verträge hat hingegen eine lange Tradition; schon *Grotius*, *Pufendorf* und *Vattel* äußerten sich dazu.<sup>626</sup> Früh standen sich zwei Denkschulen gegenüber: eine objektive, am Text orientierte und eine subjektive, am Willen der Staaten orientierte Denkschule. Beide konträre Denkschulen beeinflussten auch die Entwicklung der Wiener Vertragsrechtskonvention gegenüber.<sup>627</sup> Die Auseinandersetzung um die richtige Auslegung erlebte ihren

<sup>624</sup> Unter anderem aber bei IGH, Entsch. v. 27.06.1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep. 1986, 14, 95; IGH, Entsch. v. 20.02.1969, *North Sea Continental Shelf*, ICJ Rep. 1969, 3, 181; *Bleckmann*, ZaöRV 37 (1977) 504–529; *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 496 ff.; *Kolb*, *Interprétation et création du droit international*, 2006, S. 219 ff.

<sup>625</sup> Vor allem *Kolb*, *Interprétation et création du droit international*, 2006; *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008; *Fernández de Casadevante Romani, Carlos*, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, 2007; siehe auch *Bianchi/Peat/Windsor* (Hrsg.), *Interpretation in International Law*, 2015.

<sup>626</sup> Vgl. nur *Lauterpacht*, BYIL 26 (1949) 48–85, 40 ff. m. w. N.

<sup>627</sup> Für eine subjektive Auslegung stand v. a. *Lauterpacht*: *ders.*, BYIL 26 (1949) 48–85, 69; *ders.*, *The Development of International Law by the International Court*, 2010, S. 27, 227; für eine objektive Auslegung stand v. a. *Fritzmaurice*: *Fritzmaurice*, BYIL 28 (1951) 1–28, 9 f.; wobei *Waldock* später drei Richtungen ausgemacht hat: „textual“, „subjective“ und „teleological“, *Waldock*, YILC 1964-II 5–65, 54.

Höhepunkt Mitte des letzten Jahrhunderts und mündete schließlich in die Auslegungsvorschriften in Art. 31 bis 33 der WVRK, die entsprechend offen formuliert sind.<sup>628</sup>

Seither sind diese Vorschriften zum Kern der Auslegung im Völkerrecht geworden. Dementsprechend widmet sich Abschnitt A dem Auslegungssystem der Wiener Vertragsrechtskonvention. Dabei wird sich zeigen, dass deren Auslegungsregeln zwar auf alle völkerrechtlichen Verträge Anwendung finden, sie aber bei speziellen Vertragsarten modifiziert werden. Dies gilt insbesondere für die Auslegung von Gründungsverträgen internationaler Organisationen.

In die Wiener Vertragsrechtskonvention wurde schließlich auch das in Abschnitt B dargestellte Phänomen der „konstitutionellen Interpretation“ integriert, das von Teilen der Völkerrechtswissenschaft, allen voran bei der Auslegung der UN-Charta, entwickelt wurde. Kern dieser Ansicht ist, dass die Auslegung anhand der Art. 31 ff. WVRK besonders dynamisch erfolgen solle.<sup>629</sup>

## A. Auslegung nach der WVRK

Die Wiener Vertragsrechtskonvention enthält weithin anerkannte Auslegungsmethoden.<sup>630</sup> Sie bilden das Zentrum der völkerrechtlichen Methodendiskussion.

---

<sup>628</sup> Für einen Überblick zur Geschichte der Auseinandersetzung mit völkerrechtlichen Auslegungsregeln siehe *Gardiner, Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 57 ff.

<sup>629</sup> Vgl. z. B. *de Wet, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, S. 100 ff. Darüber hinaus sind gewohnheitsrechtlich auch insbesondere „rechtslogische“ Regeln anerkannt. Rechtslogisch im weiteren Sinne sind insbesondere folgende Regeln: *expressio unius est exclusio alterius*, *a minore ad minus*, *a minore ad maius*, *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori* (dazu ausführlich *Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 647 f.). Nicht mehr angewendet wird hingegen die Regel des *dubio mitius*, weil sie der Auslegung anhand des Ziels und Zwecks bzw. dem Effektivitätsprinzip widerspricht, *dies.*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 648; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 34 ff.; *Herdegen*, in: *MPEPIL*, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 28 ff.; so früh auch schon *Lauterpacht*, BYIL 26 (1949) 48–85. Unklar ist der Status des *Contra- Proferentem*-Prinzips. Hier spricht nicht die WVRK gegen die Anwendung – es könnte Teil des *Bona-Fides*-Grundsatzes sein –, sondern möglicherweise die fehlende Anerkennung als Gewohnheitsrecht; vgl. dazu *Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 648; a. A. *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 37.

## I. Anwendungsbereich

Die Wiener Vertragsrechtskonvention gilt für 116 Staaten (Stand Juli 2019).<sup>631</sup> Darüber hinaus wird sie in weiten Teilen als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht angesehen.<sup>632</sup> Das soll auch für die Auslegungsregeln der Art. 31 bis 33 WVRK gelten. Die Konvention wird auf alle völkerrechtlichen Verträge zwischen Staaten angewendet. Nach Art. 1 und 5 WVRK gilt dies unabhängig davon, ob es sich um Gründungsinstrumente internationaler Organisationen, multilaterale Verträge oder „law-making treaties“ handelt.<sup>633</sup> Die Auslegungsregeln gelten gewohnheitsrechtlich auch dann, wenn die Verträge unter Beteiligung einer internationalen Organisation erarbeitet beziehungsweise verabschiedet wurden.<sup>634</sup>

## II. Überblick über das Auslegungssystem

Zentralnorm der Auslegungsregeln ist Art. 31 (1) WVRK.<sup>635</sup> Danach ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit seiner gewöhnlichen Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen; die gewöhnliche Bedeutung ergibt sich aus den vertraglichen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zueinander. Art. 31 (1) WVRK enthält neben der Auslegung nach Treu und Glauben die Auslegung anhand des Wortlauts, die systematisch-kontextuelle und die teleologische Methode.<sup>636</sup> Art. 31 (2) und (3) WVRK gestalten wiederum die systematisch-kontextuelle

---

<sup>631</sup> UN Sekretariat, Bereich Rechtsangelegenheiten (Office of Legal Affairs), United Nations Treaty Collection, abrufbar unter:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSDG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>  
(zuletzt abgerufen am 07.07.2019).

<sup>632</sup> Statt vieler siehe nur *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 123; *Villiger*, in: *Villiger*, 2009, Art. 31 WVRK, Rn. 39; für einen Überblick zur Anerkennung durch die Rechtspraxis mit zahlreichen Nachweisen siehe *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 13 ff.; IGH, *Entsch. v. 21.06.1971, Namibia*, ICJ Rep. 1971, 16, 47, IGH, *Entsch. v. 02.02.1973, Fisheries Jurisdiction*, ICJ Rep. 1973, 3, 18.

<sup>633</sup> So etwa *Orakhelashvili*, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 313; differenzierend, aber im Ergebnis übereinstimmend *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 33: „The Convention’s rules of interpretation are not exclusive in a way that they prevent the interpreter from applying other principles compatible with the general rule laid down in Art. 31.“; *Sorel*, in: *Corten/Klein*, 2011, Art. 31 WVRK (1986), Rn. 6.

<sup>634</sup> *Sorel*, in: *Corten/Klein*, 2011, Art. 31 WVRK (1986), Rn. 6.

<sup>635</sup> Differenzierend *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 162 f., 222.

<sup>636</sup> *Boré-Eveno/Sorel*, in: *Corten/Klein*, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 29; *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 162, 167 ff.

und die teleologische Auslegung aus, indem sie das Auslegungsmaterial präzisieren, das dabei zu beachten ist.<sup>637</sup> Das sind einerseits die Materialien des Vertragsschlusses und andererseits das Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsschluss. Die Auslegungsregeln stehen in keinem hierarchischen Verhältnis zueinander – mit Ausnahme des Bona-Fide-Prinzips, das an erster Stelle steht.<sup>638</sup>

## 1. Auslegung nach Treu und Glauben

Das Bona-Fide-Prinzip – die Auslegung nach Treu und Glauben – nimmt eine besondere Stellung ein, was sich schon darin zeigt, dass es im Gegensatz zu den anderen Auslegungsregeln auch an anderer Stelle der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 26 WVRK) erwähnt wird. Der Grundsatz etabliert mithin ein Prinzip, das alle anderen Regeln umspannt.<sup>639</sup>

Umstritten ist allerdings, inwieweit der Grundsatz inhaltliche Vorgaben macht.<sup>640</sup> Es wird überwiegend angenommen, dass er Ideen enthält wie den Vertrauensschutz, das Verbot der Annahme unfairer Vorteile, die Regel des *venire contra factum proprium*, das Effektivitätsprinzip und das Prinzip, dass Vertragsnormen normative Geltung entfalten wollen.<sup>641</sup>

## 2. Systematisch-kontextuelle Wortlautauslegung

Trotz der Betonung von zusätzlichen Auslegungsmaterialien (Art. 31 (2) und (3) WVRK) soll der Wortlaut Ausgangspunkt der Auslegung sein.<sup>642</sup> Dies mag man durch Art. 31 (4) WVRK bestätigt sehen, wonach von der allgemeinen Bedeutung einer Norm nur abgewichen werden kann, wenn die Parteien dies beabsichtigt hatten. Auffällig bleibt aber, dass die grammatikalische Auslegung jedenfalls nach dem Wortlaut des Art. 31 (1) WVRK an die systematisch-kontextuelle gebunden ist

<sup>637</sup> *Boré-Eveno/Sorel*, in: Corten/Klein, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 38 ff.

<sup>638</sup> Für einen Vorrang ist *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 640.

<sup>639</sup> *Dies.*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 640; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 60.

<sup>640</sup> Kritisch etwa *Villiger*, in: *Villinger*, 2009, Art. 31 WVRK, Rn. 6 ff. m. w. N.

<sup>641</sup> *Boré-Eveno/Sorel*, in: Corten/Klein, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 29; *Villiger*, in: *Villinger*, 2009, Art. 31 WVRK, Rn. 6 ff.

<sup>642</sup> *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 640 m. w. N.; *Boré-Eveno/Sorel*, in: Corten/Klein, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 50; *Le Bouthillier*, in: Corten/Klein, 2011, Art. 32 WVRK, Rn. 3; IGH, *Territorial Dispute*, ICJ Rep. 994, 4, Rn. 41; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 38; für eine differenzierte Analyse siehe *Djeffal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, 147 ff. m. w. N.

und diese wiederum besonders detailliert geregelt ist.<sup>643</sup> Letztlich ist also schon bei der Wortlautauslegung „nicht am einzelnen Wort zu hängen, sondern der Text ist als Ganzes zu lesen, als Ausdruck eines Sinnzusammenhangs zu verstehen und jede Bestimmung so aufzufassen, wie sie ein vernünftiger Beurteiler in ihrem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen auffassen würde.“<sup>644</sup>

Der kontextuelle Zusammenhang wird angesichts des Art. 31 (3) c) WVRK zum Teil sehr weit verstanden: *Köck* meint, dass eine Vertragsregel im Lichte des gesamten Völkerrechts auszulegen sei, da eine vertragliche Regelung nicht in einem rechtsfreien Raum bestehe, sondern Teil einer „größeren, zwischen den Mitgliedern der internationalen Gemeinschaft wirksamen Rechtsordnung“<sup>645</sup> sei.<sup>646</sup> Auch der IGH hat ein weites Verständnis der kontextuellen Methode zugrunde gelegt, als er eine Regelung des Friendship Treaty zwischen den USA und dem Iran im Lichte der „relevant rules of international law on the use of force“<sup>647</sup> ausgelegt hat.<sup>648</sup> In ähnlicher Weise legt der Dispute Settlement Body die Normen des WTO-Rechts im Lichte der internationalen Rechtsordnung aus.<sup>649</sup>

### 3. Auslegung nach Ziel und Zweck

Die Auslegung anhand von Ziel und Zweck öffnet das Korsett der textuellen und kontextuellen Auslegung.<sup>650</sup> In ihr äußert sich nicht nur die teleologische, sondern auch die funktionalistische Sichtweise auf die Vertragsinstrumente.<sup>651</sup> Dabei gewinnen vor allem solche Organe an Bedeutung, die durch den Vertrag mit der Ausgestaltung

<sup>643</sup> *Villiger*, in: *Villinger*, 2009, Art. 31 WVRK, Rn. 10; *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 197 ff.; weiter geht aber z. B. *van Damme*, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, 2009, S. 213: „All interpretation is contextual.“

<sup>644</sup> *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 642 m. w. N.

<sup>645</sup> *Köck*, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention*, 1976, S. 41.

<sup>646</sup> *Ders.*, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention*, 1976, S. 41.

<sup>647</sup> IGH, *Entsch. v. 06.11.2003, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Rep. 2003, 161, 182.

<sup>648</sup> IGH, *Entsch. v. 06.11.2003, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Rep. 2003, 161, 182.

<sup>649</sup> Der Dispute Settlement Body hatte am 20.05.1996 einen entsprechenden Bericht des Appellate Body angenommen; siehe Appellate Body report on „United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline“ vom 29.04.1996, (WT/DS2/AB/R), S. 17: „That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law.“ Zustimmend m. w. N. *Marceau*, *JWT* 33 (1999) 87–152, 107, *passim*.

<sup>650</sup> *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 644.

<sup>651</sup> *Villiger*, in: *Villinger*, 2009, Art. 31 WVRK, Rn. 11.

beziehungsweise Überwachung der Vertragsregeln beauftragt sind.<sup>652</sup> Der Auslegung anhand von Ziel und Zweck steht insofern auch das Effektivitätsprinzip nahe, das aber nicht grenzenlos gelten soll, sondern immer die Balance zwischen der Souveränität der Staaten und der Wirksamkeit des Vertrages suchen müsse.<sup>653</sup>

#### 4. Auslegung anhand der Travaux Préparatoires

Die Zentralnorm enthält keine Vorgaben zu einer historischen Auslegung. Diese spielt in der Wiener Vertragsrechtskonvention nach überwiegender Ansicht auch nur eine untergeordnete Rolle.<sup>654</sup> Art. 32 WVRK behandelt die Auslegung anhand der „travaux préparatoires“ als bloß ergänzendes Auslegungsmittel, das nur angewendet wird, um ein Auslegungsergebnis nach Art. 31 WVRK zu bestätigen, oder in Fällen, in denen die Auslegung nach Art. 31 WVRK zu keinem sinnvollen Ergebnis kommt. Trotz dieser Regelungen soll das Verhältnis der Wiener Vertragsrechtskonvention zur historischen Auslegung uneindeutig sein; die Bedeutung der „travaux préparatoires“ bleibt ambivalent.<sup>655</sup>

#### 5. Auslegung bei verschiedenen Sprachfassungen

Art. 33 WVRK behandelt das Problem mehrerer authentischer Sprachen mit einer teleologischen Lösung: Ausgangspunkt ist, dass alle authentischen Sprachfassungen verbindlich sind und vermutet wird, dass sie alle die gleiche Bedeutung haben. Wenn aber Unterschiede bestehen, die nicht nach Art. 31 und 32 WVRK ausgeräumt werden können, ist der Sprachfassung den Vorzug zu geben, deren Bedeutung am besten zum Ziel und Zweck des Vertrages passt.

#### 6. Begrenzte Offenheit der Auslegungsregeln

Art. 31 (1) WVRK deutet eine Neigung des Interpretationssystems in Richtung Text und Telos an.<sup>656</sup> Die Wiener Vertragsrechtskonvention legt sich aber nicht auf eine rein objektive Auslegung fest.<sup>657</sup> Die Auslegungsregeln geben Raum sowohl für eine statische als auch für eine dynamische Ausrichtung der Auslegung; die Konvention enthält einzelne Regeln, die für den jeweiligen Ansatz herangezogen werden

<sup>652</sup> Herdegen, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 15.

<sup>653</sup> Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 645.

<sup>654</sup> Siehe nur Herdegen, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, S. 140.

<sup>655</sup> Klabbers, NILR 50 (2003) 267–288, 288.

<sup>656</sup> Überzeugter *ders.*, NILR 50 (2003) 267–288, 275; *ders.*, An Introduction to International Organizations Law, 3. Aufl. 2015, S. 86 f.; Le Bouthillier, in: Corten/Klein, 2011, Art. 32 WVRK, Rn. 3.

<sup>657</sup> Boré-Eveno/Sorel, in: Corten/Klein, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 48, 51.

können.<sup>658</sup> Entsprechend wird angenommen, dass das Auslegungsziel der WVRK-Regeln uneindeutig bleibe, die Norm könne damit vornehmlich anhand des Textes, des Telos oder des Staatenwillens ausgelegt werden. Trotz oder gerade wegen der langen Vorarbeiten<sup>659</sup> zur Wiener Vertragsrechtskonvention sei ein „goal knot“<sup>660</sup> entstanden, der dem Anwender offenlasse, welches Ziel er mit der Auslegung verfolge.<sup>661</sup>

Tatsächlich besteht aber nur eine begrenzte Offenheit: Art. 32 WVRK, der den „travaux préparatoires“ ausdrücklich nur eine untergeordnete Rolle einräumt, spricht zum Beispiel gegen eine subjektive und damit statische Auslegung. Die Generalnorm in Art. 31 (1) WVRK wiederum spricht gegen eine generell evolutive Auslegung, denn die *per se* dynamischen Auslegungsregeln, wie sie Art. 31 (3) a) und b) WVRK beinhaltet, sind ausdrücklich in ergänzenden Vorschriften geregelt worden. Die überwiegende Meinung legt der Wiener Vertragsrechtskonvention daher zu Recht eine objektiv-textuelle Prädisposition zugrunde.<sup>662</sup>

### III. Modifikation der Auslegungsregeln bei Gründungsinstrumenten

Schon während der Ausarbeitung der Wiener Vertragsrechtskonvention stellte sich die Frage, ob es sinnvoll sei, einen Auslegungskanon für alle Arten völkerrechtlicher Verträge zu entwerfen.<sup>663</sup> Früh zeichnete sich ab, dass trotz des universellen Ansatzes der Konvention Teilbereiche des Völkervertragsrechts eine eigene

<sup>658</sup> Ausführlich *Djeflal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 147 ff.; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 23 ff., der meint, dass tendenziell der statische Ansatz als Grundregel verfolgt werde.

<sup>659</sup> Dazu und zur Entwicklung der Auslegung siehe *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 57 ff.; *Djeflal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 83 ff.

<sup>660</sup> *Djeflal*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 147.

<sup>661</sup> *Ders.*, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, 2016, S. 147 ff., 150 m. w. N.; ähnlich *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, 86 f.

<sup>662</sup> *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 1–60, Rn. 123; vorsichtiger *Herdegen*, in: *MPEPIL*, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 7; *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 640; *Satō*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, S. 23, der drei Denkschulen unterscheidet: „intentions of the parties approach“, „textual approach“ und „teleological approach“; a. A. *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 391, der allerdings bei rechtssetzenden Verträgen eine objektiv teleologische (bzw. extensive) Anwendung vorschlägt (a. a. O., Rn. 394 ff.)

<sup>663</sup> *Bernhardt*, *ZaöRV* 27 (1967) 491–506, S. 494.

Auslegungsmethodik entwickeln würden, die den WVRK-Kanon modifizieren bzw. akzentuieren würden.<sup>664</sup>

Insbesondere bei Verträgen, die von der klassischen Reziprozität staatlicher Pflichten abweichen, werden Modifikationen vorgenommen: bei multilateralen und univertellen Verträgen, bei Statusverträgen, neuerdings auch bei Menschenrechtsverträgen, weil sie kein Völkerrechtssubjekt, sondern das Individuum begünstigen, und schließlich bei Gründungsinstrumenten internationaler Organisationen.<sup>665</sup>

Die Akzentuierungen und Modifikationen traten besonders deutlich bei der Auslegung von Gründungsinstrumenten hervor. Schon 1950 wurde in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs auf die Besonderheiten bei der Auslegung der UN-Charta hingewiesen:

„In this connexion one must bear in mind that in the interpretation of a great international constitutional instrument, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice.“<sup>666</sup>

Für die Auslegung solcher Verträge sollten also nicht die Willenserklärungen der Staaten bei Vertragsschluss relevant sein, sondern die Interpretation sollte anhand objektiver Methoden erfolgen:

„It may be agreed that there are dangers in dealing with multipartite treaties as ‚international legislation‘, but if municipal law precedents are

<sup>664</sup> *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 648 ff.; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 29 ff.; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 28.

<sup>665</sup> Zur Abgrenzung dieser Verträge siehe *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 520 ff.

Bei Gründungsinstrumenten z. B. *Rosenne*, *Comunicazioni e Studi* 12 (1966) 21–89; *Ress*, *ZaöRV* 36 (1976) 227–279; *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218; zurückhaltender *Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 86 f., 91 f. Bei multilateralen und univertellen Verträgen z. B. *Greschek*, *Die evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT*, 2012; *Schwartzmann*, *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005.

Bei Menschenrechtsverträgen z. B. *Nowak/McArthur/Buchinger*, *The United Nations Convention against Torture*, 2008; *Peters/Altwickler*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 2012; *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2005; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK.

Bei Statusverträgen z. B. *E. Klein*, *Statusverträge im Völkerrecht*, 1980, S. 331 ff., 338 ff.

<sup>666</sup> Abweichende Meinung des Richters de Visscher, IGH, *Entsch. v. 11.07.1950*, *International Status of South-West Africa (Namibia)*, *Advisory Opinion*, ICJ Rep. 1950, 128, 189.



invoked in the interpretative process, those precedents dealing with constitutional or statutory construction are more likely to be in point than ones dealing with the interpretation of contracts.<sup>667</sup>

Ob man eine solche Ansicht als bloße Akzentuierung oder als Modifikation der Art. 31 ff. WVRK ansieht, hängt davon ab, ob man der Wiener Vertragsrechtskonvention eine bestimmte Auslegungstendenz entnimmt. Eine Modifikation liegt aber jedenfalls dann vor, wenn man die Auslegung vollständig von dem Willen der Vertragsparteien löst, denn Art. 31 (3) und vor allem (4) WVRK zeigen, dass auch nach der Wiener Vertragsrechtskonvention der (aktuelle) Wille der Staaten wichtiger Bezugspunkt der Auslegung ist.<sup>668</sup>

## 1. Notwendigkeit der Modifikation

Die Notwendigkeit der Modifikation soll sich aus der besonderen Rechtsnatur der Gründungsverträge internationaler Organisationen ergeben. Deren Rechtsnatur war in der Völkerrechtswissenschaft von Anfang an umstritten. Um welche Art von Recht es sich handelt, wurde fortwährend diskutiert.<sup>669</sup>

Zunächst entwickelte sich die Ansicht, dass das Recht internationaler Organisationen ein Recht zwischen Völkerrecht und nationalem Recht sei.<sup>670</sup> Vielfach wurde angenommen, es handle sich schlicht um Recht *sui generis*.<sup>671</sup> Zweck internationaler Organisationen sei es, eine innere Ordnung zu konstruieren;<sup>672</sup> institutionelles Recht sei damit Subordinations- und nicht Koordinationsrecht.<sup>673</sup> Diese Eigenschaft passe

<sup>667</sup> Abweichende Meinung des Richters Jessup, IGH, Entsch. v. 18.07.1966, South West Africa (Liberia v. South Africa), ICJ Rep. 1966, 6, 353.

<sup>668</sup> *Boré-Eveno/Sorel*, in: Corten/Klein, 2011, Art. 31 WVRK, Rn. 48.

<sup>669</sup> Siehe nur *Rosenne*, *Comunicazioni e Studi* 12 (1966) 21–89; *Miehsler*, in: Bernhardt/ders. (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 47–83; *Bernhardt*, in: ders./Miehsler (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 7–46; *Peters*, *ZÖR* 68 (2013) 1–57.

<sup>670</sup> Dazu *Meng*, *Das Recht der internationalen Organisationen*, 1979, S. 149 ff., 152; *Bernhardt*, in: ders./Miehsler (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 7–46, 23; jeweils m. w. N.

<sup>671</sup> *Miehsler*, in: ders./Miehsler (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 47–83, 71 f.; offengelassen von *Bernhardt*, in: ders./Miehsler (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 7–46, 22.

<sup>672</sup> *Miehsler*, in: Bernhardt/ders. (Hrsg.), *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, 1973, 47–83, 71 f.; *Meng*, *Das Recht der internationalen Organisationen*, 1979, S. 153.

<sup>673</sup> *Meng*, *Das Recht der internationalen Organisationen*, 1979, S. 209.

aber nicht zum (klassischen) Völkerrecht, vielmehr war eine solche Eigenschaft bis dahin nur beim innerstaatlichen Recht bekannt; daher könne man dieses Recht nicht dem Völkerrecht zuordnen.<sup>674</sup>

Heute wird das Recht der internationalen Organisationen trotz seiner besonderen Materie zum Völkerrecht gezählt, wobei betont wird, dass das institutionelle Recht eine Sonderrolle innerhalb der Völkerrechtsordnung einnehme. Inwieweit das Recht internationaler Organisation abweichend vom übrigen Völkerrecht behandelt werden müsse, hänge dann vom jeweiligen internen Recht der Organisation selbst ab.<sup>675</sup>

Die Sonderbehandlung der Gründungsverträge fußt auf frühen Bestrebungen der Völkerrechtswissenschaft, völkerrechtliche Verträge nach Klassen einzuteilen.<sup>676</sup>

*Triepel* unterschied schon Ende des 19. Jahrhunderts zwischen „einfachen Verträge[n]“<sup>677</sup> und „rechtssetzenden Vereinbarungen“<sup>678, 679</sup>. Mit rechtssetzenden Vereinbarungen würden Staaten gemeinsames objektives Recht schaffen, das allgemein angewendet werden müsse.<sup>680</sup> Es entstehe ein Gesamtwille, der den Einzelwillen der Staaten überlegen sei und diese auch gegen ihren Willen binden könne.<sup>681</sup> Aus *Triepels* Abgrenzung wurde später die Unterscheidung von „contractual treaties“ („traité-contrat“) und „law-making treaties“ („traité-loi“) vorgenommen,<sup>682</sup> wobei

<sup>674</sup> *Miehsler*, in: Bernhardt/ders. (Hrsg.), Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen, 1973, 47–83, 72; *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, 1979, S. 153; kritisch *Klabbers*, An Introduction to International Organizations Law, 3. Aufl. 2015, S. 82 ff.; *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 14; als hybrides Recht beschreibt dies *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 10 ff.

<sup>675</sup> *E. Klein/S. Schmahl*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 38; *Sands/P. Klein*, Bowett's Law of International Institutions, 6. Aufl. 2009, Rn. 1-030; *Amerasinghe*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2. Aufl. 2005, S. 9 ff.; *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 139, machen es vom Grad der Integration abhängig.

<sup>676</sup> *Rosenne*, Comunicazioni e Studi 12 (1966) 21–89, 24 ff.; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 7; ausführlich zur Klassifizierung *Jennings/Watts* (Hrsg.), Oppenheim's International Law, 1992, S. 1203 ff. m. w. N.; ablehnend *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 537.

<sup>677</sup> *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 73.

<sup>678</sup> *Ders.*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 73.

<sup>679</sup> *Ders.*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 63; siehe dazu z. B. *Rosenne*, Comunicazioni e Studi 12 (1966) 21–89, 24 ff.; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 7.

<sup>680</sup> *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 74 ff.

<sup>681</sup> *Ders.*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 32, 49, 74 ff.

<sup>682</sup> *Rosenne*, Comunicazioni e Studi 12 (1966) 21–89, 25 f.; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 7; *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 520 f.

Gründungsverträge anfangs wie andere multilaterale Verträge zu „law-making treaties“ gezählt wurden,<sup>683</sup> später aber nochmals von diesen abgegrenzt wurden.<sup>684</sup>

Das entscheidende gemeinsame Element aber, das Gründungsinstrumente von anderen multilateralen Verträgen unterscheidet, ist, dass sie auch einen sogenannten organisch-konstitutiven Teil haben.<sup>685</sup> Mit *Klabbers* kann man die Besonderheiten des organisch-konstitutiven Teils noch weiter aufschlüsseln: Gründungsdokumente werden für eine unbestimmte Zeit geschlossen, können nur mithilfe der Organe verändert oder beendet werden, sie werden häufig im Lichte der Ziele der Organisation ausgelegt und internationale Organisationen verfolgen anstatt vieler übereinstimmender Ziele ein gemeinsames.<sup>686</sup> Vor diesem Hintergrund ist inzwischen auch anerkannt, dass Gründungsinstrumente eine Doppelnatur haben: Sie sind sowohl Vertrag zwischen den Staaten als auch Verfassungsurkunde der internationalen Organisation.<sup>687</sup>

Die Wiener Vertragsrechtskonvention erkennt die Besonderheit von Gründungsinstrumenten an: Art. 5 WVRK legt zwar zunächst fest, dass die WVRK auch auf Gründungsurkunden und Verträge anwendbar sei, die im Rahmen einer internationalen Organisation geschlossen wurden. Aber am Ende der Regelung stellt Art. 5 WVRK klar, dass dies „without prejudice to any relevant rules of the organisation“ gilt.

Die Verhandlungen zur Wiener Vertragsrechtskonvention zeigen, dass Art. 5 WVRK eine Öffnungsklausel ist, die Raum bietet für eine *lex specialis* der jeweiligen internationalen Organisation.<sup>688</sup> Das schafft auch Platz für die Modifikation der

<sup>683</sup> *McNair*, BYIL 11 (1930) 100–118, 105 f., 116 ff.; siehe dazu auch *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 7.

<sup>684</sup> *Zacklin*, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, 1968, S. 8.

<sup>685</sup> *Ders.*, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, 1968, S. 8; deutlich auch bei *Satō*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, S. 230; dazu kritischer *Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 70 ff.

<sup>686</sup> *Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 70 ff.

<sup>687</sup> *Peters*, ZÖR 65 (2010) 3–63, 4, 10 ff.; *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218 m. w. N.; in diese Richtung geht IGH, *Entsch. v. 20.07.1962, Certain Expenses*, ICJ Rep. 1962, 151, 157 (multilateral treaty); zur Qualifizierung als Verfassung siehe auch *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 3 ff.; zur früheren Diskussion siehe *Meng*, *Das Recht der internationalen Organisationen*, 1979, S. 152 ff., der auch in der Auflösung der internationalen Organisation einen janusköpfigen Rechtsakt mit interner und externer Wirkung sieht (a. a. O., S. 155 m. w. N.).

<sup>688</sup> *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 5 WVRK, Rn. 1, 2 ff.; *Anderson*, in: *Corten/Klein*, 2011, Art. 5 WVRK, Rn. 28 f.; *Villiger*, in: *Villinger*, 2009, Art. 5 WVRK, Rn. 7; siehe auch *Djeffal*, *Static*

Auslegungsregeln in Art. 31 ff. WVRK. Diese Ansicht entwickelte sich schon kurz nach Aufkommen der ersten internationalen Organisationen und war geprägt von der Vorstellung, dass sich das Recht der jeweiligen internationalen Organisation über die Zeit von seinen Ursprüngen lösen würde.<sup>689</sup>

## 2. Besonderheiten der Auslegung

Die Besonderheiten der Auslegung von Gründungsinstrumenten äußern sich im Wesentlichen in der Frage nach der Befugnis zur Auslegung des Rechts internationaler Organisationen und der Frage, nach welchem generellen Prinzip diese zu erfolgen hat.<sup>690</sup>

### a) Auslegungs- und Letztentscheidungsbefugnis

Bei bilateralen Verträgen ist die Frage nach der Auslegungskompetenz einfach zu beantworten: Es sind die Vertragsparteien selbst. Bei internationalen Organisationen kommen hingegen noch deren Organe als potenzielle Auslegende hinzu.<sup>691</sup> Dabei beeinflusst die Kompetenz zur Auslegung auch deren Inhalte: Mitgliedstaaten und nicht-richterliche Organe scheinen etwa politischer und unsteter auszulegen als Gerichte.<sup>692</sup> Wohingegen die Auslegung durch ein Gericht oder gerichtähnliches Organ zu einer besonderen Dynamisierung der Auslegung führen soll.<sup>693</sup>

Grundsätzlich bestimmen die Gründungsinstrumente selbst, wer über die Befugnis zur Auslegung und Letztentscheidung verfügt.<sup>694</sup> Diese Anordnung erfolgt nicht

---

and Evolutive Treaty Interpretation, 2016, S. 184.

<sup>689</sup> So *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 16 m. w. N.

<sup>690</sup> Vgl. *E. Klein/S. Schmahl*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 41 ff., 39 ff.; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 15 ff.; *Amerasinghe*, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Aufl. 2005, S. 25 ff.; *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 74 ff., 82 ff.; *Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 86 f., 90.; *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 140 f.

<sup>691</sup> *Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl. 2015, S. 86 f.

<sup>692</sup> *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 17.

<sup>693</sup> *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 140; uneindeutig *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, 4. Aufl. 2003, § 1350, 1363, 1389.

<sup>694</sup> *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 15; *Sands/P. Klein*, *Bowett's Law of International Institutions*, 6. Aufl. 2009, S. 451; *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 76; *Amerasinghe*, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Aufl. 2005, S. 26; wobei folgende Konstellationen unterschieden werden: Mitgliedstaaten untereinander, Organisation/Mitgliedstaaten und Organisation/Dritte.

selten ausdrücklich. Meist übernimmt das Plenarorgan<sup>695</sup> die Auslegungstätigkeit, seltener ein Spezialorgan<sup>696</sup>. Neben Organen der Organisation ist aber auch denkbar, dass die Vertragsparteien Rechtsstreitigkeiten vorrangig durch Verhandlungen ausräumen sollen.<sup>697</sup>

*Peters* beschreibt das übliche Kompetenzgefüge bei der Interpretation von Gründungsinstrumenten als eine Mischung aus dezentraler Auslegung durch die Mitgliedstaaten und zentraler Auslegung durch alle Organe der internationalen Organisation.<sup>698</sup> Dabei zerfällt die dezentrale und zentrale Kompetenz wiederum in mehrere Teile: Die Organe sind befugt, in ihrem Kompetenzbereich nicht nur implizit eine Auslegung vorzunehmen, sondern auch förmliche Auslegungsakte zu erlassen; auf staatlicher Ebene sind mit Verwaltung, Regierung und Justiz politische und juristische Institutionen an der Auslegung beteiligt.<sup>699</sup> Eine Dissonanz der vielen Beteiligten lässt sich nach *Peters* Ansicht am ehesten dadurch vermeiden, dass die Auslegungs- und Letztentscheidungsbefugnis einem zentralen Gericht zugeordnet werde, wie dies besonders ausgeprägt beim Europäischen Gerichtshof geschehen sei.<sup>700</sup>

Aber selbst dann bleibt die Aufteilung der Befugnisse zwischen den Organen und zwischen der Organisation und den Vertragsstaaten uneindeutig. Die Analyse der Rolle des Europäischen Gerichtshofs hat gezeigt, dass selbst in stark normierten internationalen Organisationen wie der EU keine eindeutige Verteilung der Kompetenzen herrscht.<sup>701</sup> Eine klare Grenze zwischen den Kompetenzen der Organe und den Mitgliedstaaten kann nicht gezogen werden. Es kann nur ein Kern- und ein unscharfer Randbereich der Auslegungszuständigkeit angegeben werden.

## b) Dynamisierung

Gründungsdokumente werden wegen ihrer gegenüber dem übrigen Völkerrecht gesteigerten Autonomie in besonderer Weise ausgelegt. Der hohe Autonomisierungsgrad erlaubt internationalen Organisationen, ein rechtliches Eigenleben zu führen,

<sup>695</sup> Zum Beispiel Art. 47 Abs. 2 EFTA-Konvention; Art. 119 Abs. 1 ICC-Statut, Art. 75 WHO-Satzung; für weitere Beispiele siehe *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 16, dort in Fn. 76.

<sup>696</sup> Zum Beispiel Art. XVIII IWF-Übereinkommen; Art. 57 Abs. 1 und 2 EBRD-Übereinkommen; für weitere Beispiele siehe *dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 16, dort in Fn. 77.

<sup>697</sup> Zum Beispiel Art. 47 Abs. 1 EFTA-Konvention; Art. 119 Abs. 2 ICC-Statut, Art. 75 WHO-Satzung; für weitere Beispiele siehe *dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 15, dort in Fn. 75.

<sup>698</sup> *Dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 16 f.

<sup>699</sup> *Dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 17.

<sup>700</sup> *Dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 17.

<sup>701</sup> Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.1.b).

das sich vom Rest des Völkerrechts unterscheidet.<sup>702</sup> Das Eigenleben wiederum führt zu einer besonderen rechtlichen Dynamik, die sich auf die Auslegungsmethodik auswirkt.

Manche sehen diese Sondertheorie vom Recht internationaler Organisationen sich auf *Romanos* bzw. *Hauriou's* soziologische Ordnungs- bzw. Institutionenlehre des frühen 20. Jahrhunderts zurückgehen.<sup>703</sup> Beide betonten das Organische des Rechts, das über das Positive hinausgehe.<sup>704</sup> Für *Romano* ist eine Rechtsordnung eine eigenständige Entität, die einen Willensbildungsprozess voraussetze.<sup>705</sup> Da die Organe von internationalen Organisationen eine Meinung bilden, müsse das Recht einer internationalen Organisation eine eigene – vom Völkerrecht verschiedene – Rechtsordnung bilden.<sup>706</sup> Nach *Hauriou* wiederum sind Institutionen dynamische Gebilde, die auf die Verwirklichung einer Idee ausgerichtet seien.<sup>707</sup> In internationalen Organisationen müsse diese institutionelle Dynamik wiederum vom Recht abgebildet werden.<sup>708</sup> Diese Sichtweisen vernachlässigen aber das positive Recht. *Satō* hat zum Beispiel herausgearbeitet, dass *Hauriou's* Theorie offenlässt, wie eine Balance zwischen Dynamik und Rechtsgrundlage geschaffen werden kann.<sup>709</sup>

Die Vorstellung eines eigenständigen rechtlichen Innenlebens internationaler Organisationen hat sich trotz allem etabliert. Dementsprechend wird die Frage, nach welchem generellen Prinzip Gründungsdokumente auszulegen sind, auch überwiegend gleich beantwortet: Die Generalklausel der Wiener Vertragsrechtskonvention müsse auf ihre teleologischen Elemente hin zugespitzt werden.<sup>710</sup> Es müsse „einer

<sup>702</sup> *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218.

<sup>703</sup> *Hauriou*, CNJ 4 (1925) 89–128; *Romano*, L'ordinamento giuridico, 1918; dazu *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, 1979, S. 152 ff.; *Peters*, ZÖR 65 (2010) 3–63, 6 f.; *dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 7; *Suy*, in: FS Bernhardt, 1995, 267–277, 274 ff.; *Satō*, Evolving Constitutions of International Organizations, 1996, S. 251 ff.; der Einfluss ist z.B. erkennbar bei *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218.

<sup>704</sup> *Romano*, L'ordinamento giuridico, 1918, S. 17 ff.; *Hauriou*, CNJ 4 (1925) 89–128, 97; dazu auch *Peters*, ZÖR 65 (2010) 3–63, 6 f.;

<sup>705</sup> *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, 1979, S. 154.

<sup>706</sup> *Romano*, Corso di diritto internazionale, 1926, S. 182 ff.; *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, 1979, S. 154;

<sup>707</sup> *Satō*, Evolving Constitutions of International Organizations, 1996, 253; *Hauriou*, CNJ 4 (1925) 89–128, 98.

<sup>708</sup> *Satō*, Evolving Constitutions of International Organizations, 1996, 254.

<sup>709</sup> *Ders.*, Evolving Constitutions of International Organizations, 1996, 255.

<sup>710</sup> Zum Beispiel *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902, 983 f.; *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 18 (evolutive Auslegung); kritisch *Klabbers*, An Introduction to International

dynamischen, wirksamkeitsorientierten und in die Zukunft gerichteten Interpretation<sup>711</sup> Vorrang gegeben werden. Die Auslegung habe sich am Effektivitätsprinzip, Sinn und Zweck des Vertrages und der nachfolgenden Praxis zu orientieren.<sup>712</sup> Auch die Implied-Powers-Lehre wird in diesem Zusammenhang als Teil der dynamischen Methode angeführt,<sup>713</sup> die zusammen mit der Effet-utile-Regel der teleologischen Auslegung entspringe.<sup>714</sup>

Die historische Auslegung spielt in einem solchen Verständnis dann keine Rolle mehr. Vielmehr seien internationale Organisationen auf Erweiterungen angelegt; die Staatengleichheit verbiete daher die Privilegierung der Meinung der Gründungsglieder.<sup>715</sup> Bestätigt sehen sich die Anhänger dieser Position im Ergebnis durch die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, der die Auslegung anhand der „travaux préparatoires“ für unzulässig hält, wenn der Wortlaut klar ist.<sup>716</sup>

Kontroverser wird hingegen diskutiert, wie die Organpraxis im Rahmen der dynamischen Auslegung zu bewerten sei:<sup>717</sup> Konkret wird gefragt, ob die Organpraxis gemäß Art. 31 (3) b WVRK (Auslegung anhand der späteren Übung) berücksichtigt werden kann.<sup>718</sup> Nach überwiegender Meinung wird diese nicht als unmittelbare Auslegung, sondern nur als Ausdruck der Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten gewertet, was dann wiederum nach Art. 31 (3) b WVRK zu berücksichtigen sei.<sup>719</sup> Dahinter steht die Vorstellung, dass letztlich nur der Wille der Vertragsparteien eine

---

Organizations Law, 3. Aufl. 2015, S. 82 ff.

<sup>711</sup> Peters, ZÖR 68 (2013) 1–57, 21.

<sup>712</sup> Siehe nur *Amerasinghe*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2. Aufl. 2005, S. 59; *E. Klein/S. Schmahl*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 39 ff.

<sup>713</sup> Siehe nur *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 396; *E. Klein/S. Schmahl*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 39.

<sup>714</sup> *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218.

<sup>715</sup> Peters, ZÖR 68 (2013) 1–57, 21; *Amerasinghe*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2. Aufl. 2005, S. 43; weiter holt aus *Alvarez*, International Organizations as Law-makers, 2006, S. 95 ff., der zu bedenken gibt, dass es schwierig ist, aus den Gründungsmaterialien Erkenntnisse abzuleiten, weil diese zu vielgestaltig sind.

<sup>716</sup> IGH, Entsch. v. 03.03.1950, Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, ICJ Rep. 1950, 4, 8.

<sup>717</sup> Siehe nur *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, § 1355; *E. Klein/S. Schmahl*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 41 f.

<sup>718</sup> Für einen Überblick dazu und mit eigener verfassungsorientierter Lösung siehe *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 22 ff.

<sup>719</sup> *Dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 23 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

rechtsverbindliche (oder authentische) Vertragsauslegung vermitteln könne.<sup>720</sup> Soweit die Organpraxis also nicht den Willen aller Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringt, kann die Tätigkeit eines Organs nicht als Rechtserkenntnisquelle herangezogen werden.<sup>721</sup>

#### IV. Schlussbeobachtungen zur dynamischen Auslegung

Eine Dynamisierung der Auslegung, wie sie für internationale Organisationen angenommen wird, soll auch für die anderen Arten von besonderen Verträgen gelten.<sup>722</sup> Bei allen Verträgen mit einem gewissen institutionellen Eigenleben werden die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention in Richtung dynamisch-objektiver Auslegung akzentuiert:

„Namentlich bei multilateralen und hier vor allem bei den sog. Regelungsverträgen (*traités lois, lawmaking treaties*) besteht [...] ein Bedürfnis, die Auslegung zu objektivieren.“<sup>723</sup>

Die Auslegung soll dann autonom, mithin objektiv-teleologisch am Effektivitätsprinzip beziehungsweise der Funktion des Vertrages ausgerichtet, erfolgen. Die historische Auslegung spielt demgegenüber keine oder kaum eine Rolle mehr.

Von der Betonung des institutionellen Eigenlebens ist es nur ein kurzer Weg zu der Idee des *living instrument*, der *living constitution* und schließlich des „constitutional instrument“.<sup>724</sup> Die Dynamisierung der Auslegung wird daher inzwischen meist mit diesen Figuren begründet.<sup>725</sup> Auch bei Menschenrechtsverträgen werden die Topoi

<sup>720</sup> Siehe nur *dies.*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 19, 23; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 86.

<sup>721</sup> Umgekehrt natürlich schon *Amerasinghe*, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Aufl. 2005, S. 52.

<sup>722</sup> *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 650 f. m. w. N.

<sup>723</sup> *Dies.*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 636.

<sup>724</sup> *Dies.*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 218: „Vielmehr bilden Gründungsverträge internationaler Organisationen zugleich deren Verfassung oder Satzung (sog. Institutionelle Verträge). Auf Grundlage dieser Verfassung entfaltet die jeweilige Organisation, einmal errichtet, ihr eigenes Leben.“ Siehe auch *Kadelbach*, in: *Simma/Khan/Nolte/A. Paulus* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 16.

<sup>725</sup> *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 25; *Sands/P. Klein*, *Bowett's Law of International Institutions*, 6. Aufl. 2009, Rn. 14 ff.; *Satō*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, S. 243 ff., der allerdings versucht, die Prinzipien zu begrenzen; abweichende Meinung des Richters Alvarez, IGH, *Entsch. v. 03.03.1950, Competence of the General Assembly for the Admission of a State to*



„living instrument“ und „constitutional instrument“ bemüht, um eine interpretatorische Dynamik durch richterliche Rechtsfortbildung zu begründen.<sup>726</sup> Mit einer gewissen Vergrößerung kann man also sagen, dass eigentlich alle Verträge, die nicht bilateral sind, dynamisch auszulegen sind.

Wenn aber fast alle Arten von Verträgen besonders sind, ist es im Grunde keiner mehr. Die Dynamisierung der Auslegung wird allgegenwärtig. Zuletzt hat das dann auch zu einer gewissen Ermüdung geführt:

„It is not a new insight that an organization, as ‚something organic and permanent‘, rests on a ‚living constitution‘, develops ‚organic growth‘, lives ‚a life of its own‘, and emancipates itself from its origins over time.“<sup>727</sup>

Das Problem dabei ist letztlich, dass der Behauptung selten eine ausgearbeitete Konstitutionalisierungsthese zugrunde liegt. Man bedient sich also einer spezifischen Methode, ohne zu prüfen, ob deren Grundlagen vorliegen. Es drängt sich zudem der Eindruck auf, dass unter dem Begriff der dynamischen Auslegung letztlich nur das seit jeher bekannte Phänomen beschrieben wird, dass sich Recht weiterentwickelt. Das gilt letztlich auch für viele der Vertreter der Konstitutionalisierungsdebatte, die Ansätze einer „konstitutionellen Interpretation“ entwickelt haben.

---

the United Nations, ICJ Rep. 1950, 4, 18; *Wilfred*, BYIL 22 (1945) 11–72, 16; *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, § 1156.

<sup>726</sup> Den Begriff *living instrument* verwendete der EGMR schon früh: EGMR, Urt. v. 25.04.1978, *Tyrer v. UK*, 5856/72, Rn. 31 (ohne Begründung); EGMR, Urt. v. 18.02.1999, *Matthews v. UK*, 24833/94, Rn. 39; dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, S. 38 f.; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 2, Rn. 11; auch der Begriff *constitutional instrument* fand frühzeitig Verwendung: abweichende Meinung des Richters Fritzmaurice, EGMR, Urt. v. 27.10.1975, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 4464/70, Rn. 9 ff. (zurückhaltend); EGMR, Entsch. v. 23.03.1995, *Loizidou v. Turkey*, 15318/89, Rn. 75; EGMR, Entsch. 07.07.2011, *Al-Skeini and others v. UK*, 55721/07, Rn. 141; dazu *dies.*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 2, Rn. 9 f.

<sup>727</sup> *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 16, mit Verweis auf *McNair*, BYIL 11 (1930) 100–118, 101, 117; *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, § 1156; *Franck*, *Harv. Law Rev.* 77 (1964) 1565–1568, 1565; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130.

## B. Bisherige Ansätze einer Völkerverfassungsauslegung

Die Teilnehmer der Konstitutionalisierungsdebatte widmen sich nur selten dem Thema der Auslegung.<sup>728</sup> Wenn sie es tun, setzen sie sich vor allem mit der Rolle der internationalen und nationalen Gerichte im Prozess der Konstitutionalisierung auseinander; das Ergebnis der Überlegungen ist üblicherweise, dass Gerichte einen Beitrag zur Rechtsfortbildung leisten sollten.<sup>729</sup> Eine spezifische Auslegungslehre wird hingegen nicht entwickelt. Das überrascht insofern nicht, als bei einem gewohnheitsrechtlichen Verfassungsmodell – bei dem die Verfassung erst im Begriff ist zu entstehen – die Identifizierung von Verfassungsrecht dringlicher ist als dessen Auslegung.<sup>730</sup>

Dabei ist die Verfassungsauslegung im Völkerrecht – jedenfalls begrifflich – keine neue Idee. Erste Ansätze wurden als „konstitutionelle Interpretation“ bei der Auslegung von Gründungsinstrumenten entwickelt.<sup>731</sup> Nach dieser Ansicht müsse man das Innen- und Organisationsrecht internationaler Gründungsinstrumente in Form einer dynamischen Auslegung berücksichtigen. Die Vorstellung hat sich vor allem bei der UN-Charta durchsetzen können; sie ist aber nicht ohne Kritik geblieben.

---

<sup>728</sup> Die Vertreter des Mainstreams äußern sich meist auch nur zur Auslegung von Gründungsinstrumenten, siehe nur *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 15 ff.; siehe auch *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 567 ff.

<sup>729</sup> Vgl. *Ulfstein*, in: Klabbers/Peters/ders. (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 126–152, 127, 150 ff.; *ders.*, in: Klabbers/Peters/ders. (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 45–80, 76; siehe auch *Peters*, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 342–352, 350, a. A. *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 134, der alle Subjekte der internationalen Gemeinschaft zur Interpretation der Völkerverfassung berufen sieht.

<sup>730</sup> Es bestehen allenfalls Ansätze einer Auslegung zur Systematisierung des Völkerrechts angesichts dessen Fragmentierung: *Ulfstein*, in: Klabbers/Peters/ders. (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 126–152, 140 f.; siehe dazu auch *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 89 ff.

<sup>731</sup> *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 135; *Peters*, ZÖR 68 (2013) 1–57, 6 ff.; *Satō*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, S. 22 ff., 33 ff.; *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 396; *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 649; *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32, Rn. 8 ff.; *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 131 ff.; kritisch *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 19 ff.

## I. Konstitutionelle Interpretation der UN-Charta

Die UN-Charta wird als völkerrechtlicher Vertrag zwar nach allgemeiner Meinung gemäß den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention – zumindest als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht – ausgelegt,<sup>732</sup> allerdings mit einer dynamisch-evolutiven Ausrichtung.<sup>733</sup> Die Dynamik sei gerade bei der UN-Charta angemessen: Wenn schon Gründungsinstrumente internationaler Organisationen dynamisch auszulegen seien, dann erst recht die Normen einer universellen internationalen Organisation.<sup>734</sup>

Erste Ansätze dieser Vorstellung etablierten sich bereits kurz nach Verabschiedung der UN-Charta. Grundlage war die Vorstellung, dass die UN-Charta wie eine geschriebene (staatliche) Verfassung als *living instrument* in besonderer Weise organisch wachse. Erst später wurde diese Idee in das Auslegungssystem der Wiener Vertragsrechtskonvention integriert. Unklar bleibt aber, in welchem Umfang die konstitutionelle Interpretation auf einem ausgearbeiteten Völkerverfassungsverständnis beruht. Deutlicher zutage tritt ein solches nur bei *Sloan*, *Ress* und *Fassbender*, die jeweils eigene, wenngleich ähnliche Vorstellungen von der konstitutionellen Interpretation der UN-Charta ausgearbeitet haben.

### 1. Anfänge der konstitutionellen Interpretation der UN-Charta

Die Frage der Auslegung der UN-Charta wurde bereits auf der United Nations Conference in San Francisco diskutiert. Dort wurde vor allem das Problem voneinander abweichender Auslegungen der unterschiedlichen Organe erörtert, ohne dass eine Lösung gefunden wurde.<sup>735</sup> Diesen Streitpunkt griffen auch *Goodrich/Hambro* in einem der ersten Kommentare zur UN-Charta auf und kritisierten, dass keinem Organ

<sup>732</sup> Siehe nur *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 8; *Chesterman/Franck/Malone*, *Law and Practice of the United Nations*, 2008, S. 12.

<sup>733</sup> *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902; *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32; *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100; kritisch zu den Folgen *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28; siehe auch IGH, *Entsch.* 11.04.1949, *Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep. 1949, 174; abweichende Meinung des Richters Charles de Visscher, IGH, *Entsch.* v. 11.07.1950, *International Status of South-West Africa (Namibia)*, *Advisory Opinion*, ICJ Rep. 1950, 128, 186, 187.

<sup>734</sup> Mit einem solchen Erst-Recht-Schluss arbeitet z. B. *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32, Rn. 24, 27.

<sup>735</sup> UNCIO Documents, XIII, S. 709; Report of the Rapporteur of Committee IV/2, Doc. 933, IV/2/42 (2), S. 7 f.

die Verantwortung für eine letztverbindliche, das heißt authentische Vertragsinterpretation übertragen wurde.<sup>736</sup>

Darüber hinaus machten die beiden aber auch auf Probleme aufmerksam, die bereits aus dem Verfassungsrecht bekannt sind. Sie hoben die große (politische) Bedeutung der UN-Charta für die internationale Rechtsordnung hervor, die mit einer unzureichenden Regulierung kontrastiere. Insofern müsse die UN-Charta möglichst nach dem Effektivitätsprinzip ausgelegt werden, allerdings auf der Grundlage der Willen der Gründungsstaaten:

„With regard to the question of principles governing the interpretation of the Charter, it must be borne in mind that the Charter is a multipartite treaty dealing with matters of vital concern to Members of the United Nations and it is imperfectly drafted. These considerations considerably augment the difficulties of interpretation, but do not affect the nature of the task. *The aim must be to render the Charter as effective as possible on the basis of its provisions and the intentions of its framers.*“<sup>737</sup>

Dieses Auslegungsziel hatte *Hambro* bereits zuvor in seiner Abhandlung „The Interpretation of the Charter“ propagiert, die er unter dem Pseudonym *Pollux* veröffentlichte.<sup>738</sup> Zur Begründung griff er dort einleitend auf den Topos *der living constitution* zurück:

„The Charter, *like every written Constitution, will be a living instrument. It will be applied daily; and every application of the Charter, every use of an Article, implies an interpretation; on each occasion a decision is involved which may change the existing law and start a new constitutional development. A constitutional customary law will grow up and the Charter itself will merely form the framework of the Organization [...].*“<sup>739</sup>

Die darin zum Ausdruck kommende Bezugnahme auf das US-amerikanische Verfassungsrecht war damals üblich.<sup>740</sup> *Schachter* zum Beispiel meinte, man könne die UN-

<sup>736</sup> L. Goodrich/E. Hambro, Charter of the United Nations, 2. Aufl. 1949, S. 550.

<sup>737</sup> Dies., Charter of the United Nations, 2. Aufl. 1949, S. 551 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>738</sup> *Pollux (Hambro)*, BYIL 23 (1946) 54–82, 55, 66 ff.; siehe hierzu *Satō*, Hitotsubashi J. Law Pol. 14 (1986) 1–22, 2; *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 118; *Engström*, Constructing the Powers of International Institutions, 2012, S. 111, dort in Fn. 1.

<sup>739</sup> *Pollux (Hambro)*, BYIL 23 (1946) 54–82, 68 ff., 72 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>740</sup> Vgl. *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 117 ff. m. w. N.

Charta nicht wie einen beliebigen Vertrag auslegen, denn sie sei „a constitutional instrument whose broad phrases were designed to meet changing circumstances for an undefined future“<sup>741</sup>. Und auch *Duller* – einer der Vertreter der USA in San Francisco – deutete den Topos des *living instrument* mit Blick auf die Grundsätze der UN-Charta an:

„We in the United States have repeatedly given thanks that the framers of our Constitution did not attempt to be legalistic and to set up rigid lines of demarcation. We here will equally serve the cause of posterity if we adopt for the world organization a principle of simple language which is clear in intent and flexible in its application.“<sup>742</sup>

Inwieweit die UN-Charta aber tatsächlich analog zur amerikanischen Verfassung verstanden wurde oder ob die Bezugnahme auf die flexible Anwendung nur der Abgrenzung diene gegenüber einer Auslegung, die sich am Staatenwillen orientiert, geht aus den frühen Ausführungen letztlich nicht hervor. Das Flexible (*Duller* und *Schachter*) bzw. das Lebende (*Pollux*) am UN-Recht könnte sich daher auch in der gewöhnlich zu beobachtenden Rechtsentwicklung erschöpfen. Die Unklarheit rührt daher, dass das – jedenfalls semantisch – zugrunde gelegte Verfassungsverständnis nicht weiter erklärt wird. Erst später gab es Abhandlungen, die in dieser Hinsicht weiter ausgearbeitet waren.

## 2. Völkerverfassungstheoretisch fundierte Abhandlungen

Es sind im Wesentlichen *Sloan*, *Ress* und *Fassbender*, die die konstitutionelle Interpretation der UN-Charta vor dem Hintergrund eines mehr oder weniger ausgearbeiteten Völkerverfassungsverständnisses erklären.

### a) Auslegung als Verfassung des Völkerrechts (Sloan)

*Sloan* ist zwar nicht der Erste, der sich vertieft mit der Frage auseinandersetzte, ob die UN-Charta nach konstitutionellen Gesichtspunkten auszulegen sei. Vor ihm lenkte bereits *Skubiszewski* die Diskussion in diese Richtung.<sup>743</sup> *Sloans* Ausführungen sind aber insofern von größerer Bedeutung, als er im Detail zu begründen

<sup>741</sup> *Schachter/Kelsen*, Yale Law J. 60 (1951) 189–193, 193.

<sup>742</sup> UNCIO Documents XXVI, Verbatim Minutes of the First Meeting of Commission I, Doc. 10006, 1/6, S. 6.

<sup>743</sup> *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902.

versuchte, warum Auslegungstopoi aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht im Völkerrecht Anwendung finden sollten.

Hierzu kontrastierte *Sloan* die US-amerikanische Verfassungenauslegung mit der völkerrechtlichen Vertragsauslegung, um zu untersuchen, welche der beiden besser zur Auslegung der UN-Charta passt.<sup>744</sup> Das Ergebnis seiner Untersuchung präsentierte er zurückhaltend:

„It is not my purpose to suggest ‚correct‘ interpretations of Articles of the Charter. This can better await future developments. Nor at this time am I suggesting the ‚proper‘ method of Charter interpretation although I have indicated directions I think appropriate. Approaches to interpretation present a continuum running from original intent to non-interpretivism in constitutional construction and from strict *textualism* to emergent purpose in treaty law. Courts and other government departments and organs of international institutions have a wide range of choice giving the necessary flexibility to meet the needs of our evolving world community. From time to time they will undoubtedly choose from different points on the continuum. My present purpose is only to note latent potentialities.“<sup>745</sup>

*Sloan* stützte sich – ähnlich wie *Ress* später – auf einen normativen Verfassungsbe-  
griff und folgert daraus, dass das Recht der völkerrechtlichen Verträge nicht genüge,  
um eine Antwort auf die Frage nach der richtigen Auslegung der UN-Charta zu liefern:

„[The Charter] proclaims fundamental principles of law for the world community. So when we face the question of applying and interpreting the Charter we must look not only to the Law of Treaties but also to the particular character of the Charter as a Constitution.“<sup>746</sup>

*Sloan* scheint unter Verweis auf *Waldock*<sup>747</sup> davon auszugehen, dass es sich bei der UN-Charta nicht nur um die Verfassung der UN, sondern um eine Völkerverfassung beziehungsweise Verfassung des Völkerrechts handle.<sup>748</sup> Gleichzeitig distanziert er sich ausdrücklich davon, dass die UN-Charta eine Verfassung wie die der USA sei,<sup>749</sup>

<sup>744</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 87 ff., 95 ff.

<sup>745</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 126.

<sup>746</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 62.

<sup>747</sup> *Waldock*, RdC 106 (1962) 1–251, 20.

<sup>748</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 62.

<sup>749</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 63.

sondern weiterhin die Eigenschaft eines – wenngleich speziellen – völkerrechtlichen Vertrages habe.<sup>750</sup>

Auch wenn sein Verfassungsbegriff letztendlich undeutlich bleibt,<sup>751</sup> erkennt *Sloan* weitreichende Parallelen zwischen dem US-amerikanischen Verfassungsrecht und der UN-Charta, vor allem bei der Auslegungstätigkeit von Internationalem Gerichtshof und dem US Supreme Court. Neben den Parallelen in der Auslegung sieht er in der UN-Charta auch die Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und des Föderalismus verwirklicht. Die Spannung zwischen dem Präsidenten und dem Kongress spiegelt sich im Verhältnis von Sicherheitsrat zu Generalversammlung und das föderalistische Prinzip entspreche dem der inneren Angelegenheit.<sup>752</sup>

Beim Vergleich der Auslegung legt *Sloan* besonderen Wert auf die Implied-Powers-Lehre und die Frage, ob eine Verfassungsgerichtsbarkeit auf UN-Ebene besteht. Dementsprechend sucht er in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs nach Entscheidungen, die eine ähnliche Verfassungsrechtsprechung wie in *McCulloch v. Maryland*<sup>753</sup> und *Marbury v. Madison*<sup>754</sup> etablieren.

Zwar sieht *Sloan* gewisse Parallelen in den Hinweisen auf die Besonderheit der Auslegung der Verfassung in *McCulloch v. Maryland* und den Hinweisen auf die Besonderheit der Auslegung der UN-Charta durch die IGH-Richter *de Visscher* und *Jessup*.<sup>755</sup> Ein Pendant zu der Entscheidung in *Marbury v. Madison* findet *Sloan* allerdings nicht. Denn der Internationale Gerichtshof lehnte in einer späteren

<sup>750</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 80 f.

<sup>751</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 62; vergleiche etwa „In a strict sense, the Charter is the Constitution of the Organization. It sets forth the powers and functions of the organs and the rights and duties of members. But it is more than that. As Sir Humphrey indicates, in a larger sense it provides ‚the constitutional framework of international law today.‘ It proclaims fundamental principles of law for the world community“ (a. a. O., 62), mit „Whether it is called a constitution, a constituent instrument or a special treaty, the Charter has certain basic features which set it apart not only from bilateral treaties, but from other multilateral treaties as well“ (a. a. O., 116).

<sup>752</sup> Zum Vorstehenden *ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 77 ff.

<sup>753</sup> US Supreme Court, Urt. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316.

<sup>754</sup> US Supreme Court, Urt. v. 24.02.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.

<sup>755</sup> Abweichende Meinung des Richters de Visscher, IGH, Entsch. v. 11.07.1950, International Status of South-West Africa (Namibia), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, 128, 189; abweichende Meinung des Richters Jessup, IGH, Entsch. v. 18.07.1966, South West Africa (Liberia v. South Africa), ICJ Rep. 1966, 6, 353.

Entscheidung zwar nicht die Kompetenz zur Rechtskontrolle ab, wohl aber eine allgemeine Verwerfungskompetenz gegenüber den anderen UN-Organen.<sup>756</sup>

Das Äquivalent zu *McCulloch v. Maryland* – das Urteil, in dem der US Supreme Court unter Rückgriff auf die Implied-Powers-Lehre die Kompetenz des Bundes zur Gründung einer Zentralbank anerkannte – sieht er in der *Reparations*-Entscheidung des IGH. Darin führt der IGH aus, dass der UN neben den ausdrücklich genannten Kompetenzen auch jene übertragen wurden, die notwendig für die Umsetzung ihrer Pflichten seien.<sup>757</sup> Beide Gerichte würden in ihren Entscheidungen den gleichen Ansatz bei der Verfassungsauslegung und Weiterentwicklung des Rechts verfolgen.<sup>758</sup> Die *Reparations*-Entscheidung habe schließlich vergleichbare Auswirkungen wie *McCulloch* gehabt und eine dynamische Entwicklung ausgelöst.<sup>759</sup>

Im Rahmen eines Kurzauszugs der US-amerikanischen Verfassungsauslegung kommt er schließlich zu dem Schluss, dass es aufgrund der vielen unterschiedlichen und gegensätzlichen Positionen keine einzelne „richtige“ Verfassungsauslegung geben könne.<sup>760</sup> Dennoch erkennt er drei wesentliche Merkmale der nationalen Verfassungsauslegung an: den Gedanken der *living constitution*, die Wichtigkeit der Organpraxis und die strukturelle Interpretation.<sup>761</sup> *Sloan* meint unter Bezugnahme auf *Bork*, dass selbst Vertreter des „originalism“ die Idee der *living constitution* – freilich nur als einfache Rechtsentwicklung – anerkennen.<sup>762</sup> Die Bedeutung der Organpraxis – etwa des Kongresses – bei der Auslegung deutet *Sloan* nur an.<sup>763</sup> Die strukturelle Auslegung ziehe ihre Argumente aus der Analyse der von der Verfassung niedergelegten Struktur.<sup>764</sup>

---

<sup>756</sup> IGH, Entsch. v. 21.07.1971, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Rep. 1971, 16, 45; dazu *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 64.

<sup>757</sup> IGH, Entsch. v. 11.04.1949, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1949, 174, 182.

<sup>758</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 67.

<sup>759</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 70.

<sup>760</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 89 ff.

<sup>761</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 92 ff.

<sup>762</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 92.

<sup>763</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 93 f.

<sup>764</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 94 f.



Im Rahmen der Analyse der Vertragsauslegung im Völkerrecht konstatiert *Sloan*, dass es zunächst drei Ansätze gegeben habe: den textuellen, den subjektiven und den teleologischen:<sup>765</sup>

„A principal difference between the textual approach, which looks to the text for the intention of the parties, and the subjective approach, in which intent is distinct from the text, is in the role assigned to travaux préparatoires. In the teleological approach the emphasis is on the general object and purpose of the treaty.“<sup>766</sup>

*Sloan* findet diese drei Elemente der Verfassungsauslegung auch in der Vertragsauslegung wieder, ergänzt um das Prinzip der Effektivität.<sup>767</sup> Zwar sei die Idee eines „living, evolving instrument“<sup>768</sup> bei der Vertragsauslegung nicht so stark ausgeprägt wie bei der Verfassungsauslegung, sie entspreche aber der teleologischen Auslegung des Vertrages.<sup>769</sup> Genauso sei in der Wiener Vertragsrechtskonvention die Bedeutung der nachfolgenden Praxis anerkannt worden (Art. 31 (3) b) WVRK).<sup>770</sup> Die strukturelle Auslegung sei – auch wenn keine eigene Methode dafür entwickelt wurde – in der kontextuellen Auslegung und der Auslegung anhand des Gegenstands und Ziels enthalten.<sup>771</sup>

Das Ergebnis seiner Untersuchung ist, dass es weiterreichende Übereinstimmungen in beiden Bereichen gibt, wobei allseits eine große Flexibilität bestehe. *Sloan* hält das Völkervertragsrecht allerdings für weniger chaotisch als die Methodendiskussion des US-amerikanischen Verfassungsrechts. Da es sich um einen Vertrag handle, sei mit den Prinzipien der Vertragsauslegung zu beginnen, ohne jedoch zu vergessen, dass es sich um eine Verfassung handle.<sup>772</sup>

Den Gründern sei bewusst gewesen, dass sie eine Verfassung entwerfen würden.<sup>773</sup> Entscheidend hierbei sei erstens, dass die UN-Charta eine Struktur niederlege, die Kompetenzen und Funktion der Organe wie Rechte der Mitgliedstaaten festlege, zweitens, dass die UN-Charta für immer gedacht, drittens, dass sie höheres Recht

---

<sup>765</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 96; so auch *Waldock*, YILC 1964-II 5–65, 54.

<sup>766</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 96.

<sup>767</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 105.

<sup>768</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 105.

<sup>769</sup> So wohl *ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 105 f.

<sup>770</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 106 ff.

<sup>771</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 111.

<sup>772</sup> Zum Vorstehenden *ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 115.

<sup>773</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L. 1 (1989) 61–126, 118.

sei, und viertens, dass zu den Gründungsstaaten weit mehr neue Staaten hinzuge-  
treten seien.<sup>774</sup> Diese Merkmale erforderten eine teleologische Auslegung, die auf  
die Effektivierung des Rechts – auch mittels der Implied-Powers-Lehre – abziele. Aus  
der Strukturanalyse folge die Bedeutung der nachfolgenden Praxis.<sup>775</sup>

## b) Auslegung als Verfassung der Weltgemeinschaft (Ress)

*Ress* ist einer der wenigen, die sich umfassend zur Auslegung der UN-Charta geäu-  
bert haben.<sup>776</sup> Seine Ausführungen werden besonders häufig zitiert,<sup>777</sup> wohl nicht zu-  
letzt, weil sie exponiert in den von *Simma* herausgegebenen Kommentaren zur UN-  
Charta veröffentlicht sind. Schon in der ersten Auflage des Kommentars von 1991  
führte *Ress* lakonisch aus:

„Die Auslegung der UN-Charta wirft darüber hinaus aufgrund ihrer  
Stellung als Verfassung der Weltgemeinschaft besondere Probleme  
auf.“<sup>778</sup>

*Ress* erklärt anschließend, dass die UN-Charta zwar nach den Auslegungsregeln  
der WVRK auszulegen sei,<sup>779</sup> aber besondere Auslegungsmechanismen wie die „dy-  
namisch-evolutive Methode“, die Effet-utile-Regel und die Implied-Powers-Lehre zur

<sup>774</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 116 f.

<sup>775</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 120.

<sup>776</sup> *Ress*, in: *Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII; *ders.*, in: *Simma*  
(Hrsg.), The Charter of the United Nations, 1994, 25–45; *ders.*, in: *Simma* (Hrsg.), The Charter of  
the United Nations, 2. Aufl. 2002, 13–32; wobei sich die drei Abhandlungen inhaltlich nicht unter-  
scheiden.

<sup>777</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community,  
2009, S. 131–136; *Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 47, 322; *Kleinlein*,  
Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 568 f.; *E. Klein/S. Schmahl*, in: *Vitzthum/Proelß*  
(Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 237–350, Rn. 82 (dort in Fn. 82); *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl.  
2004, Rn. 394 (dort in Fn. 109); *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, S. 649 (dort  
in Fn. 94); *de Wet*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, 2004, S. 101  
(dort in Fn. 187); *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, nennt *Ress* zwar nur in der  
Bibliographie, sein Einfluss ist aber auch in Herdegens Ausführungen zu spüren (vgl. a. a. O., Rn.  
41 und 62 f.); für eine kritische Auseinandersetzung siehe *Alvarez*, International Organizations as  
Law-makers, 2006, S. 72; siehe auch Abhandlungen wie *Henninger*, Menschenrechte und Frieden  
als Rechtsprinzipien des Völkerrechts, 2013, S. 64; anders *Uerpmann*, JZ 56 (2001) 565–  
573, 572.

<sup>778</sup> *Ress*, in: *Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 1; identisch *ders.*,  
in: *Simma* (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 1994, 25–45, Rn. 2; *ders.*, in: *Simma*  
(Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2. Aufl. 2002, 13–32, Rn. 2.

<sup>779</sup> *Ress*, in: *Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 8 ff.

Anwendung kämen.<sup>780</sup> Zentrale Punkte seiner Ansicht sind, dass bei der Auslegung die Bedeutung der Norm zum Zeitpunkt der Interpretation herauszuarbeiten sei und dass in der aktuellen Organpraxis, sofern sie den Willen der Staaten widerspiegeln, ein „dynamischer, am Verbandszweck ausgerichteter Auslegungskonsens zum Ausdruck“<sup>781</sup> komme.<sup>782</sup>

Die von *Ress* gewählten Begriffe wecken Assoziationen mit staatlichem und supra-staatlichem Verfassungsrecht;<sup>783</sup> der Zusammenhang zwischen Verfassungsqualität und Auslegung bleibt jedoch vage. Bei der ersten Auflage des Kommentars im Jahr 1991 überrascht die Zögerlichkeit des Verfassungsbekennnisses nicht, denn zur Zeit seines Erscheinens hatte die bis heute anhaltende Diskussion um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch nicht begonnen. *Ress'* Sicht auf das Völkerverfassungsrecht ist noch stark vom institutionellen Blickwinkel beeinflusst. Die Verfassungsqualität folge aus der objektiven Rechtspersönlichkeit der UN, ihrem weiten Aufgabenbereich, ihrer Ausrichtung auf das internationale Gemeinwohl und schließlich aus der Institutionalisierung des Gemeinschaftsinteresses der Staaten in der Generalversammlung.<sup>784</sup>

Dennoch liegt seinen Ausführungen eine Völkerverfassungsidee zugrunde, die näher am heutigen Verständnis ist als das der damaligen Praxis, Gründungsinstrumente internationaler Organisationen auch als „Verfassung“<sup>785</sup> zu bezeichnen: Er hält die

---

<sup>780</sup> *Ders.*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 19 ff.

<sup>781</sup> *Ders.*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 27.

<sup>782</sup> *Ders.*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 19 (zeitlicher Anknüpfungspunkt), Rn. 27 ff. (dynamische Auslegung anhand der Organpraxis).

<sup>783</sup> Der Europäische Gerichtshof leitet das Effektivitätsgebot oder den „*effet utile*“ im Wesentlichen aus einer nicht weiter dargelegten Konstitutionalisierung bzw. Konstituierung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsordnung ab: EuGH, Urt. v. 5.02.1963, *Van Gend en Loos* ./ *Administration der Belastingen*, 26/62, Slg. 1963, 7, 25: „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“; später dann nur noch „eigene Rechtsordnung“: EuGH, Urt. v. 15.07.1964, *Costa* ./ *ENEL*, 6/64, Slg. 1964, 1259, 1269.

Die „dynamisch-evolutive Methode“ hat große Ähnlichkeit mit dem US-amerikanischen Konzept der „*living constitution*“ oder der kanadischen „*living tree doctrine*“; dazu US Supreme Court, Urt. v. 19.04.1920, *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, und Supreme Court of Canada, Entsch. v. 09.12.2004, *Reference re Same-Sex Marriage*, 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, Rn. 22: „The ‚frozen concepts‘ reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.“ Erstmals in Supreme Court, Entsch. 18.10.1929, *V. Edwards v. Canada (Attorney General)*, A.C. 124, 1929 UKPC 8.

<sup>784</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 2.

<sup>785</sup> Der Begriff „Verfassung“ wurde für Gründungsinstrumente internationaler Organisationen schon

UN für einzigartig gegenüber allen anderen internationalen Organisationen und bei seiner Erklärung der Verfassungseigenschaft nimmt er unter anderem Bezug auf *Moslers* Abhandlung „Völkerrecht als Rechtsordnung“. <sup>786</sup> *Mosler* wiederum spricht in seinem Aufsatz von „verfahrens- und materiellrechtlichen Verfassungselementen“ der Völkerrechtsgemeinschaft. <sup>787</sup> Diese Ansicht hat *Mosler* wiederum den frühen Ausführungen *Verdross'* zur völkerrechtlichen Verfassung entnommen. <sup>788</sup> Inwieweit sich *Ress* einen solchen Völkerverfassungsbegriff zu eigen machen wollte, geht aus seiner Abhandlung nicht hervor, die von *Ress* gewählten Begriffe legen aber eine Nähe nahe.

Aufgrund dieser Nähe verwundert es, dass *Ress* seine Ausführungen in den folgenden englischsprachigen Auflagen des Kommentars von 1994 und 2002 nicht verändert hat. <sup>789</sup> Immerhin war spätestens im Jahr 2002 die Diskussion um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts bereits voll im Gange. <sup>790</sup> Schon angesichts des gewählten Begriffs „Verfassung der Weltgemeinschaft“ bzw. „Constitution for Mankind“ hätte man eine Stellungnahme von *Ress* zu den neuen Entwicklungen erwarten können, immerhin hatte 1993 *Tomuschat* den Ausdruck *constitution of mankind* zur Erklärung seiner Vorstellung von Völkerverfassungsrecht verwendet. <sup>791</sup>

---

sehr früh verwendet: Fitzmaurice, Report on the Law of Treaties, UN-Dok. A/CN.4/101, UNYBILC, 1956-II, S. 108. Aus der zunächst formellen Bezeichnung wurden zunehmend materielle Schlüsse gezogen; vgl. etwa mit Bezug auf die UN-Charta *Skubiszewski*, in: FS *Mosler*, 1983, 891–902, 893: „It cannot be denied that the constitutional nature of the treaty has an influence on its interpretation.“

<sup>786</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 2 mit Verweis auf *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, und *Jaenicke*, in: Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, 1995, Bd. 2, 1348–1351.

<sup>787</sup> *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 31 ff., insb. 33: „So viel über die beiden Elemente der Völkerrechtsverfassung; sie finden sich in viel entwickelterer Form in den Staatsverfassungen. Der Begriff der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft ist deshalb mit dem Blick auf die Staatsverfassungen entwickelt worden.“

<sup>788</sup> Deutlich *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 46 f.

<sup>789</sup> Gliederung und Randnummerierung sind aber identisch geblieben und die Bibliographie enthält keine Beiträge zur Konstitutionalisierung. Die Bibliographien der Auflagen 1991 und 1994 sind identisch, die der Auflage 2002 ist um 10 Aufsätze erweitert worden.

<sup>790</sup> Vgl. etwa *Tomuschat*, in: Vereinte Nationen (Hrsg.), International Law on the Eve of the Twenty-First Century, 1997, 27–50; *Dupuy*, MPYUNL 1 (1997) 1–33; *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998; *Petersmann*, in: FS *Jaenicke*, 1998, 313–352; *Frowein*, in: Dicke/Hummer/Girsberger (Hrsg.), Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System, 2000, 427–447.

<sup>791</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 332; und später sogar im Titel: *ders.*, in: Vereinte Nationen (Hrsg.), International Law on the Eve of the Twenty-First Century, 1997, 27–50.

Es bleibt letztlich unklar, welche Bedeutung die Konstitutionalisierungsdebatte für die Überlegungen von *Ress* zur Auslegung hat. Wegen der genannten Unsicherheiten wird man sich nicht ohne Weiteres auf *Ress* stützen können, wenn man eine Auslegungslehre für das Völkerverfassungsrecht erarbeiten möchte. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man die Ausführungen von *Ress* mit *Skubiszewskis*<sup>792</sup> Beitrag zur Auslegung der UN-Charta vergleicht, auf den *Ress* einige Male verweist.<sup>793</sup> *Skubiszewski* kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie *Ress*; *Skubiszewskis* Ausführungen fußen aber allein auf der Eigenschaft der UN-Charta als Gründungsinstrument einer internationalen Organisation, Parallelen zum nationalen Verfassungsrecht schließt er ausdrücklich aus.<sup>794</sup>

Zudem hat *Ress* selbst die dynamisch-evolutive Methode<sup>795</sup> schon früher auf „Integrations- und Gesetzesverträge“ angewendet.<sup>796</sup> Auch hier ist nicht klar, worin die besondere konstitutionelle Bedeutung liegt. Entsprechend wurde mit Verweis auf *Ress* die dynamisch-evolutive Methode aus der Natur der UN-Charta als Gründungsinstrument abgeleitet.<sup>797</sup> Es ist zweifelhaft, dass aus dem normativen Verfassungsverständnis (Weltverfassung) das Gleiche folgen soll wie aus einem funktionalen Verfassungsverständnis (Verfassungsinstrument einer internationalen Organisation).<sup>798</sup>

*Ress* lakonische Einlassung schlägt letztlich nicht durch: Ihr folgt lediglich ein Überblick über Auslegungsbesonderheiten, die sich aus der Eigenschaft der UN-Charta als Gründungsinstrument einer universellen internationalen Organisation ableiten könnten, ohne den Charakter einer „Verfassung der Weltgemeinschaft“ bemühen zu

---

<sup>792</sup> *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902.

<sup>793</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Fn. 42, 109, 130, 139, 161.

<sup>794</sup> *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902, 892: „However, these similarities do not suffice to make it possible to approach the interpretation of the Charter along the lines and according to the patterns of national constitutions.“

<sup>795</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 26.

<sup>796</sup> *Ders.*, in: *ders./Schreuer* (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1982, 7–60, 55, 9. These.

<sup>797</sup> *Schrijver*, MPYUNL 10 (2006) 1–34, 6.

<sup>798</sup> Entsprechend kann man auch Kadelbachs Position verstehen, der zwar ablehnt, dass die UN-Charta eine Verfassung ist, aber davon ausgeht, dass bei einer Weiterentwicklung die Auslegung ähnlich dem nationalen Verfassungsrecht erfolgen würde: *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 21. Letztlich schlägt Kadelbach eine Mischung aus vertraglicher und funktional-konstitutioneller Auslegung vor, a. a. O., Rn. 23 ff.

müssen.<sup>799</sup> Entsprechend beruft sich *Ress* auch nur noch an einer einzigen Stelle ausdrücklich auf seine Eingangsbehauptung, nämlich dort, wo es um die teleologische Auslegung geht.<sup>800</sup>

**c) Auslegung als Verfassung der internationalen Gemeinschaft (Fassbender)**

Entgegen den Ausführungen von *Ress* und *Sloan* beruht *Fassbenders* Position zu der konstitutionellen Auslegung der UN-Charta auf einer im Detail ausgearbeiteten Völkerverfassungstheorie. Nichtsdestotrotz weichen auch seine Schlüsse nicht wesentlich von *Ress'* und *Sloans* Ergebnissen ab.

*Fassbender* folgert auf der Grundlage seiner Völkerverfassungstheorie, dass die Auslegung anhand des ursprünglichen Willens der Verfassungsgründer („statisch-subjektive Interpretation“) unangemessen sei, da sie die Gegenwart und Zukunft unzulässigerweise an etwas binde, das eine vergangene Generation in den Rechtsstatus erhoben habe.<sup>801</sup> Überdies verhindere sie die Lösung aktueller Rechtsprobleme.<sup>802</sup> Eine „dynamisch-evolutive“ oder „objektive Interpretation“ sei notwendig.<sup>803</sup>

Ausgangspunkt sei der Text, wobei die teleologische Interpretation wichtig sei, um das Ziel und Zweck der UN-Charta insgesamt herauszuarbeiten; auch er geht davon aus, dass die „travaux préparatoires“ nur in seltenen Fällen eine Rolle spielen sollen,<sup>804</sup> und auch er wendet die Auslegungsregeln der WVRK auf die UN-Charta an.<sup>805</sup>

---

<sup>799</sup> Die dynamisch-evolutive Methode hat *Ress* schon früher auf „Integrations- und Gesetzesverträge“ angewendet: *Ress*, in: ders./Schreuer (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1982, 7–60, 55, 9. These; es ist mithin nicht klar, worin ihre besondere konstitutionelle Bedeutung liegt. Entsprechend leitet auch *Schrijver*, mit Verweis auf *Ress*, die dynamisch-evolutive Methode aus der Doppelnatur der UN-Charta ab: *Schrijver*, MPYUNL 10 (2006) 1–34, 6.

<sup>800</sup> *Ress*, in: *Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 34.

<sup>801</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 131.

<sup>802</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 131.

<sup>803</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 131 f. u. a. mit Verweis auf *Ress*.

<sup>804</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 132 f.

<sup>805</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 135.

Soweit besteht kein Unterschied zum bisher Gesagten; auch *Fassbender* stützt hier seine Aussagen auf die Idee einer lebendigen Verfassung:

„As a constitution, the Charter has acquired a life of its own.“<sup>806</sup>

Dennoch lehnt er die exzessive Anwendung der Implied-Powers-Lehre ab.<sup>807</sup> Sie soll nur zur Anwendung kommen, wenn es um die „most essential tasks“<sup>808</sup> der UN geht. Seine Auslegungslehre ist auf den zweiten Blick also weit weniger dynamisch als der Mainstream der konstitutionellen Auslegung.

*Fassbender* fügt der konstitutionellen Auslegung mit Hinweis auf die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft eine neue Komponente hinzu. In Anlehnung an *Häberles* Konzept der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten hält *Fassbender* die gesamte internationale Gemeinschaft für berufen, die Verfassung auszulegen.<sup>809</sup> Daraus folgt, dass es entgegen Art. 31 (3) WVRK bei der Berücksichtigung der Organpraxis nicht auf die Übereinstimmung der Vertragsparteien ankomme, sondern allein darauf, dass die Organe Teilnehmer des verfassungsrechtlichen Rahmens seien und insofern in ihrem Aufgabenbereich die internationale Gemeinschaft repräsentieren.<sup>810</sup> Zudem folgt aus der offenen Interpretationskompetenz, dass alle Subjekte der internationalen Gemeinschaft, das heißt Staaten, internationale Organisationen, Völker, Minderheiten, kriegsführende Parteien, NGOs, der Einzelne und andere Völkerrechtssubjekte, das Recht haben, an der Auslegung der UN-Charta teilzunehmen.<sup>811</sup>

## II. Kritik der konstitutionellen Interpretation

Die Modifikation der Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention wegen der Verfassungseigenschaft internationaler Organisationen ist kritisiert worden.

---

<sup>806</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 132, siehe auch S. 129, 130 f.

<sup>807</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 133 f.

<sup>808</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 134.

<sup>809</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 134, 135 f.

<sup>810</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 135 f., siehe auch S. 94 ff.

<sup>811</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 134.

*Arrangio-Ruiz* wirft den Autoren der Konstitutionalisierungsthese vor, dass sie die Idee dazu missbrauchen, die Befugnisse des Sicherheitsrates im Rahmen des Kapitels VII auszuweiten.<sup>812</sup> *Conforti/Focarelli* äußern ähnliche Bedenken.<sup>813</sup> Auch *Alvarez* geht davon aus, dass eine Analogie zwischen UN-Charta und US-Verfassung unpassend sei.<sup>814</sup> Grundlage ihrer Kritik sind Zweifel an der Übertragbarkeit des Verfassungsbegriffs auf die internationale Ebene.<sup>815</sup> Ihnen scheint *Kadelbach* jedenfalls im Ergebnis recht zu geben.<sup>816</sup>

*Arrangio-Ruiz* meint, Völkerrecht sei Recht *sui generis* und daher unzugänglich für Kategorisierungen des öffentlichen Rechts:

„International law [...] stands only on its own feet, with no public law above and around it.“<sup>817</sup>

Dementsprechend könne man die Implied-Powers-Lehre nicht analog anwenden.<sup>818</sup> Vater von *Arrangio-Ruiz'* Sui-Generis-Gedanken ist *T. E. Holland*, der behauptet, dass man allein Rechtsideen des Privatrechts auf die Beziehungen zwischen Staaten übertragen könne.<sup>819</sup> Später in *Arrangio-Ruiz'* Ausführungen wird der theoretische Hintergrund seiner ablehnenden Haltung noch deutlicher: Er ist Verfechter einer dualistischen Globalordnung.<sup>820</sup>

*Arangio-Ruiz'* Kritik baut damit letztlich auf einem überkommenen Verständnis von Verfassung und globaler Rechtsordnung auf. Auch *Kadelbachs* Kritik an der konstitutionellen Auslegung hängt an einem etatistischen Verfassungsbegriff:

„[C]onstitutional interpretation, tritely, cannot be the same as interpretation of State constitutions. Not only can the UN not be compared with

---

<sup>812</sup> *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 1, 5 und 6 ff.

<sup>813</sup> *Conforti/Focarelli*, The Law and Practice of the United Nations, 4. Aufl. 2010, S. 13 f.

<sup>814</sup> *Alvarez*, International Organizations as Law-makers, 2006, S. 71 f.

<sup>815</sup> *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 5 und 6 ff.; *Conforti/Focarelli*, The Law and Practice of the United Nations, 4. Aufl. 2010, S. 13 f.

<sup>816</sup> *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 21, dort in Fn. 70.

<sup>817</sup> *Arangio-Ruiz*, EJIL 8 (1997) 1–28, 9.

<sup>818</sup> *Ders.*, EJIL 8 (1997) 1–28, 5 und 6 ff.

<sup>819</sup> *Ders.*, EJIL 8 (1997) 1–28, 8.

<sup>820</sup> *Ders.*, EJIL 8 (1997) 1–28, 8.



a State, the rules of interpreting a constitution also depend on the specific instrument and constitutional history behind it.<sup>821</sup>

*Kadelbach* hat nur insoweit Recht, als die theoretisch leere Anknüpfung im Völkerrecht an einen ganz spezifischen Teil nationaler Verfassungsauslegung nicht überzeugt.

Dies hat auch *Alvarez* erkannt, der weitaus umfangreicher prüft, ob die UN-Charta mit der US-Verfassung vergleichbar sei, eine Analogie aber schließlich ablehnt.<sup>822</sup> Mit der Konstitutionalisierungsdebatte setzt er sich aber nicht vertieft auseinander. Im Ergebnis lehnt er auch nicht grundsätzlich die Übertragung von Ideen aus dem nationalen Verfassungsrecht ab, vielmehr mache die Fortentwicklung des Völkerrechts durch das Recht der internationalen Organisationen vergleichende Betrachtung mit dem nationalen Verfassungsrecht „unausweichlich“<sup>823</sup>. *Alvarez'* enger Blick auf die US-Verfassung schließt letztlich nicht aus, dass ein völkerrechtsspezifischer Verfassungsbegriff entwickelt werden kann und auf dessen Grundlage auch besondere Auslegungsmethoden aus dem nationalen Recht auf die internationale Ebene entsprechend übertragen werden können.

### III. Stellungnahme

Zentrale Frage der konstitutionellen Interpretation im Völkerrecht ist, welche Rolle der ursprüngliche Wille der Gründungsstaaten bei der Auslegung hat. Die Völkerrechtswissenschaft ist sich hier überwiegend einig:

„Nach bisherigem Kenntnisstand passt die ‚statisch-subjektive Auslegung‘, die auf dem ursprünglichen Willen der Verfassungsgründer beruht, nicht zur Auslegung des Völkerverfassungsrechts.“<sup>824</sup>

Entsprechend sollen die „travaux préparatoires“ bei der Auslegung der UN-Charta nur im Ausnahmefall beachtet werden.<sup>825</sup>

<sup>821</sup> *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 21.

<sup>822</sup> *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 65 ff.

<sup>823</sup> *Ders.*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 74.

<sup>824</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 131 (Übersetzung durch den Verfasser).

<sup>825</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32, Rn. 26; kritisch

Die Loslösung der Auslegung vom Staatenwillen wirkt sich aber nicht nur auf die Berücksichtigung der Gründungsdokumente aus, sondern ist auch entscheidend dafür, dass die nachfolgende Staatenpraxis hinter die Organpraxis und deren Auslegungskompetenz zurücktreten muss.

Problematisch an der Figur der „konstitutionellen Interpretation“ ist aber, dass überwiegend nicht klar ist, welches Verfassungsverständnis dabei zugrunde gelegt wird. Soll der Verfassungsbegriff letztlich nur das Gründungsinstrument benennen, muss man die Bezeichnung „konstitutionelle Interpretation“ oder „Verfassungsauslegung“ kritisch sehen.<sup>826</sup> Dann verwendet man den Begriff ungenau und er wird zum trojanischen Pferd.<sup>827</sup> Das Argument der *living constitution* ist zudem zirkulär: Weil man einen lebendigen Vertrag hat, muss man ihn evolutiv auslegen, und weil man ihn evolutiv auslegt, hat man einen lebendigen Vertrag.

Noch problematischer ist aber, dass das Dynamisierungsdogma selektiv in die nationale Verfassungstheorie greift.<sup>828</sup> Die konzeptionelle Anknüpfung an die Idee des *living instrument* verkümmert zum Gemeinplatz. Dabei wird übersehen, dass sich die Methodendiskussionen des nationalen Verfassungsrechts mitnichten in der Dynamisierung der Auslegung erschöpfen. Das Verhältnis zwischen geschriebenem Verfassungsrecht, Verfassungswandel und Verfassungswirklichkeit ist weitaus ambivalenter, als dass man es mit dem simplen Verweis auf eine „Evolution des Rechts“ abbilden könnte. Das zeigt nicht nur die US-amerikanische Debatte um die richtige Auslegung, sondern das zeigen auch die im Einzelnen sehr feinsinnig ausgearbeiteten spezifischen Auslegungsregeln, die bereits der deutsche Mainstream zur Auslegung des Grundgesetzes anwendet.<sup>829</sup>

Dass die Verfassungseigenschaft allein keine Begründung für eine dynamische Auslegung ist, tritt auch in einer Meinungsverschiedenheit der Richter *Jessup* und *de*

---

die abweichende Meinung des Richters Jessup, IGH, Entsch. v. 18.07.1966, South West Africa (Liberia v. South Africa), ICJ Rep. 1966, 6, 352. Interessant an Jessups Position ist, dass er Bezug nimmt auf de Visschers Ansichten zur Auslegung der UN-Charta, der die UN-Charta als Verfassung versteht (vgl. abweichende Meinung des Richters de Visscher, IGH, Entsch. v. 11.07.1950, International Status of South-West Africa (Namibia), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, 128, 189).

<sup>826</sup>

Vor diesem Hintergrund ist Kadelbachs Kritik richtig, vgl. *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 3 f., 19 f. und insb. Rn. 21.

<sup>827</sup>

Einen anderen „Trojan Horse“ Effekt beschreiben *Diggelmann/Altwicker*, *ZaöRV* 68 (2008) 623–650, 641, 646.

<sup>828</sup>

Mit einem Satz reißt dies *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 73, an.

<sup>829</sup>

Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.

*Visscher* in den *South-West-Africa*-Entscheidungen zu Tage: *Jessup* nimmt in seiner abweichenden Meinung Bezug auf *de Visschers* Ansichten zur Auslegung der UN-Charta, der wiederum die Charta als Verfassung versteht.<sup>830</sup> Darauf aufbauend geht *Jessup* – wie *de Visscher* – davon aus, dass die UN-Charta besonders auszulegen sei; für ihn folgt aus dem Verfassungscharakter aber – anders als für *de Visscher* –, dass die Entstehungsgeschichte einer Norm berücksichtigt werden müsse.<sup>831</sup>

Die Erkenntnis, dass man einen Vertrag dynamisch auslegen müsse, verliert ohnehin an Bedeutung, weil sie allgegenwärtig geworden ist. Ihre Aussage reduziert sich darauf, dass es jedenfalls auf den historischen Willen der Staaten nicht ankomme. Entscheidend sei die Willensbildung innerhalb der verschiedenen Rechtsordnungen – allen voran bei organschaftlich institutionalisierten Entitäten. Die Idee der Evolution schrumpft oftmals zu der Aussage zusammen, dass bei der Auslegung auch die aktuelle Organpraxis berücksichtigt werden muss, soweit es die Wiener Vertragsrechtskonvention zulasse. Die bemühte Lebendigkeit der Rechtsordnung erschöpft sich insofern meist in dem banalen Phänomen der bloßen Rechtsentwicklung.<sup>832</sup> Es ist zweifelhaft, dass dazu das Bild der Evolution passt oder notwendig wäre – das Bild der Evolution wirkt daher manchmal wie ein überzogener Reflex auf eine überzeichnete Fassung der bereits überkommenen subjektiven Auslegungstheorie.

## C. Fazit

Die Idee der „konstitutionellen Auslegung“ ist nicht neu.<sup>833</sup> Sie ist die Fortentwicklung von Anpassungen und Modifikationen der im Grundsatz offenen WVRK, die für das Recht der internationalen Organisationen vorgenommen wurden. Es ist unklar, ob und ab welchem Zeitpunkt die Diskussion um die „konstitutionelle Auslegung“ auf einen normativen Verfassungsbegriff umgeschwenkt ist und so als Beitrag zur „Völkerverfassungsauslegung“ verstanden werden kann. Es war wohl *Ress*, der als erster und am prominentesten seine Interpretationslehre der UN-Charta auf einen

---

<sup>830</sup> Abweichende Meinung des Richters *de Visscher*, IGH, Entsch. v. 11.07.1950, *International Status of South-West Africa (Namibia)*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, 128, 189.

<sup>831</sup> Abweichende Meinung des Richters *Jessup*, IGH, Entsch. v. 18.07.1966, *South West Africa (Libe-ria v. South Africa)*, ICJ Rep. 1966, 6, 352, 356.

<sup>832</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen zu den unterschiedlichen Konzepten dynamischer Auslegung von EU-Recht unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.a).

<sup>833</sup> *Kadelbach*, in: *Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.)*, *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 19.

Verfassungsbegriff gestützt hat, der über den Verfassungsbegriff von Gründungsinstrumenten im Recht der internationalen Organisationen hinausging.

Dennoch kann man auch diese Form der Völkerverfassungslegung nicht von der Auslegung des Rechts der internationalen Organisationen unterscheiden: Die „constitutional interpretation“ von *Amerasinghe*<sup>834</sup>, *Schermers/Blokke*<sup>835</sup> und *Kadelbach*<sup>836</sup> unterscheidet sich kaum von der „constitutional interpretation“ von *Sloan*<sup>837</sup>, *Ress*<sup>838</sup>, *Fassbender*<sup>839</sup> oder auch *Chesterman/Franck/Malone*<sup>840</sup>, obwohl *Fassbender*, *Ress*, *Chesterman/Franck/Malone* die UN-Charta in einer Doppelrolle als Verfassung der UN und der „Weltgemeinschaft“ bzw. der „International Community“ sehen.<sup>841</sup>

Bei *Ress* ist die konzeptionelle Ambiguität der konstitutionellen Auslegung deutlich erkennbar. Seine Ausführungen fußen zwar auf der Verfassungseigenschaft der UN-Charta, speisen sich inhaltlich aber aus anderen Überlegungen. So führt er aus, dass die evolutive Auslegung gerechtfertigt sei, weil es sich bei der UN-Charta um einen „law-making treaty“ handle.<sup>842</sup>

Gleichzeitig weisen *Ress*' Ausführungen über das damals Bekannte hinaus: Wenn es etwas wie ein Völkerverfassungsrecht gibt, dann muss dies auch Auswirkungen auf seine eigene Interpretation haben. *Ress* dürfte seine Ansicht zu einer Zeit verfasst haben, in der der Kalte Krieg noch andauerte und die Konstitutionalisierungsdebatte noch nicht begonnen hatte.<sup>843</sup> Er nahm damit ein Stück der Entwicklung

---

<sup>834</sup> *Amerasinghe*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2. Aufl. 2005, S. 24 ff.

<sup>835</sup> *Schermers/Blokke*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, §§ 1349 f.

<sup>836</sup> *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 3,4, 19 ff.

<sup>837</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126.

<sup>838</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2. Aufl. 2002, 13–32.

<sup>839</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 131 ff.

<sup>840</sup> *Chesterman/Franck/Malone*, Law and Practice of the United Nations, 2008, S. 4 ff.

<sup>841</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009; *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 1: „Weltgemeinschaft“; undeutlicher *Chesterman/Franck/Malone*, Law and Practice of the United Nations, 2008, S. 13, die nur vom Aufkommen einer internationalen Gemeinschaft sprechen; ausdrücklich dagegen positioniert sich *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 3 f., 21.

<sup>842</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, XLV–LXVII, Rn. 21.

<sup>843</sup> Die erste Auflage des Kommentars wurde Mitte 1990 fertiggestellt, *Cerna*, Am. J. Int. Law 87

vorweg, die das Völkerrecht und die Völkerrechtswissenschaft anschließend vollzogen haben.<sup>844</sup> Seine progressive Sicht ist auch deswegen so bedeutend, weil er seine Gedanken an so herausragender Stelle veröffentlicht hatte: Seine Ausführungen bilden den methodischen Rahmen eines Kommentars, der von einem großen Teil der damals angesehensten deutschsprachigen Völkerrechtler verfasst wurde.<sup>845</sup>

Gleichzeitig zeigt *Ress*, dass die Völkerverfassungswissenschaft besonders gefährdet ist, vom Begriff auf den Inhalt zu schließen, zumal der inhaltliche Rückgriff auf nationale Regeln unerklärlich selektiv ist. Im Grunde wird nur die evolutive Theorie des amerikanischen Verfassungsrechts angewendet.<sup>846</sup> Die Anwendung der evolutiven Theorie bildet aber bereits die amerikanische Methodendiskussion nur unzureichend ab.<sup>847</sup> Es besteht der Verdacht, dass hier nur semantisch zwei Dinge verbunden werden, die unterschiedliche Grundlagen haben. Der Begriff *living instrument* wird dem (US-amerikanischen) Verfassungsrecht entnommen, ohne dass bewiesen wird, dass die Völkerverfassung mit dieser vergleichbar ist. Dabei zeigt *Sloans* Analyse, dass eine Übernahme nicht ohne Weiteres möglich ist. Die Diskussion um die konstitutionelle Interpretation lässt insofern häufig die Auseinandersetzung mit den Spezifika des Völkerverfassungsrechts und des nationalen Verfassungsrechts vermissen.

---

(1993) 471–474, 472.

<sup>844</sup> Kritisch zur Bedeutung des Endes des Kalten Krieges *Diggelmann*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 997–1010, 1006 m. w. N.

<sup>845</sup> *Cerna*, *Am. J. Int. Law* 87 (1993) 471–474, 471.

<sup>846</sup> Deutlich *de Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, S. 100.

<sup>847</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.

## Kapitel 5 – Zusammenfassung

Im Sinne der „mehrpolgigen Dialektik“<sup>848</sup> führt dieses Kapitel die Überlegungen der vorstehenden Kapitel zu einem Vorverständnis der Völkerverfassungsauslegung zusammen. Nachfolgend werden dazu die für die Auslegungslehre entscheidenden Gedanken der Methodenkritik (Kapitel 2), der Verfassungsauslegung in anderen Rechtsordnungen (Kapitel 3) und der konstitutionellen Interpretation nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (Kapitel 4) rekapituliert und weiterentwickelt.

Hierfür beschäftigt sich Abschnitt A mit dem angemessenen Anwendungsbereich juristischer Auslegungsmethoden. In Abschnitt B werden die rechtstheoretischen Besonderheiten des Verfassungsrechts dargestellt, die spezielle verfassungsrechtliche Auslegungsmethoden erforderlich machen. Daran anschließend eruiert Abschnitt C die verfassungstheoretischen und -rechtlichen Vorgaben, die in anderen Rechtsordnungen die Verfassungsauslegung beeinflussen. Und schließlich wird in Abschnitt D dargelegt, warum die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre außerhalb der Wiener Vertragsrechtskonvention erarbeitet werden muss.

### A. Anwendungsorientierung der Auslegungsmethoden

Kapitel 2 hat gezeigt, dass die klassische juristische Methode spätestens seit Anfang des letzten Jahrhunderts stark unter Druck geriet, was zu einer breiten, bis heute andauernden Methodendiskussion geführt hat. Vorläufiges Ergebnis dieser Diskussion ist, dass es aktuell nicht überzeugt, rechtliche Überlegungen insgesamt einer einzigen Methode zu unterwerfen: Das würde einen einheitlichen Rechtsbegriff voraussetzen, den es momentan nicht gibt. Man würde sich damit ein Dogma auferlegen, das erkenntnistheoretisch nicht begründet werden kann. Die Verfassungswissenschaften der untersuchten Rechtsordnungen haben dementsprechend sehr unterschiedliche Auslegungslehren entwickelt, die zum Teil sehr frei mit dem positiven Recht umgehen.<sup>849</sup>

Trotz der grundlegenden epistemologischen Einwände hat der Mainstream der Jurisprudenz die klassische juristische Methodenlehre aber nur modifiziert. Das liegt

<sup>848</sup> Zur „mehrpolgigen Dialektik“ siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.III.3.

<sup>849</sup> Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen zur topischen und kulturwissenschaftlichen Auslegungstheorie unter Kap. 3, Abschn. A.III.2 und A.III.4.

insbesondere daran, dass in der Praxis die wissenschaftliche Freiheit durch das Dogma der Geltung des (Verfassungs-)Rechts begrenzt wird.<sup>850</sup>

Die Rechtspraxis muss sich mit dem geltenden Recht auseinandersetzen. Solange man dem Recht eine normative Regelungs- und Steuerungsfunktion zumisst, ist es im juristischen Sinne auszulegen. Gerichte und alle anderen Rechtsanwender wie auch die Rechtsdogmatik müssen, um diese Funktion zu erfüllen, erkennen können, was das geltende Recht regeln will. Hierfür bedarf es weiterhin juristischer Methoden, die im Rahmen einer anwendungsorientierten Auslegungslehre zu entwickeln sind.

Deswegen wird eine anwendungsorientierte Auslegungslehre dennoch nicht epistemologische Überlegungen außer Acht lassen können; sie darf keiner Vorstellung folgen, die erkenntnistheoretisch widerlegt worden ist. Das gilt insbesondere für die Vorstellung eines geschlossenen Rechtssystems, das sich durch rein logische Syllogismen ausschließlich deduktiv erschließen ließe. Die Beachtung erkenntnistheoretischer Überlegungen bedeutet aber wiederum nicht, dass man sich auf eine Position festlegen bzw. erkenntnistheoretische Positionen während der Auslegung abwägen müsste. Es geht schließlich auch darum, theoretische Komplexität zu reduzieren und die Auslegung praktisch handhabbar zu machen. Legitim ist das allerdings nur dort, wo Praktikabilität selbst eine normative Größe ist. Das gilt allem voran bei der Streitbeilegung und der Entscheidungsfindung auf der Grundlage des Rechts – in der Rechtspraxis also.

Abschließend lässt sich also festhalten, dass die juristische Methode zu Recht weiterhin in der Rechtspraxis Anwendung findet. Auch wenn die juristische Methode nicht allen erkenntnistheoretischen Ansprüchen genügen mag, benötigt die Richterin, die Verwaltungsbeamtin oder der Rechtsdogmatiker eine geordnete Auslegungslehre für das Völkerverfassungsrecht. Dementsprechend muss der Anwendungsbeereich einer völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre begrenzt werden.<sup>851</sup>

## **B. Besonderheiten des Verfassungsrechts**

Insbesondere die Analyse der deutschen Verfassungsauslegung hat ein Bewusstsein dafür geschaffen, welche rechtstheoretischen Besonderheiten des Verfassungsrechts eine eigenständige Auslegungsmethode erforderlich machen.<sup>852</sup> Die

---

<sup>850</sup> Siehe zu diesem Gedanken die Ausführungen unter Kap 4, Abschn. A.IV.

<sup>851</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. D.

<sup>852</sup> Siehe hierzu v. a. die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.4.b) und A.IV.

Besonderheiten wurden in Abgrenzung zum einfachen (Gesetzes-)Recht herausgearbeitet – insofern aus der Sicht eines impliziten, mehr oder weniger strengen Rechtspositivismus. Diese Sichtweise ist auch im Völkerverfassungsrecht zulässig, da die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft rechtspositivistisch ist.<sup>853</sup>

*Stern* beschreibt mehrere Besonderheiten des Grundgesetzes, die die Auslegung des Verfassungsrechts nach besonderen (zusätzlichen) Methoden erforderlich machen.<sup>854</sup> Hieraus lassen sich zwei Charakteristika destillieren, die im besonderen Maße auch auf das Völkerrecht zutreffen: Verfassungsrecht ist politisches Recht, das grundlegende Entscheidungen für eine Gemeinschaft trifft, aber gleichzeitig nur bruchstück- und/oder formelhaft geregelt ist. Zu diesen zwei Punkten kommt hinzu, dass Verfassungsrecht hierarchisch an höchster Stelle steht.

Folge dieser nachfolgend beschriebenen Besonderheiten ist, dass Verfassungen anders auszulegen sind als einfaches Recht;<sup>855</sup> ansonsten ginge man „an dem komplexen Problem heutiger Verfassungsauslegung vorbei“<sup>856</sup>. Auch die Völkerrechtswissenschaft hat dies insbesondere bei der UN-Charta erkannt:<sup>857</sup>

„Whether or not the Charter is a constitution affects the way in which the norms of systemic interaction are to be interpreted by the judiciary, by the political organs, and by the Secretary-General.“<sup>858</sup>

---

<sup>853</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap.2, Abschn. B.III und später unter Kap. 5, Abschn.C.I.1 und Kap. 6, Abschn. C.II.

<sup>854</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.4.b).

<sup>855</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II und A.II.4.a); siehe zudem *Böckenförde*, NJW 29 (1976) 2089–2099, 2091; a. A. *Starck*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 18, der dem Verfassungsrecht unter methodologischen Gesichtspunkten keine Sonderstellung einräumen möchte; ähnlich *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 360 ff., der sich erst spät (in der 5. Auflage seiner Methodenlehre aus dem Jahr 1983) zur Verfassungsinterpretation positioniert und prinzipiell an den für das einfache Recht geltenden Auslegungsgrundsätzen festhalten will (a. a. O., S. 363). Larenz erkennt nur kleinere Besonderheiten: Die historische Auslegung wird wichtiger und die (politische) Folgenabschätzung kann – anders als im Zivilrecht – Teil der Überlegungen bei der Auslegung werden (a. a. O., S. 363 f.).

<sup>856</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 52.

<sup>857</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.I.

<sup>858</sup> *Franck*, in: FS Eitel, 2003, 95–106, 102; so auch *Chesterman/Franck/Malone*, Law and Practice of the United Nations, 2008, S. 9.



## I. Politisches Recht

Es ist anerkannt, dass Verfassungsrecht einen besonderen Regelungsgegenstand hat: Es ist das „Recht für das ‚Politische“<sup>859</sup>, das Recht, das der Politik am nächsten steht.<sup>860</sup> Es ist politisches Recht, das deswegen aber nicht seine Rechtsqualität verliert.<sup>861</sup>

Die Formel, Verfassungsrecht als politisches Recht zu sehen, stammt aus dem Weimarer Methodenstreit und verdeutlicht ein Verfassungsverständnis, das sich vom (reinen) Positivismus und der Begriffsjurisprudenz abgrenzen will.<sup>862</sup> Hinter der Formel steht der Gedanke, dass Verfassungsrecht „in einem spezifischen Sinn politikbezogenes Recht“<sup>863</sup> ist und ein mit der Politik „unmittelbar verschränktes Rechtsgebiet“<sup>864</sup> bildet.<sup>865</sup> Deswegen befinden sich Rechtsfragen im Verfassungsrecht „zugleich im Aggregatzustand politischer Kontroversen“<sup>866</sup>; wegen der „Gleichzeitigkeit von politischem und rechtlichem Aggregatzustand“<sup>867</sup> kann man das Verfassungsrecht auch als „hybriden Rechtstyp“<sup>868</sup> beschreiben.<sup>869</sup>

Eine genaue Demarkation von Recht und Politik wird es daher nicht geben können.<sup>870</sup> Beides fließt im Verfassungsrecht zusammen. Ein strenger Rechtspositivismus wird damit nicht umgehen können, dessen Dilemma in der Zuspitzung des politischen Prozesses deutlich wird: Der revolutionäre<sup>871</sup> Schöpfungsakt einer Verfassung ist für

---

<sup>859</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 16 m. w. N.

<sup>860</sup> *Böckenförde*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 320.

<sup>861</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 1 m. w. N.

<sup>862</sup> *Ders.*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 2 f.

<sup>863</sup> *Böckenförde*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 320 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

<sup>864</sup> *Ders.*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 320 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

<sup>865</sup> *Ders.*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 320.

<sup>866</sup> *Ders.*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 320.

<sup>867</sup> *Schuppert*, in: FS Badura, 2004, 529–552, 547.

<sup>868</sup> *Ders.*, in: FS Badura, 2004, 529–552, 547.

<sup>869</sup> *Ders.*, in: FS Badura, 2004, 529–552, 547, unter Bezugnahme auf *Böckenförde*, in: FS Scupin, 1983, 317–332.

<sup>870</sup> Mit Politik ist hier zunächst der Gegenbegriff zum „Rechtlichen“ gemeint; zu dieser und anderen Bedeutungen des Begriffs der Politik siehe *Isensee*, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 483–557, Rn. 24.

<sup>871</sup> Revolution ist hier nicht in dem Sinne gemeint, wie ihn Haltern versteht (siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.III.3), sondern die Idee, dass eine neue Verfassung die Rechtsordnung vollständig erneuert.

den Rechtspositivismus eine Singularität; inhaltliche Aussagen kann er streng genommen nur über die Zeit danach treffen.

Konkret bedeutet die politische Dimension im deutschen Verfassungsrecht etwa, dass Begriffe wie Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat oder verfassungsmäßige Ordnung, „Schleusenbegriffe“<sup>872</sup> sind, „die keine statischen, sondern in sich bewegte Ideen“<sup>873</sup> tragen.<sup>874</sup> Hier ist daher bei Auslegung die Verfassungswirklichkeit im besonderen Maße zu berücksichtigen.<sup>875</sup>

Die politische Dimension verstärkt sich beim Völkerverfassungsrecht: Völkerrecht ist noch stärker politisiert als nationales Recht – sowohl bei dessen Erzeugung als auch dessen Durchsetzung. Völkerrechtliche Normen werden noch häufiger als nationales Recht nach politischen Verhandlungen außerhalb formeller Gesetzgebungsverfahren erzeugt.<sup>876</sup> Der politische Druck auf das Völkerrecht erhöht sich auch dadurch, dass die Durchsetzung weiterhin stark von der Willkür der Rechtsunterworfenen abhängt. Auch wenn Völkerrecht wegen der Kodifizierung und der Konstitutionalisierung zunehmend in formellen Verfahren geschaffen wird, bleibt das Problem der fehlenden Durchsetzungsmechanismen.

Im Völkerverfassungsrecht können daher Begriffe wie souveräne Gleichheit<sup>877</sup>, Selbstbestimmungsrecht, Grundsätze der Gerechtigkeit oder politische Unabhängigkeit keine „statischen“, sondern nur „bewegte Ideen“ beinhalten.

## II. Formelhaftes und bruchstückhaftes Recht

Die überwiegende Anzahl verfassungsrechtlicher Normen ist programmatisch, das heißt, sie haben einen hohen normativen Anspruch; gleichzeitig sind sie aber meist nur Formelkompromisse, die unvollständig oder bruchstückhaft geregelt sind.<sup>878</sup>

---

<sup>872</sup> *Böckenförde*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 329.

<sup>873</sup> *Ders.*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 330.

<sup>874</sup> *Ders.*, in: FS Scupin, 1983, 317–332, 329 f.

<sup>875</sup> Zur Verfassungswirklichkeit siehe u. a. die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.d).

<sup>876</sup> Insoweit mögen spieltheoretische Überlegungen richtig sein.

<sup>877</sup> Zum Wandel dieses Begriffes siehe etwa *Fassbender*, Aus Politik und Zeitgeschichte (Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“) Nr. 43/2004 vom 18. Oktober 2004, 7–13.

<sup>878</sup> Zur Unterscheidung zwischen echten Entscheidungen, echten Kompromissen und dilatorischen Formelkompromissen (unechten Kompromisse) siehe *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. 2003, S. 29 ff., insb. S. 31 f.

Das äußert sich in einer zurückgenommenen Textmenge (auch: „weniger dichte normative Festlegungen“<sup>879</sup>). Sätze wie „Eigentum verpflichtet“ (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 GG) haben ein umgekehrt proportionales Verhältnis von Bedeutung zu Textmaterial. Solche Ellipsen erschweren den interpretatorischen Zugang. Der Text gibt kaum mehr konkrete Grenzen vor, er öffnet die Verfassung für eine Bandbreite an möglichen Auslegungsergebnissen. Hier arbeitet die Auslegung eigentlich nur noch in einem Unschärfebereich.

Die Unvollkommenheit des verfassungsrechtlichen Textmaterials ist zunächst ein technisches Problem, das durch Zuordnung zusätzlicher (meist systematisch verknüpfter) Auslegungsreserven gelöst werden kann.<sup>880</sup> Ein Beispiel hierfür wäre die Auslegung des nationalen Verfassungsrechts im Lichte völkerrechtlicher Vorgaben, etwa anhand der EMRK oder der Rechtsordnung insgesamt.<sup>881</sup>

Darüber hinaus besteht aber ein grundsätzlicher Widerspruch zwischen dem Anspruch der Verfassung, das politische Leben (für immer) zu ordnen, und ihrer Regelungsdichte.<sup>882</sup>

„Ihr Normziel ist [...] unendlich, das Normgebot aber endlich und notwendigerweise unvollständig.“<sup>883</sup>

Gemessen am Anspruch, eine Gesellschaft grundlegend für immer zu regeln (Normziel im Lichte des Ewigkeitsanspruchs der Verfassung), ist offensichtlich, dass sich das Dogma des geschlossenen Rechtssystems auf Verfassungsebene nicht mehr aufrechterhalten lässt.<sup>884</sup>

Die Formelhaftigkeit von Verfassungsrecht wiegt im Völkerrecht noch schwerer, weil dort Rechtsdogmatiken nur in viel geringerem Umfang erzeugt werden: Rechtsstreitigkeiten werden seltener als im nationalen Bereich gerichtlich gelöst, sodass unbestimmte Regeln nicht durch eine institutionell kohärente Rechtsanwendung konkretisiert werden. Damit wird es vor allem im Völkerverfassungsrecht an

<sup>879</sup> Starck, in: HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, 613–658, Rn. 6.

<sup>880</sup> So etwa bei Herdegen, JZ 59 (2004) 873–879, 873, 877 ff.

<sup>881</sup> Zur Auslegung der Verfassung anhand einfachen Rechts siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.e).

<sup>882</sup> Zum Regelungsgegenstand siehe die Ausführungen unter Kap. 3 Abschn. A.II.4.b).

<sup>883</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 126.

<sup>884</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.1

Rechtserkenntnisquellen fehlen, die juristischer Herkunft und damit im besonderen Maße methodisch verwertbar sind.

### III. Hierarchisch höchstes Recht

Die Verfassung steht an oberster Stelle der (rechtspositivistischen) Normenpyramide. Damit wird es unmöglich, den Inhalt einer begrifflich offenen Norm aus höher-rangigem Recht abzuleiten. Kann man Generalklauseln im Zivilrecht noch mit dem Verfassungsrecht auslegen, ist der Verfassungsauslegung ein Rückgriff auf eine weitere Ebene positiven Rechts verwehrt.<sup>885</sup> Ein der Begriffsjurisprudenz entsprechender deduktiver Syllogismus ist schon allein deswegen nicht möglich. Aus diesem positivistischen Auslegungsproblem wird schnell ein erkenntnistheoretisches; das Münchhausen-Trilemma,<sup>886</sup> wonach die Erkenntnissuche entweder in einem Dogma, einer Tautologie oder einem Endlosregress endet, wird greifbar.

Für die positivistische Verfassungsauslegung heißt das, dass sie nicht nur inhaltliche, sondern auch epistemologische Spannungen nicht deduktiv auflösen kann. Der Blick kann nicht auf eine höhere Ebene gerichtet werden, sondern entweder auf eine gleichhohe oder eine niedrigere. Das gilt insbesondere für das Völkerverfassungsrecht: Es ist endgültig die letzte Stufe des positiven Rechts.<sup>887</sup>

## C. Verfassungstheoretische und -rechtliche Vorgaben

Es hat sich gezeigt, dass bestimmte Charakteristika des Verfassungsbegriffs und bestimmte Vorgaben des Verfassungsrechts entscheidend für die Gestaltung der Auslegungstheorie sind. Dies sind nachfolgend dargestellt zum einen verfassungstheoretische und zum anderen verfassungsrechtliche Erwägungen. Die anschließend dargelegte Erkenntnis, dass konstitutionelles (Völker-)Recht nicht automatisch dynamisch auszulegen ist, kann sowohl verfassungstheoretisch als auch verfassungsrechtlich begründet werden.

### I. Weichenstellungen in der Verfassungstheorie

Auf der Grundlage der Auswertung der Konstitutionalisierungsdebatte (Kapitel 1) und der Verfassungsauslegung in anderen Verfassungsordnungen (Kapitel 3) können die

---

<sup>885</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.IV.

<sup>886</sup> Siehe hierzu *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 9 ff., 13.

<sup>887</sup> Wenn man dem Monismus folgt.

folgenden Weichenstellungen der Verfassungstheorie identifiziert werden, die wesentliche Grundlegungen für die verfassungsrichtige Auslegungslehre enthalten.<sup>888</sup>

Für die Auslegung ist es entscheidend, ob die Verfassung (geschrieben) in einer Urkunde enthalten ist oder sich gewohnheitsrechtlich (ungeschrieben) entwickelt hat. Damit hängt die Frage zusammen, ob die Verfassung in einem konstitutionellen Moment entstanden ist oder sich in einem Prozess fortlaufend bildet. Zudem ist wichtig, ob es sich bei der Verfassung um eine Integrations- oder eine Rahmenordnung handelt, und schließlich kommt es darauf an, ob die Aufgaben der verfassungsauslegenden Organe funktionell oder demokratisch bestimmt werden.

## 1. Verfassungsurkunde oder Gewohnheitsrecht

Kapitel 1 hat gezeigt, dass die Konstitutionalisierungsdebatte verfassungsbegrifflich in zwei Lager eingeteilt werden kann. Auf der einen Seite stehen die Vertreter einer geschriebenen (d. h. urkundlichen) Völkerverfassung, auf der anderen Seite die einer ungeschriebenen (d. h. gewohnheitsrechtlichen) Verfassung.<sup>889</sup> Auch im US-amerikanischen Verfassungsrecht klingt dieser Gegensatz in der Unterscheidung zwischen geschriebener Verfassung und „common law constitution“ an.<sup>890</sup>

Die Rechtsanwendung in Form der Auslegung steht je nach Verfassungsbegriff vor unterschiedlichen Herausforderungen.<sup>891</sup> Bei gewohnheitsrechtlichen Verfassungen würde das Anwenden von Verfassungsrecht bedeuten, solches zunächst einmal als positives Verfassungsrecht zu identifizieren bzw. herauszuarbeiten. Eine Auslegungslehre müsste weitaus stärker induktive Mechanismen bereithalten als deduktive. Bei gewohnheitsrechtlichen Modellen ist die Anwenderin automatisch in einer aktiven Rolle, weil sie die Rechtsnorm unter Umständen erst entwickeln muss. Zugleich wäre die Verfassung *per se* entwicklungs offen, sodass auch deren Normen offener zu interpretieren wären. Geschriebene Verfassungen sehen hingegen *prima facie* einen deduktiven Prozess vor, auch wenn beim Auslegen einer Vorschrift der Blick zwischen Fall und Sachverhalt hin- und herwandert.<sup>892</sup>

---

<sup>888</sup> Zur Verfassungsrichtigkeit einer Auslegungslehre siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.I.3.

<sup>889</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.I und B

<sup>890</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.2 und III.

<sup>891</sup> Zur Bedeutung der Verschriftlichung einer Verfassung siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.III.

<sup>892</sup> Zum „Hin- und Herwandern des Blickes“ siehe nur *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl.

Auch wenn sowohl geschriebene als auch ungeschriebene Verfassungen positivistisch verstanden werden können, hat die Verschriftlichung einer Verfassung – zumal auf Völkerrechtsebene – eine besondere Bedeutung.<sup>893</sup> Die Verschriftlichung betont die Positivierung des Rechts und erhöht die Bedeutung der verschriftlichten Normen. Der Verfassungstext wird damit gleichsam Rahmen und Grundlage der Weiterentwicklung des Verfassungsrechts (dazu gleich mehr).

## 2. Konstitutioneller Moment oder Prozess

Ein entscheidender Gegensatz innerhalb der Konstitutionalisierungsdebatte ist der Gegensatz zwischen einem statischen und einem prozessualen Verständnis des Völkerverfassungsrechts.<sup>894</sup> Als statisches Verständnis werden die Theorien verstanden, für die das Völkerverfassungsrecht in einer Urkunde zum Ausdruck gebracht wird, also insofern in einem konstitutionellen Moment festgehalten wurde. Prozessual hingegen sind die Ansichten, die den internationalen Konstitutionalismus als offenes Projekt verstehen, das zu keinem genauen Zeitpunkt angefangen hat, ein mehr oder weniger offenes Ziel hat und keine inhaltlich genau umreißbare Völkerverfassung hervorbringt.

Die Trennung kommt in dieser reinen Form natürlich nicht vor: Einerseits wird die Konstitutionalisierung nicht von allen als Teil eines prozessualen Verfassungsbegriffs verstanden, sondern rein phänomenologisch auf der Grundlage einer sich immer weiter verdichtenden Völkerverfassung. Andererseits ist auch im statischen Verfassungsverständnis Raum für einen Prozess der Konstitutionalisierung. Allerdings macht es einen erheblichen Unterschied, ob man die Veränderungen durch den Rahmen einer festgelegten Ordnung gesteuert sieht oder vollkommen frei von positiven Vorgaben.

Auf der Grundlage eines prozessualen Verfassungsbegriffs – im Gegensatz zu einem Verständnis, das das Prozesshafte nur als tatsächliches Phänomen auffasst – wird man die Anwendung bzw. Auslegung von Recht mit dessen Fortentwicklung gleichsetzen müssen. Die Fortentwicklung würde dann eher nicht mehr durch eine juristische Methode gesteuert werden, sondern (wohl) durch die Mechanismen des politischen Diskurses.

---

2012, S. 42 ff., 74, 80.

<sup>893</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.2.b).

<sup>894</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.I und Abschn. B.

Bei der Auslegung einer Verfassung hingegen, die in einem konstitutionellen Moment geschaffen wurde, wird man diesen Moment bei der Auslegung berücksichtigen müssen – insbesondere unter Heranziehung der Präambeln.<sup>895</sup> Die Schaffung der Verfassung zu einem bestimmten Zeitpunkt bedeutet zugleich die Unterteilung in eine vorkonstitutionelle und konstitutionelle Rechtsordnung. Die Unterschiede beider Ordnungen wären ebenfalls für die Auslegung relevant.

### 3. Integrationsordnung oder Rahmenordnung

Im Rahmen einer geschriebenen (statischen) Verfassung ist es entscheidend, ob lediglich ein Rahmen vorgegeben wird oder zugleich eine Integrationsordnung. Bei einer Rahmenordnung müsste man durch Auslegung nur die bereits niedergelegten Strukturen verfestigen. Grenzen werden durch horizontale Hierarchisierungen gezogen, das heißt durch klare Regeln, die entscheiden, welche Norm Vorrang im Falle eines Norm-Konfliktes hat. Eine weitere Verästelung innerhalb des Rahmens, etwa durch die Anreicherung der horizontalen Werteordnung, wäre hingegen nicht notwendig. Dieses eher ordoliberalen Verständnis der Verfassungsordnung wird in Reinform eigentlich nicht mehr vertreten, in seiner puren Form kommt es wohl nur noch beim „originalism“ vor und in der von *Forsthoff* vertretenen klassisch-hermeneutischen Auslegungslehre.<sup>896</sup>

Bei einer Integrationsordnung hingegen ist die Verfassungsordnung auch auf eine interne und eine externe Verästelung (mit der Rechtsordnung) angelegt. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit die interne Verästelung auch über den Rahmen der Verfassung hinauswachsen darf. Nach *Hesse* ist das zum Beispiel nicht möglich, bei ihm soll die Auslegung nur die Verfassungsordnung konkretisieren, ohne über den Grenzbereich des Wortlautes hinausgehen zu können.<sup>897</sup> Anders sehen dies aber zum Beispiel *Müller/Christensen* oder die Vertreter der topischen Anwendung von Verfassungsrecht.<sup>898</sup>

Besonders weitreichend wird die Integrationsfunktion der Verfassung in der EU gesehen: Das europäische Verfassungsrecht beauftragt die Gemeinschaft mit der Integration und Weiterentwicklung der Rechtsordnung. Folglich hat sich die EWG – getragen von einem entsprechenden politischen Willen – stetig zu einer immer

---

<sup>895</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.f) und C.III.2.c).

<sup>896</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.1 und Abschn. B.II.1.

<sup>897</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.3.

<sup>898</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.3 und A.III.2.

engeren Union entwickelt. Die Weiterentwicklung ist aber auch weiterhin ein zentraler Baustein der europäischen Verfassungstheorie.<sup>899</sup>

#### **4. Funktionelle oder demokratische Gewaltenteilung**

Die US-amerikanische Diskussion hat gezeigt, dass Auslegungstheorien sehr stark von dem zugrunde gelegten Verständnis der Gewaltenteilung abhängen.<sup>900</sup> Diskussionsentscheidend ist, welche Rolle der US Supreme Court – als das für die Verfassungsauslegung zuständige Organ – im staatlichen Machtgefüge einnehmen soll.

In demokratischen Verfassungsordnungen entzündet sich der Streit um die richtige Interpretationstheorie an der Frage, ob das zuständige Verfassungsgericht allein zur Auslegung der Verfassung befugt ist und ob es dabei in gleicher Weise wie die Judikative an das (Verfassungs-)Recht gebunden ist. Demgegenüber nimmt ein Gericht wie etwa der Europäische Gerichtshof eine Position ein, dessen Rolle nicht nach demokratischen, sondern nach funktionellen Maßstäben bestimmt wird.<sup>901</sup>

Es hat sich gezeigt, dass eine rein funktionelle Beschränkung zu einer dynamischeren Auslegung führt – jedenfalls dann, wenn die Verfassung zugleich einen Integrationsauftrag bzw. -programm enthält (dazu gleich mehr).<sup>902</sup>

## **II. Anhaltspunkte im Verfassungsrecht**

Eingangs der Arbeit ist erklärt worden, dass auch das materielle Recht – abseits von ausdrücklich kodifiziertem Methodenrecht – Auswirkungen auf die Auslegungslehre hat.<sup>903</sup> Hier ist allem voran entscheidend, ob die Verfassung (ausdrückliche oder implizite) Vorgaben enthält, die eine Bindung an das materielle Recht beziehungsweise deren Maß erkennen lassen. Zudem hat Kapitel 3 gezeigt, das daneben ausschlaggebend ist, welche Kompetenzen das auslegende Organ hat und ob die Verfassung ein Integrationsauftrag beziehungsweise ein Integrationsprogramm enthält.

### **1. Bindung an das materielle Recht**

Die untersuchten Verfassungen bringen eine Rechtsbindung unterschiedlich deutlich zum Ausdruck. Im US-amerikanischen Verfassungsrecht befindet sich die deutlichste Positionierung in Art. 6 Abs. 2 der US-Verfassung. Die Vorschrift bindet seinem

---

<sup>899</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2 und C.III.3.

<sup>900</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.I und Abschn. B.II.2.

<sup>901</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.1.

<sup>902</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.

<sup>903</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.I.1.



Wortlaut nach die Judikative der Staaten an die Verfassung und erklärt diese zusammen mit dem Bundesrecht zum höchsten Recht:

„This Constitution and the Laws of the United States [...] shall be the supreme law of the land; and the *judges in every state shall be bound thereby*.“<sup>904</sup>

Der US Supreme Court leitete in *Marbury v. Madison* aus der Wortfolge ab, dass die Verfassung für alle Staatsgewalten gilt:

„Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms [...] that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.“<sup>905</sup>

Auch in der Entscheidung in *McCulloch v. Maryland* war Art. 6 Abs. 2 der US-Verfassung Ausgang der Überlegungen des US Supreme Court zur Auslegung der Verfassung.<sup>906</sup> Die Entscheidung wurde zu einem der Standardnachweise, dass Verfassungen in besonderer Weise auszulegen sind.

Im deutschen Verfassungsrecht ist Art. 20 Abs. 3 GG die zentrale Norm, die nach ihrem Wortlaut die drei Gewalten unterschiedlich eng verpflichtet:

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

Trotz der Unterscheidung zwischen verfassungsmäßiger Ordnung und Recht und Gesetz wird wie auch im US-Verfassungsrecht angenommen, dass Art. 20 Abs. 3 GG die gesamte Staatsgewalt dem Verfassungsrecht verpflichtet.<sup>907</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat aus der Doppelbindung „an Gesetz und Recht“ allerdings gefolgert, dass ein „enger Gesetzespositivismus“<sup>908</sup> abzulehnen sei und die Richter die Aufgabe und Befugnis zur – wenngleich nicht grenzenlosen – „schöpferischen Rechtsfindung“<sup>909</sup> haben.<sup>910</sup> Das Grundgesetz schreibt danach selbst vor,

---

<sup>904</sup> Hervorhebung des Verfassers.

<sup>905</sup> US Supreme Court, Urt. v. 24.02.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 180.

<sup>906</sup> US Supreme Court, Urt. v. 24.02.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 174 f., 180; US Supreme Court, Urt. v. 06.03.1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 406, 433 f.

<sup>907</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 19 ff.

<sup>908</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39.

<sup>909</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 41.

<sup>910</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39 ff.

dass die Auslegung – jedenfalls durch die Gerichte – zwar positiv-rechtlich gebunden ist, die Richter aber damit schöpferisch umgehen können.

Das Verfassungsrecht der EU enthält keine ausdrücklichen Bindungsanweisungen. Allerdings wird man schon aufgrund des Bekenntnisses zur Rechtsstaatlichkeit (Präambel, Art. 2 EUV) eine Bindung der Organe an die EU-Verfassung annehmen können.

## 2. Kompetenzen des Auslegungsorgans

Wer die Verfassung auslegt, beeinflusst auch, wie sie ausgelegt wird.<sup>911</sup> Wer die Verfassung auslegen soll, wird zum Teil bereits auf Ebene der Verfassungstheorie entschieden. Meist enthält die Verfassung aber (auch) materiell-rechtliche Vorgaben, etwa durch die Zuweisung dieser konkreten Aufgabe an ein Gericht, wie zum Beispiel durch Art. 93 Nr. 1 GG oder Art. 19 Abs. 1 EUV bzw. Art. 267 AEUV.

Ebenso wichtig ist, ob einer einzigen und, wenn ja, welcher Gewalt die letztinstanzliche Überwachung der Einhaltung der Verfassung übertragen wird. Die Methodendiskussion im US-amerikanischen und EU-Verfassungsrecht dreht sich im Wesentlichen um die Frage, welche Rolle das auslegende Organ im Verhältnis zu den anderen Verfassungsorganen beziehungsweise – im Falle der EU – zu den Mitgliedstaaten einnimmt.<sup>912</sup> Insbesondere beim Europäischen Gerichtshof sollen materiell-rechtliche Vorgaben des Verfassungsrechts maßgeblich sein für die Frage, inwieweit das Gericht rechtsschöpferisch tätig werden darf.<sup>913</sup>

Das Anwendungsprimat liegt in den anderen untersuchten Verfassungsordnungen, trotz ausdrücklicher Zuweisung, aber nicht allein bei der Judikative bzw. der Verfassungsgerichtsbarkeit, wengleich die Letztentscheidungsbefugnis dort verortet ist. So soll in Deutschland das Parlament als Erst- und das Bundesverfassungsgericht als Zweitinterpret auftreten und auch im US-Verfassungsrecht stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen US Supreme Court und Kongress. Im europäischen Verfassungsrecht wird die Frage in besonderer Weise aufgeworfen: Dort ist zu entscheiden, welche der Gerichte der unterschiedlichen, aber verschränkten

---

<sup>911</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen zu der kulturwissenschaftlichen Auslegungstheorie unter Kap. 3, Abschn. A.III.4.

<sup>912</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.I, Abschn. B.II.2 und Abschn. C.III.1.b).

<sup>913</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.1.b).

Rechtsordnungen (EU-Recht, mitgliedstaatliche Verfassungen und EMRK) inwieweit das Verfassungsrecht auslegen dürfen.

### 3. Integrationsauftrag und -programm

Es hat sich gezeigt, dass die evolutive bzw. dynamische Auslegung des Verfassungsrechts üblicherweise mit der Idee der *living constitution* begründet wird. Tatsächlich genügt dieses Konzept allein aber nicht als Begründung für eine Dynamisierung der Verfassungsauslegung (dazu gleich mehr).<sup>914</sup>

In der EU ist die Interpretation des Verfassungsrechts – einhergehend mit seinen tiefgreifenden Anpassungen – besonders dynamisch. Dort rechtfertigt sich dies aber dadurch, dass das materielle Verfassungsrecht ausdrücklich einen Integrationsauftrag und ein entsprechendes normatives Programm enthält.<sup>915</sup> Besondere Bedeutung hierbei haben die Präambeln der Verträge, die in eigentümlicher Weise die Herkunft der Verfassung und deren Zukunft verbinden.<sup>916</sup>

### III. Keine automatische Dynamisierung

Zwischen verfassungstheoretischer und -rechtlicher Überlegung steht die Erkenntnis, dass Völkerverfassungsrecht nicht automatisch dynamisch auszulegen ist. Es hat sich herausgestellt, dass im Völkerverfassungsrecht zu schnell von der Form (Verfassungsinstrument) auf den Inhalt (Dynamik der Auslegung) geschlossen wird.<sup>917</sup> Das Label *living instrument* genügt oftmals als Scheinargument, dass die Auslegung evolutiv sein müsse.

Die Begründung allerdings, warum ein Instrument eine Verfassung und diese dann „lebend“ sei, entfällt meist. Der Verfassungscharakter genügt als Kürzel, um einen Durchgriff auf nationale Auslegungselemente zu rechtfertigen. Dabei ist der Durchgriff schon selektiv: Sowohl in der deutschen als auch in der US-amerikanischen Verfassungsauslegung gibt es Ansätze, die eine dynamische Auslegung kritisch sehen. Dies gilt allem voran für den „originalism“, der eine Dynamisierung ablehnt, gerade weil es sich um Verfassungsrecht handelt.<sup>918</sup> Die Anhänger des „originalism“ begründen ihre Ansicht mit einem spezifischen Verständnis der Rollenverteilung zwischen

<sup>914</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.II und B.III

<sup>915</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2 und C.III.3.

<sup>916</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.c).

<sup>917</sup> Siehe zum Nachfolgenden die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.III.

<sup>918</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.1.

Verfassungsgerichtsbarkeit und Legislative. Entsprechend wäre aber auch bei der Übertragung der Living-Constitution-Idee eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser spezifischen Vorstellung nötig.

Zwar wird es auf Völkerverfassungsebene eher kein der Ansicht *Bickels* entsprechendes Problem einer „*countermajoritan difficulty*“<sup>919</sup> geben,<sup>920</sup> es ließen sich aber durchaus völkerrechtliche Gründe finden, warum sich die Auslegung am Willen der Gründungsstaaten orientieren sollte. Zum Beispiel spräche der voluntaristische Rechtspositivismus oder die Tatsache, dass es in der UN-Charta formelle Anpassungsmechanismen gibt, für einen völkerverfassungsrechtlichen „*originalism*“ und gegen die Idee der *living constitution*. Im Völkerrecht scheint aber das sprachliche Bild die Auseinandersetzung ersetzt zu haben; das ist problematisch, weil bereits die Idee der *living constitution* uneinheitlich verstanden wird und vielgestaltiger ist, als die Vertreter der konstitutionellen Interpretation annehmen.

Soweit sich der darin enthaltene Evolutionsgedanke in der Beschreibung einer einfachen Rechtsentwicklung erschöpft, enthält die Idee keine normativen Anhaltspunkte, die eine evolutive Auslegung rechtfertigen – schließlich entwickelt sich auch einfaches Gesetzesrecht fort. Eine zwingende Anweisung zur Weiterentwicklung (d. h. Evolution) des Verfassungsrechts würde nur dann existieren, wenn man die Idee der *living constitution* normativ verstünde;<sup>921</sup> eine solch normative Vorgabe wäre aber ausführlicher zu begründen als mit einem Verweis darauf, dass ein bestimmter Vertrag etwas Lebendes hat. Entscheidend ist hierfür, inwieweit das materielle Recht jenen Evolutionsimperativ zum Ausdruck bringt. Die Besonderheit der Auslegung von Verfassungsrecht liegt also nicht darin, dass die Auslegung ausschließlich dynamisch oder evolutiv erfolgt.

Es ist allerdings richtig, dass man sich im Verfassungsrecht nicht einfach auf ein rechtspositivistisches Dogma zurückziehen kann. Anpassungen des positiven Verfassungsrechts sind in den meisten Verfassungsordnungen eher selten, trotzdem entwickelt sich die Gesellschaft weiter. Ein historisch orientierter Rechtspositivismus kann diese Entwicklungen dann nicht abbilden. Zudem darf der Ewigkeitsanspruch der Verfassung nicht als Macht des Vergangenen über das Zukünftige missverstanden werden. Das wäre nur und soweit angemessen, als man den Verfassungsgebern eine größere Weisheit und/oder Legitimation zuerkennt. Das ist aber schon

---

<sup>919</sup> *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962, S. 16 ff.

<sup>920</sup> Siehe zu *Bickels* Ansicht die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.1.

<sup>921</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.a).

deswegen nur beschränkt möglich, weil sie weder die Entwicklungen der Gesellschaft noch alle zukünftigen Fallgestaltungen vorhersehen konnten. Zuletzt ist es eine verfassungstheoretische Frage, ob man die Rechtsordnung *de lege lata* oder *de lege ferenda* im Blick hat. Wäre die Verfassung nur eine Machtbegrenzungs-, Abwehr- oder Rahmenordnung, wäre ein strenger Rechtspositivismus angemessen. Hingegen wird man von einer dynamischen Orientierung ausgehen müssen, wenn die Verfassung ausschließlich eine Weiterentwicklungs- oder Integrationsfunktion übernehmen würde.

Verfassungsrecht wird damit vor allem durch den Grad seiner Entwicklungsoffenheit geprägt. Der Grad dieser Offenheit wird aber durch die Verfassung selbst bestimmt. Die EU-Verfassung geht hier zum Beispiel besonders weit: Sie enthält einen Weiterentwicklungs- und Integrationsauftrag und zudem ein inhaltlich bestimmtes Integrationsprogramm.<sup>922</sup> Diese Vorgaben rechtfertigen eine dynamische Auslegung, allein die Tatsache, dass Recht als Verfassungsrecht charakterisiert wird, hingegen nicht.

## D. Keine Anwendung der WVRK

Es wurde gezeigt, dass die Regelungen der Wiener Vertragsrechtskonvention einen weiten Spielraum lassen, um unterschiedliche Auslegungskonzepte zu integrieren.<sup>923</sup> Vor diesem Hintergrund wäre auch denkbar, die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre im Rahmen der Wiener Vertragsrechtskonvention zu entwickeln; dies würde allerdings der Konstitutionalisierungsidee nicht gerecht werden. Es sprechen grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des Auslegungssystems der Art. 31 ff. WVRK auf das Völkerverfassungsrecht.

## I. Kein Einfluss der Konstitutionalisierungsthese

Zunächst spricht gegen eine Anwendung, dass die Konstitutionalisierungsthese keinen Einfluss auf die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention hatte.

Die Regeln wurden durch die Völkerrechtskommission in den 1950er und 1960er Jahren entwickelt.<sup>924</sup> Sie wurden im Ringen verschiedener Denkschulen ausgearbeitet.<sup>925</sup> Zwar waren bei Verabschiedung der Konvention im Jahr 1969 bereits der „policy-based approach“ einer völkerrechtlichen Verfassung und auch *Verdross'*

<sup>922</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3 Abschn. C.III.2.

<sup>923</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4 Abschn. A.I und A.III.

<sup>924</sup> Zur Entwicklung siehe *Villiger*, RdC 344 (2011) 9–192, 25 ff.

<sup>925</sup> *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 59, 71 ff.

Ausführungen zu einer Völkerrechtsverfassung bekannt. Die Konstitutionalisierungstheorie hatte damals aber noch lange nicht das Momentum, das es später in der Völkerrechtswissenschaft bekommen sollte.

Es ist daher davon auszugehen, dass völkerrechtstheoretische Überlegungen auch keine Bedeutung bei der Entwicklung der Auslegungsregeln hatten. Vor diesem Hintergrund kann man den Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention im besten Falle eine konzeptionelle Blindheit gegenüber dem Völkerverfassungsrecht unterstellen. Dann spräche aber allein die Offenheit des Auslegungsregimes für eine Anwendung dieser Normen auf das Völkerverfassungsrecht. Ein zwingendes Argument ergibt sich hieraus nicht, im Gegenteil, dann würde man die Auslegungslehre allein auf die öffnenden Elemente stützen, das heißt vor allem im Unschärfbereich der Art. 31 ff. WVRK arbeiten, ohne auf dessen Kernaussagen zurückzugreifen.

## II. Beschränkter Anwendungsbereich

Eine bekannte Kritik an der Wiener Vertragsrechtskonvention ist, dass sie nicht zwischen verschiedenen Vertragstypen (Statusverträge, multilaterale Verträge, „law-making treaties“ und so weiter) unterscheidet.<sup>926</sup> Die Problematik des Ansatzes „one size fits all“<sup>927</sup> wurde schon während der Konferenz in Wien 1968 erkannt: Der ausführlich diskutierte Vorschlag, eine *lex specialis* für internationale Organisationen zu entwickeln, setzte sich letztlich aber nicht durch.<sup>928</sup> Stattdessen ist die Wiener Vertragsrechtskonvention gemäß Art. 5 WVRK auch auf Gründungsdokumente anwendbar.

Art. 5 WVRK ist aber in seinem Anwendungsbereich selbst unvollständig: Er berücksichtigt zwar die Gründungsverträge und Verträge, die innerhalb einer internationalen Organisation angenommen werden, nicht aber das Recht, das die Organisation verabschiedet; wie Resolutionen des Sicherheitsrates auszulegen sind, erklärt die Wiener Vertragsrechtskonvention also nicht. Die Konvention war damit von Anfang an unzureichend eingestellt auf die Veränderungen, die das Völkerrecht durch internationale Organisationen erfahren würde – das gilt erst recht für Änderungen durch Völkerverfassungsrecht.

<sup>926</sup> Zum Beispiel *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 396; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 29 ff.

<sup>927</sup> *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, 2012, Art. 31 WVRK, Rn. 29 ff.

<sup>928</sup> *Anderson*, in: *Corten/Klein*, 2011, Art. 5 WVRK, Rn. 11 m. w. N.

Wenn man die UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft ansieht, greifen die Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention zu kurz: Den Art. 31 bis 33 WVRK liegt die Vorstellung eines klassischen Vertragsschlusses zugrunde, womit kaum ein Verfassungsvertrag gemeint sein kann, den die Staaten in Vertretung eines Verfassungssubstrates schließen. Deutlich wird dies etwa in Art. 31 (3) WVRK, der die Auslegung anhand des Kontextes näher bestimmt. Die Norm rückt die Vertragsschließenden ins Zentrum der Auslegung; das passt aber nicht zu der Idee, dass die internationale Gemeinschaft Anfang und Ende der Völkerverfassung ist.

### **III. Fehlende Legitimität gegenüber der Völkerverfassung**

Zuletzt fehlt es der Wiener Vertragsrechtskonvention auch an Legitimität gegenüber der Völkerverfassung. Die Auslegung der Völkerverfassung anhand eines einfachen völkerrechtlichen Vertrages kann dogmatisch nicht sauber gelöst werden. Sie widerspricht der hierarchischen Überordnung der Verfassung. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre die Umkehrung der Hierarchie nur möglich, sofern sie von der Verfassung angeordnet wird. Art. 103 UN-Ch. stellt aber klar, dass dies grundsätzlich nicht der Fall sein soll.

### **IV. Fazit: Völkerverfassungsauslegung außerhalb der WVRK**

Es bleibt festzuhalten, dass Art. 31 bis 33 WVRK nicht zur Völkerverfassungsidee passen. Sie sind ungeeignet, um eine Auslegungslehre mit speziellen völkerverfassungsrechtlichen Interpretationsmechanismen und Regeln zu integrieren. Wichtigstes Argument dafür ist die hierarchische Stellung der Wiener Vertragsrechtskonvention unterhalb der Verfassung der internationalen Gemeinschaft.

Zudem hat das Verfassungsrecht der EU gezeigt, dass die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention für eine Verfassungsauslegung untauglich sind:

„Die EU hat inzwischen staatsähnliche Züge angenommen. Ihre Verwurzelung in völkerrechtlichen Verträgen besteht zwar fort; in ihrer Struktur, ihren Kompetenzen und ihrer Teleologie hat sie aber längst eine Eigenständigkeit gewonnen. Dies macht sich in der Auslegung und Konkretisierung des EU-Rechts deutlich bemerkbar. Schon lange kann bei der Auslegung des geltenden Europarechts auf die völkerrechtlichen Auslegungsregeln, wie sie sich insbesondere in Art. 31 der

Wiener Vertragskonvention von 1969 finden, nicht mehr ohne weiteres zurückgegriffen werden.<sup>929</sup>

Nichts anders gilt für die Auslegung der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft.

---

<sup>929</sup>

*Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 141; anders sehen dies allerdings *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, § 1350: „In addition, it has been demonstrated that there seems to be no fundamental difference between the ‚means employed for the interpretation of constitutions‘ and those for the interpretation of ‚ordinary treaties‘.“ Mit Verweis auf *Satō*, *Hitotsubashi J. Law Pol.* 14 (1986) 1–22.



## TEIL III – AUSLEGUNGSLEHRE

Ausgehend von den Schlussfolgerungen in Kapitel 5 wird nachfolgend eine Auslegungslehre für das Völkerverfassungsrecht entwickelt. Hierfür werden in Kapitel 6 zunächst die völkerverfassungstheoretischen und -rechtlichen Vorgaben der nach Kapitel 1 bestimmten Verfassung an die Auslegungslehre herausgearbeitet, woraus in Kapitel 7 dann vor dem Hintergrund des in Teil II erarbeiteten Vorverständnisses die Kernelemente der Auslegungslehre gebildet werden, die schließlich Kapitel 8 in einen Kanon von Auslegungsregeln mündet.

### Kapitel 6 – Vorgaben an die Auslegungslehre

Wie anfangs der Arbeit dargestellt, spricht *Böckenförde* von der „richtigen“ bzw. „verbindlichen“ Verfassungstheorie als Grundlage zur Bestimmung der richtigen (oder verbindlichen) Auslegungslehre.<sup>1</sup> Er hat diesen Ansatz vor dem Hintergrund einer unumstritten geltenden Verfassung – dem Grundgesetz – entwickelt. Dementsprechend konnte er annehmen, dass die richtige Verfassungstheorie auch die sein muss, die sich aus dem Grundgesetz selbst ergibt. Im Grundsatz ist das eine positivistische Position. Diese kann auf der Grundlage der Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft übernommen werden.

Aufbauend auf den Ausführungen in Teil II werden daher nachfolgend in Abschnitt A *Fassbenders* Völkerverfassungstheorie und in Abschnitt B das materielle Recht der UN-Charta nach Anhaltspunkten für die „richtige“ bzw. „verbindliche“ Völkerverfassungsauslegung untersucht. Diese Anhaltspunkte werden anschließend in Abschnitt C als Rahmenbedingungen der Auslegungslehre zusammengefasst.

#### A. Vorgaben der Völkerverfassungstheorie

Die Besonderheiten der Theorie *Fassbenders* lassen sich besonders gut in Abgrenzung zu den anderen Positionen der Konstitutionalisierungsdebatte bestimmen –

---

<sup>1</sup> Siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.I.3 und B.II.2 und B.III.1.

insbesondere dem gewohnheitsrechtlichen Modell einer Völkerverfassung, die ungeschrieben und fragmentarisch ist.<sup>2</sup>

Für die Auslegungslehre relevant sind der Verfassungsbegriff, die Besonderheiten des Verfassungssubstrats sowie die Fragen, inwieweit die UN-Charta die Völkerrechtsordnung systematisiert und inwieweit sie als Integrationsordnung verstanden werden kann. Des Weiteren ist entscheidend, welche Position die UN-Charta in der geschichtlichen Entwicklung des Völkerverfassungsrechts einnimmt, und schließlich, inwieweit die Verfassungstheorie demokratisch geprägt ist.

## I. Normativ-positivistischer Verfassungsbegriff

*Fassbenders* Verfassungsverständnis fußt auf einem Idealtypus einer Verfassung,<sup>3</sup> der in all seinen Elementen in der UN-Charta verwirklicht wird.<sup>4</sup> Die UN-Charta ist zudem eine normative Verfassung, die sich im Grundsatz nicht nach der Verfassungswirklichkeit richtet, sondern den Anspruch hat, diese zu regeln.<sup>5</sup> Ausdruck dessen ist *Fassbenders* Ansicht, dass die Völkerverfassung (allein) durch die in der UN-Charta vorgesehenen Mechanismen geändert werden kann.<sup>6</sup>

Die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft beruht mithin auf einem normativ-positivistischen Verfassungsbegriff. Das unterscheidet sie von den meisten anderen Positionen der Konstitutionalisierungsdebatte.<sup>7</sup> Der rechtswissenschaftliche Mainstream bekennt sich dort zwar auch zum Rechtspositivismus – schließlich spricht er sich für die Verrechtlichung der internationalen Ordnung aus. *Fassbenders* Theorie geht über dieses Bekenntnis weit hinaus. Er positiviert das Völkerverfassungsrecht besonders deutlich in einer Verfassungsurkunde. Das gewohnheitsrechtliche Modell enthält hingegen nur ein Minimum an positiv-rechtlichen

---

<sup>2</sup> Siehe zu der Gegenüberstellung die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.1 und C.I.2; zu der Bedeutung der Verschriftlichung die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.III.; als fragmentarisch bezeichnet durch *Fassbender*, ESIL Proc. 1 (2006) 377–382, 381.

<sup>3</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 82 ff.

<sup>4</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 86 ff.

<sup>5</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 10, 116 ff.

<sup>6</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 118, 136 ff.

<sup>7</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.2.

Verankerungen; es ist allem voran als Prozessbeschreibung zu verstehen, in der das bestehende Völkerverfassungsrecht nicht genau identifiziert wird.

Die Verschriftlichung der Völkerverfassung ist in *Fassbenders* Theorie hingegen von herausragender Bedeutung.<sup>8</sup> Sie verweist auf wesentliche Elemente des Idealtypus der Verfassung: Die UN-Charta ist eine geschriebene Verfassung, die in einem konstitutionellen Moment verschriftlicht wurde und ein konstitutionelles Programm textlich niederlegt. Durch die Verschriftlichung wird die Einteilung der Völkerrechtsgeschichte in eine vorkonstitutionelle und eine konstitutionelle Zeit dokumentiert.<sup>9</sup> Die Präambel bezeugt dabei den für die Gründung der UN notwendigen Verfassungszeitgeist. Darin stützt sich die UN-Charta ausdrücklich auf einen „pouvoir constituant“ („the peoples of the United Nations“).<sup>10</sup>

Wegen des positivistischen Primats ist die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft zunächst im klassisch-rechtspositivistischen Sinne unpolitisch: In *Fassbenders* Modell ist die Konstitutionalisierung des Völkerrechts kein Selbstzweck. Sie soll keine Mängel des nationalen Konstitutionalismus kompensieren und sie verfolgt auch nicht das Ziel der Humanisierung oder Demokratisierung des Völkerrechts. Erst wenn die Völkerverfassungs-Eigenschaft feststeht, äußert sich ein normativer Anspruch:

„‘Constitution’ is not a magic word that, once pronounced, works miracles. But a perception of a legal instrument as a constitution not only gives it a certain shape and contour but also a claim to a normative importance which will produce certain results.“<sup>11</sup>

Die Normativität greift aber nicht über die Verfassung selbst hinaus. Die Auslegung hat sich an das normative Programm zu halten, das im positiven Völkerverfassungsrecht enthalten oder angelegt ist. Zusätzliche Wertungen außerhalb der UN-Charta dürften nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie zum Völkerverfassungsrecht zählen oder von ihm reflektiert werden können.

<sup>8</sup> Zur Bedeutung der Verschriftlichung im US-amerikanischen Verfassungsrecht siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.III.

<sup>9</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.III.

<sup>10</sup> Zum Vorstehenden siehe *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 86 ff.

<sup>11</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 129.

## II. Völkerverfassungssubstrat

Die Auslegung von Recht muss sich in gleicher Weise wie das Recht selbst nach dessen Letztbegründung richten. Für *Fassbender* ist die Verfassung die Grundordnung einer politischen Gemeinschaft.<sup>12</sup> Diese politische Gemeinschaft, das heißt das Verfassungssubstrat, ist mithin die Letztbegründung der Völkerverfassung.

Mit Verfassungssubstrat ist die Menge derjenigen Subjekte gemeint, die von der Verfassung in Bezug genommen, geordnet oder zu einer Gemeinschaft zusammengefasst werden. Es ist eine der relevanten Bezugsgrößen jeder Verfassungstheorie; sie verdeutlicht, welche Aufgaben eine Verfassung zu erfüllen hat und welche Interessen dabei berücksichtigt werden müssen. Es macht einen Unterschied, ob ein Volk, eine Rechtsgemeinschaft, eine Staatengemeinschaft oder eine internationale Organisation verfasst wird.

Bei der UN-Charta muss aufgrund ihrer Doppelrolle als Verfassung der internationalen Organisation „Vereinte Nationen“ und als Verfassung der internationalen Gemeinschaft zwischen zwei Substraten unterschieden werden. Für das Völkerverfassungsrecht ist nur die internationale Gemeinschaft von Belang. Diese ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen.

*Fassbenders* Verständnis vom Völkerverfassungssubstrat baut auf den Arbeiten von *Tomuschat* auf,<sup>13</sup> der sein Völkerverfassungsverständnis mit Blick auf die internationale Gemeinschaft entwickelt hat. Dabei ist das Konzept der internationalen Gemeinschaft nicht notwendigerweise an die Völkerverfassungstheorie gebunden. Es ist als eigenständige Idee entstanden<sup>14</sup> und zeugt vom Paradigmenwechsel des Völkerrechts im letzten Jahrhundert. Mit der Idee der internationalen Gemeinschaft hat sich die staatszentrische Analyse der internationalen Rechtsordnung zugunsten einer gemeinschaftlichen verschoben.

---

<sup>12</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 16, mit Verweis auf *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999.

<sup>13</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 66 ff.; insbesondere durch *Tomuschat*, *RdC* 241 (1993) 195–374, und *ders.*, *AVR* 33 (1995) 1–20.

<sup>14</sup> Ausführlich zur Herkunft *Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001.

Die internationale Gemeinschaft hat sich inzwischen durch gemeinsame Regeln und Werte so verfestigt, dass ihr eine eigenständige rechtliche Relevanz zukommt.<sup>15</sup> Sie ist mehr als die Summe ihrer Glieder, sie ist „ein überspannendes System, welches die gemeinsamen Interessen aller Staaten und indirekt der Menschheit beinhaltet.“<sup>16</sup>

Die internationale Gemeinschaft ist damit nicht nur ein soziologisches Phänomen – ein Sammelsurium faktischer Erscheinungen –, sondern eine Einheit mit eigener rechtlicher Persönlichkeit; schlussendlich ein Gebilde, das nicht mehr verlassen werden kann.<sup>17</sup> Sie ist der rechtliche Bezugspunkt des Völkerverfassungsrechts. Ihre Legitimität bezieht sie aus ihrer friedenswahrenden und -stiftenden Funktion.<sup>18</sup> Die internationale Gemeinschaft muss dabei in Abgrenzung zu älteren Konzepten wie dem der „Völkerrechtsgemeinschaft“ oder der „Staatengemeinschaft“ definiert werden:

„In contrast to the old society of states, the new international community includes all subjects of international law, and ultimately all human beings. Particular interests of states must yield to community interests, and a state is no longer at liberty to leave the community. The community is united by a set of shared values, and its high degree of cohesion is expressed by the attribute of distinct legal personality.“<sup>19</sup>

Die internationale Gemeinschaft umfasst letztlich alle Völkerrechtssubjekte, das heißt insbesondere alle Staaten, alle internationalen Organisationen, Völker und die historischen Völkerrechtssubjekte (Heiliger Stuhl und Malteser Bund), aber darüber hinaus auch Nichtregierungsorganisationen und insbesondere auch alle Individuen – auf eine Mediatisierung durch ihre Nationalstaaten kommt es nicht an.<sup>20</sup> Der Kreis der von der Völkerverfassung zur berücksichtigenden Interessen geht damit weit über die der Staaten hinaus.

Wegen dieser Universalität kann die internationale Gemeinschaft allein von der UN und deren Organen repräsentiert werden.<sup>21</sup> Die internationale Gemeinschaft hat

---

<sup>15</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 66.

<sup>16</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 227.

<sup>17</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 71.

<sup>18</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 69, mit Verweis auf die Definition in der Präambel der japanischen Verfassung.

<sup>19</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 71.

<sup>20</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 68.

<sup>21</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 76.

durch Gründung der UN das erste Mal eine effektive und institutionelle Repräsentation erfahren; in diesem Sinne konstituieren die UN auch die internationale Gemeinschaft.<sup>22</sup>

### III. Systematisierung der gesamten Völkerrechtsordnung

Die Methodenlehre hat sich intensiv mit der Frage nach dem richtigen Systembegriff auseinandergesetzt. Die überkommene Vorstellung eines geschlossenen Rechtssystems hat sich dabei als falsch herausgestellt.<sup>23</sup> Gleichwohl hat die systematische Dimension einer Rechtsordnung weiterhin eine entscheidende Bedeutung für die Methodenlehre.

Hintergrund ist, dass die juristische Auslegung einerseits auf einen gewissen Grad an Systematisierung angewiesen ist und sie andererseits die weitergehende Systematisierung anstrebt. Dieses Streben ist zunächst Ausdruck eines wissenschaftlichen – und meist auch eines positivistischen – Verständnisses der Rechtswissenschaft.<sup>24</sup> Es entspricht aber auch einem der zentralen Ansprüche an das Recht: Systematisierung verspricht Kohärenz, Kohärenz führt zu Vorhersehbarkeit und vorhersehbare Rechtsentscheidungen sind Ziel jeder Rechtsordnung.

Die Systemfrage ist in ihrer einfachsten Form die Frage danach, wie die einzelnen Regelungen zueinander stehen. Die einfachste Form der Systematisierung der Rechtsordnung ist deren Hierarchisierung. Der juristische Positivismus kann sich hierfür auf *Kelsens* Stufenbau der Normen stützen,<sup>25</sup> die bis heute gängigste Art, die geschriebenen Rechtsordnungen zu ordnen.

Neben der Systematisierung der Rechtsordnung als Ganzes stellt sich die Frage nach dem System des Verfassungsrechts. Inwieweit das Verfassungsrecht selbst eine Rangfolge hat, wird durch das materielle Recht beantwortet (dazu später mehr)<sup>26</sup>. Verfassungsrecht ist üblicherweise durch Gleichordnungen und Überschneidungen geprägt; im Ausnahmefall kann es aber auch (informelle) Rangstufen geben. Im Grundgesetz erfolgt zum Beispiel eine gewisse Hierarchisierung durch die

<sup>22</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 76.

<sup>23</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 2 und Kap 4, Abschn. A.III.1.

<sup>24</sup> Zum Zusammenhang zwischen System und wissenschaftlicher Theorie siehe *Canaris.*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983.

<sup>25</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2008, S. 62 ff.

<sup>26</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2.a).

Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) oder durch die (systematische) Hervorhebung der Menschenwürde am Anfang des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 GG).

Die Hierarchisierung ist auch Teil der Konstitutionalisierungsthese – sie ist Ziel und Grund zugleich: Das Völkerverfassungsrecht strebt eine Hierarchisierung der Völkerrechtsordnung an, zugleich soll diese einer der zentralen Hinweise auf die Existenz von Völkerverfassungsrecht sein. Aus verfassungstheoretischer Sicht zentral ist dabei die Frage, wie die universellen Völkerrechtsquellen zum Völkerverfassungsrecht stehen.

Die Völkerverfassungstheorie *Fassbenders* zeichnet sich durch einen hohen Systematisierungsgrad aus. Die UN-Charta steht als geschriebene Verfassung an der Spitze der Völkerrechtsordnung und ordnet diese umfassend. Das gesamte Völkerrecht hängt mithin vom UN-rechtlichen Ordnungsrahmen ab. Diese Stellung zeigt sich auch darin, dass das einfache Völkerrecht vielfach auf die UN-Charta verweist.<sup>27</sup>

Die besonderen völkerrechtlichen Rechtskategorien (*ius cogens*, die Obligationen *erga omnes* und universelles Völkerrecht) sind für *Fassbender* zwar die soziale Basis der Völkerverfassung,<sup>28</sup> allerdings nicht Teil des Völkerverfassungsrechts: Allgemeines Völkerrecht („general international law“) ist in der UN-Charta aufgegangen und die universellen Völkerrechtsverträge (wie die Menschenrechtspakte) sind zwar als konstitutionelle Nebengesetze („constitutional by-laws“) von verfassungstheoretischer Bedeutung, bleiben aber akzessorisch zur UN-Charta. Diese Systematik gibt vor, inwieweit sie bei der Auslegung zu beachten sind.

## 1. Ius Cogens und Obligationen Erga Omnes

*Per se* zählt *ius cogens* nicht zur Völkerverfassung, obgleich es Überschneidungen geben kann und eine konzeptionelle Ähnlichkeit besteht: Sowohl Völkerverfassungsrecht als auch *ius cogens* können nicht von anderen Verträgen abgeändert werden – *ius cogens* aufgrund seiner Eigenschaft als zwingendes Recht (vgl. Art. 53 WVRK) und das konstitutionelle Recht wegen Art. 108 und 109 UN-Ch.<sup>29</sup> Auch führt ein Verstoß gegen die jeweiligen Normen zum gleichen Ergebnis – zur Nichtigkeit der

<sup>27</sup> *Fassbender*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 141 ff. m. w. N.

<sup>28</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 177, in Abgrenzung zu C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 9. Aufl. 2003, 61 f.; ähnlich Paulus, *Mich. J. Int. Law* 25 (2004) 1047–1073, 1050, der *ius cogens* als „value glue“ beschreibt.

<sup>29</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 124.

verstoßenden Norm (Art. 53 WVRK und Art. 103 UN-Charta).<sup>30</sup> Der entscheidende Unterschied ist aber die Änderungsbefugnis: Völkerverfassungsrecht kann nur über das Verfahren innerhalb der UN-Charta ergänzt werden, während *ius cogens* durch Übereinstimmung der Staaten geändert werden kann.<sup>31</sup> Der Unterschied ist wesentlich: *ius cogens* hat ein anderes Bezugsobjekt als Völkerverfassungsrecht, *ius cogens* bezieht sich auf die Staatengemeinschaft und Völkerverfassungsrecht auf die internationale Gemeinschaft.

*Ius cogens* überschneidet sich in manchen Bereichen auch mit den Obligationen *erga omnes*, zum Beispiel beim Gewalt- und Genozidverbot oder dem Minimum menschenrechtlicher Standards. Beide Rechtskategorien sind aber konzeptionell zu unterscheiden: Obligationen *erga omnes* sind solche, die eine Verpflichtung beinhalten, die jeder Staat der internationalen Gemeinschaft als Ganzem schuldet.<sup>32</sup> Ein Verstoß kann daher theoretisch von jedem Völkerrechtssubjekt geahndet werden.<sup>33</sup> Dieser Mechanismus führt zur Effektivierung der Regelung: Die mangelnde Durchsetzung durch eine Zentralgewalt wird durch eine dezentrale Konstruktion kompensiert. Hierdurch wird die bilaterale Funktionsweise des Völkerrechts aufgelöst. Eine Reziprozität besteht nicht mehr. Obligationen *erga omnes* zeigen, dass sich das Völkerrecht vom Koexistenz- hin zum Kooperationsrecht entwickelt hat; sie nehmen die Gemeinschaft und nicht mehr die Staaten in den Blick. Diese unilaterale Funktionsweise besteht beim *ius cogens* nicht notwendigerweise.

*Fassbender* geht davon aus, dass die Obligationen *erga omnes* zwar letztlich eine Sub-Kategorie des Völkerverfassungsrechts sind,<sup>34</sup> aber nur eine Übergangserscheinung im Prozess der Konstitutionalisierung darstellen.<sup>35</sup> Regelungen des Völkerverfassungsrechts sind *per se* bereits Verpflichtungen *erga omnes*.<sup>36</sup> Durch die Organe der UN kann die internationale Gemeinschaft selbst deren Einhaltung einfordern.

---

<sup>30</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 124.

<sup>31</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 123 f.

<sup>32</sup> *Byers*, NJIL 66 (1997) 211–239; siehe auch IGH, Entsch. v. 05.02.1970, Barcelona Traction, ICJ Rep. 1970, 3, 32.

<sup>33</sup> *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S.181.

<sup>34</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 125 ff.

<sup>35</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 128.

<sup>36</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 125.



Allerdings besteht nur eine unvollständige Repräsentation. Allein beim Gewaltverbot und bei krassen Menschenrechtsverletzungen kann der Sicherheitsrat das Völkerverfassungsrecht durchsetzen. Folglich müssen die Staaten dort, wo (noch) keine organschaftliche Vertretung besteht, als Vertreter der internationalen Gemeinschaft handeln und dem Völkerverfassungsrecht Geltung verschaffen.<sup>37</sup>

Schlussendlich haben die Obligationen *erga omnes* inhaltlich keine weitergehende Bedeutung. Sie bringen nichts zum Ausdruck, was nicht bereits in der UN-Charta enthalten ist. Ihr Anwendungsbereich geht nicht weiter als der des Völkerverfassungsrechts. Im Übrigen gibt es aber inhaltlich keine Konflikte.

Nach diesen Ausführungen sind Obligationen *erga omnes* bei der Auslegung nicht weiter zu beachten. *Ius cogens* als Speicher zentraler Werte der Völkerrechtsordnung bringen hingegen zum Ausdruck, welche Regelungen der UN-Charta von besonderem normativem Wert sind. Dieses normative Minimum von *ius cogens* darf auch durch Auslegung in einer Völkerverfassungsrechtsordnung nicht unterschritten werden.

## 2. Allgemeines Völkerrecht

Der Begriff des „Allgemeinen Völkerrechts“ (auch „General International Law“) wird nicht einheitlich gefasst und war bereits Gegenstand umfassender Diskussionen im Schrifttum.<sup>38</sup> Für *Fassbender* besteht das „General International Law“ aus dem universellen Völkergewohnheitsrecht und dem Völkervertragsrecht, das allgemein akzeptiert ist, sowie aus den generellen völkerrechtlichen Prinzipien.<sup>39</sup> Er unterscheidet zwischen den Regeln des Allgemeinen Völkerrechts, die in die UN-Charta inkorporiert wurden, und denen, die weiterhin gewohnheitsrechtlich bestehen, soweit sie die UN-Charta aufrechterhält.<sup>40</sup>

Nach der Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft ist kein Raum für eine eigenständige Kategorie des Allgemeinen Völkerrechts

---

<sup>37</sup> Zum Vorstehenden siehe *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 125 ff.

<sup>38</sup> Für einen Überblick m. w. N. siehe *Wolfrum*, in: *MPEPIL*, Bd. IV, 2012, 344–368.

<sup>39</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118; zu den Prinzipien siehe *Wolfrum*, in: *MPEPIL*, Bd. IV, 2012, 344–368, Rn. 6 ff.

<sup>40</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 119 f.

außerhalb der Völkerverfassung; die UN-Charta umfasst als Verfassung das gesamte Völkerrecht.<sup>41</sup> Es spielt bei der Auslegung daher auch keine besondere Rolle mehr.

### 3. Universelles Völkerrecht

Universelles Völkerrecht, allen voran die Menschenrechtspakte, werden meist zum Völkerverfassungsrecht gezählt und als Ausweis für die Konstitutionalisierung angeführt.<sup>42</sup>

In *Fassbenders* Theorie sind solche Verträge, die die Weltordnung betreffen („world order treaties“)<sup>43</sup>, auch „Teil des konstitutionellen Fundaments der internationalen Gemeinschaft“<sup>44</sup>. Die universellen Regeln erlangen aber nicht grundsätzlich den Rang von Völkerverfassungsrecht, sondern sind nur konstitutionelle Nebengesetze („constitutional by-laws“) und das auch nur soweit, wie sie die Ziele der UN-Charta fördern und ausgestalten.<sup>45</sup> Sie haben also eine begrenzte Weiterentwicklungs- und Konkretisierungsfunktion. Entsprechend dem positivistischen Primat endet diese Funktion dort, wo die UN-Charta eigene umfassende Regelungen („comprehensive rules“) enthält.<sup>46</sup> Konstitutionelle Nebengesetze können auch nicht das Völkerverfassungsrecht außer Kraft setzen; das ist nur nach den Art. 108 und 109 UN-Ch. möglich.<sup>47</sup>

Für die Völkerverfassungsauslegung sind diese konstitutionellen Nebengesetze von herausragender Bedeutung. Sie konkretisieren und vervollständigen das Völkerverfassungsrecht; sie können dazu führen, dass ehemals offenes Völkerverfassungsrecht stark verdichtet wird und damit zu einem „geschlosseneren“ Regelungssystem

---

<sup>41</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118.

<sup>42</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. B.I.

<sup>43</sup> Tomuschat verwendet diesen Begriff u. a. in *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 269.

<sup>44</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122 (Übersetzung durch den Verfasser).

<sup>45</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

<sup>46</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

<sup>47</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

wird. Konstitutionelle Nebengesetze sind am ehesten dazu geeignet, Völkerverfassungsrecht im Lichte von einfachem Völkerrecht auszulegen.

#### 4. Einfaches Völkerrecht

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass das Völkerrecht insgesamt im Regelungsrahmen der UN-Charta aufgeht. Nach *Fassbenders* Ansicht gilt das Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht, das in der Zeit vor der UN-Charta entstanden ist, nur, weil es von der UN-Charta aufrechterhalten wird.<sup>48</sup> Das Völkerverfassungsrecht steht hierarchisch über dem einfachen Völkerrecht.<sup>49</sup> Jenes entwickelt sich seit Gründung der UN im Rahmen des Charta-Rechts weiter.

Einfaches Völkerrecht hat Relevanz bei der Auslegung. Es bringt den Entwicklungsstand der Völkerrechtsordnung zum Ausdruck und formuliert insofern kodifizierte Ansprüche an das Völkerverfassungsrecht: Es stellt – neben den Resolutionen der Generalversammlung des Sicherheitsrates – einen wesentlichen Teil der Völkerverfassungswirklichkeit dar.

#### 5. Andere Völkerverfassungsordnungen

Die Konstitutionalisierungsidee wird inzwischen auf viele internationale Regelungsregime übertragen. Besonders intensiv diskutiert das Schrifttum die Frage, ob sich die WTO zu einer Verfassungsordnung weiterentwickelt hat.

Insbesondere *Petersmann* vertrat schon sehr früh die Ansicht, dass sich das Welt handelsrecht konstitutionalisiert hätte.<sup>50</sup> Das Verfassungsverständnis von *Petersmann* ist vor allem durch eine kompensatorische und ergänzende Ausrichtung gekennzeichnet.<sup>51</sup> Die Staatsverfassungen bilden wegen ihrer nationalen Perspektive die internationale Verteilung wirtschaftlicher Güter nur unzureichend ab und müssen daher von einer WTO-Verfassung ergänzt werden.<sup>52</sup> Die WTO wird dabei meist als

<sup>48</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 120.

<sup>49</sup> *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 118.

<sup>50</sup> *Petersmann*, CMLRev. 20 (1983) 397–437; *ders.*, EA 44 (1989) 55–64; *ders.*, EJIL 6 (1995) 161–22; *ders.*, in: FS Röss, 2005, 207–222; *ders.*, ZaöRV 65 (2005) 543–585; *ders.*, LJIL 19 (2006) 633–667; *ders.*, in: Joerges/*ders.* (Hrsg.), Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, 2006, 5–58; *ders.*, ZaöRV 74 (2014) 763–821; siehe auch *Stoll*, ZaöRV 57 (1997) 83–146; zu *Petersmann* auch *Fassbender*, in: FS Isensee, 2007, 73–91, 85 f.

<sup>51</sup> *Petersmann*, in: FS Röss, 2005, 207–222, 208; ebenso *Stoll*, ZaöRV 57 (1997) 83–146, 123.

<sup>52</sup> So auch *Stoll*, ZaöRV 57 (1997) 83–146, 113 ff.

„Nebenverfassung“<sup>53</sup> angesehen.<sup>54</sup> Manche Ansichten gehen aber darüber hinaus und haben einen universelleren Anspruch. *Petersmann* spricht zum Beispiel inzwischen vom „Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung“<sup>55</sup>.

Bei einer solch universellen Lesart könnte das WTO-Regime in echter Konkurrenz zur UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft stehen. Die Konkurrenz wäre aber wiederum nur schwer mit dem Universalitätsanspruch einer für alle Völkerrechtssubjekte (und darüber hinaus) geltenden Völkerrechtsverfassung vereinbar.

Möglich wäre, alle nationalen und internationalen konstitutionalisierten Ordnungen zu einem globalen „Verfassungsverbund“<sup>56</sup> zusammenzufassen.<sup>57</sup> Anhand funktioneller (und geographischer) Kriterien könnte man dann eine Systematisierung vornehmen. Die fortschreitende Integration der jeweiligen Verfassungsordnung würde aber zu immer weiterreichenden Überschneidungen und Konkurrenzen führen, wie der europäische Verfassungsverbund aus nationalen Verfassungen, EU-Recht und EMRK zeigt. Auch ein bloßes Nebeneinander der Verfassungsordnungen – ohne Bildung einer zusammengesetzten Verfassung – wäre kritisch zu sehen, da die Konstitutionalisierung von Regelungsregimen wegen ihrer teleologischen Ausrichtung (Funktionalismus) zu einer weiteren Autonomisierung und schließlich zur Fragmentierung der Völkerrechtsordnung führen könnte.<sup>58</sup> Die Konstitutionalisierungsthese würde insofern Ergebnisse hervorbringen, die dem Kern des Verfassungsgedankens widersprechen. Eine Positionierung der unterschiedlichen Verfassungsordnungen zueinander ist daher notwendig.

*Fassbenders* Position in dieser Frage ist undeutlich. Einerseits sagt er, dass die UN-Charta gerade nicht „das Gespenst einer all-umfassenden ‚Weltverfassung‘ [ist], die jeden Aspekt des internationalen Lebens kontrolliert oder vorgibt zu kontrollieren“<sup>59</sup>;

<sup>53</sup> Der Begriff geht zurück auf *Tomuschat*, VVDStRL 36 (1978) 7–64, 52.

<sup>54</sup> *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 65 ff.

<sup>55</sup> *Petersmann*, ZaöRV 65 (2005) 543–585; zurückhaltender allerdings *ders.*, ZaöRV 74 (2014) 763–821.

<sup>56</sup> Der Begriff wurde vor allem von *Pernice* im europäischen Kontext geprägt; siehe etwa *Pernice*, ZaöRV 70 (2010) 51–71.

<sup>57</sup> In diese Richtung gehend *ders.*, in: FS *Tomuschat*, 2006, 973–1005; siehe auch *Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007.

<sup>58</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap 2, Abschn. A.II.3.

<sup>59</sup> *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 129 (Übersetzung durch den Verfasser), wobei er zu Recht in der Fußnote darauf hinweist, dass eine solche Funktion selbst im nationalen Kontext nicht besteht (a. a. O., Fn. 551, mit

andererseits sagt er, dass „die UN-Charta der stützende Rahmen und zugleich die höchste Stufe in der Hierarchie des gesamten internationalen Rechts“<sup>60</sup> sei.

Die Vorstellung, dass vorkonstitutionelles Recht nur gilt, wenn es von der UN-Charta aufrechterhalten wird, zeigt aber, dass sich letztlich das gesamte Völkerrecht in den Rahmen der UN-Charta einordnen muss. Die universelle Völkerrechtsverfassung, wie sie in der UN-Charta zum Ausdruck kommt, steht damit auch hierarchisch über den anderen Teil- und Nebenverfassungen.

Für die Völkerverfassungsauslegung bedeutet dies, dass die UN-Charta nicht nur auf eine innere Einheit ihrer selbst, sondern auch auf die äußere Einheit der Rechtsordnung insgesamt gerichtet ist (dazu später mehr); sowohl UN-Charta als auch die UN-Charta zusammen mit der Völkerrechtsordnung sind mithin als Sinnganzes zu verstehen und in diesem Lichte auszulegen.

## 6. Fazit: UN-Charta als umfassende Völkerverfassung

Der Kernbereich der UN-Charta ist die Friedenssicherung, dennoch ist sie eine umfassende Völkerverfassung:

„(T)he Charter is the supporting frame of all international law and, at the same time, the highest layer in a hierarchy of norms of international law.“<sup>61</sup>

Daraus folgt, dass im Falle einer Kollision von UN-Charta und anderem Völker(verfassungs)recht die UN-Charta vorgeht, dass die UN-Charta die Wertentscheidungen anderer Teilverfassungen nur solange respektiert, wie sie nicht den Prinzipien und Wertentscheidungen der UN-Charta widersprechen, und dass sie die Verfassung des gesamten Völkerrechts ist – sie ist sowohl die Völkerverfassung als auch die Völkerrechtsverfassung. Diese Hierarchie ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Aufgrund dieser Stellung ist es zunächst folgerichtig, dass die Völkerverfassung auch nur aus sich heraus gemäß Art. 108, 109 UN-Ch. geändert werden kann.<sup>62</sup> Die UN-

---

Verweis auf *Isensee*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107, Rn. 48).

<sup>60</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118, siehe auch 169 f.

<sup>61</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118; siehe zur Eigenschaft als „Framework Constitution of the International Community“ *ders.*, *ESIL Proc.* 1 (2006) 377–382, 381.

<sup>62</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*,

Charta schwebt aber nicht über dem Völkerrecht, sondern ist mit ihm verwoben. Die Völkerverfassung ist mithin gleichsam offen für Rechtsentwicklungen außerhalb der UN-Charta selbst. Das gilt insbesondere dort, wo die UN-Charta keine „comprehensive rules“<sup>63</sup> niederlegt.<sup>64</sup> Das wiederum geht – im Umkehrschluss – einher mit der Vorstellung, dass die UN-Charta ein *living instrument* ist;<sup>65</sup> sich also dort weiter integrieren und konkretisieren muss, wo sie unvollständig bleibt.<sup>66</sup>

#### IV. Living Instrument, Unvollständigkeit und Integration

*Fassbender* versteht die UN-Charta als *living instrument*.<sup>67</sup> Unter Verweis auf *Warbrick*, der die UN-Charta gleichzeitig als Prozess und als „set of individual rules and decisions“<sup>68</sup> beschreibt, meint *Fassbender*, dass man die UN-Charta prozessual verstehen könne.<sup>69</sup> Zwar gäbe es auch bei Gesetzesrecht informelle Änderungen, allerdings sei wegen des konstitutionellen Ewigkeitsanspruchs und der Schwierigkeiten der formellen Anpassung diese Eigenschaft besonders hervorgehoben.<sup>70</sup> Die UN-Charta sei in ständiger Bewegung, wodurch sich ihr Gefüge („texture“) durch „dicke Schichten politischer und juristischer Entscheidungen“<sup>71</sup> ändere.<sup>72</sup> Zentrale Resolutionen der Generalversammlung würden dies belegen. Die *Uniting for Peace Resolution* und andere Resolutionen wie die *Universal Declaration of Human Rights*, *Friendly Relations Declaration*, *Charter of Economic Rights and Duties of States* und

---

2009, S. 122.

<sup>63</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

<sup>64</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122.

<sup>65</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 129 ff.

<sup>66</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.1.3.

<sup>67</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130 ff., 136 ff.

<sup>68</sup> *Warbrick*, in: *Lowe/ders.*(Hrsg.), *United Nations and the Principles of International Law*, 1994, 204–229, 212.

<sup>69</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130.

<sup>70</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130.

<sup>71</sup> *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 251 (Übersetzung durch den Verfasser).

<sup>72</sup> *Fassbender* folgt dieser Sichtweise: *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130.

die Definition of Aggression haben maßgeblich zur Entwicklung und Kodifizierung der Prinzipien und Regeln der UN-Charta beigetragen.<sup>73</sup>

Allerdings schränkt *Fassbender* seine Living-Instrument-Doktrin selbst ein. Zunächst stellt er fest, dass nicht jede Konkretisierung, Modifikation oder Weiterentwicklung durch solche politischen und juristischen Entscheidungen verfassungsgemäß sei; es müsse jede Weiterentwicklung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden.<sup>74</sup> Die UN-Charta müsse als lebendige Verfassung zwar informelle Änderungen einbeziehen, um nicht irrelevant zu werden, sie müsse diese Änderungen aber gleichzeitig selbst steuern können.<sup>75</sup> Das geht mit der herausragenden Bedeutung der Änderungsmechanismen der UN-Charta (Art. 108, 109 UN-Ch.) einher, die nach *Fassbenders* Ansicht nicht übergangen werden dürfen.<sup>76</sup>

Die Folgen aus der Living-Instrument-Prämisse sind mithin wesentlich verkürzt. Das Bild der lebendigen Verfassung verdeutlicht im Wesentlichen nur, dass es auf den Willen der Gründungsstaaten nicht ankommen darf. Daraus folgt, dass allein die Organe der UN die Kompetenz haben können, die Völkerverfassung zu ändern.<sup>77</sup> Sowohl die formelle Änderung als auch die (verfassungsgemäße) konkretisierende Auslegung wird folgerichtig nicht den Staaten überlassen, sondern den UN-Organen im Rahmen des formellen Änderungsverfahrens oder im Rahmen ihrer Handlungsmöglichkeiten übertragen.

Der Charakter der UN-Charta als Völkerverfassung ist letztlich mehrdeutig. Die UN-Charta kann zwar prozessual verstanden werden, bleibt aber in sich selbst verhaftet. Entwicklungen müssen anhand der UN-Charta legitimiert werden. Sie bleibt Fundament und Gerüst der Weiterentwicklung. Die UN-Charta ist insofern zwar eine Integrationsordnung, aber die Integrationsoffenheit gilt nicht immer und grundsätzlich, sondern nur dort, wo die UN-Charta unvollständig reguliert ist.

---

<sup>73</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130.

<sup>74</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 131.

<sup>75</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 136.

<sup>76</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 122, 136 ff.

<sup>77</sup> Deutlich *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 139.

Für die Auslegung bedeutet dies, dass in manchen Bereichen eine dynamische Auslegung notwendig ist, die aber, je weiter die UN-Charta sich auch dort verfestigt, einer immer weniger evolutiven Methode weichen muss. Es gilt dabei, das Wechselspiel zwischen Völkerverfassungsrecht und Völkerrechtsordnung zu beachten: Die Völkerrechtsordnung insgesamt definiert – vor allem in den Bereichen, in denen die UN-Charta unvollständig ist – die rechtlichen Ansprüche an das Völkerverfassungsrecht. Das Völkerverfassungsrecht muss diese Ansprüche ernst nehmen und – soweit möglich – im Einklang mit ihren Regelungen integrieren.<sup>78</sup> Das heißt, dass das Völkerverfassungsrecht dort, wo es integrationsbedürftig ist, in besonderer Weise auf die Völkerrechtsordnung insgesamt angewiesen ist. Rechtsordnung und Völkerverfassungsrecht können hier allein durch die Völkerverfassungsauslegung unter Lockerung des hierarchischen Verhältnisses verbunden werden.

## V. Historischer Horizont

Das zuvor beschriebene systematische Verhältnis der UN-Charta zu den anderen Regelungen des Völkerrechts verdeutlicht auch die historische Stellung der Völkerverfassung innerhalb der Völkerrechtsentwicklung: Die UN-Charta dokumentiert den Moment, in dem die Völkerrechtsordnung auf eine umfassende neue Basis gestellt wurde. Das gesamte Völkerrecht, das vor der UN-Charta bestand, gilt nach Abschluss der UN-Charta nur deswegen, weil es von ihr aufrechterhalten oder inkorporiert wurde.<sup>79</sup> Die Völkerverfassung ist somit sozusagen die rechtliche Singularität, von der die neue Völkerrechtsordnung aus strukturiert wird. Diese Zuspitzung kommt im gewohnheitsrechtlichen Modell des Völkerverfassungsrechts nicht vor.<sup>80</sup>

Diese Besonderheit folgt daraus, dass die UN-Charta von Anfang an die Verfassung der internationalen Gemeinschaft war. Entsprechend kann an eine gewachsene Völkerverfassungsgeschichte nicht angeknüpft werden, obgleich der vorkonstitutionelle Zustand als historischer Horizont für die Auslegung relevant ist.

### 1. Beginn der Verfassungsqualität

Vor allem für die historische Auslegung ist wichtig, ab welchem Moment eine Verfassung existiert. Sofern ein Regelwerk erst ab einem bestimmten Zeitpunkt nach der

<sup>78</sup> Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III.4.

<sup>79</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118 ff.

<sup>80</sup> Siehe zum Vorstehenden auch die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.2.



eigentlichen Entstehung zur Verfassung wurde, ist dieser Zeitpunkt und die Gründe für die Umqualifizierung maßgebend für die Auslegung als der Entstehungszeitpunkt des Regelwerks selbst. Wenn die UN-Charta also erst im Laufe der Zeit verfassungsrechtlich angereichert wurde, dann ist sie eher Projektionsfläche der veränderten rechtlichen und tatsächlichen Umstände seit ihrer Entstehung und nicht Ausdruck der Bestrebungen im Zeitpunkt ihrer Ausarbeitung. War sie allerdings schon von Anfang an Verfassung, dann sind die Wertungen, die ihr zugrunde gelegt wurden, in einem höheren Maße zu berücksichtigen – insbesondere bei ihrer Auslegung.

*Fassbender* bleibt undeutlich bei der Bestimmung des Zeitpunktes, zu dem die UN-Charta zur Völkerverfassung wurde. Zu Beginn der Arbeit an seiner Völkerverfassungstheorie bestimmte *Fassbender* noch nicht eindeutig den Zeitpunkt, ab dem die UN-Charta den Charakter einer Verfassung angenommen hat. Er führte aus, dass zwar gute Argumente dafür sprechen, dies schon vom Zeitpunkt der Gründung der UN an anzunehmen; jedenfalls sei sie aber im Laufe der Zeit zur Verfassung der internationalen Gemeinschaft geworden.<sup>81</sup> Inzwischen tendiert er eher dazu, dass bereits bei Gründung der UN eine Verfassung angenommen wurde.<sup>82</sup> Das ist folgerichtig, denn ein großer Teil der (vor allem empirischen) Verfassungsmerkmale betrifft die Verabschiedung beziehungsweise den Entstehungszeitpunkt der UN-Charta: Dass eine Verfassung in einem konstitutionellen Moment als Ausdruck eines Verfassungszeitgeistes verabschiedet wird,<sup>83</sup> widerspricht der Annahme, dass sich die Charta die Verfassungsseigenschaft erst im Zeitverlauf angeeignet hat.

Gegen die Verfassungsqualität von Anfang an könnte man aber einwenden, dass die Geltung der UN-Charta bei Gründung der UN territorial begrenzt war, was gegen eine universelle Geltung spricht. Die Universalität ist aber ebenfalls Element des idealen Verfassungsbegriffs. Die territoriale Begrenzung wird auch nicht durch Art. 2 (6) UN-Ch. überwunden. Die Vorschrift verpflichtet die UN allein dazu, dafür Sorge zu tragen, dass auch alle Nicht-Mitglieder nach den Grundsätzen der UN-Charta handeln. Die

---

<sup>81</sup> *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998, S. 3, 114; *ders.*, ESIL Proc. 1 (2006) 377–382, 380: „I suggested that the Charter, although it was formally created as a treaty, is characterised by a constitutional quality which in the course of the last 50 years has been confirmed and strengthened in such a way that today the instrument must be referred to as the (substantive and formal) constitution of the international community.“ *Ders.*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 1; deutlicher *ders.*, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, 133–147, 133; ebenfalls mit einer stärkeren Betonung des Gründungs moments *ders.*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 36 und 39.

<sup>82</sup> *Fassbender*, *Chin. J. Int. Law* 15 (2016) 489–515, Rn. 36 ff.

<sup>83</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 86.

Norm ist nur Ausdruck des Anspruchs auf Universalität, nicht hingegen Rechtsgrundlage der Universalität.<sup>84</sup> Die erst spätere Ratifizierung der UN-Charta durch weitere Staaten spricht dennoch nicht gegen die Verfassungseigenschaft: Es gibt Beispiele, in denen es zu späteren Beitritten zu einer Verfassung kam, ohne dass damit die Verfassungseigenschaft des ursprünglichen Gebildes bezweifelt werden müsste – etwa bei der EG oder dem Grundgesetz. Auch in der UN-Charta war zur Zeit der Verabschiedung der Nukleus einer universellen Völkerverfassung angelegt, mit dem Ziel einer globalen Wirkung. Das Ziel ist inzwischen im Grunde auch erreicht worden; zu Recht hatte *Verdross* daher von der UN-Charta als „antizipierte Verfassung der universellen Völkerrechtsgemeinschaft“<sup>85</sup> gesprochen.

Man könnte gegen den anfänglichen Verfassungscharakter zudem noch einwenden, dass zur Zeit der Gründung der UN die Kolonialisierung anderer Völker noch weit verbreitet war, mithin die UN-Charta für erst später unabhängige Staaten abgeschlossen wurde. Aufgrund der nunmehr universellen Anerkennung wiegt aber auch der Kolonialismus-Einwand – im Hinblick auf die Verfassungseigenschaft – weniger schwer. Überdies war das Recht der UN-Charta gerade ein wichtiger Hebel für die Dekolonialisierung:<sup>86</sup> Die UN-Charta garantierte erstmalig materiell-rechtlich das Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 (2), 55, 73 UN-Ch.); dieses Recht wird zudem vom UN-Treuhandsystem (Kapitel XII UN-Ch.) ergänzt, das die Selbstregierung und Unabhängigkeit der Treuhandgebiete fördern sollte. Aus diesen Regelungen – und nicht zuletzt der Präambel – geht also hervor, dass die UN-Charta nicht auf die Interessen der (Kolonial-)Staaten gerichtet ist, sondern im Dienste aller Völker steht.

## 2. Völkerverfassungsrechtliche Kontinuität

Trotz der Bildung der Völkerverfassung in einem konstitutionellen Moment ist die vorkonstitutionelle Rechtsordnung als historischer Horizont für die Auslegung von Bedeutung.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Siehe dazu auch *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 110 f.

<sup>85</sup> *Verdross*, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, S. 21, siehe auch S. 35; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. viii f.; dazu *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 31 f.

<sup>86</sup> *R. Khan*, in: MPEPIL, Bd. II, 2012, 1093–1098, Rn. 6 f.; *Kämmerer*, in: MPEPIL, Bd. II, 2012, 332–341, Rn. 5, 14.

<sup>87</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.f).

*Verdross/Simma* erkennen eine völkerverfassungsrechtliche Entwicklung, die beim Briand-Kellogg-Pakt einsetzt und sich über den Völkerbund in der UN-Charta fortgesetzt hat.<sup>88</sup> Auch *Fassbender* geht davon aus, dass selbst Verfassungen, die eine Gemeinschaft auf ein neues Fundament setzen bzw. eine eigene Gemeinschaft verfassen, sich notwendigerweise auf die Vergangenheit beziehen müssen:

„The past is always prologue to the present. No constitution can ignore or deny it. By necessity, even a ‚revolutionary constitution‘ that fundamentally turns against the previous legal order is taking account of the past.“<sup>89</sup>

Allerdings entsteht dadurch keine völkerverfassungsrechtliche Kontinuität in dem Sinne, dass sich einzelne Verfassungen abgelöst hätten. Das vorkonstitutionelle Recht spielt nur – und so ist *Fassbender* auch zu verstehen – als historischer Horizont eine Rolle,<sup>90</sup> der bei der Auslegung herangezogen werden kann. Der vorkonstitutionelle Zustand ist von der Auslegung insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn er durch die UN-Charta überwunden wurde.

## VI. Demokratische Prägung?

Laut Präambel stützt sich die UN-Charta auf die Völker der „Vereinten Nationen“. Dieser im Kern demokratische Hinweis wird dadurch verstärkt, dass die UN-Charta auf die Menschenrechte verweist. Der Menschenrechtspakt von 1966 enthält wiederum Menschenrechte, die essenziell mit der Demokratie verbunden sind: Meinungsfreiheit (Art. 19), Versammlungsfreiheit (Art. 21), Vereinigungsfreiheit (Art. 22), das Recht, ein öffentliches Amt zu bekleiden (Art. 25), und das Wahlrecht (Art. 25).

Auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung enthält einen Passus, der den Willen des Volkes (genauer „people“) als legitimierendes Fundament politischer Macht beschreibt (Art. 21 Nr. 3 Menschenrechtserklärung). Des Weiteren hat die Generalversammlung in zahlreichen Resolutionen ausgeführt, dass demokratische Strukturen im internationalen Recht gestärkt werden sollen.

<sup>88</sup> *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 75 ff., die sogar beim Westfälischen Frieden ansetzen; kritisch hierzu *Fassbender*, in: Erberich/Hörster/Hoffmann/Kingreen/Pünder/R. Störmer (Hrsg.), *Frieden und Recht*, 1998, 9–52, 34 ff.

<sup>89</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 87.

<sup>90</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 87.

Besonders deutlich wurde dies in der Millennium Deklaration und der Resolution zum World Summit Outcome 2005.<sup>91</sup> Im Dokument zum World Summit heißt es: „[D]emocracy is a universal value based on the freely expressed will of people to determine their political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives“, und weiter: „[D]emocracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing“.<sup>92</sup>

Insofern könnte man annehmen, dass auch die UN-Charta ein demokratisches Prinzip enthält, zumal der Verfassungsbegriff selbst inzwischen als untrennbar verbunden mit den Werten der Menschenrechte, der politischen Freiheit, des Selbstbestimmungsrechts der Völker, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Gewaltenteilung gesehen wird.<sup>93</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob die Völkerverfassung erfordert, dass die internationale Gemeinschaft nach demokratischen Prinzipien zu ordnen ist und entsprechend die Auslegung dies zu berücksichtigen hat, wie es zum Beispiel in der US-amerikanischen Verfassungsauslegung der Fall ist.<sup>94</sup>

Der Text der UN-Charta enthält keine direkte Referenz an ein demokratisches Prinzip. Aus der Verfassungseigenschaft selbst wird man dies auch nicht ableiten können, da *Fassbenders* Verfassungsbegriff eine demokratische Gewaltenteilung nicht voraussetzt. Die wesentliche Funktion der Völkerverfassung, die Ordnung und Begrenzung der politischen Macht durch Recht kann sie auch durch eine beliebige funktionelle Gewaltenteilung erreichen, wenn diese Gewaltenteilung ein Mindestmaß an checks und balances enthält.<sup>95</sup> Die UN erreicht dies im Wesentlichen durch die Verteilung der Macht auf die Generalversammlung, den Sicherheitsrat und den Internationalen Gerichtshof, die alle ihre Aufgaben im Rahmen einer bestimmten Funktion ausüben. Es ist offensichtlich, dass die UN als institutioneller Ausdruck der internationalen Gemeinschaft nicht als demokratisches System ausgestaltet sind.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> GV, Res. v. 08.09.2000, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2; GV, Res. v. 16.05.2005, 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1.

<sup>92</sup> GV, Res. v. 08.09.2000, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2; GV, Res. v. 16.05.2005, 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, Rn. 135.

<sup>93</sup> Siehe nur *Isensee*, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 3–107; *Grimm*, in: HStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, 3–44; dazu *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 25.

<sup>94</sup> Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.I.

<sup>95</sup> Zu „checks and balances“ siehe auch *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 100, 131, 146; zurückhaltender im Vergleich zur US-Verfassung *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 65 ff., insb. 70.

<sup>96</sup> Nachdrücklich auch *Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, 2006, S. 66 ff., 101 f.,

Es kann daher auch bezweifelt werden, dass die (nachfolgende) Entwicklung der Völkerrechtsordnung dazu geführt hat, dass das Demokratieprinzip Teil des materiellen Völkerverfassungsrechts derart wurde, dass sich die UN danach auszurichten hätten. Damit ist nicht gesagt, dass nicht das Demokratieprinzip zwischen den Mitgliedstaaten gilt, mit der Folge, dass das Prinzip der souveränen Gleichheit durch das Demokratieprinzip ersetzt bzw. modifiziert wurde.<sup>97</sup> Das Völkerverfassungsrecht selbst folgt aber keinen demokratischen Strukturen. Die zuvor genannten Anhaltspunkte für eine demokratische Prägung des Völkerverfassungsrechts sind allesamt Pflichten, die sich an die Staaten richten, nicht jedoch an die UN oder die internationale Gemeinschaft selbst.

Für die Auslegung bedeutet das, dass sie sich nach der funktionellen Gewaltenteilung, wie sie die UN-Charta vorsieht, zu richten hat und nicht nach demokratischen Prinzipien.<sup>98</sup> Das heißt, dass die auslegenden Organe nicht den Grenzen einer demokratischen Gewaltenteilung unterworfen sind und dass die Auslegungsergebnisse der jeweiligen Organe im Rahmen ihrer Funktion von besonderer Bedeutung sind. Die zweite Feststellung findet allerdings eine Einschränkung darin, dass die Auslegung (auch) die internationale Gemeinschaft als Verfassungssubstrat berücksichtigen muss. Das bedeutet letztlich, dass die Völkerverfassungsauslegung allein solchen Handlungen der UN-Organe zur Wirksamkeit verhelfen darf, die den Willen und die Interessen der internationalen Gemeinschaft zum Ausdruck bringen. Dies erfolgt vor allem durch die Generalversammlung, da sie die internationale Gemeinschaft am umfassendsten abbildet.<sup>99</sup>

---

insb. 69: „There is nothing in the Charter comparable to the U.S. Constitution’s conferral of ‚legislative,‘ [sic] ‚executive,‘ [sic] or ‚judicial‘ authority under the Constitution’s articles I, II, and III respectively.“

<sup>97</sup> Vgl. zu diesem Ansatz etwa *Kokott*, ZaöRV 64 (2004) 517–533; zu einem neuen Verständnis des Prinzips der souveränen Gleichheit siehe *Fassbender*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2006, 115–143; *ders.*, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, 1089–1101; *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 109 ff.

<sup>98</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.4.

<sup>99</sup> Zur Unvollständigkeit der organschaftlichen Vertretung der internationalen Gemeinschaft siehe *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 75.

## B. Vorgaben des materiellen Völkerverfassungsrechts

Das deutsche Verfassungsrecht kennt keine expliziten Auslegungsregeln; dafür kennt es aber inhaltliche Vorgaben und Schranken der Auslegung: die Bindung an Recht und Gesetz, das Gleichheitsgebot, das Rechtsstaatsgebot und die Ewigkeitsgarantie. Im Verfassungsrecht der EU sind es unter anderem die Vorgaben des Art. 3 EUV als „Grundnorm des Integrationsprogramms“<sup>100</sup>, aber auch Art. 19 Abs. 1 EUV i. V. m. Art. 340, 352 AEUV oder Art. 5 EUV, die die Auslegung beeinflussen. Neben materiellen Vorgaben ist ebenso das Verständnis von der Rolle des auslegenden Organs wichtig. Insbesondere die US-amerikanische Diskussion befasst sich mit der Rolle des US Supreme Court. Die Rolle wird definiert durch die Gewaltenteilung, wie sie in der Verfassung niedergelegt ist.<sup>101</sup>

Auch die UN-Charta enthält solche materiellen Vorgaben. Das Recht der UN-Charta beeinflusst die Auslegung meist indirekt. Ein letztbefugtes Verfassungsgericht gibt es hingegen nicht:<sup>102</sup> Der Internationale Gerichtshof ist weitaus schwächer als der Europäische Gerichtshof, der US Supreme Court oder das Bundesverfassungsgericht. Allerdings gibt es Hinweise auf einen Völkerverfassungspositivismus und eine Hierarchisierung des Völkerverfassungsrechts selbst. Schließlich enthält die UN-Charta eine Art Integrationsprogramm, allerdings keinen ausdrücklichen Integrationsauftrag wie im EU-Verfassungsrecht.<sup>103</sup>

### I. Rechtliche Anknüpfungspunkte der Auslegung

Das Recht der UN-Charta enthält materiell-rechtliche Vorgaben und Mechanismen, die auf die Auslegung zurückwirken. Allen voran ist das Art. 38 (1) IGH-Statut i. V. m. Art. 92 UN-Ch., der festlegt, dass der Internationale Gerichtshof Streitigkeiten „in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht“ zu entscheiden hat. In der Vorschrift ist die

<sup>100</sup> *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, 4. Aufl. 2011, Art. 3 EUV, Rn. 1; mit anderer Bedeutung des Begriffs „Integrationsprogramm“ BVerfG, Beschl. 23.06.1981, Eurocontrol I, 2 BvR 1107/77, 1124/77 und 195/79, Rn. 107; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 14.01.2014, OMT-Beschluss der EZB, 2 BvR 2728/13, Rn. 20 f., 31.

<sup>101</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.II.

<sup>102</sup> So z. B. auch *Payandeh*, ZaöRV 66 (2006) 41–71, 49 m. w. N.; siehe auch *Fassbender*, EJIL 11 (2000) 219–232.

<sup>103</sup> Siehe zum Vorstehenden die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.II.

Bindung an das positive Recht angelegt. Solche Bindungsanweisungen sprechen für die Anwendung klassischer juristischer Auslegungsmethoden.

Die Bindungsanweisungen gibt es mit unterschiedlicher Intensität an mehreren Stellen der UN-Charta. Indirekten Einfluss auf die Auslegung hat zudem auch die Systematisierung des UN-Rechts in vertikaler und horizontaler Richtung. So hierarchisiert die UN-Charta die in ihr enthaltenen Werte: An der Spitze steht der internationale Frieden mit seiner Norm-Trias aus Gewaltverbot, Friedenssicherungsgebot und Friedensförderungspflicht. Dahinter ordnen sich die anderen Ziele und Prinzipien der UN ein, die in einem Gleichordnungsverhältnis zueinander stehen.

## **1. Bindung an das positive Völker(verfassungs)recht**

Die UN-Charta enthält enge und lose Bindungsanweisungen; sie verpflichtet die Teilnehmer der internationalen Gemeinschaft, aber vor allem deren Organe unterschiedlich eng zur Beachtung des Völkerrechts und des in ihr enthaltenen Völkerverfassungsrechts. Über solche Bindungen an das positive Recht hinaus gibt es aber auch allgemeine Hinweise darauf, dass sich die UN-Charta zu einem Verfassungspositivismus bekennt.

### **a) Hinweise auf einen Verfassungspositivismus**

Für einen Verfassungspositivismus sprechen zunächst die Bindungsanweisungen selbst, zudem die Existenz eines Änderungs- und Revisionsmechanismus und schließlich das Bekenntnis (der Generalversammlung) zur „rule of law“.

#### **aa) Bindung an das positive Völkerrecht**

Schon die Präambel enthält die Pflicht zur Achtung der Verpflichtungen aus Verträgen und anderen Quellen des Völkerrechts. Daneben finden sich in der UN-Charta noch weitere Bindungsanweisungen in Art. 1 (1), (2), 2 (6), 24 (2) und 25 UN-Ch. und Art. 38 (1) IGH-Statut. Darin wird unterschieden zwischen Mitgliedstaaten, der UN, den Organen der UN und den Völkern der UN. In Zusammenschau aller dieser Vorgaben wird man davon ausgehen müssen, dass die UN-Charta insgesamt von einer Bindung aller Völkerrechtssubjekte an das positive Völkerrecht und an die UN-Charta selbst ausgeht.<sup>104</sup>

<sup>104</sup>

Siehe dazu auch auf der Grundlage der Völkerverfassungstheorie *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 147 ff.

## bb) Formelle Anpassungsmechanismen des Kapitels XVIII

Kapitel XVIII legt fest, wie die UN-Charta geändert bzw. revidiert werden kann. Bei den Verfahren ist gemein, dass die UN-Charta mit Zweidrittel-Mehrheit der Mitglieder der Generalversammlung geändert bzw. revidiert werden kann;<sup>105</sup> Teil der Zweidrittel-Mehrheit müssen aber die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates sein.

Die Mechanismen enthalten damit ein beschleunigendes und ein bremsendes Element: Die Mehrheitsentscheidung ermöglicht eine prinzipiell schnellere Anpassung, wohingegen das faktische Veto-Recht der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates Anpassungen bremst. Bisher überwiegt das Retardierende der Mechanismen: Die UN-Charta ist in über 70 Jahren erst drei Mal angepasst worden.<sup>106</sup> Aus tatsächlicher Sicht kann man also die Möglichkeit vernachlässigen, die UN-Charta durch formelle Änderung an die Entwicklungen des Völkerrechts anzupassen. Zum Vergleich: Das GG ist in seiner 70-jährigen Geschichte bereits 63 Mal geändert worden (Stand Juli 2019).<sup>107</sup>

Nicht zu vernachlässigen hingegen ist die normative Dimension des Kapitels XVIII. *Fassbender* etwa folgert daraus, dass Art. 108 und 109 UN-Ch. die einzige Möglichkeit sei, formelles und materielles Verfassungsrecht zu ändern.<sup>108</sup> Änderungen außerhalb des förmlichen Verfahrens seien nicht möglich, weder in analoger Anwendung der Norm noch durch eine übereinstimmende Praxis aller Mitgliedstaaten.<sup>109</sup>

Dieser Position wird die überwiegende Meinung allerdings widersprechen müssen:

<sup>105</sup> Im Falle der Revision müssen zudem auch noch 9 der 15 Mitglieder des Sicherheitsrates zustimmen (Art. 109 (1) UN-Ch.).

<sup>106</sup> *Witschel*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 108 UN-Ch., Rn. 43 ff.

<sup>107</sup> Für die 57 Änderungen bis 2009 siehe *Menzenbach, Steffi/Netterscheidt, Anja/Beckebanze, Maren/Kuhn, Lena*, Änderungen des Grundgesetzes seit 1949 (18. November 2009); es folgten noch sechs Änderungsgesetze: Gesetz vom 21.07.2010 (BGBl. I S. 944), vom 11.07.2012 (BGBl. I S. 1478), vom 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438), zwei vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2346 und BGBl. I S. 2347) und vom 28.03.2019 (BGBl. I S. 404).

<sup>108</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 136 ff., insb. 139 f.

<sup>109</sup> *Ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 138 ff.



„The possibility to informal treaty modification also applies to the constitutive instruments of international organizations when it can best be explained by a quasi-customary process.“<sup>110</sup>

Als Nachweis für die Anerkennung der informellen Anpassung durch die Rechtspraxis wird auf die Entscheidung *Namibia (South West Africa)*<sup>111</sup> des Internationalen Gerichtshofs verwiesen; darin habe der Internationale Gerichtshof die Änderung der Abstimmungsmodalitäten – manche meinen *contra legem* – bestätigt.<sup>112</sup> Allerdings könne nach wohl überwiegender Meinung die UN-Charta nicht durch die bloße Organpraxis abgeändert werden, sondern nur, wenn darin die generelle Anerkennung durch die Mitgliedstaaten zum Ausdruck komme.<sup>113</sup>

Tatsächlich ist die Bandbreite der unbestritten anerkannten informellen Änderungen aber sehr eng. Unbestritten sind allein die Änderungen der Abstimmungsmodi in Generalversammlung und Sicherheitsrat, bestritten wird hingegen bereits die Ausweitung der Organkompetenz der Generalversammlung durch die *Uniting for Peace Resolution* oder die erweiterte Kompetenz des Generalsekretärs.<sup>114</sup>

Aufgrund der praktisch begrenzten Reichweite informeller Änderungen sind die Anpassungsmechanismen der UN-Charta – auch wenn man *Fassbenders* Ansicht nicht folgen möchte – ein deutliches Bekenntnis zu einem Verfassungspositivismus: Sie garantieren die fortdauernde Textualität des Völkerverfassungsrechts. Und auch wenn die nationalen Auslegungstheorien zeigen, dass aus einer solchen Verschriftlichung nicht automatisch ein Bekenntnis zum Positivismus folgen muss,<sup>115</sup> ist diese Annahme vorliegend in Abgrenzung zum Mainstream der Konstitutionalisierungsdebatte folgerichtig:<sup>116</sup> Sobald man die Verfassung nicht allein als Prozess begreift, kann eindeutiger zwischen verfassungsgebender und verfasster Gewalt unterschieden werden. Diese Unterscheidung wird durch die Anpassungsmechanismen des

<sup>110</sup> *Witschel*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 108 UN-Ch., Rn. 10; zur informellen Revision siehe Rn. 8 ff. m. w. N.; siehe auch *M. Schröder*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 701–706, Rn. 13 ff.; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 275 m. w. N.

<sup>111</sup> IGH, *Entsch. v. 21.06.1971, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, ICJ Rep. 1971, 16, 22.

<sup>112</sup> *Witschel*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 108 UN-Ch., Rn. 10; *M. Schröder*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 701–706, Rn. 14 f.

<sup>113</sup> *Witschel*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 108 UN-Ch., Rn. 10.

<sup>114</sup> *M. Schröder*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 701–706, Rn. 14 ff.

<sup>115</sup> Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.4.a), A.III und B.II.

<sup>116</sup> Zur Bedeutung der Verschriftlichung siehe auch die Ausführung unter Kap. 3, Abschn. B.III.

Kapitels XVIII fortgesetzt, woraus man letztlich eine rechtspositivistische Prägung der Verfassung ableiten kann.<sup>117</sup>

### cc) Bekenntnis zur Rule of Law

Das Grundgesetz (v. a. in Art. 28 Abs. 1 und 16 Abs. 2 GG) und besonders nachdrücklich die EU (zweifach in der Präambel und in Art. 2 und 21 Abs. 1, 2 Buchst. a) EUV) bekennen sich zur Rechtsstaatlichkeit. Die UN-Charta enthält hingegen keine ausdrücklichen Verweise auf die „rule of law“ – allenfalls indirekte.

Den noch deutlichsten Hinweis gibt die UN-Charta dort, wo es um die friedliche Streitbeilegung geht. In diesem Zusammenhang stellt Art. 1 (1) UN-Ch. klar, dass „internationale Streitigkeiten oder Situationen, die zu einem Friedensbruch führen könnten, durch friedliche Mittel *nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und des Völkerrechts* zu bereinigen oder beizulegen“<sup>118</sup> sind. Streitigkeiten sollen also auf der Grundlage des Rechtes und nicht nach anderen Gesichtspunkten gelöst werden. Die Bedeutung der rechtlichen Streitbeilegung wird auch in Art. 36 (3) UN-Ch. deutlich.<sup>119</sup> Der Sicherheitsrat wird darin verpflichtet, internationale Rechtsstreitigkeiten möglichst einer juristischen Lösung vor dem Internationalen Gerichtshof zuzuführen.

Das Bekenntnis zur „rule of law“ gilt aber nicht grenzenlos. Art. 36 (3) UN-Ch. ändert nichts an der Eigenschaft des Sicherheitsrates als hauptsächlich politischem Organ. Der Pragmatismus der Friedenssicherung nimmt insofern nicht selten die Strenge der „rule of law“.<sup>120</sup> Art. 2 (2) UN-Ch. verpflichtet die Mitgliedstaaten etwa nur dazu, internationale Streitigkeiten durch friedliche Mittel so beizulegen, dass der Weltfriede, die internationale Sicherheit und die Gerechtigkeit nicht gefährdet werden. Das dürfte in nicht wenigen Einzelfällen Spielraum eröffnen für eine flexiblere Lösung als die, die sich nach streng rechtlichen Maßstäben ergeben würde. Der UN-Charta ist damit allenfalls ein vorsichtiges Bekenntnis zur „rule of law“ zu entnehmen. Dafür könnte sprechen, dass zu den materiell-rechtlichen Anhaltspunkten in der UN-Charta hinzukommt, dass sich die Generalversammlung in einer Vielzahl von Resolutionen zur „rule of law“ bekannt hat.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Deutlich etwa bei *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 143.

<sup>118</sup> Hervorhebung des Verfassers.

<sup>119</sup> In ähnliche Richtung geht *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 545.

<sup>120</sup> Ähnlich *ders.*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 548.

<sup>121</sup> GV, Res. v. 24.09.2012, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the

Allerdings ist der Inhalt der „rule of law“ nicht eindeutig – auch deswegen, weil sie in unterschiedlichen Rechtsordnungen verwurzelt ist.<sup>122</sup> Kleinster gemeinsamer Nenner ist, dass sie Herrschaftsmacht durch Recht begründet und dieselbe gleichsam beschränken will. Darüber hinaus werden unterschiedliche inhaltliche Merkmale identifiziert. Die „rule of law“ geht dabei nicht notwendigerweise mit einem Rechtspositivismus einher. Sie wurde im Zusammenhang mit dem „common law“ entwickelt. Dort stand sie zu Anfang vor allem für den Schutz des Einzelnen vor der Herrschaftsmacht durch rechtsförmige Verfahren.<sup>123</sup> Entsprechend vertrat *Dicey*, dass es positiven Rechts für die „rule of law“ nicht bedürfe.<sup>124</sup> Die Idee wurde später aber vor allem mit demokratischen Vorstellungen verknüpft und damit einhergehend auch mit der Positivierung des Rechts. Auch im Völkerrecht steht die „rule of law“ in ihrer formellen Bedeutung für die Positivierung des Rechts durch eine Verrechtlichung.<sup>125</sup>

Das Verständnis der Generalversammlung von der „rule of law“ stützt hingegen recht eindeutig die Annahme, dass mit ihr ein Bekenntnis zum Rechtspositivismus einhergeht. Zunächst sieht die Generalversammlung die „rule of law“ im Zusammenhang mit dem demokratischen Prinzip und der Beachtung von Menschenrechten.<sup>126</sup> Aber auch die Kodifizierung wird als Teil der „rule of law“ angesehen:

„We commend the work of the International Law Commission in advancing the Rule of Law at the international level through the progressive development of international law and its codification.“<sup>127</sup>

---

Rule of Law at the National and International Levels, A/RES/67/1; GV, Res. v. 08.09.2000, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, Rn. 24; GV, Res. v. 16.05.2005, 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, Rn. 16, 119 f.; und die Resolutionen on the rule of law at the national and international level: GV, Res. v. 04.12.2006, A/RES/61/39; v. 10.12.2014, A/RES/69/123; v. 16.12.2013, A/RES/68/116; v. 14.12.2012, A/RES/67/97; v. 09.12.2011, A/RES/66/102; v. 06.12.2010, A/RES/65/32; v. 16.12.2009, A/RES/64/116; v. 11.12.2008, A/RES/63/128; v. 06.12.2007, A/RES/62/70; siehe dazu auch *Tomuschat*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (3) UN-Ch., Rn. 17; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 542 ff.

<sup>122</sup>

im Völkerrecht, 2012, S. 546 m. w. N.

<sup>123</sup>

*Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 547; zu den einzelnen Facetten siehe *Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. Aufl. 1915, S. 179 ff.

<sup>124</sup>

*Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. Aufl. 1915, S. 179 ff.

<sup>125</sup>

Kritisch *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 549 f.

<sup>126</sup>

Siehe nur GV, Res. v. 08.09.2000, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, Rn. 24; GV, Res. v. 16.05.2005, 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, Rn. 16, 119 f.; GV, Res. v. 04.12.2006, Resolution on the Rule of Law at the National and International Levels, A/RES/61/39.

<sup>127</sup>

GV v. 24.09.2012, A/RES/67/1, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on

Es ist überdies zweifelhaft, ob die „rule of law“ grundsätzlich materiell-rechtlicher Bestandteil des UN-Rechts ist.<sup>128</sup> Die Generalversammlung scheint davon auszugehen. Sie meint, dass die internationale Ordnung auf internationalem Recht und der „rule of law“ basiere, die zusammen mit dem Grundsatz der Gerechtigkeit die Koexistenz und Kooperation zwischen den Staaten ermögliche.<sup>129</sup> Die „rule of law“ müsse daher für alle Völkerrechtssubjekte gelten:

„We recognize that the Rule of Law applies to all States equally, and to international organizations, including the United Nations and its principal organs, and that respect for and promotion of the Rule of Law and justice should guide all of their activities and accord predictability and legitimacy to their actions.“<sup>130</sup>

Die „rule of law“ gehöre schließlich zu den universellen und unteilbaren Kernwerten und Grundprinzipien der UN.<sup>131</sup> Das wird unter anderem auch dadurch deutlich, dass in der Präambel der Allgemeinen Menschenrechtserklärung erklärt wird, dass die Menschenrechte durch die „rule of law“ geschützt werden sollen. Schließlich hat auch der Internationale Gerichtshof in der Entscheidung *North Sea Continental Shelf* angenommen, dass es eine internationale „rule of law“ gebe.<sup>132</sup>

Trotz der Bedeutung, die der „rule of law“ vor allem von der Generalversammlung zugemessen wird, sprechen letztendlich die wenigen textuellen Hinweise in der UN-Charta gegen den Verfassungsrang der „rule of law“.<sup>133</sup> Ihre Bedeutung gibt jedoch ein Hinweis darauf, dass sich die UN-Charta zum Verfassungspositivismus bekennt.

---

the Rule of Law at the National and International Levels, Rn. 33.

<sup>128</sup> Zurückhaltend z. B. *Chesterman*, in: MPEPIL, Bd. VIII, 2012, 1014–1022, Rn. 37 ff.; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 548.

<sup>129</sup> In fast allen Resolutions on the rule of law at the national and international levels (siehe Kap. 6, Fn. 121); siehe auch GV v. 24.09.2012, A/RES/67/1, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, Rn. 1.

<sup>130</sup> GV v. 24.09.2012, A/RES/67/1, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, Rn. 2.

<sup>131</sup> GV, Res. v. 24.09.2012, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, A/RES/67/1, Rn. 5.

<sup>132</sup> IGH, Entsch. v. 20.02.1969, *North Sea Continental Shelf*, ICJ Rep. 1969, 3, 41 ff.

<sup>133</sup> Ähnlich *Chesterman*, in: MPEPIL, Bd. VIII, 2012, 1014–1022, Rn. 37 ff.; ebenfalls zurückhaltend *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 548 f.

## b) Grad der positivistischen Bindung

Der in der UN-Charta angelegte Verfassungspositivismus spricht zunächst für die Anwendung klassischer juristischer Auslegungsmethoden. Entscheidend ist dann aber, welcher Spielraum bei deren Anwendung besteht. Das hängt unter anderem davon ab, wie eng die Bindung an das positive Recht (Völkerverfassungsrecht und einfaches Völkerrecht) ist.

Die Vorgaben der UN-Charta sind hier nicht eindeutig. Vom Wortlaut her unterscheidet die UN-Charta (inklusive des IGH-Statuts gem. Art. 92 UN-Ch.) zwischen der Bindung an das Völkerrecht, an die UN-Charta und an die Ziele und Grundsätze der UN-Charta. Zudem wird sprachlich zwischen der Übereinstimmung mit („in conformity with“ bzw. „in accordance with“)<sup>134</sup> und Achtung des Rechts („respect for“)<sup>135</sup> unterschieden. Der Text der UN-Charta enthält damit Anhaltspunkte sowohl für eine enge als auch für eine lose Bindung.

### aa) Anhaltspunkte für eine enge Bindung

Die prominenteste Bindungsanweisung befindet sich in Art. 38 (1) IGH-Statut.<sup>136</sup> Das IGH-Statut ist gemäß Art. 92 UN-Ch. Teil der UN-Charta. Nach der Vorschrift hat der Internationale Gerichtshof Rechtsstreitigkeiten „in Übereinstimmung mit dem internationalen Recht“ zu entscheiden. Art. 38 (1) IGH-Statut hat einen doppelten Zweck:<sup>137</sup> Er definiert erstens die Funktion des Internationalen Gerichtshofs als juristisches Entscheidungsorgan bei Rechtsstreitigkeiten und zweitens bindet er den Internationalen Gerichtshof an das internationale Recht. Art. 38 (1) IGH-Statut zählt hierfür in einer Liste die Quellen des positiven Rechts auf. Dabei werden „soft law“ oder (andere) politische Handlungen *per se* nicht als Quellen des Völkerrechts gesehen.<sup>138</sup>

Zwar wird die Norm seit jeher stark kritisiert, in der Praxis hat die Vorschrift aber trotz aller Kritik ihre Leitfunktion für die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs wirksam erfüllt.<sup>139</sup> Wie eng die Bindung an die einzelnen Quellen des Völkerrechts

<sup>134</sup> Vgl. Art. 1 (1) und Art. 2 (2), (6), 24 (2) und 25 UN-Ch. und Art. 38 IGH-Statut.

<sup>135</sup> Vgl. Präambel, siehe auch Art 1 (2), (3) und 78 UN-Ch.

<sup>136</sup> Für eine Übersicht der Kritik siehe *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 76, 81.

<sup>137</sup> *Ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 55.

<sup>138</sup> *Ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 111.

<sup>139</sup> *Ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 83.

durch die Norm letztlich sein soll, ist aber umstritten. Die Aufzählung wird inzwischen überwiegend als nicht abschließend angesehen, sodass Raum für die Entwicklung anderer Rechtsquellen bleibt.<sup>140</sup> *Pellet* sieht daher in der Vorschrift zu Recht einen Mittelweg zwischen der „rule of law“ und dem „gouvernement des juges“.<sup>141</sup> Art. 38 (1) IGH-Statut wird man insofern eine Bindung an das positive Recht entnehmen können, die man als allgemeines Bekenntnis zur möglichst weitreichenden Geltung der positiven Quellen des Völkerrechts werten kann.

Die Vorschrift ist darüber hinaus aber relativ offen. Dementsprechend dürfte sie zwar die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Rahmen juristischer Auseinandersetzung vor dem Internationalen Gerichtshof voraussetzen,<sup>142</sup> allerdings kein erkenntnistheoretisches Bekenntnis zu den klassischen rechtspositivistischen Methoden enthalten.<sup>143</sup>

Neben der Bindung an das Völkerrecht im Allgemeinen in Art. 38 (1) IGH-Statut und – zurückhaltender – in der Präambel und Art. 1 (1) UN-Ch.) enthält die UN-Charta weitere Anweisungen zur Bindung an die UN-Charta im Speziellen. Neben dem Gerichtshof, der bereits aus Art. 38 (1) IGH-Statut zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet ist, haben ausdrücklich die Mitgliedstaaten das Recht der UN-Charta zu beachten (Art. 2 (2) und 25 UN-Ch.). Diese Verweise zeichnen insgesamt das Bild einer im Grundsatz relativ engen Bindung an das Völker(verfassungs)recht.

### **bb) Anhaltspunkte für eine lose Bindung**

Weniger eng ist die Bindung allerdings dort, wo nur die Ziele und Grundsätze der UN-Charta beachtet werden müssen. Das gilt dem Wortlaut nach für die Mitgliedstaaten (Art. 2 UN-Ch.), die UN selbst (Art. 2 UN-Ch.), den Sicherheitsrat (Art. 24 (2) UN-Ch.) und Nicht-Mitglieder (Art. 2 (6) UN-Ch.). Auffällig ist, dass die UN-Charta für die Generalversammlung keine dementsprechenden Vorgaben enthält.

<sup>140</sup> *Ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 82; ausführlich *Thirlway*, *The Sources of International Law*, 2014, für andere Quellen siehe insb. S. 19 ff.

<sup>141</sup> *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 2.

<sup>142</sup> So jedenfalls die überwiegende Meinung, die einen pragmatischen Ansatz verfolgt, vgl. *Kadelbach*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 5. 7 ff.

<sup>143</sup> Vgl. *ders.*, in: Simma/Khan/Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, 71–100, Rn. 2 ff., der zwischen vier Interpretationslehren, die bei der Auslegung der UN-Charta angewendet wurden, unterscheidet: Positivismus, Konstitutionalismus, eine kritische Position und Pragmatismus.

## (1) Bindung an die Prinzipien der UN-Charta

Die Beachtung der Ziele und Grundsätze der UN-Charta ist aufgrund ihrer Rechtsnatur weniger eng. Die Ziele und Grundsätze der UN-Charta (Art. 1 und 2 UN-Ch.) bilden ein abgestuftes System aus Ziel- und Inhaltsbestimmungen und können daher jedenfalls als prinzipienähnliche Rechtsnormen beschrieben werden.<sup>144</sup>

Nach der Prinzipienlehre unterscheiden sich Prinzipien von Regeln bzw. Rechtsätzen. Nach *Esser* könne man einem Rechtssatz entnehmen, auf welche Fälle er angewendet werden soll, wohingegen ein Rechtsprinzip „keine verbindliche Weisung unmittelbarer Art für einen bestimmten Fragenbereich“<sup>145</sup> enthalte, sondern nur „Formel[n] für eine Reihe von typisch zutreffenden Gesichtspunkten“<sup>146</sup>. In ähnlicher Weise unterscheidet *Dworkin* zwischen Regeln und Prinzipien: Regeln könne man anwenden oder nicht, während Prinzipien der Zieloptimierung bedürfen.<sup>147</sup> *Esser* folgert daraus, dass „[k]ein Prinzip [...] aus sich heraus ‚anwendbar‘“<sup>148</sup> sei, sondern der Legislative oder der Judikative bedürfe, die ihm eine konkrete Weisung entnehmen.<sup>149</sup> Insofern setzten sich Regeln immer ganz oder gar nicht durch, wohingegen Prinzipien allenfalls graduell verwirklicht werden.

Bei der Abwägung von Prinzipien verbleibt also eine größere Freiheit als bei der Anwendung von Regeln, auch wenn sich zum Beispiel *Alexy*, der sich *Dworkin*s Ansicht angeeignet hat, darum bemüht hat, den Prozess zu rationalisieren, indem der Durchsetzungsgrad der jeweiligen Prinzipien bestimmt wird.<sup>150</sup>

## (2) Doppelbindung an Recht und Gerechtigkeit

In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass die UN-Charta zwischen der Bindung an Recht und der an Gerechtigkeit unterscheidet. Sie bezieht sich an drei Stellen ausdrücklich auf den Grundsatz der Gerechtigkeit: Präambel, Art. 1 und Art. 2 (3) UN-Ch. In Art. 2 (3) UN-Ch. wird die Gerechtigkeit („justice“) als eigener Grundsatz genannt. In den anderen Fällen geht die UN-Charta von einer Doppelbindung an das Prinzip der Gerechtigkeit und an rechtliche Pflichten aus. Die Unterscheidung wird besonders deutlich in Art. 1 (1) UN-Ch.: „The Purposes of the United

<sup>144</sup> Vgl. z. B. *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 8.

<sup>145</sup> *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 50.

<sup>146</sup> *Ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 267.

<sup>147</sup> *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, S. 14 ff.

<sup>148</sup> *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 267.

<sup>149</sup> *Ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 50.

<sup>150</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 143 ff.

Nations are: [...] to bring about [...] *in conformity with the principles of justice and international law*, adjustment or settlement of international disputes [...].“

Diese Unterscheidung zwischen positivem Völkerrecht und darüber hinausgehenden Gerechtigkeitsprinzipien enthält auch die Präambel. Gleichzeitig verdeutlicht Art. 38 (1) IGH-Statut, dass – jedenfalls bei gerichtlichen Entscheidungen – die Bindung an das positive Recht Vorrang hat. Dort heißt es, dass der Internationale Gerichtshof „die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht“ entscheidet, wobei dadurch nicht seine Befugnis eingeschränkt wird, „ex aequo et bono zu entscheiden“ (Art. 38 (1) i. V. m. (2) IGH-Statut). Die freie Rechtsentscheidung *ex aequo et bono* hängt aber von der Zustimmung der Parteien ab.

Die Unterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit erinnert an das deutsche Verfassungsrecht, das die deutsche Staatsgewalt an „Gesetz und Recht“ bindet (Art. 20 Abs. 3 GG). Dabei wird die Bedeutung des Begriffs „Recht“ in Abgrenzung zu „Gesetz“ sehr unterschiedlich bewertet:<sup>151</sup> Zu einem Teil wird die Unterscheidung positivistisch, zu einem anderen überpositivistisch interpretiert.<sup>152</sup>

Nach der engsten Auslegung verweist der Begriff „Recht“ nur auf das ungeschriebene Recht wie Gewohnheitsrecht, Richterrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze bzw. auf die Gesetze im materiellen Sinne.<sup>153</sup> Ebenfalls im Grunde positivistisch ist die Vorstellung, dass mit „Recht“ auf Gerechtigkeitsmaßstäbe verwiesen wird, die außerhalb der deutschen Rechtsordnung zum Beispiel in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte oder der Europäischen Menschenrechtskonvention enthalten sind.<sup>154</sup> Andere verstehen die Norm rein appellativ, das heißt als

---

<sup>151</sup> Für einen Überblick siehe *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 63; *Dreier*, JZ 40 (1985) 353–359, 355 ff.; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, 135–182, Rn. 17.

<sup>152</sup> Ausführlich hierzu m. w. N. *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 32 ff., 158 ff.; siehe dazu auch die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.II.1.

<sup>153</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 12, Rn. 56 ff.; *Sachs*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 104 ff.; dazu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 65 m. w. N.

<sup>154</sup> In diese Richtung gehen *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 165., 173 ff., 283 f.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 6, 25 ff., dazu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 65.



einen „Verweis auf fundamentale Gerechtigkeitsvorstellungen“<sup>155</sup>, wobei dem Wert der Gerechtigkeit selbst keine eigene Bindungswirkung zukomme.<sup>156</sup>

Die Entstehungsgeschichte spricht hingegen dafür, dass Art. 20 Abs. 3 GG in Abgrenzung zu den positivistischen Verirrungen der Nazizeit ein Hinweis auf Naturrecht beziehungsweise überpositives Recht ist.<sup>157</sup> Man darf aber annehmen, dass der Verweis in das Überpositive nur soweit geht, wie es die *Radbruch'sche* Formel zulässt.<sup>158</sup> Das Bundesverfassungsgericht versteht Art. 20 Abs. 3 GG jedenfalls so, dass hierdurch „ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt [wird]“<sup>159</sup>. Es kam zu dem Ergebnis, dass dadurch den Gerichten auch die Möglichkeit zur schöpferischen Auslegung gegeben wird:<sup>160</sup>

„Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz [...] ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an ‚Gesetz und Recht‘ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3) [...]. *Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken.* Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. [...] *Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist.* Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente

<sup>155</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 66 m. w. N.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 798.

<sup>156</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 66.

<sup>157</sup> Ossenbühl, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, 135–182, Rn. 18; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 63; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39; zum Wiederaufleben des Naturrechts in der Nachkriegszeit siehe Kaufmann, in: FS Gagnér, 1991, 105–132, der in Art. 20 Abs. 3 GG auch einen Verweis auf überpositives Recht sieht (a. a. O., 113 ff.)

<sup>158</sup> Offengelassen von Dreier, JZ 40 (1985) 353–359, 355 ff.; die Radbruch'sche Formel wird auch vom BVerfG bestätigt, allerdings nicht mit Bezug auf Art. 20 Abs. 3 GG: BVerfG, Urt. v. 18.12.1953, Gleichberechtigung, 1 BvL 106/53, Rn. 20 f.

<sup>159</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39 siehe auch Rn. 40 m. w. N.

<sup>160</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39.

nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. [...] Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft‘ [...].“<sup>161</sup>

### cc) Weniger enge Bindung der UN-Organe

Die UN-Charta enthält ein Gemenge an unterschiedlich strengen Bindungen an das positive Völkerverfassungsrecht. Die Hinweise auf einen größeren Spielraum bei der Anwendung des Rechts überwiegen. Auffällig ist dabei, dass der Spielraum für die UN-Organe (mit Ausnahme des Internationalen Gerichtshofs) besonders groß ist. Das gilt insbesondere für die Generalversammlung, die nach dem Wortlaut der UN-Charta keiner Bindung unterworfen wird.<sup>162</sup>

Die unterschiedliche semantische Behandlung von Mitgliedstaaten, UN und deren Organen geht einher mit und ist ein Hinweis auf deren jeweiligen Bedeutung im Verfassungssystem: Die UN-Organe – allen voran die Generalversammlung – sind entsprechend ihrer Funktion besonders frei, das Völker(verfassungs)recht weiterzuentwickeln. Dass der Generalversammlung hier eine besondere Rolle zukommt, deckt sich mit deren Funktion: Sie vertritt die internationale Gemeinschaft am umfassendsten und hat auch die größte Bandbreite an Kompetenzen (dazu später mehr)<sup>163</sup>.

### c) Zwischenfazit: Kein strenger Verfassungspositivismus

Die Analyse der materiellen Bindungsanweisungen des UN-Rechts zeigt ein – wenn gleich nicht strenges – Bekenntnis zum Verfassungspositivismus. Angesichts der vielen direkten und indirekten Anweisungen kann man aus einer materiell-rechtlichen Sicht von einer Bindung an das positive Völker(verfassungs)recht ausgehen. Als Hauptargument für einen strengen Positivismus verbleibt die Existenz der Änderungsmechanismen – insbesondere, wenn man sie wie *Fassbender* versteht. Zudem enthält Art. 38 (1) IGH-Statut eine relativ enge Bindung an das positive Völkerrecht. Der Bindungsgrad ist allerdings nicht einheitlich. Ist der Internationale Gerichtshof noch streng dem positiven Recht verpflichtet, können die anderen UN-Organe –

<sup>161</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39 m. w. N.

<sup>162</sup> Es sei an dieser Stelle zum Vorstehenden angemerkt, dass es sich hierbei um eine formalistische Sicht auf die UN-Charta handelt; es wird allein deren ausdrücklicher Wortlaut untersucht. Aufgrund der hervorgehobenen Bedeutung des Textes in der hier zugrunde gelegten Völkerverfassungstheorie ist dieses Vorgehen aber angemessen. Der Text der UN-Charta bringt bestimmte Entscheidungen der Völkerverfassung zum Ausdruck. Daraus ergibt sich aber nicht, dass z. B. die Generalversammlung überhaupt nicht an Völkerrecht gebunden wäre.

<sup>163</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.II.2.

insbesondere die Generalversammlung – freier handeln. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Ausgestaltung noch un geregelter Bereiche geht. Zeichen hierfür ist, dass die UN-Charta die Prinzipien der Gerechtigkeit als eigenen entscheidungsleitenden Wert neben das positive Völkerrecht stellt.

Im Vergleich zum deutschen Verfassungsrecht nimmt der Begriff der Gerechtigkeit in der UN-Charta eine ähnliche Rolle ein wie „Recht“ im Grundgesetz. Er ist gem. Art. 1 (1) UN-Ch. als Leitprinzip bei der internationalen Streitbeilegung zu beachten. Dabei können – anders als im Falle des Grundgesetzes – die Gerechtigkeitsmaßstäbe nicht mehr aus einer universelleren Rechtsordnung abgeleitet werden. Bei der Auslegung des Grundgesetzes könnte man sich zum Beispiel auf universelles Völkerrecht beziehen, das man aufgrund seiner noch breiteren Anerkennung als fundamentalere Gerechtigkeitsvorstellung ansehen könnte. Das Völkerverfassungsrecht hingegen steht vor dem Problem, keine universelleren Normen zu kennen.<sup>164</sup>

Mit Blick auf die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird man diese Gerechtigkeitsvorstellungen aber „in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen“<sup>165</sup> finden können. Zudem beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf die Maßstäbe der „praktischen Vernunft“<sup>166</sup> und die „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“<sup>167</sup>. Maßgeblicher Bezugspunkt für die Bestimmungen der Prinzipien der Gerechtigkeit im Völkerverfassungsrecht sind damit die Gerechtigkeitsvorstellungen der internationalen Gemeinschaft, wie sie vor allem in den Resolutionen der Generalversammlung zum Ausdruck kommen. Zudem erfüllt *ius cogens* die Funktion eines moralischen Minimums, das die fundamentalsten Gerechtigkeitsvorstellungen wiedergibt. Zugleich ist die völkerrechtliche Rechtsordnung als Sinnganzen zu berücksichtigen.

## 2. Systematisierung der Verfassungsordnung

Das Völkerverfassungsrecht steht hierarchisch an oberster Stelle, ist aber nur unvollständig geregelt.<sup>168</sup> Zur Lückenfüllung kann daher nicht auf eine höhere Rechtsebene zurückgegriffen werden, umso wichtiger sind die internen systematischen Verknüpfungen der Völkerverfassungsordnung. Sie enthalten Anweisungen, wie die Völkerverfassung in ihren Teilen und als Ganzes zu verstehen ist.

<sup>164</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.III.

<sup>165</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39.

<sup>166</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39.

<sup>167</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39.

<sup>168</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.II und B.III.

Die UN-Charta wird in materieller Hinsicht durch horizontale und vertikale Strukturen systematisiert. Grundsätzlich stehen die in der UN-Charta genannten Ziele und Prinzipien nebeneinander. Werte wie der internationale Frieden sind jedoch von höherem Rang.

### a) Norm- und Werthierarchie der UN-Charta

Hierarchien innerhalb einer Rechtsordnung geben deutliche Anweisungen an den Rechtsanwender. Bei einem formellen Vorrang muss bei einem Normkonflikt der höheren Norm der Vorrang eingeräumt werden. Sofern ein solcher Vorrang nicht formell angeordnet ist, sondern einer Norm innerhalb des Rechtssystems nur eine höhere Wertigkeit zugeordnet wird, ist dieser Vorrang interpretatorisch zu berücksichtigen.

Eine formelle Hierarchisierung nimmt die UN-Charta durch Art. 103 UN-Ch. vor. Darüber hinaus lässt sich aber auch eine materielle Werthierarchie erkennen.

#### aa) Formelle Normhierarchie

Art. 103 UN-Ch. ordnet den Vorrang des UN-Rechts vor anderen vertraglichen Pflichten an. Es ist umstritten, ob Art. 103 eine Hierarchie anordnet oder einen bloßen Vorrang regelt.<sup>169</sup> Man ist sich auch nicht darin einig, welche Teile des UN-Rechts von der Regel erfasst werden;<sup>170</sup> fraglich ist hier vor allem, ob alle Arten von Entscheidungen des Sicherheitsrates unter die Regelung fallen.<sup>171</sup>

Für eine bloße Vorrangregel könnte sprechen, dass so dem Interesse, Rechtslücken zu vermeiden, am besten entsprochen werde; einmal ins Leben gerufene Regeln sollten daher möglichst weitreichend in Kraft bleiben.<sup>172</sup> Unter dem Verfassungsparadigma ist hingegen klar, dass Art. 103 UN-Ch. Ausdruck der Normpyramide (des Rechtspositivismus) ist, an dessen Spitze die UN-Charta steht.<sup>173</sup> Entsprechend ist auch der Anwendungsbereich weit: Er umfasst das gesamte UN-Recht inklusive

<sup>169</sup> *Matz-Lück*, in: MPEPIL, Bd. IX, 2012, 1093–1096, Rn. 14; zum Streitstand *Vidmar*, in: de Wet/ders. (Hrsg.), *Hierarchy in International Law*, 2012, 13–41, 18 ff.;

<sup>170</sup> Für einen Überblick siehe *Paulus/Leiß*, in: *Simma/Khan/G. Nolte/Paulus*, 3. Aufl. 2012, Art. 103 UN-Ch., Rn. 49 ff.

<sup>171</sup> Siehe etwa *Orakhelashvili*, MPYUNL 11 (2007) 183–198, 149 ff.; *Kolb*, ZaöRV 64 (2004) 21–35; für eine Übersicht siehe *Liivoja*, ICLQ 57 (2008) 583–612 m. w. N.

<sup>172</sup> *Paulus/Leiß*, in: *Simma/Khan/G. Nolte/Paulus*, 3. Aufl. 2012, Art. 103 UN-Ch., Rn. 77.

<sup>173</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 103 ff.; zurückhaltend *Simma*, RdC 250 (1994) 217–384, 258 f.; *Dupuy*, MPYUNL 1 (1997) 1–33, 13 ff.

sekundärer Rechtsakte sowie das materielle Völkerverfassungsrecht.<sup>174</sup> Entgegen dem Wortlaut hebt Art. 103 UN-Ch. die UN-Charta also formell über den Rest des Völkerrechts.<sup>175</sup>

Überdies erfüllt Art. 103 UN-Ch. die Funktion einer Auslegungsregel. Die Auslegung hat vom Verfassungsrecht aus hin zum einfachen Recht zu erfolgen;<sup>176</sup> insofern ist der deduktive Ansatz die Regel, der induktive Ansatz die Ausnahme. Völkerverfassungsrecht kann nur ausnahmsweise im Lichte des einfachen Völkerrechts ausgelegt werden.

### bb) Materielle Wertehierarchie

Neben der Normhierarchie etabliert die UN-Charta auch eine Wertehierarchie.<sup>177</sup> Von der Wertehierarchie zeugen vor allem die Präambel und Art. 1 und 2 UN-Ch. Aber auch Art. 2 (3) und (4), 4 (1), 33 (1) und (2), 33 ff., 39, 40 und 43 ff., 55 und 61 ff. UN-Ch. zeigen die Stellung einzelner Werte. Die Auslegung hat sowohl die darin vorgenommene Hierarchisierung als auch die teleologische Verknüpfung der jeweiligen Verfassungswerte zu beachten. Es wäre zum Beispiel unzulässig, interpretatorisch den Grundsatz der souveränen Gleichheit über die Sicherung des internationalen Friedens zu heben.

An erster Stelle steht die Herstellung und Sicherung des internationalen Friedens.<sup>178</sup> Der internationale Friede ist „raison d’être“ der UN, wie Art. 1 (1) und Art. 4 (1) UN-Ch. zeigen.<sup>179</sup> Besonders deutlich kommt dies aber in der Präambel der UN-Charta

<sup>174</sup> Dazu *White*, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 135–159, 140 ff.; *Paulus/Leiß*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 103 UN-Ch., Rn. 37 ff.

<sup>175</sup> In diese Richtung geht *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 118; vorsichtiger *Paulus/Leiß*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 103 UN-Ch., Rn. 1, die Art. 103 allerdings nur als Vorrangregel sehen (a. a. O., Rn. 77).

<sup>176</sup> So auch *Paulus/Leiß*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 103 UN-Ch., Rn. 81: „Thus, Art. 103, primarily serves as a rule of interpretation of international law in line with the Charter, and as rule of last resort to protect the authority of the Charter as the yardstick of the law of the International Community.“

<sup>177</sup> So auch *White*, *The United Nations System*, 2002, 48 ff., 55; *Wolfrum*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 17; ähnlich, allerdings unter dem Begriff des unveränderbaren Verfassungsrechts *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 140 ff.; unentschieden *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 8.

<sup>178</sup> Ähnlich *Fassbender*, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, 1998, S. 292.

<sup>179</sup> Ähnlich *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 4: „Die Ziele („purposes“ in Art. 1, „aims“ in der Präambel) bezeichnen den Grund für

zum Ausdruck: Sie rahmt die Völkerverfassung in das Narrativ der Verhinderung von Krieg und beginnt hierfür mit „to save succeeding generations from the scourge of war“. Sie konserviert das konstitutionelle Momentum der damaligen Zeit und zeigt die Motivation für die Verabschiedung der UN-Charta; es wird die historische Dimension des Schutzes des Weltfriedens deutlich.

Hinter dem Hauptziel (internationaler Frieden) reihen sich dann die anderen Ziele der UN-Charta aus Art. 1 UN-Ch. ein: die freundschaftlichen Beziehungen unter Beachtung der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker, die internationale Zusammenarbeit zur Beseitigung internationaler Probleme und die Förderung des Respekts für die Menschenrechte. Diese Ziele dienen einerseits dem Hauptziel, haben aber andererseits auch einen eigenen Zweck.<sup>180</sup> Die teleologische Verknüpfung von Haupt- und Nebenziel wird zum Beispiel in Art. 1 (2) UN-Ch. ausdrücklich erwähnt („zur Festigung des Weltfriedens“). Die Ziele in Art. 1 UN-Ch. sind letztlich keine rechtlichen Pflichten im eigentlichen Sinn, sondern vor allem interpretative Leitlinien für die anderen Vorschriften der UN-Charta.<sup>181</sup>

Hinter den Zielen des Art. 1 UN-Ch. stehen wiederum die Prinzipien (Grundsätze) der UN-Charta in Art. 2 UN-Ch. Einerseits sind sie dadurch Mittel zum Zweck zur Erreichung der Ziele des Art. 1 UN-Ch.: „The Organization and its Members, *in pursuit of the Purposes* stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.“<sup>182</sup> Andererseits haben die Prinzipien selbst wiederum einen normativen Gehalt (Selbstzweck).<sup>183</sup> Von der Bedeutung der Grundsätze als eigenständige Werte zeugt auch Art. 6 UN-Ch., der einen Ausschluss von den UN ermöglicht, wenn ein Mitglied die Grundsätze der UN-Charta verletzt.

Präambel, Art. 1 und 2 UN-Ch. bilden damit ein zusammenhängendes System. Die systematische Stellung ganz am Anfang der UN-Charta verdeutlicht, dass es sich dabei um das Fundament der Völkerverfassung und Grundlage ihrer Werteordnung

---

die Existenz der Organisation; die Grundsätze dagegen bezeichnen die Art der Vorgehensweise bei und zu der Erreichung der Ziele. Die Grundsätze bilden den *Maßstab*, an dem sich das Verhalten von UN-Organen und der Vertragsparteien zu orientieren hat“ (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>180</sup> Wolfrum, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 7.

<sup>181</sup> Ders., in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 13.

<sup>182</sup> Hervorhebung des Verfassers.

<sup>183</sup> Ähnlich Paulus, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 1; Randelzhofer, in: Wolfrum (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 4; Susani, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 418–427, Rn. 1 f.

handelt.<sup>184</sup> Sie bilden einen Stufenbau an Ziel- und Zweckbestimmungen. Jede Stufe ist sowohl Ziel als auch inhaltliches Gebot, die Stufen sind durch Mittel-Zweck-Relationen verbunden.<sup>185</sup> Die Präambel zeichnet diese Mittel-Zweck-Relation der Art. 1 und 2 UN-Ch. bereits vor: Die Ziele, die im ersten Teil der Präambel vorgegeben werden, sollen durch die Maßnahmen des zweiten Teils umgesetzt werden.<sup>186</sup>

Zur Erreichung des Hauptziels enthält die UN-Charta ein entscheidendes Prinzip des Völkerverfassungsrechts in Form einer negativen Pflicht – das Gewaltverbot in Art. 2 (4) UN-Ch. Die UN-Charta belässt es aber nicht bei der negativen Komponente (Gewaltverbot und Gewaltverhinderung), sondern beinhaltet auch die positive Pflicht zur Friedensförderung (Präambel, Art. 1 (2) und (3), 4, 11 (1) und (2), 24 (1), 55, 61 ff. UN-Ch.). Das zeigt, dass mit dem Begriff des internationalen Friedens nicht nur die Abwesenheit von Krieg gemeint ist, sondern für diesen Wert in seiner positiven Dimension eine evolutive Entwicklung vorgesehen ist.<sup>187</sup>

Neben den Pflichten hält die UN-Charta zudem Verfahren vor, die Gewalt verhindern und Sicherheit und Frieden fördern sollen (vgl. hierzu auch Art. 1 (4) UN-Ch.).<sup>188</sup> Das sind vor allem Verfahren zur friedlichen Streitbeilegung und zur präventiven Gewaltverhinderung (Präambel, Art. 1 (1), 2 (3), (4), Art. 33 (1), (2) und Art. 33 ff. UN-Ch.). Darüber enthält Kapitel VII förmliche Verfahren, die eine Reaktion auf die Bedrohung oder den Bruch des internationalen Friedens und Angriffshandlungen ermöglichen, wodurch das Gewaltverbot in besonderem Maße prozessual ausgestaltet wird. Wie weit diese prozessuale Flankierung des Gewaltverbots geht, wird dadurch erkennbar, dass selbst das Selbstverteidigungsrecht unter die Kontrolle der UN gestellt wird (Art. 51 UN-Ch.).

<sup>184</sup> Ähnlich *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 1, 4.

<sup>185</sup> Ähnlich *Wolfrum*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 7; *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 1, 24; *Kolb*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (2) UN-Ch., Rn. 5; *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 4, der wegen der Wechselbeziehungen eine klare Abgrenzung für schwierig hält.

<sup>186</sup> Ähnlich *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 4.

<sup>187</sup> *Wolfrum*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 9.

<sup>188</sup> *Ders.*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 9: „The Preamble and Art. 1(2), (2) and (3) indicate that peace is more than the absence of war. These provisions refer to an evolutionary development in the state of international relations which is meant to lead to the diminution of those issues likely to cause war.“

Die verfahrensmäßige friedliche Streitbeilegung wird zudem institutionell umgesetzt. Es stehen entsprechende Verfahren in der Generalversammlung (Art. 11, 12 UN-Ch.), vor dem Sicherheitsrat (Kapitel VI, VII UN-Ch.) und dem Internationalen Gerichtshof zur Verfügung.<sup>189</sup>

Die Vorgaben des Gewaltverbots werden also nicht nur inhaltlich reguliert, sondern auch verfahrensmäßig und institutionell umgesetzt.<sup>190</sup> Hinzu kommt, dass diese Vorgaben durch eine Vielzahl von Resolutionen weiter präzisiert wurden.<sup>191</sup> Die UN-Charta regelt damit alle Facetten des Gewaltverbots, vom Beginn der Streitigkeiten bis zur Verteidigung bei Angriffen. Dieses abgeschlossene<sup>192</sup> System unterstreicht die überragende Bedeutung des Gewaltverbots für das Hauptziel des internationalen Friedens gegenüber den anderen in Art. 2 UN-Ch. genannten Prinzipien.<sup>193</sup> Es ist damit Kern der völkerverfassungsrechtlichen Prinzipien.<sup>194</sup> Als Pfeiler der UN-Ordnung muss ihm daher per Auslegung eine möglichst weitreichende Wirkung verschafft werden.<sup>195</sup> Die Wirksamkeit muss aber – anders als zum Beispiel beim Menschenrechtsschutz, der in der UN-Charta offen geregelt ist – in dem vorgesehenen Regelungssystem der UN-Charta herbeigeführt werden.

## b) Werteordnung der UN-Charta

Vertikalisierungen innerhalb einer Rechtsordnung – insbesondere bei einem formellen Vorrang – vereinfachen üblicherweise die Auslegung, weil ihnen klare Auslegungsanweisungen zugrunde liegen. Horizontalisierungen führen hingegen zum Gegenteil: Die Gleichordnung von Normen führt zwangsläufig zu Überschneidungen, Durchdringungen und gegenseitigen Abhängigkeiten. Das gilt insbesondere dann,

<sup>189</sup> Tomuschat, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (3) UN-Ch., Rn. 2.

<sup>190</sup> Ders., in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (3) UN-Ch., Rn. 2.

<sup>191</sup> GV, Res. v. 24.10.1970, Friendly Relations Declaration, A/RES/25/2625; GV, Res. v. 15.11.1982, The Manila Declaration, A/RES/37/10; Gv, Res. v. 5.12.1988, Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security, A/RES/43/51; GV, Res. v. 17.11.1989, United Nations Decade of International Law, A/RES/44/23; GV, Res. v. 08.09.2000, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2; GV, Res. v. 16.05.2005, 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1; dazu ders., in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (3) UN-Ch., Rn. 8.

<sup>192</sup> In diese Richtung auch Fassbender, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009, S. 112 f.: „comprehensive prohibition of use of force“.

<sup>193</sup> A. A. Paulus, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 11.

<sup>194</sup> Randelzhofer/Dörr, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (4) UN-Ch., Rn. 12.

<sup>195</sup> Dies., in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (4) UN-Ch., Rn. 71.



wenn es sich um Prinzipien handelt, deren Anwendungsbereich undeutlich ist und die jeweils für sich auf eine Optimierung ausgelegt sind.

Die Ziele und Grundsätze der UN-Charta bilden die Bausteine der internationalen Ordnung.<sup>196</sup> Sie etablieren eine Werteordnung, die die Verfassungsprinzipien der internationalen Gemeinschaft enthält.<sup>197</sup> Im Grundsatz stehen sie gleichgeordnet nebeneinander, wobei nach den obigen Ausführungen der internationale Friede als Hauptziel und das Gewaltverbot als eines der Kernprinzipien herausragen.

Für die Auslegung nehmen sowohl die Ziele als auch die Grundsätze der UN-Charta die Funktion von Direktiven ein.<sup>198</sup> Die Auslegung muss im Zweifel die souveräne Gleichheit, den guten Glauben, die möglichst friedliche Streitbeilegung, die Kooperation und Solidarität zwischen den UN und ihren Mitgliedern, die Bindung für Nicht-Mitglieder und das Nichteinmischungsgebot gleichermaßen beachten und diesen Grundsätzen möglichst weitgehend zur Wirksamkeit verhelfen.<sup>199</sup>

Gibt es keine Anweisung, welche Norm oder welches Prinzip vorgeht, beziehungsweise ergibt sich kein Vorrang aus einer Wertehierarchie, drängen alle nach größtmöglicher Verwirklichung. Bei der Auslegung müssen dann mehrere, sich unter Umständen widersprechende Gesichtspunkte gleichzeitig beachtet werden. Einen Fahrplan der Auslegung gibt es dann nicht, das Recht entwickelt sich situativ in dem Moment, in dem die Werte gleichzeitig nach Geltung streben. Hier passt auch das Bild einer evolutiven Entwicklung, in der immer neue Kreuzungen von Werten zu immer neuen Lösungen führen.

### c) **Zwischenfazit: Beachtung der UN-Charta als Ganzes**

Die UN-Charta enthält Grundstrukturen eines formellen und materiellen Norm- und Wertesystems. Es überwiegt die Gleichordnung verschiedener Prinzipien, die bei der Auslegung im Sinne einer praktischen Konkordanz zu beachten sind.<sup>200</sup> Die

<sup>196</sup> *Susani*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 418–427, Rn. 2; nur für die Grundsätze nach Art. 2 UN-Ch. aber *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 8.

<sup>197</sup> Enger aber *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 24.

<sup>198</sup> Für eine Auslegung anhand der Ziele des Art. 1 UN-Ch. ist *Wolfrum*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 13; für eine Auslegung anhand des Prinzips des guten Glaubens aus Art. 2 UN-Ch. ist *Kolb*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (2) UN-Ch., Rn. 18.

<sup>199</sup> Zur Gleichordnung siehe *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 8.

<sup>200</sup> Siehe zur „praktischen Konkordanz“ die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.a).

Auslegung kann nur im Lichte der UN-Charta als Ganzem erfolgen.<sup>201</sup> Eine Abwägung der einzelnen Werte muss dabei mit Blick auf den internationalen Frieden als Hauptziel der UN-Charta erfolgen. Das Gewaltverbot nimmt dabei eine herausragende Position ein.

## II. Funktionelle Gewaltenteilung

Die Zuordnung und die Aufteilung von Macht mit rechtlichen Mitteln sind wesentliche Funktionen einer Verfassung. Die konkrete Form der Gewaltenteilung ist ein entscheidender Faktor, der die Verfassungsauslegung beeinflusst.<sup>202</sup> Bei der UN-Charta kann – ähnlich wie im EU-Verfassungsrecht – zwischen der vertikalen Gewaltenteilung, das heißt derjenigen zwischen den UN und ihren Mitgliedstaaten, und der horizontalen Gewaltenteilung zwischen den einzelnen Organen der UN unterschieden werden. Innerhalb der Organisation erfüllen die für die Auslegung wesentlichen Organe (Internationaler Gerichtshof, Sicherheitsrat und Generalversammlung) spezifische Rollen mit zum Teil sich überschneidenden Kompetenzen.

### 1. Vertikale und horizontal-funktionelle Gewaltenteilung

Anders als die EU spricht die UN-Charta nicht von der Übertragung einzelner Kompetenzen an die UN; ein Prinzip der Subsidiarität oder Einzelermächtigung ist nicht ohne Weiteres erkennbar. Dennoch wird weithin angenommen, dass die UN keine unbeschränkten Kompetenzen haben. Art. 1 und 2 UN-Ch. wird als abschließende, wenngleich um die „implied powers“ zu ergänzende Aufzählung der Kompetenzen der UN gesehen.<sup>203</sup> Hinzu kommt das Prinzip der Nichteinmischung gemäß Art. 2 (7) UN-Ch., das nach *Kolbs* Ansicht eine Beschränkung der UN-Kompetenzen enthalte.<sup>204</sup> In die gleiche Richtung gehen die Überlegungen, nach denen in Art. 2 (7) UN-Ch. das Subsidiaritätsprinzip verwirklicht werde.<sup>205</sup> Unabhängig von Art. 2

<sup>201</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III und A.IV.

<sup>202</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.4 und C.II.2.

<sup>203</sup> Siehe nur *Randelzhofer*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 10.

<sup>204</sup> *Kolb*, RGDIP 110 (2006) 597–646, 623; siehe dazu auch *G. Nolte*, in: *Simma/Khan/G. Nolte/Paulus*, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (7) UN-Ch., Rn. 75.

<sup>205</sup> Siehe nur *Tsagourias*, LJIL 24 (2011) 539–559, 550 m. w. N.

(7) UN-Ch. folge letztlich aus der Verfassungseigenschaft, dass die Kompetenzen der UN klar definiert, das heißt auch beschränkt sein müssen.<sup>206</sup>

Inhaltlich gehen die Kompetenzen der UN aber ohnehin sehr weit. Da es sich bei dem Katalog in Art. 1 und 2 UN-Ch. um die wesentlichen Strukturprinzipien der internationalen Rechtsordnung handelt, kommt den UN ein umfassender Aufgabenbereich im Bereich der Sicherung des internationalen Friedens zu. Vor allem seine positive Dimension – die Förderung der internationalen Sicherheit – führt zu einer Erweiterung des Aufgabenbereichs. Aufgrund des technischen Fortschritts und der Entwicklungen des Völkerrechts vertiefen sich die UN-Kompetenzen: Zum Beispiel können auch Cyber-Attacken ab einer gewissen Schwelle als Gefährdung des internationalen Friedens angesehen werden und somit ein Handeln der UN erfordern.

Die Kompetenzen innerhalb der UN werden funktionell unterschiedlichen Organen zugeordnet, wobei es zu Kompetenzüberschneidungen vor allem zwischen Sicherheitsrat und Generalversammlung kommt (vgl. Art. 10 i. V. m. 11 (1) UN-Ch. mit 24 UN-Ch.). Beide sind den Zielen und Grundsätzen der UN-Charta verpflichtet, insbesondere der friedlichen Streitbeilegung und Wahrung des internationalen Friedens. Die interne Kompetenzverteilung kann daher nicht als abschließend verstanden werden. Entsprechend leben auch subsidiäre Zuständigkeiten wieder auf, wenn sich das primär zuständige Organ als handlungsunfähig erweist.<sup>207</sup> Alle Organe sind schließlich für die Erreichung der Ziele der UN-Charta verantwortlich. Nach Art. 24 UN-Ch. liegt die Hauptverantwortung für die Sicherung des Friedens zwar beim Sicherheitsrat. Für die Generalversammlung ergibt sich eine subsidiäre Kompetenz aber aus Art. 10 UN-Ch., sie ist notwendig, um die Handlungsfähigkeit der internationalen Gemeinschaft aufrechtzuerhalten.<sup>208</sup>

## 2. Rollen und Kompetenzen der UN-Organe

Die Methodik der Verfassungsauslegung hängt wesentlich davon ab, welches Organ die Verfassung auszulegen hat.<sup>209</sup> Die UN-Charta weist keinem Organ die Letztentscheidungsbefugnis über die Auslegung zu. Die UN sind insgesamt für die Umsetzung und Beachtung der UN-Charta verantwortlich. Die für die Auslegung

<sup>206</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 134.

<sup>207</sup> Siehe nur *Randelzhofer*, in: *Wolfrum* (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 1151–1158, Rn. 9; *B. Nolte*, in: *Wolfrum* (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl. 1991, 950–956, Rn. 20 f.; IGH, *Entsch. v. 20.07.1962, Certain Expenses*, ICJ Rep. 1962, 151, 162 ff.

<sup>208</sup> Siehe nur IGH, *Entsch. v. 20.07.1962, Certain Expenses*, ICJ Rep. 1962, 151, 162 ff.

<sup>209</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.2 und C.III.

wesentlichen UN-Organe sind der Internationale Gerichtshof, der Sicherheitsrat und die Generalversammlung.

### a) Internationaler Gerichtshof

Der Internationale Gerichtshof ist das zentrale internationale Justizorgan (Art. 92 UN-Ch.). Seine Funktion ist es, Rechtsstreitigkeiten zwischen Staaten zu lösen (Art. 38 IGH-Statut) und auf Anfrage Rechtsgutachten zu erstellen (Art. 96 UN-Ch.). Er ist dabei immer ein juristisches Organ, das nach juristischen Gesichtspunkten bewertet, unabhängig davon, ob er in einem streitigen Verfahren entscheidet oder eine Rechtsmeinung im Rahmen des Gutachtenverfahrens abgibt.<sup>210</sup> Er hat umfassende Entscheidungskompetenz, das heißt, die Political-Question-Doktrin, nach der bestimmte (politische) Bereiche von einer rechtlichen Bewertung durch den Internationalen Gerichtshof ausgenommen sind, kommt nicht zur Anwendung.<sup>211</sup>

Er wird bei der Erfüllung aller seiner Aufgaben durch das Völkerrecht gebunden (Art. 38, 69 IGH-Statut), wobei er stets eine Entscheidung zu fällen hat, wenn die Faktenlage ausreichend klar ist; die Situation eines rechtlichen *non liquet* soll es nicht geben.<sup>212</sup>

Nach dem organschaftlichen Gefüge der UN übernimmt er keine exponierte Stellung zur Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts. Er hat keine Letztentscheidungsbefugnis gegenüber anderen UN-Organen, sondern entscheidet verbindlich nur gegenüber Staaten (Art. 34, 36 IGH-Statut). Der Internationale Gerichtshof ist gerade kein Verfassungsgericht mit umfassender Kompetenz wie das Bundesverfassungsgericht, der US Supreme Court oder der Europäische Gerichtshof. Die Letztentscheidungsbefugnis wurde im Rahmen der Erarbeitung der UN-Charta zwar

<sup>210</sup> *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 69; IGH, Entsch. v. 08.06.1960, Constitution of the Maritime Safety, ICJ Rep. 1960, 150, 153; Entsch. v. 20.12.1974, Nuclear Tests, Case, ICJ Rep. 1974, 253, 259 f., 457 und 463;

<sup>211</sup> IGH, Entsch. v. 02.12.1963, Northern Cameroons, ICJ Rep. 1963, 15, 29 f.; Entsch. v. 09.07.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall, 136, 155; *ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 67 f.

<sup>212</sup> IGH, Entsch. v. 02.12.1963, Northern Cameroons, ICJ Rep. 1963, 15, 29 f.; IGH, Entsch. v. 16.10.1975, Western Sahara, ICJ Rep. 1975, 12, 28; IGH, Entsch. v. 09.07.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall, ICJ Rep. 2004, 136, 158 und 161; *ders.*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 59, 60, 67; zurückhaltender *Rosenne*, The Law and Practice of the International Court, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 172; *Bodansky*, in: MPEPIL, Bd. VII, 2012, 697–700, Rn. 6 ff. m. w. N.; für umfassende Analysen siehe *Stone*, BYIL 35 (1959) 124–161; *Lauterpacht*, in: FS J. H. W. Verzijl, 1958, 196–221.

besprochen, dann aber verworfen.<sup>213</sup> Es gibt auf internationaler Ebene auch keine der Rechtsprechung des US Supreme Court vergleichbare Jurisprudenz, wonach der Internationale Gerichtshof die Verfassungsgerichtsbarkeit an sich gezogen hätte.<sup>214</sup>

Der Internationale Gerichtshof ist im Übrigen auch nicht so positioniert, dass er die Rolle eines Verfassungsgerichts der internationalen Gemeinschaft einnehmen könnte.<sup>215</sup> Die Verfassungsgerichtsbarkeit scheidet schon daran, dass er bei Rechtsstreitigkeiten nicht zwingend anzurufen ist und auch nur Staaten Parteien eines Rechtsstreites werden können (Art. 34 IGH-Statut).<sup>216</sup> Aus dem Verfassungsparadigma folgt auch nicht, dass es zwingend ein Verfassungsgericht geben müsste: *Fassbender* zum Beispiel hält die Einführung einer direkten Rechtskontrolle von Sicherheitsratsresolutionen durch den Internationalen Gerichtshof noch für verfrüht.<sup>217</sup>

Trotz der im Vergleich zu Verfassungsgerichten zurückgenommenen Rolle waren die Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs bedeutend für die Weiterentwicklung des Völkerrechts.<sup>218</sup> Die Auslegungstätigkeit des Internationalen Gerichtshofs liegt damit zwischen bloßer Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung.<sup>219</sup>

## b) Sicherheitsrat

Der Sicherheitsrat ist das zentrale politische Organ der UN.<sup>220</sup> Er ist hauptverantwortlich für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art. 24 (1) UN-Ch.). Zur Umsetzung seiner Aufgaben steht dem Sicherheitsrat ein breites Sortiment an Handlungsformen zur Verfügung: Aufforderungen (Art. 33 (2) UN-Ch.), Untersuchungen (Art. 34 UN-Ch.), Empfehlungen (Art. 36 (1), 37 (2) und 40 UN-Ch.), Feststellungen (Art. 39) und rechtsverbindliche Maßnahmen (Art. 41, 42).

<sup>213</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 73 f. m. w. N.

<sup>214</sup> *Ders.*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 71 f.; siehe die Ausführungen unter Kap 5., Abschn. B.I.2.a).

<sup>215</sup> Das bedeutet aber nicht, dass der IGH bei der Rechtsfindung – wie andere internationale Gerichte auch – nicht eine Funktion übernimmt, die über den konkreten Rechtsstreit hinausgeht; vgl. dazu *Brown*, BYIL 76 (2006) 195–244, 229 ff.

<sup>216</sup> *Sloan*, Pace Y. B. Int'l L.1 (1989) 61–126, 72 f.

<sup>217</sup> *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998, S. 310.

<sup>218</sup> *Rosenne*, in: MPEPIL, Bd. V, 2012, 459–487, Rn. 112.

<sup>219</sup> *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, 2. Aufl. 2012, Art. 38 IGH-Statut, Rn. 324; zum Vorstehenden auch Rn. 322 ff.; ähnlich zurückhaltend *Brown*, BYIL 76 (2006) 195–244, 229 ff.

<sup>220</sup> *Kelsen*, The Law of the United Nations, 1951, S. 294; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 550 m. w. N.

Beim Sicherheitsrat laufen alle Verfahren zusammen, die zur Umsetzung des Gewaltverbots und zur Aufrechterhaltung des Weltfriedens eingerichtet wurden. Er hat von allen Organen die weitreichendsten Handlungsmöglichkeiten. Er kann in jeder Phase einer Bedrohung des internationalen Friedens einschreiten, auch dann noch, wenn sich ein angegriffener Staat selbst verteidigt (Art. 51 UN-Ch.). Der Sicherheitsrat ist damit sozusagen „Herr des Gewaltverbots“; das Regelungsregime des internationalen Friedens ist mit seiner Verbotskomponente dem Sicherheitsrat vollständig unterstellt und wird damit nicht nur inhaltlich und prozessual, sondern auch institutionell umfassend geregelt.<sup>221</sup>

### c) Generalversammlung

Der Aufgabenbereich der Generalversammlung ist allumfassend,<sup>222</sup> er deckt sich mit dem der UN-Charta: „The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter“ (Art. 10 UN-Ch.). Diese generelle Kompetenzzuweisung geht einher mit einer Vielzahl von Handlungsrechten: Befassungs- und Erörterungsrechte (Art. 10, 11 (1) und (2) UN-Ch.), Empfehlungsrechte (Art. 10, 11 (1), 13 (1) UN-Ch.), Untersuchungsrechte (Art. 13 (1) UN-Ch.) und Haushalts- und Kontrollrechte (Art. 15, 17, 24 (3) UN-Ch.).

Die Generalversammlung ist damit Dreh- und Angelpunkt der internationalen Gemeinschaft. Nicht nur ist sie das Organ der UN, das diese am weitesten abbildet,<sup>223</sup> sondern sie hat sich auch als das Forum etabliert, in dem die Belange der internationalen Gemeinschaft nach dem Gleichheitsprinzip besprochen werden können.<sup>224</sup> *Tomuschat* zufolge könne die Generalversammlung aufgrund dieses egalitären Prinzips aber nicht zur Weltlegislative werden, denn die Regel des „one state one vote“ (Art. 18 UN-Ch.) würde dem Prinzip der demokratischen Legitimität widersprechen.<sup>225</sup> Die Feststellung ist nur soweit richtig, als die Generalversammlung keine rechtsverbindlichen Entscheidungen treffen kann. Das kann aber nicht mit der fehlenden demokratischen Legitimation begründet werden. Das Völkerrecht ist seit jeher nicht nach diesem Prinzip strukturiert worden. Die Frage nach der Legitimität in der

---

<sup>221</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2.a)bb).

<sup>222</sup> So auch *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 102.

<sup>223</sup> Vgl. hierzu *Tomuschat*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 371–380, Rn. 2 f.

<sup>224</sup> *Ders.*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 371–380, Rn. 1.

<sup>225</sup> *Ders.*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 371–380, Rn. 1, 32.

internationalen Ordnung stellt sich zwar, muss aber nicht notwendigerweise mit Mitteln aus dem Repertoire des demokratischen Staates beantwortet werden.<sup>226</sup>

Die Generalversammlung bezieht ihre Legitimation – trotz ihres „demokratischen Defizits“ – aus ihrer Funktion als Repräsentantin der internationalen Gemeinschaft. Sie ist das Organ der UN, das diese Aufgabe am ehesten erfüllen kann. Entsprechend sind ihre Handlungen, auch wenn sie nicht rechtsverbindlich sind, zentral für die Auslegung. Sie zeigen allen voran die Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft als Teil der Völkerfassungswirklichkeit.<sup>227</sup>

### III. Integrationsprogramm

Das EU-Verfassungsrecht enthält einen formellen („enger werdende Union“) und materiellen („Ziele der Union als Integrationsprogramm“<sup>228</sup>) Integrationsauftrag.<sup>229</sup> Die Ziele in Art. 3 EUV drücken die „Finalität des Integrationsprozesses“ aus.<sup>230</sup> Diese materiell-rechtliche Disposition ist unter anderem der Anknüpfungspunkt für eine aktive Rolle des Europäischen Gerichtshofs; sie ist Legitimation für eine dynamische Auslegungslehre.<sup>231</sup>

Das Recht der UN-Charta enthält demgegenüber keinen formellen Integrationsauftrag zur Schaffung einer Union oder einer anderen institutionellen Form der Verfasstheit. Die UN-Charta genügt sich in der Gründung einer internationalen Organisation. Die Integrationsfunktion der UN erschöpft sich dabei in der verfahrensmäßigen Leitung der internationalen Kooperation (Art. 1 (2) UN-Ch.) – insbesondere in der Kodifizierung des Völkerrechts und der Zusammenarbeit auf den Gebieten der Wirtschaft,

---

<sup>226</sup> Wolfrum, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 808–814, Rn. 22 ff.

<sup>227</sup> Zum Gedanken der Völkerfassungswirklichkeit siehe auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III.4.

<sup>228</sup> *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Art. 3 EUV, Rn. 18, der den Zielen unter Rückgriff auf *Reimer*, EuR 38 (2003) 992–1012, 995, ein „materiell-prospektives Element“ entnimmt (Rn. 19).

<sup>229</sup> *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Präambel EUV, Rn. 7, nennt den hier „formellen Integrationsauftrag“ „fortwährenden Integrationsauftrag“, siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.II.3.

<sup>230</sup> *Ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. Aufl., EL v. Mai 2014, Art. 3 EUV, Rn. 18.

<sup>231</sup> Deutlich *Reimer*, EuR 38 (2003) 992–1012, 1003; siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2 und C.III.3.

des Sozialwesens, der Kultur, der Erziehung, der Gesundheit und der Menschenrechte.<sup>232</sup>

Es ließe sich zwar ein formeller Integrationsauftrag mit der Verfassungseigenschaft der UN-Charta begründen, wenn man einem Verfassungsbegriff ähnlich der Integrationslehre von *Smend* folgen würde. *Fassbender* lehnt den offenen Verfassungsbegriff von *Smend* hingegen ab, denn aus einem solchen Verfassungsbegriff könne man kaum noch normative Rückschlüsse ziehen.<sup>233</sup> Aus der Vorstellung des Prozesshaften ergibt sich auch kein spezifisches Ziel, das am Ende eines Integrationsprozesses stehen könnte. Diese offene Vorstellung einer Verfassung als alleinige Integrationsordnung würde auch dem in der UN-Charta vorgesehenen Revisionsmechanismus widersprechen. Gerade weil es ein förmliches Verfahren gibt, das es der internationalen Gemeinschaft auch im Rahmen des UN-Systems erlaubt, die Rechtsordnung vollständig neu zu organisieren, ist die informelle Beliebigkeit ausgeschlossen.

Die UN-Charta teilt sich mit dem EU-Verfassungsrecht aber, dass ein inhaltliches Integrationsprogramm vorliegt. Die in Art. 1 und 2 UN-Ch. genannten materiellen Ziele stecken den Rahmen ab und legen das Fundament, in und auf dem sich die Verfassungsrechtsordnung entwickeln soll. Insbesondere das Hauptziel der UN-Charta unterliegt einem materiellen Integrationsauftrag: Präambel und Art. 1 (1), (2) und (3) UN-Ch. zeigen, dass der Schutz des internationalen Friedens nicht nur als Abwesenheit von Krieg verstanden wird, sondern eine allgemeine kooperative Einstellung und Solidarität innerhalb der internationalen Gemeinschaft voraussetzt.<sup>234</sup>

Dieser materielle Integrationsauftrag wird institutionell umgesetzt: Der Großteil des Rechts der UN-Charta regelt die Einrichtung und Verfahrensweisen von Organen, die in der Anwendung der Grundsätze des Art. 2 UN-Ch. die Ziele des Art. 1 UN-Ch. erreichen sollen.<sup>235</sup> Hinzu kommt das weite Netz an Sonderorganisationen, Komitees und Spezialagenturen des UN-Systems,<sup>236</sup> das die Umsetzung, Weiterentwicklung

---

<sup>232</sup> Eine besondere Rolle spielt dabei die internationale Zusammenarbeit auf dem wirtschaftlichen und sozialen Gebiet, die durch Kap. IX und X der UN-Charta ausführlich in verfahrensmäßiger und institutioneller Hinsicht ausgeprägt wird.

<sup>233</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 82.

<sup>234</sup> *Wolfrum*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 1 UN-Ch., Rn. 9.

<sup>235</sup> *Paulus*, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 UN-Ch., Rn. 10.

<sup>236</sup> Dazu und zum UN-System allgemein siehe *Rudolf*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 295–302, Rn. 1 und ff.; zur Rechtsfortbildung durch Spezialagenturen *E. Klein*, in: MPEPIL, Bd. X, 2012, 489–509, Rn. 72 ff.



und Implementierung der in der UN-Charta enthaltenen Grundsätze sicherstellen soll. Insofern ist durch die UN-Charta vorgesehen, dass deren Verfassungswerte insbesondere durch die UN und deren Organe integriert werden. Damit geht zwingend auch deren Weiterentwicklung einher.

#### IV. Zwischenfazit

Das materielle Verfassungsrecht enthält keine ausdrücklichen Vorgaben, wie die UN-Charta auszulegen ist. Dennoch kann man dieser ein Bekenntnis zu einem nicht strengen Verfassungspositivismus entnehmen. Sie enthält Anhaltspunkte, die für eine eher dynamische Auslegung sprechen, allerdings auch einige gewichtige Hinweise, die für eine restriktive Auslegung streiten. Das heißt, die UN-Charta muss – wie jede andere Verfassung auch – eine innere Spannung aushalten; sie muss gleichzeitig offen und geschlossen, gleichzeitig starr und flexibel sein. Es bleibt nur noch die Frage, wann und wo sie starr und wann und wo sie flexibel sein muss. Die Antworten darauf müssen sich wegen des Verfassungspositivismus aber *prima facie* aus der UN-Charta selbst ergeben (dazu gleich mehr)<sup>237</sup>.

Ziel der dynamischen Auslegung ist es, das in der Präambel und Art. 1 und 2 UN-Ch. niedergelegte Integrationsprogramm zu verwirklichen. Bei der Auslegung der UN-Charta nehmen die einzelnen Organe durchaus unterschiedliche Rollen ein: Der Internationale Gerichtshof ist ein juristisches Organ, das zwar rechtsfortbildend tätig werden kann, aber auch besonders eng an das Völkerverfassungsrecht gebunden wird. Der Sicherheitsrat und die Generalversammlung sind hier hingegen – insbesondere innerhalb ihrer Kompetenzen – freier. Die Generalversammlung übernimmt darüber hinaus eine besondere Rolle als Repräsentantin der internationalen Gemeinschaft ein. Sie kann am ehesten die Bedürfnisse gegenüber der Völkerverfassung als Ausdruck der Verfassungswirklichkeit artikulieren.

### C. Zusammenfassung der Rahmenbedingungen

Die Erkenntnisse der vorstehenden Abschnitte sollen mit denen des zweiten Teils nachfolgend zu Rahmenbedingungen der Auslegungslehre zusammengefasst werden. Es wird sich zeigen, dass einige der folgenden Gesichtspunkte widersprüchlich

---

<sup>237</sup>

Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.V.

sind; es ist Aufgabe der Auslegungslehre, diese in möglichst kohärenter Form zum Ausgleich zu bringen.

## I. Neues verfassungsrechtliches Paradigma

Die Völkerverfassungsordnung ist durch Gründung der UN entstanden. Es wurde eine Rechtsordnung gebildet, die sich qualitativ von der davor bestehenden Völkerrechtsordnung unterscheidet. Die Staaten haben mit der Legitimität, die ihnen im westfälischen System zugewiesen wurde, diese neue Rechtsordnung erschaffen und zugleich ihre eigene Rolle neu definiert. Die Völkerverfassung hat sich mithin von den eigenen Schöpfern emanzipiert.<sup>238</sup> Vor diesem Hintergrund ist eine völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre unangemessen, die sich allein am Willen der Schöpfer orientiert (subjektive Auslegung bzw. „originalism“): In der neuen Völkerverfassungsordnung sind nicht mehr die Staaten Zentrum der Rechtsordnung, sondern die internationale Gemeinschaft als Verfassungssubstrat.<sup>239</sup>

## II. Positivistisches Primat

Die Verfassung der internationalen Gemeinschaft ist keine ungeschriebene Verfassung. Die Völkerverfassung ist eine verschriftlichte Verfassung; ihre formelle Rechtsquelle ist das Verfassungsdokument „UN-Charta“. Sie ist dementsprechend verfassungspositivistisch zu verstehen.<sup>240</sup> Das steht im Einklang mit dem Bekenntnis zum Verfassungspositivismus, das dem materiellen Recht der UN-Charta entnommen werden kann.<sup>241</sup>

Positivismus wird in diesem Zusammenhang wie von *Müller/Christensen* als „Positivismus der Normbehandlung“ verstanden:

„Unter ‚Positivismus‘ ist dabei nicht der im Kern philosophische Positivismus der Wissenschaftshaltung verstanden und auch nicht der die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts stellende Positivismus der Rechtsgeltung, welcher seinerseits nach seiner psychologischen,

<sup>238</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap 2. Abschn. C.III.2 und D, Kap 6. Abschn. C.I.2 und Kap 7, Abschn. A.V.

<sup>239</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.II.

<sup>240</sup> Zum Vorstehenden siehe v. a. die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.I.

<sup>241</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.1.

soziologischen und etatistischen Variante unterschieden zu werden pflegt. Vielmehr geht es um den methodischen Rechtspositivismus, den *Positivismus der Normbehandlung* [...]<sup>242</sup>

Daraus folgt allem voran, dass das Völkerverfassungsrecht einer juristischen Auslegung zugänglich ist, und sodann, dass diese Auslegung vom Verfassungstext aus zu erfolgen hat.

Eine reine klassisch hermeneutische Auslegungslehre findet dennoch keine Anwendung. Eine solche würde schon an dem aus rechtstheoretischer Sicht unzureichendem Systematisierungsgrad von Gesetzesrecht scheitern, erst recht scheitert sie beim Verfassungsrecht und mehr noch beim Völkerverfassungsrecht.<sup>243</sup> Das heißt aber nicht, dass die klassischen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung) nicht angewendet werden können. Es müssen allerdings weitere besondere völkerverfassungsrechtliche Auslegungsregeln hinzutreten.<sup>244</sup>

### III. Systematisierung der Völkerverfassungsrechtsordnung

Der Übergang von einer Rechtsordnung ohne Völkerverfassung zu einer Rechtsordnung mit Verfassung ist ein Zeichen der Systematisierung der Völkerrechtsordnung. Diese externe Systematisierung geht einher mit einer internen Systematisierung der Völkerverfassung selbst. Die UN-Charta ist sowohl horizontal als auch vertikal strukturiert. Die Auslegung hat diesen Strukturen zu folgen; bei Hierarchieverhältnissen führt dies zu einer Bindung der Interpretation, im Gleichordnungsverhältnis ist der Rechtsanwender hingegen freier und gleichzeitig in einem größeren Umfang auf kontextuelle Auslegungsressourcen angewiesen.<sup>245</sup>

---

<sup>242</sup> F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 115 (Hervorhebungen des Originals teilweise weggelassen).

<sup>243</sup> Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. A.IV und D; Kap. 3, Abschn. A.II.4.b) und A.III.1.

<sup>244</sup> Zur Besonderheit der Völkerverfassungsauslegung siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.

<sup>245</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III, A.V und B.I.2.

#### IV. Keine Prädisposition zu evolutiver Auslegung

Die Völkerrechtswissenschaft verbindet den Verfassungscharakter vor allem mit einer Prädisposition zu evolutiver Auslegung.<sup>246</sup> Auch in anderen Rechtsordnungen wird häufig die Entwicklungsoffenheit der Verfassung betont, woraus nicht selten eine progressive beziehungsweise politische Rolle des obersten Auslegungsorgans der Verfassung abgeleitet wird. Bei einer solchen Sichtweise ist rechtsschöpferische Auslegung nicht nur erlaubt, sondern erforderlich.<sup>247</sup> Diese Ansicht herrscht insbesondere in der EU vor, entsprechend evolutiv ist die europäische (Verfassungs-)Auslegungsmethodik.<sup>248</sup> Diese evolutive Prädisposition ist aber EU-rechtlich vorgegeben.<sup>249</sup>

Eine solche materiell-rechtliche Prädisposition ist bei der UN-Charta nur schwach ausgebildet und weniger weitreichend ausgestaltet.<sup>250</sup> Nur soweit die UN-Charta, wie zum Beispiel im Bereich der Menschenrechte, offen gestaltet ist, ist eine interpretatorische Weiterentwicklung angemessen. Für Veränderungen über die offenen Bereiche hinaus sieht die UN-Charta eigene Anpassungsmechanismen vor, die gegen eine primär interpretatorische Veränderung der Völkerverfassung sprechen.

Der Anpassungsmechanismus der UN-Charta ist bisher aber nur selten genutzt worden, obgleich Anpassungen notwendig wären, um der Entwicklung gerecht zu werden, die sich aus dem technischen und sozialen Fortschritt der internationalen Gemeinschaft beziehungsweise dem rechtlichen Fortschritt der Völkerrechtsordnung ergibt.

Angesichts des Ewigkeitsanspruchs der Völkerverfassung hat entsprechend die Auslegung die durch den Änderungsmechanismus vorgesehene Funktion zu ersetzen, wenn dieser (zeitweise) versagt.<sup>251</sup> Ein solches Versagen liegt allerdings nur dann vor, wenn die von der Völkerverfassungswirklichkeit an die Völkerverfassung gestellten Ansprüche nicht mehr verwirklicht werden *und* wenn diese Ansprüche angesichts

<sup>246</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.I.

<sup>247</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2 und B.II.2.

<sup>248</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.

<sup>249</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2 und C.III.3; Kap. 5, Abschn. C.III.

<sup>250</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.III.

<sup>251</sup> Einen ähnlichen Zusammenhang stellt *Wright*, Cornell Law Rev. 54 (1968–1969) 1–28, 28 im US-amerikanischen Verfassungsrecht her; zum Ewigkeitsanspruch der UN-Charta als Völkerverfassung siehe die Ausführungen unter Kap. 1 Abschn. B.III.

der von der Völkerverfassung entworfenen Werteordnung (im Sinnnganzen) berechtigt sind.

## V. Unterschiedliche Starrheit des Völkerverfassungsrechts

Entscheidender als die allgemeine Frage nach einer bestimmten Prädisposition der Auslegung ist die Frage, wie flexibel bestimmte Normen des Völkerverfassungsrechts auszulegen sind. Dies hängt davon ab, wie starr die jeweilige Norm ist.

Die Methodenlehre hat gezeigt, dass der Grad der Systematisierung der entscheidende Faktor für die Starrheit einer bestimmten Regelung ist. Je abgeschlossener bestimmte Teile der UN-Charta geregelt sind, umso weniger können sie per Auslegung geändert werden. Ein Regelungsregime ist dann abgeschlossen, wenn es mit Blick auf seinen Regelungszweck inhaltlich vollständig ist, das heißt, materiell-rechtlich abschließend geregelt wurde und institutionell sowie verfahrensmäßig um- und durchgesetzt werden kann. Ein Beispiel für ein solch weitgehend abgeschlossenes System ist insbesondere der Schutz des internationalen Friedens, der im besonderen Maße materiell, prozessual und institutionell ausgestaltet wird.<sup>252</sup>

Die UN-Charta gestaltet die Friedenssicherung inhaltlich positiv wie negativ aus: Es besteht die Friedensförderungspflicht und das Gewaltverbot. Beide Komponenten werden durch die UN-Charta auch prozessual und organschaftlich vervollständigt. Insofern regelt die UN-Charta jeden Aspekt der Gefährdung der internationalen Sicherheit und des Weltfriedens: Internationale Streitigkeiten sollen friedlich beigelegt werden, Anwendung von Gewalt ist verboten, selbst die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts steht unter der Kontrolle der UN, und schließlich können die UN selbst Maßnahmen treffen, um den internationalen Frieden wiederherzustellen oder zu fördern.

Der Schutz des internationalen Friedens ist aber zum Teil auch offen gestaltet: Er enthält mit der Friedensförderungspflicht ein produktives Element, das auf Weiterentwicklung ausgerichtet ist. Insofern kann man ohne Zweifel nur das Regelungsregime des Gewaltverbots gem. Art. 2 (4) UN-Ch. als abgeschlossen ansehen: Das Gewaltverbot hat zum Ziel, den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu fördern; das für die Durchsetzung zuständige Hauptorgan – der Sicherheitsrat – ist kompetenziell gut ausgestattet und kann in jeder Phase eingreifen. Jede Stufe eines Konfliktes wird

<sup>252</sup>

Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2 und B.II.2.b).

von der UN-Charta durch ein mögliches Verfahren begleitet, an dessen Ende rechtsverbindliche Festlegungen stehen können, die Verfassungsrang haben. Das Gewaltverbot und dessen Komponenten, also auch das Recht auf Selbstverteidigung, können nur innerhalb dieses starren Systems ausgelegt werden. Eine dynamische Auslegung ist mithin nicht möglich.

Anders ist dies bei flexiblem Verfassungsrecht. Dieses besteht dort, wo die Verfassung unvollständig oder offen ist, wie etwa bei der Regelung der Menschenrechte, des Prinzips der souveränen Gleichheit oder des Interventionsverbots. Die Grundsätze sind in der UN-Charta zwar genannt, aber nicht weiter ausgestaltet, obwohl sie Teil der verfassungsrechtlichen Werteordnung sind.<sup>253</sup> Hieran schließen sich Rechtsbereiche an, zu denen das Völkerverfassungsrecht schweigt, die aber von zentraler Bedeutung für die internationale Gemeinschaft (geworden) sind: Besonders bedeutsam sind hier etwa das Umweltrecht und das Handelsrecht, die mit dem Begriff des „besseren Lebensstandards“ allenfalls entfernt in der Präambel der UN-Charta anklingen.

Neben den unvollständig oder offen gestalteten Verfassungswerten gibt es solche, die besonders integrativ ausgerichtet sind. Das gilt – wie bereits ausgeführt – für die positive Dimension des Gewaltverbots, zum Beispiel im Rahmen der Pflicht zur Förderung freundschaftlicher Beziehungen. Im Grunde gilt dies aber für alle Bereiche, die den Zusammenhalt der internationalen Gemeinschaft stärken sollen. Dort kommt den UN und deren Organen ein großer Spielraum bei der Integration, Konkretisierung und Weiterentwicklung zu. Insbesondere die Generalversammlung bündelt und artikuliert die Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft.<sup>254</sup>

## VI. UN-Charta als Völkerrechtsverfassung

Die UN-Charta ist mehr als nur eine Teilverfassung der internationalen Gemeinschaft mit dem Ziel der Friedenssicherung. Völkerrechtstheoretisch kommt ihr eine weitaus wichtigere Bedeutung zu – von ihr hängt letztlich die gesamte Völkerrechtsordnung ab.<sup>255</sup> Es folgen daraus Wechselwirkungen zwischen der Verfassung und der gegenwärtigen Völkerrechtsordnung. Zuvorderst ist die Völkerrechtsordnung im Lichte des höherrangigen UN-Rechts auszulegen. Die Verfassung schwebt aber nicht

---

<sup>253</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2.b).

<sup>254</sup> Zum Vorstehenden siehe auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.IV.

<sup>255</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III

unverbunden über der Rechtsordnung, sondern ist mit ihr verwoben. Da die Völkerverfassung das Völkerrecht insgesamt integriert, kann sie auch im Lichte desselben ausgelegt werden.<sup>256</sup>

Die Auslegung anhand einfachen Völkerrechts ist möglich, wo dieses in den sachlichen Anwendungsbereich der UN-Charta fällt, das heißt insbesondere an den Punkten, an denen es unter die in Art. 1 UN-Ch. genannten Ziele subsumiert werden kann. Die Völkerverfassung ist dabei auf die im einfachen Völkerrecht zum Ausdruck kommenden Regelungs- und Wertentscheidungen insbesondere dort angewiesen, wo das Völkerverfassungsrecht unvollständig geregelt ist beziehungsweise die Weiterentwicklung vom Völkerverfassungsrecht gefordert wird.

## VII. Weiter Kreis an Verfassungsinterpreten

Auf der Ebene der UN besteht keine dem nationalen Recht vergleichbare Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Kreis der kompetenten Verfassungsausleger ist im Vergleich zu den nationalen Verfassungsordnungen weiter. Schon nach dem Recht der internationalen Organisationen selbst sind mehrere Organe der UN zur Auslegung berechtigt.<sup>257</sup> Der Kreis der kompetenten Verfassungsinterpreten ist aber noch weiter zu ziehen; *Fassbender* gibt zu Recht zu bedenken, dass die organschaftliche Vertretung der internationalen Gemeinschaft nur unvollständig ist.<sup>258</sup> Um eine vollständige Repräsentation zu gewährleisten, ist also noch auf andere Repräsentanten zurückzugreifen. Entsprechend sind auch nationale Organe, wie etwa die nationalen Verfassungsgerichte, grundsätzlich befugt, die Völkerverfassung auszulegen. Deren Auslegungsergebnisse sind wiederum auf internationaler Ebene zu beachten.

## VIII. Fehlen demokratischer Auslegungsschranken

Die UN-Charta sieht keine demokratische Gewaltenteilung vor. Eine Aufteilung, wie sie zwischen Legislative und Judikative üblicherweise besteht, wird auf internationaler Ebene nicht vorgenommen. Vorstellungen wie „Parlamentssuprematie“ oder ein

---

<sup>256</sup> Siehe zu diesem Gedanken die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.e).

<sup>257</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. A.III.2.a).

<sup>258</sup> *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 75; *de Frouville*, in: FS Dupuy, 2014, 77–103, 88.

oberstes Verfassungsgericht als „Integrationsmotor“ oder „Hüter einer Verfassung“ lassen sich nicht mit der UN-Charta begründen.<sup>259</sup>

Dementsprechend ist die Auslegung der UN-Charta durch die einzelnen Organe auch nicht den gleichen Bedenken ausgesetzt wie die Auslegung staatlicher Verfassungen durch nationale Verfassungsgerichte. Wird im Rahmen von demokratischen Staaten die Legitimität hauptsächlich über die das Volk repräsentierenden Verfassungsorgane vermittelt, so ist die Legitimationsfrage auf der Ebene übernationaler Verfassungen weitaus schwieriger zu beantworten. Im Rahmen der EU wird zum Beispiel versucht, die Legitimation der Entscheidungen der einzelnen Organe über mehrere – einzeln gegebenenfalls unzureichende – Legitimationsketten herzustellen.<sup>260</sup>

Legitimationsgrundlage der Völkerverfassung ist im Wesentlichen die internationale Gemeinschaft als Verfassungssubstrat. Entscheidend ist damit, inwieweit ein Organ die internationale Gemeinschaft repräsentiert, das heißt, wie umfassend und für welchen spezifischen Aufgabenbereich die internationale Gemeinschaft durch das jeweilige Organ vertreten wird. Die Aufgabenverteilung innerhalb der UN-Charta vermittelt insofern die notwendige Legitimation zur Ausübung der jeweiligen Kompetenz und damit einhergehend die Kompetenz der (schöpferischen) Völkerverfassungsauslegung im jeweiligen Zuständigkeitsbereich.

Die Kompetenz zur verfassungsändernden und -ergänzenden Auslegung besteht wegen der vorgesehenen Anpassungsmechanismen aber nur im Bereich des flexiblen, unvollständigen oder entwicklungs-offenen Verfassungsrechts. Sie besteht aber auch nur, solange und soweit die Auslegung nicht gegen höherrangiges Verfassungsrecht beziehungsweise gegen das Sinnganze der Völkerverfassung verstößt.

## IX. Wertgebundenheit

Die UN-Charta ist wertgebunden.<sup>261</sup> Die in Art. 1 und 2 UN-Ch. enthaltenen Ziele und Prinzipien müssen bei der Auslegung immer berücksichtigt werden. Aufgrund ihrer teleologischen Ausrichtung sind sie zunächst auf eine Effektivierung gerichtet; allerdings müssen sie sich in das Sinnganze der Völkerverfassung einfügen. Ein Grundsatz kann im Sinne einer praktischen Konkordanz nicht zulasten des anderen

<sup>259</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.4 und Kap. 6, Abschn. A.VI.  
<sup>260</sup> Vgl. dazu etwa *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 265; *Haag*, in: Groben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 10 EUV, Rn. 3–10; *Heitsch*, EuR 36 (2001) 809–825;

<sup>261</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.I und B.I.2.a).



ausgeweitet werden, sofern es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die UN-Charta bestimmten Prinzipien eine höhere Wertigkeit einräumt.

## X. Unvollständigkeit und Integrationsbedürftigkeit

Die Grundlagen der völkerverfassungsrechtlichen Werteordnung sind in der UN-Charta angelegt. Sie sind aber inhaltlich, prozessual und institutionell unterschiedlich stark reguliert. Vielfach sind sie nur angedeutet. Zu Recht wird daher im Zusammenhang mit der UN-Charta auch von einer *lex imperfecta* gesprochen.<sup>262</sup> Das bedeutet zum einen, dass die Völkerverfassung für die Entwicklung offen ist, zum anderen, dass sie der Gestaltung durch die Organe beziehungsweise durch die Rechtsordnung insgesamt bedarf. Hier sind vor allem die konstitutionellen Nebengesetze (insbesondere universelle Völkerrechtsverträge) zu beachten.<sup>263</sup>

## XI. Beschränkte Leistungsfähigkeit der Völkerverfassung

Die Völkerrechtsordnung ist im Hinblick auf ihre Durchsetzbarkeit defizitär. Das gilt in gleicher Weise für das Völkerverfassungsrecht.<sup>264</sup> Im nationalen Verfassungsrecht stellt sich diese Frage eher selten, da der staatliche Machtapparat üblicherweise auch die verfassungsrechtlichen Entscheidungen umsetzt.

Die Durchsetzungsmechanismen der UN hängen hingegen im Wesentlichen vom Willen der Staaten ab; dabei ist der Wirkungsgrad für verfassungsrechtliche Normen besonders wichtig – je höher die Erwartung an eine Norm, desto schneller wirkt sich ihre Missachtung auf ihre Glaubwürdigkeit aus.

Die Erwartungen gegenüber der UN-Charta als Verfassung einer besonders pluralistischen Einheit dürfen daher in Bezug auf ihre regelnde wie auch harmonisierende Wirkung nicht überschätzt werden.<sup>265</sup> Ihre Leistungsfähigkeit hängt besonders in den integrationsbedürftigen Bereichen von der Entwicklung der Völkerrechtsordnung als Niederschlag der (verfassungsmäßigen) Völkerverfassungswirklichkeit ab. Die Leistungsfähigkeit des Völkerrechts im Allgemeinen und die des Völkerverfassungsrechts

<sup>262</sup> Kolb, in: Simma/Khan/G. Nolte/Paulus, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (2) UN-Ch., Rn. 24, 38; siehe auch Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 88.

<sup>263</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III.3.

<sup>264</sup> Siehe hierzu Fassbender, Chin. J. Int. Law 15 (2016) 489–515, Rn. 42.

<sup>265</sup> Deutlich etwa Zemanek, ARIEL 14 (2009) 651–653, 652 f.

im Speziellen muss daher bei der Völkerverfassungsauslegung dieser Bereiche besonders berücksichtigt werden.

## Kapitel 7 – Kernelemente der Auslegungslehre

Aus den in Kapitel 6 dargestellten leitenden Gedanken der Auslegungslehre werden nachfolgend die Kernelemente der Auslegungslehre herausgearbeitet. Die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre hat dabei folgende Punkte zu klären: Was ist unter Auslegung und Auslegungslehre zu verstehen (Abschnitt A)? Auf welchen methodologischen Grundlagen baut sie auf (Abschnitt B)? Wie geht sie mit der Frage der Dynamik der Auslegung um (Abschnitt C)? Und welche besonderen Auslegungsmechanismen und -prinzipien sind zu befolgen (Abschnitt D)?

### A. Begriffsbestimmungen

Völkerverfassungsrecht soll anhand einer völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre ausgelegt werden. Hierzu ist zunächst zu klären, was eine Auslegungslehre ist und was unter Auslegung zu verstehen ist.

#### I. Begriff der Auslegungslehre

Mit dem Begriff der Auslegungslehre soll ein Mischbereich beschrieben werden, der zwischen Methodenlehre bzw. Rechtstheorie und Rechtsdogmatik liegt und der sich allein mit der Auslegung eines bestimmten Normenbestandes befasst – dem Völkerverfassungsrecht, wie es in der UN-Charta enthalten ist.<sup>266</sup> Von der Rechtstheorie unterscheidet sich diese Form der Auslegungslehre insoweit, als sie keinen eigenen rechtsphilosophischen oder theoretischen Unterbau hat.<sup>267</sup> Es ist eine Methodenlehre für die Praxis;<sup>268</sup> sie ist deswegen aber nicht deskriptiv, sie soll präskriptiv sein. Sie ist insofern konkreter als die Methodenlehre, als sie sich auf die Auslegung eines ganz bestimmten Normenbestandes und dessen materielle Inhalte bezieht. Diesen

<sup>266</sup> Ein Beispiel für eine Art von Auslegungslehre zum Grundgesetz findet sich etwa bei *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 49 ff.

<sup>267</sup> Damit die Auslegungslehre praktikabel ist, muss sie theoretisch insuffizient sein (vgl. *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 40). Dennoch ist die Rechtsdogmatik im Rahmen des Verfassungsrechts eng mit der Verfassungstheorie verknüpft: „Verfassungstheorie [...] fungiert als Grundlagendisziplin“, *ders.*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 17 ff. (Zitat auf S. 20), d. h., Verfassungsdogmatik findet immer vor dem Hintergrund der Verfassungstheorie einer konkreten Verfassung statt und umgekehrt.

<sup>268</sup> Ähnlich z. B. *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 1 ff.

konkreten Bezug teilt sie sich mit der Rechtsdogmatik und steht damit auf einer Abstraktionsebene zwischen klassischer Methodenlehre bzw. Rechtstheorie, Völkerverfassungstheorie und Rechtsdogmatik.<sup>269</sup>

## II. Begriff der Auslegung

Der Begriff der Auslegung ist zentral für jede Auslegungstheorie. Er ist repräsentativ für das der Auslegung zugrundeliegende rechts- und erkenntnistheoretische Verständnis (dazu mehr unter Abschnitt B). Auslegungstheorien, die auf einer rechtspositivistischen Vorstellung beruhen, grenzen den Begriff der Auslegung gegenüber dem der (schöpferischen) Rechtsfortbildung ab.

Das gilt auch dann, wenn der Auslegungstheorie kein strenger Rechtspositivismus zugrunde liegt, wie dies etwa auch beim Mainstream der deutschen Methodenlehre der Fall ist.<sup>270</sup> Auf völkerverfassungsrechtlicher Ebene erscheint jedoch trotz verfassungspositivistischen Primats eine Dichotomie von Auslegung und Rechtsfortbildung nicht sinnvoll, da die Auslegung zwar nicht immer, aber meistens auch rechtsschöpferisch ist. Eine scharfe Abgrenzung von Rechtsfortbildung und Auslegung würde der völkerrechtlichen Auslegungslehre die notwendige Flexibilität nehmen.<sup>271</sup>

### 1. Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung

Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wird vor allem in der deutschen Methodenlehre vorgenommen. Sie soll grundsätzlich auch im Verfassungsrecht möglich sein. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die für eine Abgrenzung herangezogenen Überlegungen auch auf das Völkerrecht übertragen werden können. Hier könnten zwar die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte für das Bedürfnis einer Abgrenzung sprechen. Spätestens aber auf der Ebene der Völkerverfassung ist diese Unterscheidung nicht mehr sinnvoll.

---

<sup>269</sup> Zur Konkretheit der Rechtsdogmatik und zu deren Vorteilen gegenüber der Methodenlehre siehe *Hassemer*, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 147; zur Ausgleichsfunktion von Rechtsdogmatik siehe *Mastronardi*, Juristisches Denken, 2001, S. 249 ff.

<sup>270</sup> Siehe die Ausführungen zuvor unter Kap. 2, Abschn. A.II und Kap. 3, Abschn. A.II.

<sup>271</sup> Dies vor allem dort, wo die Völkerverfassung integrationsbedürftig ist; siehe dazu die Ausführungen unter Kap. 6 Abschn. C.X.

### a) Unterscheidung in der deutschen Methodenlehre

Zentral für das vom deutschen Mainstream angewendete Methodenverständnis ist, dass zunächst die *Rechtssetzung* streng von der *Rechtsanwendung* abzugrenzen ist; im Rahmen der Rechtsanwendung soll wiederum zwischen Vollzug, Auslegung und Rechtsfortbildung unterschieden werden.<sup>272</sup> Bei dieser Abgrenzung ist umstritten, inwieweit die Rechtsfortbildung noch Teil der Rechtsanwendung oder schon Rechtssetzung ist.

Man müsse unterscheiden, weil Auslegung und Rechtsfortbildung unterschiedlichen Legitimierungsbedarf haben:<sup>273</sup> Die „bloße“ Rechtsanwendung, das heißt, die rational nachvollziehbare, durch Gesetz begrenzte Auslegung und der reine Vollzug partizipieren noch an der Legitimation des Rechtserzeugers beziehungsweise der Legitimationskraft des positiven Rechts. Die Ergänzung von Lücken und die Fortbildung des ursprünglichen Normbereiches sei hingegen (nochmals) legitimationsbedürftig; denn sie stellen eine eigene erneute Machtausübung dar, die nicht mehr an der ursprünglichen Legitimation des positiven Rechts teilnehme.<sup>274</sup> Die Rechtsfortbildung könne insofern nur dann zulässig sein, wenn sie die Grenzen des Gesetzes nicht überschreite.<sup>275</sup> Es wird folglich zwischen der zulässigen Rechtsfortbildung *praeter legem* und der unzulässigen *contra legem* unterschieden.<sup>276</sup>

Als zusätzliche Legitimationsquellen für die zulässige Rechtsfortbildung werden wiederum unterschiedliche Punkte genannt:<sup>277</sup> die den Gerichten zugewiesene Aufgabe, abschließend über Rechtsfragen zu entscheiden (bzw. das Verbot der

<sup>272</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 370 ff., 413 ff., der die Rechtsfortbildung als „Fortsetzung der Auslegung“ sieht; *Bettermann*, in: HStR, Bd. III, 2. Aufl. 1996, 775–813, Rn. 27 f.; *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33–47, 35 m. w. N.; die einzelnen Kategorien können wiederum in weitere Subkategorien unterteilt werden: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 472; *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 49–69, 49.

<sup>273</sup> Zur Legitimationsbedürftigkeit richterlicher Herrschaftsgewalt siehe *Voßkuhle/Sydow*, JZ 57 (2002) 673–682, 674 f.

<sup>274</sup> *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33–47, 34 m. w. N.

<sup>275</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 18.

<sup>276</sup> *Ders.*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 17 f., 19 ff., 31 ff.; umfassend zur Problematik auch *Krey*, JZ 33 (1978) 361–368; *ders.*, JZ 33 (1978) 428–432; *ders.*, JZ 33 (1978) 465–468.

<sup>277</sup> Für eine Übersicht siehe etwa *Voßkuhle/Sydow*, JZ 57 (2002) 673–682, 676 f.

Rechtsverweigerung gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG),<sup>278</sup> die Verfassungsmäßigkeit der Auslegung,<sup>279</sup> die Verortung der Gerichtsentscheidungen im Volk,<sup>280</sup> die besondere Rationalität der Entscheidungsfindung<sup>281</sup> oder die funktionale Richtigkeit der Entscheidungen aufgrund ihrer Praktikabilität und Sachrichtigkeit.<sup>282</sup>

In demokratischen Rechtsordnungen spitzt sich die Abgrenzungsfrage meist auf die Frage der demokratischen Legitimation richterlicher Gewalt zu:

„[F]ür die Einzelentscheidung aller Richterinnen und Richter [muß sich] die eigenständige demokratische Legitimation belegen lassen, um dem Erfordernis des Demokratieprinzips gerecht zu werden.“<sup>283</sup>

Das Demokratieprinzip wird auch von der konkreten in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Gewaltenteilung geprägt. Entsprechend enthält das Grundgesetz Anhaltspunkte dafür, inwieweit Richter rechtsschöpferisch tätig werden können.<sup>284</sup> Art. 97 Abs. 1 GG bindet zunächst die Richterin ausdrücklich an das Gesetz, was Art. 20 Abs. 3 GG wiederum merklich lockert. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG die Befugnis der Richter zu einer schöpferischen (mithin rechtsfortbildenden) Auslegung.<sup>285</sup>

Abseits der Frage nach der Legitimation von Richtern ließe sich die Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung allenfalls erkenntnistheoretisch über einen strengen Positivismus oder über die Funktion geschriebenen Rechts begründen;<sup>286</sup> auch wäre eine Unterscheidung geboten, wenn man aus Sicht eines empirischen

<sup>278</sup> Haltern/Mayer/Möllers, Die Verwaltung 30 (1997) 51–74, 71 ff.; damit zusammenhängend ein aus (planwidrigen) Regelungslücken entstehender, systematischer Imperativ zur Lückenfüllung; siehe dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff.

<sup>279</sup> Classen, JZ 58 (2003) 693–701, 700.

<sup>280</sup> Voßkuhle/Sydow, JZ 57 (2002) 673–682, 675 f.

<sup>281</sup> Bumke, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33–47, 34.

<sup>282</sup> Ders., in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33–47, 34.

<sup>283</sup> Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 158; differenzierend Voßkuhle/Sydow, JZ 57 (2002) 673–682, 682, die auch „weiche Legitimationskriterien“ berücksichtigen wollen.

<sup>284</sup> Zur verfassungsrechtlichen Sicht auf die Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung siehe Krey, JZ 33 (1978) 361–368; ders., JZ 33 (1978) 428–432; ders., JZ 33 (1978) 465–468; Hillgruber, JZ 51 (1996) 118–125.

<sup>285</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Soraya, 1 BvR 112/65, Rn. 39 m. w. N.

<sup>286</sup> Ellscheid, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2010, 148–213, 148 ff. m. w. N.

Wissenschaftsbegriffs bei der Auslegungsmethode von der Unterscheidbarkeit von Anschauungsobjekt und Beobachtung ausginge.<sup>287</sup> Beide Begründungsansätze können die Natur von Recht aber nur unvollständig erklären, sodass auch eine solche Begründung nicht zwingend ist.

## b) Undeutliche Abgrenzung im nationalen Verfassungsrecht

Auch im deutschen Verfassungsrecht wird zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterschieden,<sup>288</sup> obgleich dort die Abgrenzung noch schwerer fällt. Sie ist schwieriger, weil sich die aus der Gewaltenteilung ergebenden Funktionen auf Ebene der Verfassung nicht ohne Weiteres identifizieren lassen. Verfassungsrechtserzeuger (d. h. „Verfassungslegislative“) und Verfassungsrechtsanwender (d. h. „Verfassungsjudikative bzw. -administrative“) können nicht eindeutig zugewiesen werden. Die Verfassungsorgane füllen häufig Doppelrollen aus. So ist das Parlament einerseits an die Verfassung gebunden, andererseits wegen ihrer Offenheit<sup>289</sup> dazu berufen, sie zu konkretisieren, zu ergänzen und auszugestalten.<sup>290</sup> Hinzu tritt die Kompetenz des Parlaments, die Verfassung auch formell ändern zu können. Wann der legale beziehungsweise legitime Gestaltungsbereich des Parlaments bei Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes aber überschritten ist, wird wiederum durch das Bundesverfassungsgericht überprüft, das selbst ebenfalls an das Grundgesetz gebunden ist. Dabei darf das Bundesverfassungsgericht aber die eigene Befugnis zur Anwendung der Verfassung nicht zulasten des Gesetzgebers überschreiten. Man sieht, dass sich die Gedanken bei dem Versuch der kompetenziellen Abgrenzung schnell miteinander verschlingen.

Die Überschneidung der Kompetenzen wird zum Teil dadurch gelöst, dass der Gesetzgeber als Erstinterpret und das Verfassungsgericht als Zweitinterpret der Verfassung verstanden wird, wobei der Zweitinterpret die Auslegung des Erstinterpreten zu achten habe.<sup>291</sup> Der Knoten wird dadurch aber nicht gelöst. Das Problem verschiebt

---

<sup>287</sup> Ähnliche Überlegungen bei *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 22 ff.

<sup>288</sup> *Starck*, Verfassungen, 2009, S. 153 ff.; *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 75.

<sup>289</sup> *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 72 ff.; dazu auch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 28, 36 ff.

<sup>290</sup> Zu dieser Problematik siehe auch die Ausführungen von *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 37 ff. m. w. N.

<sup>291</sup> *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 75, 78.

sich lediglich; es stellt sich so dann in gleicher Weise die Frage, ab welchem Punkt die Auslegungskompetenz des Erstinterpreten zulasten des Zweitinterpreten und umgekehrt überschritten wird. Zudem steht hinter der Idee eines Erst- und Zweitinterpreten der Verfassung die kritikwürdige Vorstellung, dass man das Grundgesetz weniger als Kontrollmaßstab, sondern mehr als Handlungsauftrag verstehen müsse.<sup>292</sup> Die bisherige deutsche Verfassungsgerichtsrechtsprechung hat aber gezeigt, dass das Grundgesetz sehr wohl als enger Kontrollmaßstab taugt und als solches vom Bundesverfassungsgericht auch zur Kontrolle des Erstinterpreten herangezogen wird.<sup>293</sup>

Im US-amerikanischen Verfassungsrecht wurde versucht, die Schlinge zwischen Parlament und Verfassungsgericht mit ähnlichen Mitteln zu lösen. Dort wurde bereits sehr früh die Idee des „judicial restraint“ entwickelt.<sup>294</sup> Die Richter des Supreme Court haben sich danach in der für das Amt eines Verfassungsrichters gebührenden Zurückhaltung zu üben. Freilich wird dadurch nicht das Problem gelöst, dass sich ein US Supreme Court, der seine Rolle aktiv interpretiert, nicht selbst binden wird.

Es bleibt also dabei, dass mit der Schwierigkeit einer funktionellen Abgrenzung von Rechtserzeuger und Rechtsanwender zugleich die Schwierigkeit einhergeht, die Erzeugung (d. h. Schöpfung bzw. Setzung) von Verfassungsrecht von dessen Anwendung abzugrenzen.<sup>295</sup> Gleichzeitig wäre die Abgrenzung aus Sicht des Demokratieprinzips gerade auf der Ebene des Verfassungsrechts besonders wichtig: Das Bundesverfassungsgericht ist nicht direkt durch die verfassungsgebende Gewalt (das heißt das Volk) legitimiert, sondern kann im Wesentlichen nur an der Legitimation des positiven Verfassungsrechts partizipieren. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts müssen sich mithin selbst legitimieren.<sup>296</sup>

Letztendlich ist das Verfassungsrecht aber ungeeignet, genaue Grenzen zu ziehen.<sup>297</sup> Das Normmaterial ist so offen, dass Anwendung und Schöpfung schon

---

<sup>292</sup> Ders., in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 71–83, 77.

<sup>293</sup> So etwa deutlich bei der Bemessung der Höhe der Sätze des Arbeitslosengeldes II („Hartz IV“): BVerfG, Urt. v. 09.02.2010, Regelleistungen nach SGB II („Hartz IV-Gesetz“), 1 BvL 1/09.

<sup>294</sup> Vgl. hierzu *R. Posner*, Calif. Law Rev. 100 (2012), 522 ff. m. w. N.

<sup>295</sup> Zu diesem Gedanken bei Koskeniemi siehe die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. B.III.2.

<sup>296</sup> Allerdings wird die unsichere Legitimationslage im Extremfall wiederum durch die geringe reale Macht des Bundesverfassungsgerichts entschärft: Das Gericht kann seine eigenen Entscheidungen nicht durchsetzen.

<sup>297</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.



praktisch kaum abgegrenzt werden können. Zurück bleibt also ein „verwickeltes Problem“<sup>298</sup>, das man nicht allgemeingültig, sondern nur in Anbetracht der jeweilig auszulegenden Normen lösen können wird: Es ist das Verfassungsrecht selbst, das entscheidet, ob es im konkreten Fall statisch oder dynamisch (d. h. schöpferisch) ausgelegt werden will.

### c) Zweifelhafte Abgrenzung im Völkerrecht

Es stellt sich die Frage, ob die für eine Abgrenzung streitenden Gründe auch auf das Völkerrecht übertragen werden können oder ob dort Auslegung und Rechtsfortbildung (auch: Rechtsschöpfung) nicht mehr zu trennen sind.

Zunächst könnte man bei einer fragmentarischen Rechtsordnung wie dem Völkerrecht bezweifeln, dass das Rechtssystem einen solchen Systematisierungsgrad erreicht, dass man zwischen Auslegung und der bloßen Ausfüllung von „Lücken“ unterscheiden kann.<sup>299</sup> Allerdings hatte schon *Lauterpacht* Anfang des letzten Jahrhunderts angenommen, dass man das Völkerrecht als eine einheitliche Rechtsordnung ansehen müsse.<sup>300</sup> Zur etwa gleichen Zeit sah daher auch *Bruns* die Auslegungstätigkeit der Richter im Völkerrecht durch die Rechtsordnung begrenzt, Lücken seien im Lichte der gesamten Rechtsordnung zu schließen; Gerichte dürften keine dem Gesetzgeber ähnliche Stellung einnehmen, auch nicht im Falle eines interpretatorischen *non liquet*.<sup>301</sup> Insofern könnte auch die Konstitutionalisierung des Völkerrechts selbst eine Abgrenzung von Auslegung und Rechtsschöpfung erfordern, denn sie strebt gerade die Systematisierung des Völkerrechts an.

Gegen eine Unterscheidung spricht im Völkerrecht aber, dass zwischen Rechtserzeuger, Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen weiterhin nur schwer unterschieden werden kann. Staaten sind oftmals gleichzeitig Rechtserzeuger und Rechtsunterworfenen.<sup>302</sup> Besonders deutlich wird diese Verschränkung bei der Entstehung von

<sup>298</sup> *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33–47, 35.

<sup>299</sup> *Bleckmann*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, 1982, S. 35, 198 ff., 232 ff.; ausführlich zum Lückenproblem *Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, 1991.

<sup>300</sup> *Lauterpacht*, The Function of Law in the International Community, 1933, S. 123 f., S. 153 ff., 157 ff.; vgl. auch *Bruns*, ZaöRV 3 (1933) 445–487, S. 447 ff.

<sup>301</sup> *Bruns*, ZaöRV 1 (1929) 1–56, 29, 31; *ders.*, ZaöRV 3 (1933) 445–487, 449 ff., insbes. 451; dazu auch *Mosler*, ZaöRV 36 (1976) 6–49, 40.

<sup>302</sup> Verdross hält diese Behauptung der (klassischen) Völkerrechtslehre für nur bedingt richtig. Verdross meint, dass es sich um eine rein personelle und keine funktionelle Verschränkung handelt, die Staaten seien vielmehr in zwei unterschiedlichen Funktionen tätig, *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 48 f.

Völkergewohnheitsrecht oder der authentischen Vertragsauslegung durch nachfolgende Staatspraxis. Hier sind Erzeugung, Anwendung und Rechtsbruch – jedenfalls faktisch – nicht zu unterscheiden. Dabei ist die tatsächliche Ebene aber entscheidend: Völkergewohnheitsrecht entsteht nur, wenn eine entsprechende Praxis besteht. Das Gleiche gilt bei der authentischen Vertragsauslegung durch nachfolgende Staatenpraxis. Im Grunde fehlt es dem Völkerrecht an der für die Unterscheidung essenziellen *abschließenden* systematischen Zuweisung von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungs- bzw. Streitlösungsfunktion.

Für die Unterscheidung von Auslegung und Anwendung streitet wiederum, dass die Völkerrechtsordnung immer stärker unter Legitimationsdruck steht. Je unilateraler und einschneidender die Auswirkungen einer Rechtsanwendung sind, desto größer ist der Bedarf an Legitimation – die „smart sanctions“ des Sicherheitsrats haben das eindrucksvoll gezeigt.<sup>303</sup> Je größer aber der Bedarf an Legitimation ist, desto eher besteht auch das Bedürfnis, die Rechtsanwendung an das positive Recht zu binden.

An diese Überlegung schließt sich an, dass auch die Orientierung des Völkerrechts an einer internationalen Gemeinschaft eine Abgrenzung ermöglicht, denn sie erlaubt eine Unterscheidung zwischen Rechtserzeuger und Rechtsunterworfenem. Diesen Weg hatte bereits *Scelle* mit seiner Idee des „*dédoublement fonctionnel*“ eingeschlagen. Danach nehmen die Staaten keine Doppelrolle ein, sondern der Staat wird funktionell aufgeteilt und so gleichzeitig zu einem eigenständigen Organ der internationalen Gemeinschaft.<sup>304</sup> Die funktionelle Unterscheidung erlaubt dann die (theoretische) Unterscheidung zwischen Rechtserzeugern und Rechtsunterworfenen.<sup>305</sup>

#### **d) Keine sinnvolle Abgrenzung im Völkerverfassungsrecht**

Aber selbst, wenn die Entwicklung der Völkerrechtsordnung im letzten Jahrhundert für eine Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung streitet, ist diese Abgrenzung im Völkerverfassungsrecht nicht sinnvoll.

Hintergrund der Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist die Kenntlichmachung, dass die Richterin bei der Rechtsanwendung in einen Bereich vordringt, der einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Dieses Problem stellt sich vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips und einer demokratischen

<sup>303</sup> Siehe hierzu *Fassbender*, IOLR 3 (2006) 437–485; *ders.*, AöR 132 (2007) 257–286.

<sup>304</sup> *Cassese*, EJIL 1 (1990) 210–231, 212 f.

<sup>305</sup> So auch die Auflösung der Doppelrolle der Staaten bei *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 49.

Gewaltenteilung, vor allem dann, wenn allein Gerichten die Rechtsanwendung in Form der Auslegung überlassen wird.

Wie gezeigt, erfolgt auf Ebene des Verfassungsrechts keine solche eindeutige Aufgabenteilung mehr.<sup>306</sup> Das gilt umso mehr für die Gewaltenteilung auf Ebene der Völkerverfassung. Hier gibt es keine nach demokratischen Prinzipien strukturierte Legislative, Judikative oder Exekutive. Die UN-Organe sind insgesamt zur Auslegung und Rechtsfortbildung in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich berufen.<sup>307</sup>

Zwar sind die in der UN-Charta enthaltenen Änderungs- und Revisionsmechanismen ein Indiz dafür, dass zwischen Auslegung und Erzeugung des Völkerverfassungsrechts unterschieden werden kann.<sup>308</sup> Eine generelle Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist aber deswegen nicht sinnvoll, weil der Konstitutionalisierungsprozess auch im Rahmen der UN-Charta noch nicht abgeschlossen ist. Die UN-Charta enthält ein Integrationsprogramm, das noch in vielen Teilen umgesetzt werden muss.<sup>309</sup> Auch wenn das geschriebene Völkerverfassungsrecht ein einheitlicheres System als das gewohnheitsrechtliche Verfassungsmodell entwirft, ist die UN-Charta dennoch weit mehr als Handlungsauftrag zu verstehen als etwa das Grundgesetz oder die US-amerikanische Verfassung. Sie ist inhaltlich noch offener gestaltet.

Anstatt einer strikten Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung sollte daher besser ein flexibles Konzept der Auslegungsdynamik Anwendung finden. Es ist jeweils im Lichte der jeweiligen Rechtsfragen und auszulegenden Normen zu entscheiden, inwieweit Rechtsschöpfung möglich ist.

## 2. Völkerverfassungsauslegung als Analyse und Synthese

Nach *Zippelius* heißt ein Gesetz auslegen, „die Bedeutung der Gesetzesworte zu ermitteln, also jene Tatsachen-, Wert- und Sollensvorstellungen zu gewinnen, die durch sie bezeichnet sein sollen.“<sup>310</sup> Auslegung versteht er also als Analyse des Gesetzes – es geht um die Dekonstruktion des Gesetzestextes, darum, die bereits existierende Aussage zu einer konkreten Rechtsfrage freizulegen. Diese Definition entspricht dem Wortsinn von Auslegung und lässt sich besonders gut aus einer

---

<sup>306</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 7, Abschn. A.II.1.b).

<sup>307</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.II.2.

<sup>308</sup> So *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 130 ff., 136 ff.

<sup>309</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.IV und C.X.

<sup>310</sup> *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. 2012, S. 35.

empirisch-wissenschaftlichen Vorstellung von Rechtswissenschaften heraus, mit Blick auf die Gewaltenteilung und das Prinzip der Rechtssicherheit, rechtfertigen.

Der Wortsinn von Auslegung wird aber bereits durch den synonymen Begriff der Interpretation erweitert. Darin kommt zum Ausdruck, dass es nicht nur um ein Freilegen der Bedeutung, sondern um das (gleichzeitige) Verstehen und Begreifen dieser Bedeutung geht. Das ist eine Vorgehensweise, die nach ihrer Natur kontextueller ist. Schließlich verdeutlicht auch die englische Rechtssprache, in der synonym zu „interpretation“ (Auslegung) auch der Begriff „construction“ verwendet wird,<sup>311</sup> dass Auslegen nicht nur Dekonstruktion, sondern vor allem auch Konstruktion ist, also eine produktive Dimension hat.

Es ist daher richtig, dass *Herdegen* den Begriff der Auslegung im Völkerrecht zweidimensionaler als *Zippelius* für das deutsche Recht definiert:

„Interpretation in international law essentially refers to the process of assigning meaning to texts and other statements for the purposes of establishing rights, obligations, and other consequences relevant in a legal context. *Interpretation is both cognitive and a creative process* [...]. Creative elements flow from the necessary interconnection and balancing of relevant criteria as well as from the selective focus on facts deemed relevant from the interpreter’s point of view.“<sup>312</sup>

Verfassungen haben sehr unterschiedliche, zum Teil widersprüchliche Funktionen auszufüllen. Die Besonderheit von Verfassungsrecht ist, dass es gleichzeitig Handlungsauftrag und Kontrollmaßstab ist; es ist offen und geschlossen zugleich. Das Völkerverfassungsrecht ist damit sowohl auf Dekonstruktion als auch auf Konstruktion angewiesen – Völkerverfassungsauslegung muss analytisch und synthetisch sein. Entscheidender als ein starrer Dualismus von Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung ist mithin, wann und wo die Auslegung eher das Erste und wann eher das Zweite sein muss (dazu später mehr)<sup>313, 314</sup>

---

<sup>311</sup> Der Begriff klingt später auch bei Zippelius an, *ders.*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 37: „Die ‚Konstruktion‘ der verbalen Ausgangsbasis“.

<sup>312</sup> *Herdegen*, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 1 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>313</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 7, Abschn. C.

<sup>314</sup> Ähnlich *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 36 ff.

## B. Juristische Hermeneutik als Ausgangspunkt

Für die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre kann keine bestimmte nationale Auslegungstheorie übernommen werden. Grundlage sind aber die klassischen Methoden der juristischen Hermeneutik. Darüber hinaus ist das zentrale Element der Auslegungslehre, dass ihre Dynamik variabel ist. Das heißt, die evolutive Ausrichtung der Auslegung hängt im Allgemeinen von externen Rahmenbedingungen ab, die sich ändern könnten, und im Speziellen von der jeweils auszulegenden Norm.

### I. Keine Übertragung nationaler Auslegungslehren

Angesichts der grundlegenden methodischen Weichenstellung dieser Arbeit – die Annahme, dass das Auslegungsobjekt seine Auslegungsmethoden bestimmt – überrascht es nicht, dass keine Auslegungslehre der untersuchten Verfassungsordnungen auf das Völkerverfassungsrecht direkt übertragen werden kann.<sup>315</sup>

Die Extrempositionen des „originalism“ oder die klassisch-juristische Hermeneutik, wie sie *Forsthoff* zugeschrieben wird,<sup>316</sup> sind wegen der Offenheit und Integrationsbedürftigkeit der Völkerverfassung als Grundlage ungeeignet.<sup>317</sup> Sie zeigen aber, dass im Völkerverfassungsrecht eine an die Entstehungszeit der Verfassung anknüpfende Auslegung nicht grundsätzlich ihre Berechtigung verloren hat.

In gleicher Weise können die Positionen am entgegengesetzten Rand des Spektrums ausgeschlossen werden. Die topische und kulturwissenschaftliche Auslegungslehre und Radikalisierungen des Living-Tree-Konzeptes – wie auch eine allzu einseitige Dynamisierung der verfassungsrechtlichen Auslegung – widersprechen der Textualität und dem positivistischen Primat des Völkerverfassungsrechts.<sup>318</sup> Würde man der Idee der fortlaufenden Konstitutionalisierung der internationalen Rechtsordnung folgen, wären solche Auslegungslehren weitaus angemessener; zur einheitlich

---

<sup>315</sup> Zum Zusammenhang von Gegenstand und Methode siehe die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.I.

<sup>316</sup> Zum „originalism“ siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.1; zu Forsthoffs Position siehe Kap. 3, Abschn. A.III.1.

<sup>317</sup> Zur Integrationsbedürftigkeit der Völkerverfassung siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.IV.

<sup>318</sup> Zur topischen Auslegungstheorie siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.2; zum Living-Tree-Konzept siehe Kap. 3, Abschn. B.II.2.a); Kap. 6, Abschn. A.IV.; zum positivistischen Primat siehe Kap. 5, Abschn. C.I.1 und C.I.2 und Kap. 6, Abschn. A.I und C.II.

verfassten UN-Charta als Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft passen sie jedoch nicht. Diese Theorien zeigen aber, dass in den Bereichen, in denen die UN-Charta offen oder unvollständig beziehungsweise integrativ ausgerichtet ist, eine vom ursprünglichen Willen losgelöste, objektive und vor allem kontextuelle Auslegung anhand der Entwicklungen der Völkerrechtsordnung einer starren Auslegung vorzuziehen ist.

Dabei scheinen Ansätze wie die von *Häberle* wegen ihrer pluralistischen Offenheit zunächst geeignet zu sein,<sup>319</sup> um auf die Völkerverfassung übertragen zu werden; sie würden aber den kulturellen Zusammenhalt auf internationaler Ebene überspannen. Zuletzt verbleiben die funktionalistischen Ansätze, wie der „judicial activism“ oder die Betonung der Auslegung anhand des „*effet utile*“, die wiederum auf einem funktionalistischen Verfassungsverständnis beruhen.<sup>320</sup> Beiden ist gemein, dass sie eine gerichtszentrische Auslegungslehre entwerfen, in der die Richterin eine aktive Rolle bei der Entwicklung des Verfassungsrechts einnehmen soll. Eine solche aktive Rolle eines Gerichts ist nach der UN-Charta nicht vorgesehen. Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs (wie auch die des Bundesverfassungsgerichts und die des US Supreme Court) ist schlicht eine andere als die des Internationalen Gerichtshofs.<sup>321</sup> Auch folgt die Idee des „judicial activism“ nicht zwingend aus der Idee der Konstituti-onalisierung: Die Verrechtlichung der internationalen Ordnung allein erfordert keine Gestaltungskompetenz juristischer Organe *qua legem*.<sup>322</sup> Im Übrigen enthält die UN-Charta keinen derart weitreichenden Integrationsauftrag, der eine so herausragend aktive Rolle stützen würde.<sup>323</sup>

Wegen des positivistischen Primats wird die Auslegung des Völkerrechts daher zwar auf den klassischen juristischen Auslegungsmethoden aufbauen, aber darüber hinaus Besonderheiten aufweisen. Die Mechanik entspricht dem Mainstream der deutschen Verfassungsauslegung,<sup>324</sup> ist inhaltlich aber nicht gleich.

---

<sup>319</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.4.

<sup>320</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.III.5, B.II.2 und C.III.

<sup>321</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III; Kap. 6, Abschn. B.II.2.a).

<sup>322</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.2, C.III und C.III.2; Kap. 5, Abschn. C.III und Kap. 6, Abschn. C.IV.

<sup>323</sup> Zum Integrationsauftrag siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.II.3 und C.III.2; Kap. 6, Abschn. A.IV und B.III.

<sup>324</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.

## II. Juristische Methoden als Grundlage

Die klassisch-hermeneutische Auslegung anhand der grammatikalischen, systematischen, teleologischen und historischen Methode bildet das Grundgerüst der Auslegungslehre. Die vier Elemente sind im Völkerrecht weithin anerkannt.<sup>325</sup> Es gibt keinen Grund – jedenfalls wenn es um die Rechtsanwendung in der Praxis geht –, diesen Kanon aufzugeben. Er gibt ausreichend Halt, um der Funktion des Völkerrechts gerecht zu werden. Zudem spricht die Idee der Verrechtlichung, die wiederum der Konstitutionalisierungsidee zugrunde liegt, dafür, die bewährten Auslegungsregeln weiter anzuwenden.<sup>326</sup> Schließlich folgt auch aus der rechtspositivistischen Ausrichtung der Völkerverfassungstheorie die Anwendung der klassischen Auslegungsregeln.<sup>327</sup> Diese rechtspositivistische Ausrichtung wird zudem von einem materiellrechtlichen Bekenntnis des Völkerverfassungsrechts zu einem milden Verfassungspositivismus gespiegelt.<sup>328</sup>

## III. Variable Dynamik

Die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre folgt nicht einem einzigen Leitgedanken.<sup>329</sup> Sie kann nicht nur dynamisch und nicht nur starr sein. Sie muss flexible Kriterien enthalten, anhand derer situativ entschieden werden kann, ob eine progressive oder restriktive Haltung bei der Auslegung einzunehmen ist.

Dabei muss man sich der vermittelnden Rolle der Auslegung bewusst werden. Sie kann Verschärfungen der materiellrechtlichen oder verfassungstheoretischen Grundlagen abmildern. Eine statische, weil geschriebene Völkerverfassung kann gerade mittels der Auslegung das Prozesshafte der Konstitutionalisierungsidee inkorporieren. Aufgrund der Positivität der Völkerverfassung muss sich die Auslegung dieser Rolle aber immer wieder anhand des in der geschriebenen Verfassung zum Ausdruck kommenden Völkerverfassungssystems als Sinnanzem gewahr werden.<sup>330</sup>

---

<sup>325</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. A.II.

<sup>326</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 2, Abschn. C und D.

<sup>327</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.I.1 und C.I.2; Kap. 6, Abschn. A.I und C.II.

<sup>328</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.1.

<sup>329</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.IV und C.V.

<sup>330</sup> Zum Sinnanzem siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2.

## C. Dynamik der Auslegung

Anders als bisher angenommen ist die Völkerverfassungsauslegung nicht grundsätzlich evolutiv.<sup>331</sup> Eine dynamische Prädisposition besteht nur im Ausnahmefall. Ansonsten ist die Völkerverfassungsauslegung dort evolutiver, wo flexibles Völkerverfassungsrecht ausgelegt wird.<sup>332</sup>

### I. Begriffsbestimmungen

Bevor aber die Kriterien für den Grad dieser Dynamisierung und die konkreten Folgen der dynamischen Ausrichtung für die anzuwendenden Auslegungsregeln bestimmt werden können, ist es notwendig zu definieren, was es heißt, dynamisch bzw. evolutiv und statisch bzw. restriktiv auszulegen. Davor ist aber zunächst die Prädisposition der Auslegung allgemein (d. h. grundsätzliche Ausrichtung der Auslegung) von der normspezifischen Dynamik abzugrenzen.

#### 1. Unterschied zwischen grundsätzlicher und normspezifischer Dynamik

Mit der grundsätzlichen Ausrichtung der Auslegung wird etwas Ähnliches ausgedrückt wie mit der dynamischen Prädisposition aufgrund der Living-Instrument-Doktrin. Sie deckt sich aber nicht mit dieser, da eine solche Prädisposition anhand der (verfassungs-)theoretischen Grundlagen widerlegt wurde und auch nicht in der UN-Charta zum Ausdruck kommt.

Mit der grundsätzlichen Ausrichtung soll das Phänomen erfasst werden, dass die Verfassungen zeitweise unterschiedlich streng ausgelegt werden. Es wechseln sich Phasen der interpretatorischen Weiterentwicklung der Verfassung mit Phasen der rechtlichen Konsolidierung ab. Abseits politischer Erklärungsversuche für solche Phasen ist es aus juristischer Sicht notwendig, Kriterien zu finden, die ein solches Selbstverständnis der Auslegenden begründen können. Solche Kriterien sind vielfach außerrechtliche Faktoren, die eine Auslegungslehre nur schwer abbilden kann. Es gibt aber auch rechtliche Anknüpfungspunkte: Das ist die Funktionsfähigkeit förmlicher Anpassungsmechanismen und die Entwicklung der Rechtsordnung insgesamt,

<sup>331</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.III und Kap. 5, Abschn. C.III und Kap. 6, Abschn. C.IV.

<sup>332</sup> Für einen ähnlichen Gedankengang siehe *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 36 ff.



die neue Ansprüche an das Völkerverfassungsrecht formulieren kann (dazu gleich mehr).

Der normspezifische Grad der interpretatorischen Dynamik wiederum bestimmt, wie evolutiv die jeweilige Norm auszulegen ist. Im nationalen Verfassungsrecht ist bekannt, dass einzelne Regeln unterschiedlich flexibel ausgelegt werden. Das österreichische Verfassungsrecht kennt beispielsweise das sog. Versteinerungsprinzip – eine Auslegungsschranke, die dem „originalism“ sehr nahekommt. Das Prinzip besagt, dass bestimmten Normen, insbesondere den Kompetenzartikeln, die Bedeutung zugrunde gelegt werden muss, die sie zum Zeitpunkt der Versteinerung, also dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung, nach dem damaligen rechtswissenschaftlichen Stand und der damaligen Rechtslage hatten.<sup>333</sup>

Auch das Bundesverfassungsgericht erachtet bei manchen Normen deren historische Bedeutung für wichtiger als bei anderen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts muss zum Beispiel „bei der Bestimmung dessen, was zum Wesen der Selbstverwaltung gehört, der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung in einem gewissen Ausmaß Rechnung getragen werden.“<sup>334</sup>

Zudem sind im Grundgesetz gemäß Art. 79 Abs. 3 GG bestimmte Teile der Verfassung von einer Veränderung ganz ausgenommen. Für die Reichweite der geschützten Normen soll nach *Herdegens* Ansicht der historische Wille des Verfassungsgebers den Ausschlag geben, was in diesem Fall den Effekt hat, dass der Anwendungsbereich der Unabänderlichkeitsklausel zwar starr, dafür aber der Rest des Verfassungsrechts flexibel bleibt:

„Ebenso wie dem verfassungsändernden Gesetzgeber ist es auch der verfassungsgerichtlichen Judikatur versagt, die Schranken der verfassungsändernden Gewalt fortzubilden und so die Entwicklungsoffenheit des Grundgesetzes zu Lasten der Gestaltungsfreiheit des verfassungsändernden Gesetzgebers zu beschneiden.“<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Rn. 19.090 ff., mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>334</sup> BVerfG, *Entsch. v. 12.07.1960, Wählervereinigung*, 2 BvR 373/60, Rn. 27, m. w. N. der Rechtsprechung.

<sup>335</sup> *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 81 m. w. N.

Starre Verfassungsteile sollen die Ausnahme bleiben, denn es „drohen vorschnelle ‚normative Zementierungen‘, die zu einer Verkrustung des Verfassungsgefüges führen und so Kräfte befördern, die auf eine revolutionäre Ablösung des GG durch eine neue Verfassungsordnung zielen. In diesem Sinne dient eine enge Auslegung von Art. 79 Abs. 3 GG der notwendigen Elastizität der Verfassung und so deren dauerhaftem Erhalt als funktionsfähige Ordnung.“<sup>336</sup>

Die UN-Charta enthält keine materiell-rechtliche Anordnung dahingehend, dass bestimmte Normbereiche starr oder „versteinert“ sind. Im Rahmen des Völkerverfassungsrechts ist diese Eigenschaft mittels anderer Kriterien zu bestimmen.

## 2. Unterschied zwischen evolutiver und statischer Auslegung

Im Rahmen der vier *canones* wird man tendenziell die teleologische der evolutiven und die historische der statischen Auslegung zuordnen können. Wenn man die Auslegung grundsätzlich durch die Wortlautgrenze begrenzt sieht, dann wäre die grammatikalische Auslegung weder evolutiv noch statisch. Sofern sich die teleologische Auslegung aber über die Wortlautgrenze hinwegsetzen kann, dann wäre die Auslegung anhand des Wortlautes eine restriktive Methode. Nach dem hier zugrunde gelegten Begriff der Auslegung ist damit die grammatikalische Auslegung eine restriktive Methode.<sup>337</sup> Die systematische Auslegung wird man nicht eindeutig einer Richtung zuordnen können. Sie kann sowohl restriktive wie dynamische Tendenzen verstärken.

Über diese Zuordnung hinaus öffnet die dynamische Auslegung die Interpretation für eine zeitlich unabhängige bzw. auf die Zukunft gerichtete Betrachtung, die tatsächliche und rechtliche Entwicklungen berücksichtigen darf. Sie flexibilisiert damit auch die Hierarchie und lässt größere kontextuelle Bezüge zum einfachen Völkerrecht zu. Im Rahmen der dynamischen Auslegung sind dann auch die Handlungen der Verfassungsorgane zu berücksichtigen, sofern sie das Völkerverfassungsrecht gemessen am Sinngehalt der Verfassung verfassungsgemäß konkretisieren oder weiterentwickeln. Die wesentliche Frage im Rahmen der dynamischen Auslegung ist mithin, welches zusätzliche Interpretationsmaterial berücksichtigt werden darf und muss.

Die statische Auslegung beschreibt hingegen ein methodisch strengeres Vorgehen, das sich an den klassischen rechtspositivistischen Methoden orientiert und den

<sup>336</sup> Ders., in: Maunz/Dürig, 83. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 81 m. w. N.

<sup>337</sup> Zum Begriff der Auslegung siehe die Ausführungen unter Kap. 7, Abschn. A.II.1.d).

Wortsinn als Grenze der Auslegung hat. Eine Auslegung, die darüber hinausgeht, muss sich als Rechtsfortbildung in besonderer Weise legitimieren lassen. Eine rein historische Auslegung ist von der statischen Auslegung nicht umfasst, obgleich nicht ausgeschlossen ist, dass bestimmte Normbereiche einen unabänderlichen – historisch verstandenen – Kern umfassen.

## **II. Kriterien zur Bestimmung des Dynamisierungsgrades**

Die Kriterien zur Bestimmung der grundsätzlichen Ausrichtung der Auslegung ergeben sich im Wesentlichen nicht aus der Völkerverfassung selbst. Die Flexibilität des Völkerverfassungsrechts bestimmt sich hingegen nach der UN-Charta.

### **1. Grundsätzliche Ausrichtung der Auslegung**

Auf Ebene des Verfassungsrechts wird man die individuelle Entscheidung des Rechtsanwenders ultimativ weder abschließend noch allein rechtspositivistisch determinieren können. Es ist realitätsfern, Verfassungsrichtern oder anderen am Verfassungsleben Teilnehmenden jegliche politische Motivation bei der Anwendung der Verfassung abzusprechen. Genauso verfehlt wäre es, ihnen kein Feingefühl für den verfassungsrechtlichen Entscheidungsrahmen zuzugestehen.

Im nationalen Verfassungsrecht hat sich gezeigt, dass die grundsätzliche Ausrichtung der Verfassungsauslegung unter anderem von der Haltung der Hauptauslegenden abhängt. Bei Verfassungsordnungen mit einem starken Verfassungsgericht hängt diese Haltung vom Selbstverständnis der Richter und Richterinnen von der Rolle des Gerichts ab. Entsprechend wurde versucht, vor allem die Kompetenzen der Verfassungsrichter mit der Idee der „richterlichen Zurückhaltung“ zu beschränken. Da dieser Standard aber schon nicht justiziabel ist, kann er allenfalls politisch wirken. Nach Wahl der Richter und Richterinnen ist er nicht mehr als ein Appell.

Aus Gründen der Transparenz sollte eine Auslegungslehre dem rechtlichen Feingefühl der Rechtsanwender soweit wie möglich rechtliche Kriterien an die Seite stellen, nach denen entschieden werden kann, ob in der gegebenen Auslegungssituation die Verfassung mit einer grundsätzlich dynamischeren Ausrichtung ausgelegt werden sollte oder nicht.

Hierfür juristische, das heißt im Kern materiell-rechtliche Kriterien auf der höchsten Stufe des Rechts zu finden, ist abseits eines Rückbezugs auf das auszulegende Recht selbst schwer. Insofern ist einerseits auf das Recht außerhalb der Kategorie

des Völkerverfassungsrechts, das heißt die Völkerrechtsordnung insgesamt, und andererseits auf nicht-rechtliche, aber rechtsrelevante Kriterien zurückzugreifen. Ein solch rechtsrelevantes Kriterium ist die Effektivität des von der Völkerverfassung vorgesehenen formellen Anpassungsmechanismus.

Die Existenz des Anpassungsmechanismus spricht zunächst für eine restriktive Auslegung, allerdings steht die Verfassung auch unter dem Druck ihres eigenen Ewigkeitsanspruchs. Sie will die Rechtsordnung für immer gestalten. Daraus folgt zwangsweise ein Anpassungsdruck. Es ist daher naheliegend, dass die Verfassung auch von Zeit zu Zeit angepasst werden muss. Sofern dies nicht durch formelle Anpassungen erfolgt, ist diese Funktion im Rahmen der Anwendung (das heißt Auslegung) des Rechts zu erfüllen. Immer dann, wenn der Reformdruck auf das Völkerverfassungsrecht steigt, ist eine evolutive Auslegung angemessener als eine statische. Sobald das Völkerverfassungsrecht insgesamt in Reformverzug gerät, darf es grundsätzlich dynamischer ausgelegt werden. Der Reformdruck lässt sich anhand der Ansprüche bestimmen, die die Völkerrechtsordnung im Ganzen oder in einzelnen Bereichen an das Völkerverfassungsrecht stellt.

Insbesondere dann, wenn bestimmte Rechtsgebiete, die in den Anwendungsbereich der UN-Charta fallen, neue Anforderungen an das Völkerverfassungsrecht stellen, können diese bei dessen Auslegung berücksichtigt werden. Das ist von dem Fall abzugrenzen, in dem neue Regelungsmaterien Teil des materiellen Völkerverfassungsrechts werden, etwa weil die internationale Gemeinschaft diesen Regeln die Bedeutung von Verfassungsrecht zuordnet. Das gilt ohne Weiteres für die in den Menschenrechtspakten enthaltenen Normen, könnte aber genauso gut auch für jüngeres universelles Völkerrecht wie das in den Pariser Klimaverträgen gelten.

Die kompensatorische Funktion der Auslegung kann den Änderungs- oder gar Revisionsmechanismus aber nicht ersetzen. Die Auslegung anhand der Entwicklungen der Völkerrechtsordnung muss dem Sinngehalt der Völkerverfassung entsprechen. Dieses Sinngehalt darf nicht verändert werden, ansonsten würde man das Hierarchieverhältnis zwischen Völkerverfassungsrecht und einfachem Völkerrecht umkehren.

Diese grundsätzliche Ausrichtung tritt auch hinter Überlegungen zurück, die für die Dynamik einzelner Normen oder Normbereiche gelten.

## 2. Bestimmung von starrem Völkerverfassungsrecht

Wie dynamisch die jeweilige Völkerverfassungsnorm auszulegen ist, hängt davon ab, ob es sich um starres oder flexibles Verfassungsrecht handelt. Wie starr oder flexibel das jeweilige Verfassungsrecht ist, kann anhand dreier Indizien bestimmt werden. Besonders wichtig ist dabei der Grad der Systematisierung des Regelungsregimes, das die Norm enthält – in materiell-rechtlicher, verfahrensrechtlicher und institutioneller Hinsicht. Zudem ist die Bedeutung des in der Norm enthaltenen Wertes zu beachten und schließlich deren historische Bedeutung.

### a) Grad der Systematisierung

Je höher der Systematisierungsgrad eines Regelungsregimes ist, umso weniger Spielraum besteht, die darin enthaltenen einzelnen Normen frei und schöpferisch auszulegen: Die systematischen Zusammenhänge weisen den einzelnen Normen einen festen Platz zu. Die Auslegung darf sich über diese systematischen Bezüge nicht hinwegsetzen. Je abgeschlossener dieses System ist, desto unflexibler sind dann auch die Bezüge. Hinweise auf die Abgeschlossenheit gibt wiederum die inhaltliche Ausgestaltung des Regelungsregimes. Je erschöpfender das Regelungsregime alle materiell-rechtlichen Facetten des Wertes, der durch das Regelungsregime normiert werden soll, abbildet, desto geschlossener ist es.<sup>338</sup>

Das gilt umso mehr, je umfassender diese einzelnen Facetten auch verfahrensmäßig und institutionell umgesetzt werden. Angesichts der im Völkerrecht meist fehlenden Durchsetzungsmechanismen darf man solche Regelungsbereiche, deren Leistungsfähigkeit institutionell gefördert werden, als eher geschlossen geregeltes System betrachten. Denn eine verfahrensmäßige und institutionelle Umsetzung soll garantieren, dass sich das Regelungsregime selbst trägt und aus sich heraus ausführbar ist.

Zwar können einzelne Normen durchaus auch im Rahmen einer Effektivierungspflicht evolutiv ausgelegt werden, die systematisch ausgereifte Verortung der einzelnen Komponenten spricht aber dafür, dass die Effektivierung nur mehr im Rahmen des Sinnganzen des Regelungsregimes erfolgen kann. Den zuständigen Institutionen oder Organen wird somit meist auch die Kompetenz zugewiesen, die entsprechenden Normen im Rahmen ihrer funktionellen Zuständigkeit zu konkretisieren, so beispielsweise durch die Resolution 3314 der Generalversammlung (Definition of Aggression), die bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.III und C.V.  
<sup>339</sup> GV, Res. v. 14.12.1974, Definition of Aggression, A/RES/3314.

Die genannten Merkmale sind in der UN-Charta besonders ausgeprägt im Regelungsregime, das den Weltfrieden garantieren soll. Es erreicht sowohl nach materiellen als auch nach formellen Gesichtspunkten einen hohen Systematisierungsgrad: Die Sicherung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit besteht nicht nur aus dem Gewaltverbot, sondern aus positiven Elementen wie der Friedensförderungspflicht. Im Falle des Gewaltverbots kommt noch hinzu, dass die UN-Charta auch das Selbstverteidigungsrecht regelt. Mithin wird nicht nur ein Verbot selbst reglementiert, sondern zugleich werden es auch die Rechte der Opfer eines Rechtsbruchs. Damit sind die wesentlichsten Komponenten der Auseinandersetzungen geregelt, die zu einer Gefahr für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit werden können.<sup>340</sup>

Zudem werden alle Teile der Friedenssicherung und -förderung in den UN organisch abgebildet. Sowohl der Sicherheitsrat als auch die Generalversammlung sind dem Ziel der Sicherung, Beibehaltung und Förderung des Weltfriedens verpflichtet und mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet. Selbst das Selbstverteidigungsrecht ist mit einem Eintrittsrecht der UN belegt (Art. 51 UN-Ch.). Mithin kann das Regelungsregime des Weltfriedens nicht nur auf einer institutionellen Grundlage aufbauen, sondern es profitiert bei entsprechenden Resolutionen des Sicherheitsrates auch von dessen regulatorischer Durchsetzungskraft (Art. 48 und 49 UN-Ch.).<sup>341</sup>

## **b) Bedeutung des in der Norm enthaltenen Wertes**

Je bedeutender der durch eine Norm zum Ausdruck gebrachte Wert ist, desto besser muss die Norm vor einer Schwächung geschützt werden.<sup>342</sup> Ihr Regelungs- und Werteminimum darf nicht unterschritten werden. Insoweit ist sie unflexibel. Allerdings kann sich aus einer herausragenden Bedeutung auch ableiten, dass sie über ihr Regelungs- und Werteminimum hinaus effektiviert werden soll, was ein Grund für eine evolutive Auslegung wäre. Das gilt aber nur, solange die Norm die positive Komponente eines Wertes enthält.

Dieses Zusammenspiel von positiver und negativer Dimension zeigt sich deutlich beim Hauptziel der UN-Charta: Der Schutz des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit wird positiv durch die Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung oder zur Umsetzung von Maßnahmen zur Festigung des Weltfriedens gesichert und gefördert. Negativ wird es durch das Gewaltverbot geschützt. Diese negative Komponente

<sup>340</sup> Zum Vorstehenden siehe auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.1.2.a).

<sup>341</sup> Zum Vorstehenden siehe auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.1.2.a).

<sup>342</sup> Siehe auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.1.2.a).

drückt das Regelungs- und Werteminimum des Schutzes des Weltfriedens aus und darf daher auch nicht durch die evolutive Auslegung anderer Normen beschränkt werden. Die besondere Bedeutung des Gewaltverbots wird wiederum von der historischen Auslegung bestätigt.

### c) Entstehungsgeschichte

Zuletzt kann auch die Entstehungsgeschichte der Verfassung Hinweise auf starres Verfassungsrecht geben. Aus ihr ergibt sich insbesondere die „raison d'être“ der Verfassung.<sup>343</sup> Für die UN-Charta wird diese in der Präambel nochmals zusammengefasst. Ihr innerstes Anliegen ist es, Kriege zu verhindern. Das Völkerverfassungsrecht soll garantieren, dass das Völkerrecht zu keinem Zeitpunkt mehr unter das normative Minimum der Abwesenheit von gewalttätigen Auseinandersetzungen sinkt. Je näher eine Norm diesem Minimum zugeordnet werden kann, desto eher ist sie Teil des starren Völkerverfassungsrechts.

## 3. Bestimmung von flexiblem Völkerverfassungsrecht

Flexibles Völkerverfassungsrecht ist nicht einfach der Rest der Völkerverfassung, der nicht starr ist. Dagegen spricht bereits, dass es sich nicht um eine kategorische Unterteilung handelt, sondern um eine tendenzielle. Völkerverfassungsrecht ist nicht entweder starr oder flexibel, sondern zeichnet sich durch einen unterschiedlichen Flexibilisierungsgrad aus. Insofern muss auch flexibles Verfassungsrecht im Einzelfall identifiziert werden.

Das entscheidende Kriterium hierfür ist, inwieweit der jeweilige Rechtsbereich inhaltlich ausgestaltet ist. Sofern er inhaltlich unbestimmt ist, ist er auf Ausgestaltung angewiesen. In bestimmten Bereichen des Völkerverfassungsrechts, zum Beispiel bei den Menschenrechten, weist das formelle Verfassungsrecht materielle Lücken auf. Es gibt auch Bereiche, die gar nicht Teil des formellen Verfassungsrechts sind, obwohl sie herausragende Bedeutung für die internationale Gemeinschaft haben, wie zum Beispiel das Umweltvölkerrecht. Überdies enthält die UN-Charta auch offene Normbereiche, insbesondere politisch geprägte Normen wie souveräne Gleichheit, Selbstbestimmungsrecht und Grundsätze der Gerechtigkeit oder der politischen Unabhängigkeit.<sup>344</sup> Ein Großteil des normativen Programms der UN-Charta – Präambel, Art. 1 und 2 – ist nur als Auftrag formuliert. Die darin zum Ausdruck kommende Wertordnung muss daher erst hergestellt werden.

---

<sup>343</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. C.1.2.

<sup>344</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.1.

In diesen Bereichen ist eine grundsätzlich dynamischere Auslegung angemessen, da das Recht dort auf eine Weiterentwicklung angewiesen ist. Zum Teil sind sie aber auch durch universelles Völkerrecht oder entsprechende Resolutionen verengt worden, wodurch sich das Völkerverfassungsrecht zum Beispiel im Bereich der Menschenrechte konsolidiert hat. Die Dynamisierung der Auslegung ist daher zurückzunehmen.

### III. Umsetzung der Dynamisierung

Starres und flexibles Verfassungsrecht müssen unterschiedlich dynamisch ausgelegt werden. Es kommen daher jeweils andere Auslegungsprinzipien zur Anwendung.

#### 1. Bei starrem Völkerverfassungsrecht

Starres Völkerverfassungsrecht wird nach den vier *canones* – also auch vor dem Hintergrund des historischen Verständnisses – ausgelegt. Der Wortlaut gibt die Grenze der Auslegung vor. Dabei sind vor allem die systematischen Bezüge der Norm zum Regelungsregime zu beachten, dessen Teil sie ist. So kann zum Beispiel das Selbstverteidigungsrecht nicht ohne Bezug zum Gewaltverbot ausgelegt werden. Das Recht kann nicht so erweitert werden, dass der Inhalt des Gewaltverbots unter das normative Minimum rutscht. Starres Völkerverfassungsrecht beschränkt daher auch die teleologische oder extensive Auslegung anderer Normen.

##### a) Historische Auslegung und Wortlautgrenze

Starres Verfassungsrecht wird im nationalen Verfassungsrecht vor allem aus historischer Perspektive heraus ausgelegt. Im Rahmen des „originalism“ wird die Verfassung *per se* als starres Recht begriffen. Er beschränkt daher die Auslegung insgesamt auf ein historisches Verständnis. Dabei hat sich aber gezeigt, dass der am historischen Wortsinn ausgerichtete „originalism“ („original meaning“) schon praktisch nicht umsetzbar ist.<sup>345</sup> Überdies sollte der historische Wortsinn der Entstehungszeit der UN-Charta nicht als Maßstab verstanden werden, um normative Verkrustungen zu vermeiden. Wenn etwa die UN-Charta von „Waffengewalt“ beziehungsweise „armed force“ (Präambel und Art. 41, 46 UN-Ch.) spricht, können damit nicht allein nur die Waffen bezeichnet sein, die zur damaligen Zeit existierten.

<sup>345</sup>

Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. B.II.1.c).



Der historische Wille der Gründungsstaaten, das heißt, die subjektive Auslegung, tritt hinter die objektive Auslegung anhand des in der Verfassung zum Ausdruck gebrachten objektiven, das heißt aber auch idealisierten Willens zurück. Beim starren Völkerverfassungsrecht nimmt die objektive Auslegung aber nicht die Form einer objektiv-evolutiven Auslegung – wie bei *Ress* – an.<sup>346</sup> Zum einen müssen die inneren systematischen Bezüge des starren Verfassungsrechts in seinem jeweiligen Regelungsregime beachtet werden, wobei die Zuordnung im System nicht verändert werden darf. Zum anderen wird die objektive Auslegung durch den möglichen Wortsinn beschränkt.

Je abstrakter jedoch ein Begriff, umso weniger kann die Wortlautgrenze eine beschränkende Funktion einnehmen. Der Begriff „threat“ enthält zum Beispiel noch weniger beschreibende Elemente als der Begriff der „armed forces“. Hier kann das historische Verständnis Aufschluss darüber geben, welche Bedrohungsszenarien die Empfindlichkeitsgrenze überschritten haben und als Bedrohung wahrgenommen wurden. Diese Empfindlichkeitsgrenze kann dann mit der in der Verfassungswirklichkeit bestehenden Schwelle verglichen werden, wie sie zum Beispiel durch Resolutionen der Generalversammlung und des Sicherheitsrates zum Ausdruck kommt.

## **b) Innere Systematik und Teleologie des Regelungsregimes**

Schranken können sich auch aus der inneren Systematik des jeweiligen Regelungsregimes ergeben. Dabei ist zu prüfen, welche im Zusammenhang stehende Norm hierarchisch vorgeht. Das Selbstverteidigungsrecht (Art. 51 UN-Ch.) kann nicht ohne das Gewaltverbot nach Art. 2 (4) UN-Ch. und das Friedenssicherungsgebot interpretiert werden. Es muss als eine Ausnahme von dem höherrangigen Prinzip des Gewaltverbots eng verstanden werden, auch wenn der Wortlaut des Art. 51 UN-Ch. zunächst sehr weit zu gehen scheint: „Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs.“

Abweichend vom Wortlaut schränkt die systematische Verknüpfung mit dem Gewaltverbot das Selbstverteidigungsrecht ein, denn das Selbstverteidigungsrecht darf nicht zulasten des normativen Minimums des Art. 2 (4) UN-Ch. ausgelegt werden. Das wird dadurch unterstrichen, dass Art. 51 UN-Ch. selbst das Selbstverteidigungsrecht durch die Entscheidung des Sicherheitsrates einschränkt. Eine Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts würde schließlich eine Gefahr für den internationalen Frieden bedeuten und die Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung aushöhlen.

<sup>346</sup>

Siehe die Ausführungen unter Kap. 4, Abschn. B.I.2.b).

## 2. Bei flexiblem Völkerverfassungsrecht

Flexibles Völkerverfassungsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es auf Weiterentwicklung und/oder auf Ausgestaltung gerichtet ist. Entsprechend ist eine teleologische und kontextuelle Auslegung zu bevorzugen.

### a) Teleologische Auslegung und Konkretisierung

Flexibles Verfassungsrecht ist besonders dort, wo es als Zielbestimmung niedergelegt wird, teleologisch auszulegen. Dabei soll die Norm möglichst in ihrer Wirksamkeit gesteigert und konkretisiert werden. Die Konkretisierung schränkt die zunächst schrankenlose Effektivierung mit Blick auf die anderen Bestimmungen der Völkerverfassung ein. Die UN-Charta ist als Einheit, das heißt als Sinn Ganzes zu verstehen; entsprechend ist das flexible Verfassungsrecht im Kontext der gesamten UN-Charta zu entwickeln. Für die Grundsätze und Zielbestimmungen bedeutet dies vor allem, dass das eine nicht zulasten des anderen effektiviert werden darf. Dabei sind aber etwaige Hierarchien und die Kaskade aus Zielen und Grundsätzen der Art. 1 und 2 UN-Ch. zu beachten.<sup>347</sup>

### b) Bedeutung des Organhandelns

Rechtsschöpfung *qua* Auslegung ist dort möglich, wo ein Bedarf der internationalen Gemeinschaft besteht. Ein Bedarf besteht, wenn eine Diskrepanz zwischen einem der Völkerverfassung angemessenen Anspruch an die Verfassung und dem bisherigen völkerverfassungsrechtlichen Entwicklungsstand besteht. Der an die Völkerverfassung gestellte Anspruch äußert sich vor allem in den Handlungen der UN-Organe. Sie spiegeln die Verfassungswirklichkeit wider. Inwieweit diese beachtet werden muss, hängt von der jeweiligen funktionellen Zuständigkeit ab beziehungsweise davon, inwieweit das Organ das Verfassungssubstrat repräsentiert. Entsprechend sind die Äußerungen der Generalversammlung als Ausdruck der Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft von besonderer Bedeutung.

### c) Bedeutung der Völkerrechtsordnung

Kontextuelle Aspekte sind für die Auslegung flexiblen Verfassungsrechts entscheidend, da auf keine höhere Rechtsebene mehr Bezug genommen werden kann.<sup>348</sup> Neben dem System der UN-Charta, das nach dem Prinzip der Einheit der Völkerverfassung zu berücksichtigen ist, ist vor allem die Völkerrechtsordnung insgesamt bei

---

<sup>347</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.I.2.

<sup>348</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 5, Abschn. B.III.

der Auslegung heranzuziehen. Insofern ist offenes, flexibles und unvollständiges Völkerverfassungsrecht anhand des einfachen Völkerrechts auszulegen, zu konkretisieren bzw. zu ergänzen. Dieser Kontext kann aber nur soweit berücksichtigt werden, wie er zum Sinngehalt der UN-Charta passt.

#### **IV. Zwischenfazit: Situations- und normabhängige Dynamik**

Wegen der Variabilität der Auslegungslehre kann sie sich grundsätzlich an die rechtstatsächlichen Umstände richten, etwa im Fall einer notwendigen Verfassungsanpassung, weil nach den Bedürfnissen der internationalen Gemeinschaft Reformbedarf besteht. Auch sind dann Anpassungen vorzunehmen, wenn die Völkerrechtsordnung der Verfassungsordnung enteilt ist, allerdings nur dort, wo sie nicht in den Anwendungsbereich von starrem Verfassungsrecht fällt.

Wie dynamisch die Auslegung im Hinblick auf die jeweils auszulegende Norm ist, hängt davon ab, ob es sich um starres oder flexibles Verfassungsrecht handelt. Bei starrem Verfassungsrecht, zum Beispiel dem Gewaltverbot, ist die Auslegung durch ein enges Methodenkorsett begrenzt. Bei flexiblem Verfassungsrecht, insbesondere wenn es nur als Zielbestimmung oder nur implizit in der UN-Charta enthalten ist, ist eine progressivere Auslegung möglich und geboten. Flexibles Verfassungsrecht kann sich aber auch soweit verfestigen, dass es sich zu einem relativ geschlossenen System weiterentwickelt, das dann ebenfalls wieder restriktiver auszulegen ist.

### **D. Auslegungsmechanismen und -prinzipien des Völkerverfassungsrechts**

Neben den vier klassischen *canones* sind die folgenden besonderen Auslegungsmechanismen und -prinzipien Teil der völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre.

#### **I. Historische Betrachtungen**

Nachfolgend werden Besonderheiten aus einer historischen Betrachtung der UN-Charta dargestellt, die aber nicht als historische Auslegung im strengen Sinne verstanden werden können.

Entgegen *Ress*<sup>349</sup> und *Skubiszewski*<sup>350</sup> kommt der historischen Auslegung bei der Verfassungsauslegung keine nur untergeordnete Rolle zu. Ihr pauschal eine Bedeutung abzusprechen, würde den Eigenheiten einer geschriebenen Völkerverfassung nicht gerecht werden. Gerade weil die formelle Völkerverfassung in einem Dokument enthalten ist, muss man ihrer Geschichtlichkeit auch bei der Auslegung Rechnung tragen.<sup>351</sup>

## 1. Geschichtlichkeit der UN-Charta

Selbst wenn man sich die Völkerverfassung als „living tree“, „living instrument“ oder „living constitution“ vorstellen möchte, wird man deren „Geburt“ nicht als irrelevant erachten können, bestimmt sie doch maßgeblich den Lebenslauf der Völkerverfassung. Hieraus folgt aber nicht, dass es eines (überhöhten) Gründungsmythos bedarf, um die Bedeutung der Verfassung zu sichern.<sup>352</sup>

Die Entstehung der UN-Charta ist bereits als Teil der Völkerverfassungstheorie von Relevanz. *Fassbender* sieht zu Recht den konstitutionellen Zeitgeist und den konstitutionellen Moment der idealtypischen Verfassung bei der Verabschiedung der UN-Charta verwirklicht. Hierzu passt, dass die Verabschiedung einer Verfassung mit dem Urknall verglichen wird.<sup>353</sup> Das verdeutlicht, dass sich Verfassungen üblicherweise als Rechtstext nicht in ihre Existenz hineinentwickeln, sondern in einem einzigen Moment als solche verabschiedet werden.<sup>354</sup> In diesem Moment entwächst die Verfassung auch augenblicklich dem Milieu, dem sie ihre Existenz verdankt. Soweit ist das sprachliche Bild richtig. Es beschreibt den Paradigmenwechsel zu einer Völkerverfassungsordnung als den Beginn eines (neuen) Universums.<sup>355</sup>

Anders als der Physiker beim Urknall kann der Jurist aber auch auf die Zeit vor der Entstehung einer Verfassung blicken. Er hat durchaus Einblicke in die

<sup>349</sup> *Ress*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 13–32, Rn. 24.

<sup>350</sup> *Skubiszewski*, in: FS Mosler, 1983, 891–902, 895.

<sup>351</sup> Zu diesem Gedanken siehe die Ausführungen unter Kap. 1 Abschn. A.III.3; Kap. 5, Abschn. C.I.2 und A.V.

<sup>352</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.III.3 und A.III.4.

<sup>353</sup> Den Big Bang vermisst etwa *Tomuschat*, RdC 241 (1993) 195–374, 221.

<sup>354</sup> Einen Urknall bei der EU lehnt letztlich ab *Schilling*, Harv. Int. Law J. 37 (1996) 389–409, 391; kritisch zu dieser Vorstellung im internationalen Recht *Cottier/Hertig*, MPYUNL 7 (2003) 261–328, 293; kritisch mit Bezug auf die EU *Thürer*, ZSE 6 (2008) 7–35, 33; *Schönberger*, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, 87–96, 94.

<sup>355</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.I.; siehe auch *Schilling*, Harv. Int. Law J. 37 (1996) 389–409, 391.

Entstehungsbedingungen des neuen Paradigmas. Insofern mag die Verfassungsentscheidung zwar eine rechtstheoretische Singularität sein, sie ist aber juristisch analysierbar: Man weiß, dass die UN-Charta existiert, weil der Völkerbund versagt hat; wir kennen damit ihre „raison d'être“.

## 2. Völkerbund als historischer Horizont

*Simma* und *Verdross* sehen die UN-Charta in einem völkerverfassungsgeschichtlichen Zusammenhang, der noch vor dem Völkerbund beginnt.<sup>356</sup> Diese Ansicht ist insoweit richtig, als ein geschichtlicher Entwicklungszusammenhang besteht. Die UN-Charta ist aber dennoch die erste universelle Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft. Ihre Verabschiedung hat das Völkerrecht paradigmatisch verändert. Das hindert jedoch nicht, bei der Auslegung die geschichtlichen Zusammenhänge – den historischen Horizont der UN-Charta – zu berücksichtigen.

Vor allem für das Verständnis des Gewaltverbots der UN-Charta sind die Regelungen des Völkerbundes relevant. Sie zeigen ein Regelungsregime, das weitgehend wirkungslos geblieben ist. Im Gegensatz zur UN-Charta enthielt die Satzung des Völkerbundes kein generelles Gewaltverbot, sondern – wenn man die Regelungen in ihrer Gesamtheit betrachtet – nur ein Moratorium der Anwendung von Gewalt.<sup>357</sup> Im historischen Zusammenhang zeigt sich mithin der besondere Wert des Gewaltverbots. Es ist das normative Minimum, auf dem die UN-Charta aufbaut.

Die Auslegung anhand des historischen Horizonts vermag einer auszulegenden Norm insofern keinen konkreten Inhalt zu geben; sie zeigt aber eine bestimmte Blickrichtung auf. Der historische Horizont hilft, ein Vorverständnis zu bilden, insbesondere bei der Frage, was flexibles und was starres Völkerverfassungsrecht ist.

## 3. Bedeutung der *Travaux Préparatoires*

Die historische Auslegung ist schon deswegen wichtig, weil sie der juristischen Interpretation wirksame Grenzen setzen kann. Obgleich ist zu beachten, dass der Antagonismus zwischen historischem und dynamischem Verständnis nicht immer besteht.<sup>358</sup> Das Spannungsverhältnis kann sich auch in einer Dialektik auflösen: Die historische Auswertung der Verfassung gibt Hinweise auf die Teile der Verfassung,

<sup>356</sup> *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 75 ff.

<sup>357</sup> *Randelzhofer/Dörr*, in: *Simma/Khan/G. Nolte/Paulus*, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (4) UN-Ch., Rn. 7; Fassbender hingegen beschreibt die Regelungen als relatives Kriegsverbot: *Fassbender*, in: *Bruha/Heselhaus/Marauhn* (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 103 ff.

<sup>358</sup> Zu diesem Gedanken siehe auch die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.III.2.c).

die einer dynamischen Auslegung zugänglich sind, weil ihre Inhalte bei der Verabschiedung offengelassen wurden.

Diese Analyse kann nur anhand der Gründungsdokumente durchgeführt werden. Deren Bedeutung ergibt sich auch aus dem Vergleich mit denen der Europäischen Gemeinschaften. Die Gründungsdokumente der UN sind anders als die der EG veröffentlicht worden.<sup>359</sup> Das ist ein Indiz dafür, dass sie bei der Auslegung der UN-Charta berücksichtigt werden sollen. Außerdem kommt der UN-Charta Verfassungscharakter von Anfang an zu, sodass gute Argumente dafür sprechen, die Bedeutung der Normen der UN-Charta, wie sie ihnen am Anfang gegeben wurden, im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen.<sup>360</sup>

## II. Innere Systematik und Einheit der Verfassung

Die Völkerverfassung der UN-Charta ist als Einheit verabschiedet worden. Die Präambel, Art. 1 und 2 UN-Ch. beschreiben dabei das innere Werteflecht der UN-Charta und systematisieren mit den gegenseitigen Bezügen dieses Sinnganze: Die Zielbestimmungen (Art. 1) bedürfen der Ausgestaltung und Optimierung, die Grundsätze (Art. 2) vor allem der Ausgestaltung. Diese Normen werden insofern mittels einer festen Beziehung zueinander geordnet. Das heißt nicht, dass sie sich im Einzelfall nicht gegeneinander verschieben lassen, sie dürfen aber nicht zulasten anderer Werte aus der Verfassung gedrängt werden.<sup>361</sup>

Aus der Einheitlichkeit der Verfassung folgt insofern, dass Normen immer vor dem Hintergrund ausgelegt werden müssen, dass die UN-Charta eine möglichst in sich schlüssige Völkerverfassung bilden möchte. Unvollständigkeiten und offene Stellen sind daher so zu ergänzen oder zu füllen, dass sie in einem sinnvollen Verhältnis zu dieser Einheit stehen.<sup>362</sup> Dabei ist entscheidend, den durch die Hierarchisierung der Werte vorgezeichneten Strukturen zu folgen.

---

<sup>359</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. C.II.3.

<sup>360</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.V.1.

<sup>361</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III.4, A.IV und B.I.2.

<sup>362</sup> Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.a).

### III. Verwirklichung der Werteordnung

Sofern die UN-Charta keine Hierarchisierung vornimmt, sind die in der UN-Charta niedergelegten Werte gleichermaßen auf Optimierung ausgerichtet.<sup>363</sup> Die in Art. 1 und 2 UN-Ch. genannten Grundsätze sind auslegungsleitende Prinzipien, die im Verhältnis zueinander in der Regel gemäß den Prinzipien der praktischen Konkordanz auszulegen sind.<sup>364</sup>

### IV. Effektivierung und Leistungsfähigkeit

Die Auslegung anhand des „effet utile“ ist ein vor allem im europäischen Verfassungsrecht angewendetes Auslegungsprinzip. Eine allzu funktionalistisch verstandene Auslegung, die vor allem auf die eigene Integration gerichtet ist, widerspricht aber dem völkerverfassungsrechtlichen Anliegen, die Völkerrechtsordnung insgesamt zu integrieren.<sup>365</sup> Die Effektivierung einzelner Normen, Regelungsregime oder der Völkerverfassung selbst darf nicht zulasten anderer Normbereiche gehen.

Das bedeutet natürlich nicht, dass das Völkerverfassungsrecht und insbesondere die Zielbestimmungen nicht auch durch eine teleologische Auslegung konkretisiert oder weiterentwickelt werden können. Allerdings ist bei einer solchen Effektivierung die Leistungsfähigkeit des Völkerverfassungsrechts zu beachten.<sup>366</sup> Es können nicht alle inhaltlichen Entscheidungen auf der Ebene des Völkerverfassungsrechts gelöst werden. Die Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts darf nicht die Entwicklung des einfachen Völkerrechts ersetzen. Das Völkerverfassungsrecht kann nicht das Völkerrecht insgesamt inhaltlich bestimmen, sondern vornehmlich nur einen Entwicklungs- und Integrationsrahmen vorgeben.

### V. Offene Gesellschaft der Auslegenden

Die Völkerverfassung wird durch alle Organe der internationalen Gemeinschaft ausgelegt.<sup>367</sup> Dazu gehören zunächst einmal die Organe der UN, die Staaten, aber auch

---

<sup>363</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.1.2.

<sup>364</sup> Zur praktischen Konkordanz siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.a).

<sup>365</sup> Zum Funktionalismus siehe die Ausführungen unter Kap. 1, Abschn. A.II.3; zur Integrationsbedürftigkeit siehe Kap. 6, Abschn. A.IV und C.X; zur Leistungsfähigkeit siehe Kap. 6, Abschn. C.XI.

<sup>366</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.XI.

<sup>367</sup> Zum Nachfolgenden siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. C.VII.

die Organe der einzelnen Staaten. Die Verfassungsinterpreten treten aber nicht gleichberechtigt nebeneinander.

Die Organe der UN haben eine hervorgehobene Rolle innerhalb der ihnen vom Völkerverfassungsrecht zugewiesenen Kompetenzen. Hinzu kommt das Kriterium, inwieweit der jeweilige Rechtsanwender die internationale Gemeinschaft repräsentiert. Entsprechend kommt den Handlungen der Generalversammlung allgemein eine große Bedeutung bei der Auslegung zu. Ansonsten sind zum Beispiel andere (regionale) internationale Organisationen in einem größeren Umfang zu beachten als staatliche Organe. Denn staatliche Organe repräsentieren nur einen sehr begrenzten Teil der internationalen Gemeinschaft.

## **VI. Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts**

Die Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts ist vor allem dort möglich, wo die UN-Charta den Charakter einer Integrationsordnung übernimmt. Hier sind insbesondere der Verfassungswandel und die Verfassungswirklichkeit zu beachten. Vor allem die Verfassungswirklichkeit wird dabei von den Handlungen der UN-Organe geprägt. Zudem kann das Völkerverfassungsrecht induktiv mit Blick auf die Völkerrechtsordnung, aber auch auf das nationale Recht fortentwickelt werden.

### **1. Integrationsordnung**

Die Völkerverfassung strebt in vielen Bereichen nach einer internen und externen Integration ihres normativen Programms.<sup>368</sup>

#### **a) Interne Integration**

Die interne Integration bedeutet die Verstärkung der angelegten systematischen Zusammenhänge und zugleich deren inhaltliche Konkretisierung innerhalb der UN-Charta. Die Einheit der Verfassung ist damit zugleich idealer Zustand und zu erreichendes Ziel. Sie ist gleichsam zu beachten und herzustellen. Die interne Konkretisierung des Völkerverfassungsrechts fällt in den vornehmlichen Kompetenzbereich der UN-Organe.

---

<sup>368</sup>

Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.IV und C.X.



## b) Externe Integration

Die UN-Charta ist nicht nur die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, sondern sie ist eine echte Völkerverfassung. Das heißt, sie strukturiert nicht nur eine Gemeinschaft, sondern auch eine Rechtsordnung. Sie bildet insofern nicht nur eine innere Einheit, sondern strebt auch die Systematisierung der Völkerrechtsordnung an. Einer solchen Systematisierung würde ein überzogener interner Funktionalismus widersprechen, die interne Einheit darf nicht zulasten der externen Einheit entwickelt werden. Zugleich ist die Völkerrechtsordnung so zu entwickeln und auszulegen, dass sie in den vom Völkerverfassungsrecht entworfenen Rahmen passt.

## 2. Verfassungswandel und Verfassungswirklichkeit

Der Verfassungswandel beschreibt eine tatsächliche Änderung, die dazu führt, dass ein Sachverhalt, der eigentlich nicht in den Anwendungsbereich der Völkerverfassung fällt, von dieser dennoch erfasst wird. Als Beispiel ist hier zum Beispiel die Entwicklung der Kriegsführung im Bereich des Cyberkriegs zu nennen. Ein IT-Angriff fällt vom Wortsinn nicht mehr unter den Begriff der Gewalt im Sinne des Gewaltverbots. Er ist aber darunter zu fassen, weil er ein vergleichbares Gefährdungspotenzial enthält und im Widerspruch zum Schutz des internationalen Friedens steht.

Der Verfassungswandel ist bei der Auslegung ausnahmslos zu berücksichtigen, die Verfassungswirklichkeit hingegen nur, wenn die in ihr zum Ausdruck kommenden Ansprüche an das Völkerverfassungsrecht die Weiterentwicklung notwendig machen, weil es dem Sinngehalt der Völkerverfassung entspricht.<sup>369</sup>

## 3. Nachfolgende Organpraxis

Die nachfolgende Organpraxis kann zwar nicht das formelle Völkerverfassungsrecht ändern, es ist aber für die Entstehung von materiellem Völkerverfassungsrecht relevant. Wenn der Praxis der Wille entnommen werden kann, dass bestimmte Normen zum Völkerverfassungsrecht gehören und sich darin einfügen sollen, ist dies bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Hinzu kommt, dass die UN-Organe – allen voran die Generalversammlung – die Ansprüche der internationalen Gemeinschaft an das Völkerverfassungsrecht formulieren.

---

<sup>369</sup>

Zum Vorstehenden siehe die Ausführungen unter Kap. 3. Abschn. A.II.2.d).

#### 4. Induktive Auslegungsmethode

Die Völkerverfassung ist in besonderer Weise ergänzungsbedürftig. Ihre Werteordnung ist inhaltlich und institutionell nur unvollständig ausgebildet worden. Zugleich enthält sie ein normatives Programm, das umgesetzt werden soll.<sup>370</sup> Abseits des materiellen Völkerverfassungsrechts gewinnt hierbei die Völkerrechtsordnung insgesamt an Bedeutung. Zugleich kann hierdurch auch ein zu starker Völkerverfassungsfunktionalismus vermieden werden, der die Völkerverfassung gegenüber dem Völkerrecht abschottet.

Dort, wo die UN-Charta zwar einen Handlungsauftrag enthält, aber keine inhaltliche Bestimmung vorgenommen wird, muss das Völkerverfassungsrecht anhand des einfachen Völkerrechts ausgelegt werden. Rechtsfragen werden an das Völkerverfassungsrecht meist aus der Perspektive niederrangigeren Rechts herangetragen.<sup>371</sup> Die Völkerverfassung ist dabei die hierarchisch oberste Stufe des positiven Rechts. Ihr Inhalt kann nicht mehr von einer höheren Stufe abgeleitet werden. Folglich ist sie auf induktive Methoden angewiesen.

Die induktive Auslegung kann aber über die Völkerrechtsordnung auch auf die nationalen Verfassungsordnungen ausgeweitet werden. Eine solche Form der induktiven Rechtsfindung ist bereits bekannt aus dem EU-Verfassungsrecht und klingt auch in Art. 38 (1) IGH-Statut an. Danach können Regeln des nationalen Rechts Anerkennung im Völkerrecht gefunden haben.

Auch der Internationale Gerichtshof versteht das nationale Recht als Bezugspunkt der Auslegung des Völkerrechts:

„In seeking to determine the law applicable to this case, the Court has to bear in mind the continuous evolution of international law. [...] [C]hanges have given birth to municipal institutions, which have transcended frontiers and have begun to exercise considerable influence on international relations [...] [I]nternational law is called upon to recognize institutions of municipal law that have an important and extensive role in the international field [...] All it means is that international law has had to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction. This in turn requires that, whenever legal issues arise concerning the rights

<sup>370</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. B.III

<sup>371</sup> Siehe die Ausführungen unter Kap. 3, Abschn. A.II.2.e).

[...] as to which [...] international law has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law.<sup>372</sup>

Das öffnet den Art. 38 (1) IGH-Statut für eine rechtsvergleichende Schließung von Lücken. Entsprechend kann man die induktive Methode zur Schließung von Lücken im Völkerverfassungsrecht heranziehen.

## E. Fazit

Die entscheidende Besonderheit der in dieser Arbeit entwickelten Auslegungslehre ist, dass sie das Konzept einer variablen Dynamik der Völkerverfassungsauslegung verfolgt: Weder die rein statische noch auch die rein evolutive Interpretation wird der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft gerecht. Der Auszulegende hat die widersprüchliche Eigenschaft der Charta, sowohl offen als auch geschlossen zu sein, umzusetzen. Aufgrund der hierarchischen Stellung der Völkerverfassung kann nur das Sinnganze derselben wie auch die Rechtsordnung insgesamt als kontextuelle Auslegungsquelle herangezogen werden. Die Völkerverfassung entwickelt die Rechtsordnung insgesamt, sie kann sich aber auch nur in deren Rechtsrahmen weiterentwickeln. Einfaches Völkerrecht und Völkerverfassungsrecht treten im Rahmen der Auslegung damit in eine besondere Form der Dialektik mit dem Ziel, insbesondere die offenen und integrationsbedürftigen Bereiche der UN-Charta zu schließen, zu konkretisieren und weiterzuentwickeln.

---

<sup>372</sup>

IGH, Urt. v. 05.02.1970, Barcelona Traction, ICJ Rep.1970, 3, 33 ff. (Rn. 37 f.).

## Kapitel 8 – Kanon der Auslegungslehre

Im Folgenden werden die voranstehenden Ausführungen des Teils III verdichtet und in einen Kanon völkerverfassungsrechtlicher Auslegungsregeln überführt. Der Kanon kann in seiner verdichtenden Darstellungsweise nicht alle Einzelheiten der in dieser Arbeit ausgearbeiteten Auslegungslehre wiedergeben. Sein Gehalt ist im Lichte der vorangegangenen Kapitel zu verstehen. Die Auslegungsregeln sind dementsprechend unvollständig. Das bedeutet auch, dass der Kanon – würde er in dieser Form in der Rechtspraxis Anwendung finden – mit der Zeit inhaltlich konkretisiert werden würde.

Der Kanon folgt der aus der Wiener Vertragsrechtskonvention bekannten Darstellungsweise von Auslegungsregeln in Form kodifizierten Rechts. Diese Form der Darstellung indiziert aber nicht, dass der Kanon selbst die Eigenschaft von formellem oder materiellem Völker(verfassungs)recht hat. Der Methodenlehre entsprechend handelt es sich nicht um verbindliches Recht. Strikt verbindliches Methodenrecht würde dem Charakter der Völkerverfassungsauslegung nicht gerecht werden, die trotz notwendiger methodischer Bindung keine exakte Anwendung vorgegebener (rechtsverbindlicher) Regeln sein kann. Zumal sich dann ein weiteres Mal die Frage stellen würde, anhand welcher Auslegungsregeln der Kanon auszulegen wäre. Trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit führt nach dem Verständnis des Verfassers eine Missachtung des Kanons dazu, dass das Auslegungsergebnis nicht völkerverfassungskonform ist – nicht notwendigerweise in seinem Ergebnis, aber in seiner Begründung.

Der Kanon der völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre ist entsprechend der gesetzlichen Darstellungsweise nach einem aus dem Recht bekannten Muster aufgebaut: Zu Anfang wird der Anwendungsbereich der Auslegungsregeln dargestellt (Abschnitt I), anschließend werden die grundlegenden Prinzipien der Auslegung dargelegt (Abschnitt II) und danach die allgemeinen (Abschnitt III) und besonderen (Abschnitt IV) Auslegungsregeln. Der letzte Teil beschäftigt sich mit der Frage nach der Auslegungskompetenz der internationalen Gemeinschaft und ihrer Organe und Akteure (Abschnitt V).

# Völkerverfassungsrechtlicher Auslegungskanon

## Abschnitt I: Anwendungsbereich

### Art. 1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

- (1) Die Auslegung des Völkerverfassungsrechts erfolgt anhand besonderer Regeln. Die UN-Charta ist die Urkunde der Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft.
- (2) Die Auslegungslehre gilt insbesondere für Gerichte, die das Völkerverfassungsrecht auslegen.

## Abschnitt II: Grundlegung der Auslegung

### Art. 2 Grundsätze der Auslegung

- (1) Die Auslegung des Völkerverfassungsrechts erfolgt anhand eines flexiblen Auslegungssystems. Das Auslegungssystem hat die Funktionen der Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft zu erfüllen. Eine wesentliche Funktion ist die Systematisierung und Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts und der Völkerrechtsordnung insgesamt.
- (2) Die Herstellung der praktischen Wirksamkeit des Völkerverfassungsrechts ist ein herausragendes Ziel der Völkerverfassungsauslegung. Bei der Verfolgung dieses Ziels sind die Erwartungen der internationalen Gemeinschaft an das Völkerverfassungsrecht zu berücksichtigen.
- (3) Die Grenze der Auslegung richtet sich danach, inwieweit eine dynamische Auslegung zulässig ist. Unabhängig davon darf die Auslegung nicht dem in der Völkerverfassung zum Ausdruck kommenden Sinnangehen widersprechen.

### Art. 3 Dynamik der Auslegung

- (1) Die Dynamik der Auslegung der Völkerverfassung ist abhängig von der Flexibilität der zugrunde liegenden Völkerverfassungsnorm, dem Wandel der Völkerverfassungsordnung und der Völkerrechtsordnung, der Häufigkeit der Völkerverfassungsänderung und dem Verständniswandel völkerverfassungsrechtlicher Begriffe und Ideen.

(2) Starres Völkerverfassungsrecht kann nur in Ausnahmefällen per Auslegung fortgebildet werden. Starres Völkerverfassungsrecht kann insbesondere anhand des Systematisierungsgrads der auszulegenden Norm beziehungsweise des die Norm enthaltenden Regelungsregimes, der normativen und institutionellen Geschlossenheit des Regelungsregimes, der Bedeutung der Norm innerhalb der Völkerverfassung und der Entstehungsgeschichte der UN-Charta identifiziert werden.

(3) Flexibles Völkerverfassungsrecht ist im Grundsatz evolutiv auszulegen. Flexibles Völkerverfassungsrecht befindet sich insbesondere in den Normbereichen, die von der Völkerverfassung nur unvollständig geregelt werden. Im Rahmen der evolutiven Auslegung können vor allem kontextuelle über die Verfassungsnorm hinausgehende Bezüge berücksichtigt werden, soweit sie dem Sinngehalt der Völkerverfassung entsprechen. Hierbei ist insbesondere die Rechtsentwicklung relevant, wie sie von den Organen der internationalen Gemeinschaft, dem universellen Völkerrecht, der Völkerrechtsordnung insgesamt und den nationalen Verfassungsordnungen zum Ausdruck gebracht wird.

#### **Art. 4 Generalklausel der Auslegung**

(1) Grundlage der Auslegung des Völkerverfassungsrechts ist die UN-Charta als das maßgebliche Völkerverfassungsdokument.

(2) Die Völkerverfassung und ihre Normen sind anhand des Wortlauts, der Systematik, der Zielsetzung und der Entstehungsgeschichte auszulegen.

### **Abschnitt III: Allgemeine Auslegungsregeln**

#### **Art. 5 Auslegung anhand des Wortlauts**

(1) Grundlage der Auslegung des Völkerverfassungsrechts ist der objektive Wortlaut in seiner aktuellen Bedeutung.

(2) Bei Unterschieden in der Bedeutung verschiedener authentischer Sprachfassungen ist diejenige Auslegung zu wählen, die am ehesten dem Sinngehalt der Völkerverfassung entspricht.

#### **Art. 6 Auslegung anhand der Systematik**

(1) Eine einzelne Völkerverfassungsnorm ist als Teil des jeweiligen Regelungsregimes und als Teil des Völkerverfassungssystems als Sinngehalt auszulegen.

(2) Die Auslegung hat den horizontalen und vertikalen Strukturen des Regelungs-, Werte- und Normsystems der Völkerverfassung zu folgen.

(3) Es ist nach Möglichkeit eine solche Auslegung zu wählen, die auch der Systematisierung der Völkerverfassung insgesamt dient.

### **Art. 7 Auslegung anhand des Ziels und des Gegenstandes**

Eine einzelne Völkerverfassungsnorm ist anhand des Ziels und Gegenstands ihrer Regelung sowie der Ziele und Grundsätze der UN-Charta auszulegen, wie sie insbesondere in der Präambel und den Art. 1 und 2 der UN-Charta niedergelegt sind und wie sie von der internationalen Gemeinschaft verstanden werden.

### **Art. 8 Auslegung anhand der Historie**

(1) Die Auslegung hat die Entstehungsgeschichte der Norm und der UN-Charta zu beachten.

(2) Die historische Auslegung ist insbesondere von Bedeutung bei der Auslegung von starrem Völkerverfassungsrecht, wie es in der UN-Charta niedergelegt ist, wie es als solches von der internationalen Gemeinschaft anerkannt wird oder wie es durch Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts entsteht.

## **Abschnitt IV: Besondere Auslegungsregeln**

### **Art. 10 Praktische Konkordanz**

Die Völkerverfassungsauslegung ist darauf gerichtet, gleichgeordneten Völkerverfassungsnormen und -werten eine möglichst weitreichende Wirkung zu verschaffen.

### **Art. 11 Völkerverfassungswandel**

Sofern die technologische, soziologische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Entwicklung zu einem Begriffswandel innerhalb völkerverfassungsrechtlicher Normen führt, ist dies zu berücksichtigen.

### **Art. 12 Völkerverfassungswirklichkeit**

Erwartungen der internationalen Gemeinschaft an das Völkerverfassungsrecht sind soweit zu berücksichtigen, wie sie im Lichte des Sinnganzen der Völkerverfassung angemessen sind.

### **Art. 13 Auslegung im Lichte konstitutioneller Nebengesetze**

Das Völkerverfassungsrecht ist im Lichte konstitutioneller Nebengesetze auszulegen. Konstitutionelle Nebengesetze sind völkerrechtliche Regeln, die universell anerkannt sind und wesentliche Grundprinzipien des Völkerverfassungsrechts inhaltlich ausgestalten, dazu gehören insbesondere die Menschenrechtsabkommen der UN und die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes.

### **Art. 14 Einheit der Völkerverfassung**

Die Auslegung ist auf die Herstellung und Verwirklichung des in der Völkerverfassung zum Ausdruck kommenden Sinngehalts gerichtet.

### **Art. 15 Induktive Methode**

Die Völkerverfassungsrechtsordnung kann im Lichte gemeinsamer Prinzipien des nationalen Verfassungsrechts und im Lichte der Völkerrechtsordnung ausgelegt werden, wenn eine solche Auslegung dem Sinngehalt der Völkerverfassung entspricht.

## **Abschnitt V: Auslegungskompetenzen**

### **Art. 16 Internationale Gemeinschaft**

Die internationale Gemeinschaft ist als Ganzes für die Verwirklichung des Völkerverfassungsrechts verantwortlich. Ihre Organe sind zur Auslegung des Völkerverfassungsrechts befugt.

### **Art. 17 Organe der UN**

(1) Die Organe der UN können insbesondere im Rahmen ihrer Funktion und Kompetenzen die Völkerverfassung weiterentwickeln.

(2) Die Organe der UN, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes repräsentieren, kommt eine besondere Bedeutung bei der Weiterentwicklung des Völkerverfassungsrechts zu. Das gilt insbesondere für die Generalversammlung der UN.

### **Art. 18 Andere Akteure der internationalen Gemeinschaft**

Die Reichweite der Auslegungskompetenzen anderer Akteure der internationalen Gemeinschaft hängt davon ab, inwieweit sie die internationale Gemeinschaft repräsentieren.



## SCHLUSS

Die Verfassung ist sich selbst Grund und Grenze – Verfassungsrecht ist damit gewissermaßen das juristische „objet impossible“ – Recht also, das unvermeidlicherweise im Unschärfbereich rechtswissenschaftlicher Analytik liegt. Für die juristische Methodenlehre ist dieser logische Konflikt, sich selbst Grund und Grenze zu sein, aber weniger problematisch, als es scheint – jedenfalls dann, wenn man die Methodenlehre anwendungsorientiert versteht. Sie ist dann nicht auf eine logische Widerspruchsfreiheit angewiesen – weder ihres Auslegungsgegenstandes noch der ihr zugrunde liegenden Rechtstheorie.

Trotz der Vielschichtigkeit verfassungstheoretischer Überlegungen war es daher im Rahmen einer „mehrpolgigen Dialektik“<sup>1</sup> möglich, aus der Völkerverfassung eine völkerverfassungsrichtige Auslegungslehre abzuleiten. Es stellte sich dabei heraus, dass entgegen den bisherigen Ansätzen die Völkerverfassungsauslegung sowohl statisch als auch dynamisch zu erfolgen hat – je nachdem, welche Norm zu welchem Zeitpunkt ausgelegt wird. Das wesentlichste Merkmal der hier entwickelten Auslegungslehre besteht darin, dass sie die vielfach beschworene Offenheit und Dynamik der Verfassungsauslegung systematisch begründet und methodologisch bindet.

Die Leistungsfähigkeit der erarbeiteten Auslegungslehre lässt sich anhand eines konkreten Anwendungsbeispiels zeigen. Unter Verwendung des in Kapitel 8 dargestellten Kanons wird nachfolgend dargestellt, warum die Preemptive-Strike-Doktrin nicht mit Völkerverfassungsrecht vereinbar ist.

### A. Anwendungsbeispiel: Preemptive-Strike-Doktrin

Zum Anfang der Arbeit wurde ausgeführt, dass eine falsche Vorstellung von konstitutioneller Interpretation zu Auslegungsergebnissen führen könne, die der Konstitutionalisierungsidee zuwiderliegen.<sup>2</sup> Die Preemptive-Strike-Doktrin wurde dabei als ein Beispiel für ein mögliches Ergebnis einer missverstandenen Völkerverfassungsauslegung genannt. Die Ansicht geht auf *Herdegen* zurück:

„Unlike changes of customary rules, innovative interpretation of multi-lateral treaties (including the UN Charter) is not conditioned by a broad

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Einl., Abschn. B.III.3.

<sup>2</sup> Siehe die Ausführungen in der Einleitung.

consensus of the parties. Therefore, *the evolutive interpretation of treaty clauses, such as the rules on the use of force under the UN Charter* [...] presents challenges to the methodology of international law and remains to be clarified. Such dynamic interpretation [...] is more closely linked to the understanding of the UN Charter as a kind of ‚constitutional document‘. The methodological challenge lies in the possibility of basing a plausible, albeit controversial, understanding of the relevant rules under the UN Charter and under customary law on a blend of treaty interpretation and the practice of a significant sector of the international community. *Thus, concepts like the justification of humanitarian intervention or even of hotly contested ‚pre-emptive strikes‘ – as self-defence both under the UN Charter, as a matter of interpretation, and under customary international law – are nowadays considered as methodologically sustainable, or at least debatable, even in the face of clear rejection by most States.*<sup>3</sup>

Nachfolgend soll untersucht werden, ob die überkommene Vorstellung der konstitutionellen Interpretation tatsächlich eine Auslegung des Art. 2 (4) i. V. m. 51 UN-Ch. stützen könnte und wie die Vorschriften nach der hierin vorgeschlagenen Auslegungslehre zu verstehen sind. Vorab werden die Argumente zur Herleitung der Preemptive-Strike-Doktrin dargestellt.

## I. Herleitung der Preemptive-Strike-Doktrin

Nach der Preemptive-Strike-Doktrin hat ein Staat das Recht, sich bereits dann mit einem Präventivangriff zu verteidigen, wenn ein Angriff nur droht, und nicht erst dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Nach der Doktrin wird der Zeitpunkt, in dem eine Angriffshandlung, die eigentlich dem Gewaltverbot gemäß Art. 2 (4) UN-Ch. unterfallen würde, zulässig ist, nach vorne verschoben. Die Zulässigkeit einer solchen Angriffshandlung wird meist im Rahmen des Selbstverteidigungsrechts, das heißt bei der Auslegung von Art. 51 UN-Ch., diskutiert.<sup>4</sup>

Nach dem Wortlaut der Vorschrift bestehen keine Zweifel an einem Selbstverteidigungsrecht, wenn ein Staat durch einen anderen Staat angegriffen wird: Im Falle einer „armed attack“ (Art. 51 UN-Ch.) darf sich der angegriffene Staat mittels

<sup>3</sup> Herdegen, in: MPEPIL, Bd. VI, 2012, 260–273, Rn. 63.

<sup>4</sup> Für einen Überblick siehe *Brownlie/Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Aufl. 2012, S. 750 ff.; *Cassese*, *International Law*, 2. Aufl. 2005, S. 357 ff.; siehe auch *Fassbender*, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 127 f.

angemessener militärischer Gewalt verteidigen bis zu dem Moment, in dem sich der Sicherheitsrat der Sache annimmt.<sup>5</sup>

Umstritten ist, inwieweit vorweggenommene bzw. vorsorgliche Verteidigungshandlungen nach dem Völkerrecht zulässig sind. Hier lassen sich drei Formen der vorsorglichen Verteidigung unterscheiden – geordnet nach zeitlicher Nähe zur drohenden oder befürchteten Angriffshandlung: „anticipatory“, „preemptive“ und „preventive self-defense“.<sup>6</sup>

Die „anticipatory self-defense“ (vorweggenommene Selbstverteidigung) ist nach der Caroline-Formel die Gewaltanwendung zur Abwehr eines kurz bevorstehenden bzw. einer imminnten Gefahr eines bewaffneten Angriffs.<sup>7</sup> Der „preemptive strike“ soll einen nicht imminnten, aber doch greifbaren Ablauf, der zu einem bewaffneten Angriff führt, unterbrechen.<sup>8</sup> Das präventive Selbstverteidigungsrecht wiederum soll die Anwendung von Gewalt zur Abwehr eines zukünftigen Angriffs erlauben, weil eine ausreichend große Gefahr besteht.<sup>9</sup> Nach herrschender Ansicht ist die „anticipatory self-defense“ in jedem Falle zulässig, die „preventive self-defense“ aber nicht; beim „preemptive strike“ besteht Uneinigkeit.

## 1. Gewohnheitsrechtliche Zulässigkeit

Vielfach wird die Zulässigkeit eines Präventivschlags gewohnheitsrechtlich begründet. Die Argumentation folgt dabei einem Dreischritt:<sup>10</sup>

- Vor Entstehung der UN-Charta garantierte das Völkerrecht das Recht auf Selbstverteidigung. Es sei nach dem Caroline-Fall anerkannt, dass die vorweggenommene Selbstverteidigung in Fällen gerechtfertigt sei, in denen ein

<sup>5</sup> Greenwood, in: MPEPIL, Bd. IX, 2012, 103–113, Rn. 9 ff.

<sup>6</sup> Zur Unterscheidung siehe etwa Deeks, in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, 661–678, 662 ff.; Brownlie/Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl. 2012, S. 750 ff.; Mueller/Castillo/Morgan/Pegahi/Rosen, Striking First, 2006, S. xii und 6 ff.

<sup>7</sup> Deeks, in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, 661–678, 662 m. w. N.

<sup>8</sup> Dies., in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, 661–678, 662 m. w. N.

<sup>9</sup> Dies., in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, 661–678, 662 m. w. N.

<sup>10</sup> Teilweise wird daraus ein Zweischritt, wenn bereits angenommen wird, dass das Völkergewohnheitsrecht ein vorweggenommenes Selbstverteidigungsrecht enthält; kritisch dazu Azubuike, Annu. Sur. Int. Comp. Law 17 (2011) 129–183, 166 ff. m. w. N.

Angriff unmittelbar bevorstehe, also eine imminente Gefahr eines militärischen Angriffs bestehe.<sup>11</sup>

- Nach Wortlaut („inherent right“ beziehungsweise „droit naturel“) und Entstehungsgeschichte des Art. 51 UN-Ch. lasse die UN-Charta dieses gewohnheitsrechtlich anerkannte Recht unberührt.<sup>12</sup> Nach der UN-Charta sollen also prinzipiell zeitlich vorgelagerte Handlungen in engen Ausnahmefällen zulässig sein.<sup>13</sup>
- Die Caroline-Formel sei vor dem Hintergrund staatlicher Angriffe entwickelt worden und kann dort ohne Weiteres angewendet werden, weil Mobilmachungen und Vorbereitung von Gefechtssituationen leicht zu erkennen sind. Bei anderen Akteuren sei der Standard schwieriger anzuwenden. Aufgrund neuer Gefahrenlagen (dazu gleich mehr) müsse er daher angepasst werden.<sup>14</sup> Nur mit einem flexibleren Modell der drohenden Gefahr („imminence“), das heißt durch Erweiterung der überkommenen Bewertungskriterien, könne den Herausforderungen neuer Waffensysteme begegnet werden. Aufgrund der neuen Herausforderungen entwickle sich gerade Völkergewohnheitsrecht, das das von der UN-Charta unberührte Selbstverteidigungsrecht weiter fasse.<sup>15</sup> Eine entsprechende Staatenpraxis liege jedenfalls teilweise vor.<sup>16</sup>

## 2. Veränderung des Gewaltverbots

Parallel zur Weiterentwicklung des Selbstverteidigungsrechts wird argumentiert, dass sich das Gewaltverbot des Art. 2 (4) UN-Ch. im Laufe der Zeit durch die

<sup>11</sup> *Waldock*, RdC 81 (1951) 451–517, 495; siehe auch *Greenwood*, in: MPEPIL, Bd. IX, 2012, 103–113, Rn. 41 ff.

<sup>12</sup> Siehe hierzu etwa IGH, *Entsch. v. 27.06.1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep. 1986, 14, 94; *Azubuike*, *Annu. Sur. Int. Comp. Law* 17 (2011) 129–183, 144 f. m. w. N.; *Greenwood*, in: MPEPIL, Bd. IX, 2012, 103–113, Rn. 3; das Selbstverteidigungsrecht wird auch naturrechtlich begründet: *Ohlin*, *Int. Law Stud.* 91 (2015) 119–154.

<sup>13</sup> Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004, Rn. 188 ff., mit anderer Begrifflichkeit als hier: *D.M. Ackerman*, *GRS Reports* RS21314, 11. April 2003, S. 6.

<sup>14</sup> Zum Vorstehenden siehe *Deeks*, in: *Weller (Hrsg.)*, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, 661–678, 673 ff.

<sup>15</sup> *Dies.*, in: *Weller (Hrsg.)*, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, 661–678, 667 ff., die auf Australien, Japan, Russland und UK verweist; für eine Analyse siehe *Reisman/Armstrong*, *Am. J. Int. Law* 100 (2006) 525–550.

<sup>16</sup> So z. B. *Roberts*, *Denv. J. Int. Law Policy* 27 (1999) 483–539, 513 f.

nachfolgende Staatenpraxis verändert habe.<sup>17</sup> Aus einem starren Verbot sei ein flexibleres Konzept geworden. Der Bedeutungsverlust der staatlichen Souveränität gehe damit einher, dass auch das Gebot der territorialen Unversehrtheit weniger streng zu handhaben sei.<sup>18</sup> Auch humanitäre Interventionen hätten zur Flexibilisierung der Norm beigetragen; die Erosion des Gewaltverbots mache damit Platz für ein erweitertes Selbstverteidigungsrecht.<sup>19</sup>

### 3. Teleologie und Legitimität der Selbstverteidigung

Ein solch erweitertes Recht zur Selbstverteidigung wird schließlich teleologisch gerechtfertigt. Es könne nicht sein, dass nach Sinn und Zweck der UN-Charta ein Staat den ersten Angriff abwarten müsse, da ansonsten Art. 51 UN-Ch. ein Recht zum Erstschlag des Angreifers schützen würde.<sup>20</sup> Das Gewaltverbot müsse kontextuell verstanden werden, nicht absolut; die UN-Charta verpflichte zum Beispiel keinen Staat dazu, sich Terror zu unterwerfen.<sup>21</sup> Vielmehr sei gerade zur Effektivierung des Gewaltverbots ein breites Selbstverteidigungsrecht notwendig.<sup>22</sup> Unrecht könne nur

<sup>17</sup> In diese Richtung geht – allerdings mit anderem Ergebnis – die abweichenden Meinung von Simma, IGH, Entsch. v. 19.12.2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Rep 2005, 168, 337; dagegen Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004, Rn. 188 ff.

<sup>18</sup> Vgl. etwa T. Sauer, *Ethical Perspectives* 11 (2004) 130–143, 133.

<sup>19</sup> *Ders.*, *Ethical Perspectives* 11 (2004) 130–143, 133 ff.; im Zuge dessen soll die Charta gar ihre Geltung verloren haben, siehe *Murphy*, *Vill. Law Rev.* 50 (2005) 699–748, 717 ff. m. w. N.

<sup>20</sup> *D.M. Ackerman*, CRS Reports RS21314, 11. April 2003, S. 4; dieses Argument geht zurück auf *Waldock*, *RdC* 81 (1951) 451–517, 498: „But, if the action of the United Nations is obstructed, delayed or inadequate and the armed attack becomes manifestly imminent, then it would be a travesty of the purposes of the Charter to compel a defending State to allow its assailant to deliver the first and perhaps fatal blow. If an armed attack is imminent within the strict doctrine of the Caroline [sic], then it would seem to bring the case within Article 51. To read Article 51 otherwise is to protect the aggressor's right to the first strike.“

<sup>21</sup> So die Ansicht des US-amerikanischen Botschafters Jean Kirkpatrick zur Rechtfertigung der US-Invasion in Grenada: „[I]t was asserted, that the Charter prohibition against the use of force was contextual, not absolute since there were provisions, also inscribed in the Charter, justifying the use of force against force in pursuit of other values such as freedom, democracy and peace; and that the Charter did not require peoples to submit supinely to terror, nor that their neighbours be indifferent to their terrorization“ (*Repertoire of the Practice of the Security Council Supplement 1981-1984, ST/PSCA/1/Add.9, S. 343*).

<sup>22</sup> In diese Richtung geht *Deeks*, in: Weller (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, 661–678, 675 ff.

durch robuste Selbstverteidigung bekämpft werden,<sup>23</sup> sodass selbst bei zweifelhafter Legalität die vorweggenommene Verteidigung wenigstens legitim sei.<sup>24</sup>

#### 4. Wandel der tatsächlichen Umstände

Die vorgenannten Argumente wurden in der politischen Diskussion besonders deutlich von der Regierung des US-Präsidenten *Bush* artikuliert.<sup>25</sup> Dabei wurde besonders häufig auf technologische und politische Entwicklungen verwiesen: Neue Waffensysteme, insbesondere Massenvernichtungswaffen, aber auch nukleare Waffen, neue Gefahrenlagen durch Terroristen, die sich nicht in das staatenbezogene Gewaltverbotssystem einordnen lassen, und schließlich neue verbesserte Aufklärungsmöglichkeiten würden eine Anpassung des Selbstverteidigungsrechts erfordern.<sup>26</sup>

Der aktuelle Sicherheitsberater des US-Präsidenten *Trump* geht dabei sogar so weit zu sagen, dass eine Gefahr schon dann drohe, wenn ein Staat (hier: Nordkorea) im Begriff sei, Nuklearwaffen zu entwickeln, auch – beziehungsweise gerade – dann, wenn Geheimdienstinformationen fehlten:

„Pre-emption opponents argue that action is not justified because Pyongyang does not constitute an ‚imminent threat.‘ [sic] They are wrong. The threat is imminent, and *the case against pre-emption rests on the misinterpretation of a standard that derives from pre-nuclear, pre-ballistic-missile times*. Given the gaps in U.S. intelligence about North Korea, we should not wait until the very last minute. That would risk striking after the North has deliverable nuclear weapons, a much more dangerous situation.“<sup>27</sup>

Recht könne nur kontextuell verstanden werden und müsse an die aktuellen Umstände der Zeit angepasst werden:

<sup>23</sup> Deutlich *Obayemi*, Annu. Sur. Int. Comp. Law 12 (2006) 19–42, 35, 41 f.

<sup>24</sup> *Mueller/Castillo/Morgan/Pegahi/Rosen*, Striking First, 2006, S. 86 ff.

<sup>25</sup> Für eine Zusammenfassung der Ansicht der Bush-Administration siehe *dies.*, Striking First, 2006, S. 43 ff., mit rechtlicher Analyse (a. a. O., S. 93 ff.) und zugleich der Frage nach der Relevanz der Legalität (a. a. O., S. 71 ff.).

<sup>26</sup> Dazu etwa *Greenwood*, in: MPEPIL, Bd. IX, 2012, 103–113, Rn. 51; mit Blick auf den „war on terrorism“ *Sofaer*, EJIL 14 (2003) 209–226, 225; siehe hierzu auch die kritischen Analysen mit Blick auf den Gebrauch von Atomwaffen von *T. Sauer*, Ethical Perspectives 11 (2004) 130–143, 136 f., 138 ff.; *Gray*, JYIL 52 (2009) 101–126; *Garwood-Gowers*, J. Confl. Sec. Law 16 (2011) 263–291; *Slager*, N. Car. J. Int. Law Com. Reg. 38 (2012) 267–325.

<sup>27</sup> *Bolton*, The Wall Street Journal (28.02.2018).

„Ultimately, law must be construed in the context in which it is to be applied if it is to remain relevant; and in the twenty-first century security environment, insistence on a passé restrictive application of international legal principles to strategies of preemption would quickly impel States at risk to ignore them.“<sup>28</sup>

Das nukleare Zeitalter erfordere – gewissermaßen aus der Natur der Sache heraus – die Ausdehnung des Selbstverteidigungsrechts:

„[I]n a nuclear age, common sense cannot require one to interpret an ambiguous provision in a text in a way that requires a state passively to accept its fate before it can defend itself. And, even in the face of conventional warfare, this would seem the only realistic interpretation of the contemporary right of self-defence. It is the potentially devastating consequences of prohibiting self-defence unless an armed attack has already occurred that leads one to prefer this interpretation [...].“<sup>29</sup>

## II. Stellungnahme

Das für die Vertreter der Preemptive-Strike-Doktrin entscheidende Argument lässt sich auch mit der überkommenen konstitutionellen Interpretation begründen. Bei einer Auslegung von Art. 2 (4) und 51 UN-Ch. gemäß der hier entwickelten Auslegungslehre wäre aber kein Raum für ein so weit vorgelagertes Selbstverteidigungsrecht.

### 1. Auslegung anhand der überkommenen konstitutionellen Interpretation

Die Vertreter der Preemptive-Strike-Doktrin sehen letztlich in der praktischen Notwendigkeit der Vorverlagerung der Verteidigungshandlung wegen neuartiger Gefahren das entscheidende Argument. Dem stehen Art. 2 (4) und 51 UN-Ch. entweder schon nicht entgegen oder die Bedeutung der Normen hat sich entsprechend verändert.

Zwar darf bezweifelt werden, dass die Vertreter der Konstitutionalisierungsthese die Preemptive-Strike-Doktrin unterstützen. *Simma* etwa – selbst Anhänger der Konstitutionalisierungsidee – lehnt ausdrücklich deren Geltung ab, obwohl er zunächst die

<sup>28</sup> M. N. Schmitt, Mich. J. Int. Law 24 (2003) 515–548, 546.

<sup>29</sup> Higgins, Problems and Process, 1994, S. 242.

Ansicht der Befürworter teilt, dass Art. 51 UN-Ch. durch Völkergewohnheitsrecht ausgestaltet wird.<sup>30</sup> Dennoch hat *Herdegen* mit seiner Kritik Recht: Die konstitutionelle Auslegung könnte eine Preemptive-Strike-Doktrin stützen. In der Argumentation der Vertreter eines Rechts auf Präventivschlag werden die Elemente und Argumentationsmuster der dynamischen Auslegung erkennbar, vor allem dort, wo sich die Vertreter auf die Notwendigkeit der Anpassung der UN-Charta berufen. Ein solcher Anpassungsimperativ bestünde vor allem dann, wenn man das Völkerverfassungsrecht allem voran evolutiv auslegen müsste. Die Anpassung des Selbstverteidigungsrechts wäre methodisch legitim und mit der Entwicklungsoffenheit der Völkerverfassung begründbar. Nicht zu Unrecht wurde daher auch die Aushöhlung des Gewaltverbots durch konstitutionelle Argumente bereits von *Arangio-Ruiz* kritisiert.<sup>31</sup>

Methodisch liegt die Verkürzung des Gewaltverbots insbesondere dann nahe, wenn auf der Grundlage eines gewohnheitsrechtlichen Verständnisses die Völkerverfassung durch die Staatenpraxis veränderlich wird:

„In the context of construing Article 51 of the U.N. Charter, the different schools discussed above typically find their own interpretation as unambiguous, but that of the other schools as absurd or unreasonable. As such, international lawyers tend to resort to the negotiating history of the Charter (principally the records of the San Francisco Conference in 1945) to bolster their existing position. Strict constructionists find that the travaux préparatoires preclude anticipatory self-defense and preemptive self-defense, but imminent and qualitative threat theorists find the opposite.

To the extent that international lawyers see the travaux préparatoires as relevant, international lawyers might first confront the proposition – for which there is some authority – that when interpreting the text of the constitution of an international organization, the original intention of the drafters of the constitution should not be emphasized, particularly because the parties may increase or change, and *because such a constitution, by its nature, should not be viewed as static*. If that proposition is correct, *then we are better served by inquiring into state*

---

<sup>30</sup> Abweichende Meinung des Richters Simma, IGH, Entsch. v. 19.12.2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Rep 2005, 168, 337; gegen die Preemptive-Strike-Doktrin spricht sich z. B. auch aus *Fassbender*, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 127 f.; für weitere Nachweise siehe *Cassese*, *International Law*, 2. Aufl. 2005, S. 357 ff.

<sup>31</sup> *Arangio-Ruiz*, *EJIL* 8 (1997) 1–28, 11.



*practice today by the Members of the United Nations, then trying to fathom original meanings.*<sup>32</sup>

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 2 (4) UN-Ch. mag man bei humanitären Interventionen aus Sicht des Konstitutionalismus begrüßen,<sup>33</sup> methodisch lässt sich das aber kaum von einer Weiterentwicklung des Selbstverteidigungsrechts in Richtung *preemptive strike* abgrenzen, insbesondere dann nicht, wenn man von einer gewohnheitsrechtlichen, das heißt informellen Entwicklung des Völkerverfassungsrechts ausgeht:

„Finally, the norms may not be static in nature. Whether September 11 can be viewed as a ‚constitutional moment‘ for international law – meaning a moment in which *seismic shifts in international law occurred without any formal amendment* – is unclear, but the rise of global terrorism represented by those attacks challenges many of the conventional assumptions upon which international law has been based.“<sup>34</sup>

Das Problem ist, dass die (Notwendigkeit der) Weiterentwicklung an sich auch ohne den normativen Unterbau des Konstitutionalismus auskommt. Die Entwicklungsoffenheit der gewohnheitsrechtlichen Konstitutionalisierung gibt nur politisch, nicht positiv-rechtlich ein Programm der Normentwicklung vor; Verfassungswerte lassen sich damit einfach gegeneinander verschieben. Befürworter der Preemptive-Strike-Doktrin weiten das Einmischungsverbot bzw. die staatliche Souveränität zulasten des Gewaltverbots aus.

Bei einer geschriebenen Verfassung wäre ein solches Verschieben von Verfassungswerten zwar schwieriger, aber auch dort besteht die Gefahr, die Verfassungsordnung der Beliebigkeit preiszugeben, wenn man die evolutive Disposition der Völkerverfassungsauslegung überbetont. Erkennbar wird dies insbesondere dort, wo das Narrativ der evolutiven Natur der UN-Charta (*living instrument*) als Stichwortgeber für jegliche Weiterentwicklungen der UN-Charta dient – wie eben auch für die Umdeutung des Selbstverteidigungsrechts unter Verkürzung des Gewaltverbots.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Murphy, Vill. Law Rev. 50 (2005) 699–748, 746 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>33</sup> So etwa Peters, in: Klabbers/dies./Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 153–263, 186; siehe auch Werner, in: Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, 2007, 329–367, 364 ff.

<sup>34</sup> Murphy, Vill. Law Rev. 50 (2005) 699–748, 719 (Hervorhebung des Verfassers).

<sup>35</sup> Schrijver, MPYUNL 10 (2006) 1–34, 5, 21, 34, der sich ausdrücklich auf die dynamische Interpretation beruft: „This section discusses the various ways in which new practices, goals and objectives emerged and adaptations could be made, which constitute dynamic interpretation if not de facto modification of the Charter“ (a. a. O., 13).

Inhaltlich mögen die Vertreter der Konstitutionalisierungsthese einer Preemptive-Strike-Doktrin widersprechen, methodisch lässt sich die Doktrin aber mit einer konstitutionell begründeten dynamischen bzw. evolutiven Auslegung rechtfertigen.

## 2. Völkerverfassungsrichtige Auslegung

Die hier entwickelte Auslegungslehre kommt demgegenüber zu einem deutlich anderen Ergebnis. Das gewohnheitsrechtliche Selbstverteidigungsrecht reicht nur noch so weit, wie die UN-Charta es aufrechterhält. In Art. 2 (4) und 51 UN-Ch. ist nur noch ein enges Recht zur Selbstverteidigung angelegt, das Gewaltverbot ist möglichst weitreichend zu verwirklichen, insbesondere dann, wenn der Sicherheitsrat sich mit einem Bedrohungsszenario beschäftigt. Zwar schließt die UN-Charta nicht grundsätzlich eine neue Kalibrierung von Art. 2 (4) und 51 UN-Ch. aus, Raum für eine solche Weiterentwicklung besteht – ohne Änderung des Völkerverfassungsrechts – jedoch nur bei humanitären Interventionen.

### a) Reichweite des gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts

Weder nach der Theorie der UN-Charta als Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft noch nach dem Völkerverfassungsrecht ist ausgeschlossen, dass das Selbstverteidigungsrecht den vor-verfassungsmäßigen Gehalt beibehalten hat. Allerdings existiert Völkergewohnheitsrecht nur noch insoweit, wie es von der Völkerverfassung aufrechterhalten wird.<sup>36</sup> Damit ist der Anwendungsbereich des gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts identisch mit dem des Art. 51 UN-Ch.

Nicht möglich ist damit, dass das nunmehr verfassungsmäßig garantierte und beschränkte Selbstverteidigungsrecht durch die Staaten gewohnheitsrechtlich abgeändert werden könnte. Dagegen spricht, dass die UN-Charta einen formellen Änderungsmechanismus vorsieht. Zudem haben sich die Staaten dem Gewaltverbot unterworfen, dessen Anwendungsbereich sie nicht mehr bestimmen können, da dieser in der Zuständigkeit des Sicherheitsrates (Art. 24 (1), 39 UN-Ch.) und der Generalversammlung (Art. 10 UN-Ch.) liegt.

Durch die UN-Charta wurde die Völkerverfassungsordnung auf eine neue Grundlage gestellt. Die Friedenssicherungspflicht mit seiner negativen Komponente – dem Gewaltverbot – ist zentral für diese neue Rechtsordnung. Das Selbstverteidigungsrecht muss daher im Lichte des Gewaltverbots ausgelegt werden. Schon deswegen ist es

---

<sup>36</sup> Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 120; siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 6, Abschn. A.III.

kaum vorstellbar, dass die Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts ohne Brüche in der Völkerverfassungsordnung aufgegangen sein soll.<sup>37</sup>

## b) Enges Selbstverteidigungsrecht

Trotz des zunächst sehr weiten Wortlautes des Art. 51 UN-Ch. („*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of [...] self defence [...]*“) wird der Anwendungsbereich des „*droit naturel de légitime défense*“ vom übrigen Völkerverfassungsrecht nicht unerheblich beschränkt.

Die Einschränkung ist zunächst formeller Natur. Maßnahmen zur Ausübung des Selbstverteidigungsrechts sind dem Sicherheitsrat sofort zu melden. Entscheidender als diese Notifizierungspflicht ist aber, dass das Recht zur Selbstverteidigung davon abhängt, ob der Sicherheitsrat selbst Maßnahmen zur Wahrung des Weltfriedens erlässt.

Einschränkungen materieller Art erfährt das Selbstverteidigungsrecht durch seine systematische Verknüpfung mit dem Gewaltverbot. Dem Selbstverteidigungsrecht kommt kein eigener Gerechtigkeitswert zu, auch wenn der Wortlaut der Norm dies nahelegt: Art. 51 ist im Kapitel VII UN-Ch. enthalten; dieses Kapitel geht davon aus, dass die UN – insbesondere der Sicherheitsrat – Maßnahmen zur Friedenssicherung ergreifen und nur ausnahmsweise die Staaten. Das Selbstverteidigungsrecht ist – wie bereits die formellen Einschränkungen zeigen – ein Fremdkörper im System der Zuständigkeiten der UN. Bei der Durchführung von Maßnahmen zur Herstellung des Friedens gemäß Art. 51 UN-Ch. übt der Sicherheitsrat auch kein von den Staaten abgeleitetes Selbstverteidigungsrecht aus, sondern seine eigene Kompetenz gemäß Art. 39 ff. UN-Ch. Nicht nur endet das Selbstverteidigungsrecht der Staaten, wenn der Sicherheitsrat Maßnahmen ergreift, sondern die Selbstverteidigungshandlungen dürfen die Zuständigkeit des Sicherheitsrates für die Wahrung des Friedens nicht beeinträchtigen. Mithin tritt das Selbstverteidigungsrecht nicht an die Stelle friedenswahrender Maßnahmen des Sicherheitsrates, sondern ist nur ein subsidiäres Recht im Ausnahmefall. Es hat eine untergeordnete Rolle im Wertesystem der Friedenssicherungspflicht. Es bezieht seine Legitimität allein daraus, dass der Sicherheitsrat

---

<sup>37</sup> Zur Entstehungsgeschichte und gegen eine naturrechtliche Leseart *ders.*, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 114 ff., 129.

(noch) nicht seiner Funktion gerecht wurde und Verstöße gegen die Friedenspflicht mit Maßnahmen belegt hat.<sup>38</sup>

Das Gewaltverbot als Element der Friedenspflicht ist hingegen Teil des höchsten Verfassungswertes – die UN-Charta ist nicht nur inhaltlich, sondern auch institutionell auf die Friedenssicherungspflicht hin ausgerichtet. Insofern wird man das Selbstverteidigungsrecht nicht so verstehen können, dass es der Durchsetzung des Gewaltverbots dient, sondern nur eine Ausnahme davon darstellt. Es würde insofern der Hierarchie der UN-Charta widersprechen, würde man das Selbstverteidigungsrecht zulasten des Gewaltverbots ausweiten.

Eine evolutive Auslegung des Selbstverteidigungsrechts ist nicht angezeigt, da es sich um starres Völkerverfassungsrecht handelt. Die systematische und institutionelle Ausgestaltung der Selbstverteidigung spricht gegen ein flexibles Verständnis. Schließlich geht auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm hervor, dass das Selbstverteidigungsrecht nur noch in engen Grenzen bestehen sollte.<sup>39</sup> Die nachfolgende Staatenpraxis hat im Rahmen des starren Verfassungsrechts keine Bedeutung. Dem Verfassungswandel, der sich aus neuen Gefahren durch andere Waffentechniken ergibt, kann im Grundsatz nur mit einer Völkerverfassungsänderung begegnet werden.

Die einzige Möglichkeit einer evolutiven Auslegung besteht dann, wenn sich zeigen würde, dass der Sicherheitsrat seiner Pflicht zur Erhaltung des Weltfriedens nicht nachkäme und eine Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts dies kompensieren könnte. Einen solchen Nachweis wird man nicht antreten können, insbesondere dann nicht, wenn sich der Sicherheitsrat fortlaufend mit einem Sachverhalt befasst und auch Maßnahmen ergreift. Das ist aber im Falle des Terrorismus und der Verbreitung von Nuklearwaffen geschehen.<sup>40</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch die Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts nicht geboten, wenn einzelne Staaten den Versuch unternehmen, Nuklearwaffen zu entwickeln.

---

<sup>38</sup> Fassbender spricht daher zu Recht auch von ‚einer ‚Vergemeinschaftung‘ der Selbstverteidigung‘, wengleich diese seiner Ansicht nach institutionell unvollständig bleibt: *ders.*, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 126.

<sup>39</sup> So überzeugend *ders.*, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 99–131, 114 ff., 126, 129.

<sup>40</sup> Zur Verbreitung von Nuklearwaffen siehe nur SR, Res. v. 11.04.1995, S/RES/984; Res. v. 19.06.1968, S/RES/255; zum Terrorismus siehe nur SR, v. 28.09.2001, S/RES/1373.

### c) Unterschied zu Humanitarian Interventions

Die dargestellte Auslegung schließt nicht grundsätzlich aus, dass die internationale Gemeinschaft das Selbstverteidigungsrecht weiter konkretisiert oder auf andere Tatbestände ausweitet. Das erscheint aber nur dort denkbar, wo die UN-Charta Raum für eine solche Weiterentwicklung lässt. Das ist zum Beispiel im Bereich der Menschenrechte der Fall. Diese nehmen eine hervorragende Stellung in der Verfassungsordnung ein (Präambel, Art. 1 (3) UN-Ch.), sind aber im Verfassungstext selbst nicht weiter ausgeführt. Anders als das Selbstverteidigungsrecht leitet sich der Schutz der Menschenrechte nicht vom Gewaltverbot ab, sondern ist eine Facette der Förderung des Weltfriedens. Mithin gibt es kein starres System aus Menschenrechtsschutz und Gewaltverbot. Insofern ist nicht ausgeschlossen, dass das Gewaltverbot zugunsten humanitärer Interventionen zur Verhinderung massiver Menschenrechtsverletzungen eingeschränkt wird.<sup>41</sup>

### III. Fazit

Die in dieser Arbeit entwickelte völkerverfassungskonforme Auslegungslehre kann methodisch eindeutig erklären, warum ein „preemptive strike“ verfassungsrechtlich unzulässig ist, eine humanitäre Intervention sich aber völkerverfassungsrechtlich begründen ließe.

## B. Abschließende Bemerkung

Verfassungsrecht dient oft – bewusst oder unbewusst – als Platzhalter rechtsphilosophischer Positionen; das Normmaterial ist offen genug, verschiedene Weltanschauungen aufzunehmen. Das weltanschauliche Vorverständnis pflanzt sich fort in einem rechtstheoretischen Vorverständnis, das schließlich die Auslegung der Verfassung im Speziellen und die Auslegungslehre im Allgemeinen indiziert. Man könnte meinen, dass sich deswegen am Ende unvereinbare Positionen gegenüberstehen. Tatsächlich ist diese Gegensätzlichkeit aber eine Chance für die Auslegung: Sie hilft, manche schroffen Spitzen des eigenen rechtstheoretischen Rigorismus zu brechen – als Mediator zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Gleichzeitig zwingt sie, in der konkreten Rechtsfrage zwischen verschiedenen Weltanschauungen zu vermitteln.

---

<sup>41</sup> Zum Zusammenhang von Konstitutionalisierung und humanitären Interventionen siehe *G. Nolte*, ZaöRV 59 (1999) 941–960.

Die Funktion der Auslegung als Mittlerin ist im besonderen Maße im Völkerverfassungsrecht wichtig: Die internationale Gemeinschaft steht im Mittelpunkt der Völkerverfassungsordnung und die Auslegung hat die Bedürfnisse dieses pluralistischen Verfassungssubstrats im Lichte der UN-Charta zu berücksichtigen. Die Völkerverfassungsurkunde ist dabei die Linse, die die verschiedenen Weltanschauungen bündelt und lenkt. Das ist möglich, weil aus dem in dieser Arbeit gewählten Verfassungspositivismus kein ethischer Positivismus folgt.

Man würde sich wünschen, dass sich die Völkerverfassung fortlaufend aus sich heraus erneuert, für immer relevant bleibt und zugleich ihre Wertentscheidungen verwirklicht. Die Auslegung kann helfen, diese Wünsche zu erfüllen. Bei einem Normtext, der nicht erneuert wird, kann sie das aber nicht für immer leisten. Solange sich die internationale Gemeinschaft einig ist, dass Völkerrecht in Form eines Normtextes die Gemeinschaft steuern soll, wird man nicht umhinkommen, den Text von Zeit zu Zeit zu pflegen und an neue Herausforderungen anzupassen. Anderenfalls riskiert man, dass die Völkerverfassung irrelevant wird.

Die internationale Gemeinschaft ist daher aufgefordert, ihre Völkerverfassung ernster zu nehmen – allein eine Verfassung zu haben, genügt nicht. Über das Bekenntnis zur UN-Charta hinaus wäre es notwendig, Anpassungsbedarf zu identifizieren und Reformen mutig umzusetzen. Die Völkerverfassung ist keine Panazee gegen allerlei politische Malaise, sondern ein Angebot zur Strukturierung und Weiterentwicklung der internationalen Rechtsordnung. Das Angebot muss aber angenommen werden.

## ZUSAMMENFASSUNG

Zu Beginn dieser Arbeit ist in der *Einleitung* deutlich geworden, dass ein empirisches Verständnis der Untersuchung von Recht nicht zum Beobachtungsgegenstand „Recht“ passt. Juristische Methoden können nicht aus abstrakten Eigenschaften des Untersuchungsgegenstandes abgeleitet werden. Es ist nicht angemessen, Auslegungsregeln allein aus erkenntnistheoretischer Sicht zu entwickeln. Vielmehr ist für deren Entwicklung wesentlich der Inhalt des materiellen Rechts selbst, insbesondere des Verfassungsrechts. Zur Beurteilung der Angemessenheit einer Auslegungslehre ist zudem noch auf verfassungstheoretische Überlegungen zurückzugreifen, aber nur insoweit, wie sie in der Verfassung selbst zum Ausdruck kommen. Auf der Ebene des Verfassungsrechts sind Rechtsdogmatik (das heißt der Inhalt des Rechts) und Methodenlehre (das heißt Grundannahmen und Mittel zur Bestimmung des Inhalts) besonders eng miteinander verbunden.

In *Kapitel 1* ist der erste Baustein der völkerverfassungsrechtlichen Auslegungslehre herausgearbeitet worden: Die Völkerverfassung ist entgegen der Ansicht des Mainstreams der Konstitutionalisierungsdebatte kodifiziert und insofern verfestigt, sie ist mithin kein Prozess an sich. Das Völkerverfassungsrecht ist in einer Verfassungsurkunde verschriftlicht – die UN-Charta ist *die* Verfassung der internationalen Gemeinschaft. Nur in diesem Rahmen können sich das Völkerverfassungsrecht und die Völkerverfassungsordnung weiterentwickeln; die Konstitutionalisierung des Völkerrechts läuft innerhalb der Grenzen ab, die ihr die UN-Charta setzt. Falls die Völkerverfassungswirklichkeit darüber hinausgeht und die internationale Gemeinschaft ein solches Abweichen erwartet, muss die Völkerverfassung formell angepasst werden.

Das Verfassungsverständnis des Mainstreams, nach dem die Völkerverfassung ungeschrieben und fragmentarisch ist, überzeugt nicht: Rechtstheoretisch ließe es sich nur gewohnheitsrechtlich begründen. Die herausragende Bedeutung der Völkerverfassung würde dann aber eine besondere Form der Rechtsüberzeugung (*opinio juris*) erfordern – nämlich die Überzeugung, dass sich Verfassungsrecht gebildet habe. Diese Völkerverfassungsrechtsüberzeugung (oder *opinio iuris constitutionis*) lässt sich vermutlich aber nicht nachweisen. Im Übrigen zeigt ein Blick auf das britische Verfassungssystem, dass ein gewohnheitsrechtliches Verfassungsverständnis nicht geeignet ist, die Völkerrechtsordnung zu strukturieren; schließlich ist eine Verschriftlichung der Völkerverfassung auch empirisch wahrscheinlicher.

Der Unterschied zwischen dem gewohnheitsrechtlichen Verfassungsverständnis und der Vorstellung einer geschriebenen Völkerverfassung ist wesentlich für die Auslegung. Anders als bei einer gewohnheitsrechtlichen Entwicklung gibt es im Falle einer geschriebenen Verfassung ein Gründungsmoment: Dieser konstitutionelle Moment begründet das Narrativ der Völkerverfassung und teilt die Völkerrechtsentwicklung in eine vorkonstitutionelle und eine konstitutionelle Phase. In dem konstitutionellen Moment hat sich die Völkerrechtsordnung paradigmatisch verändert: Der souveräne Staat ist endgültig abgetreten und wurde von der internationalen Gemeinschaft als Bezugspunkt und Legitimationsgrundlage des Völkerrechts ersetzt. Die Staaten haben seitdem keine unbegrenzte Souveränität mehr, sondern die Autonomie, die ihnen das Völkerverfassungsrecht gibt.

In *Kapitel 2* wird dargestellt, dass die klassische juristische Methode der Auslegung zwar unter einem epistemologischen Vorbehalt steht, weil sie absolute Wahrheiten nicht hervorbringen kann. Die Methodenkritik hat aber die Funktionsfähigkeit klassischer juristischer Methoden, wie sie vor allem der Rechtspositivismus hervorgebracht hat, genauso wenig widerlegt wie die Funktionsfähigkeit des Völkerrechts: Die Kritiker überspannen meist den Objektivitäts- und Genauigkeitsanspruch gegenüber dem Recht und seinen Methoden. Dies geht nicht selten einher mit einer überzogenen Kritik an einer überzeichneten Form des Rechtspositivismus. Dabei geht die Jurisprudenz schon lange nicht mehr davon aus, dass der normative Inhalt von Recht ohne Weiteres aus einer geschlossenen Rechtsordnung deduziert werden kann. Entsprechend hat der Einwand, dass Auslegung nicht ohne Vorverständnis oder kontextuelle Bezüge auskomme, nicht zum Verschwinden der klassischen Methoden geführt.

Im Völkerrecht kommt hinzu, dass der Rechtspositivismus auf seine voluntaristische Variante verkürzt wird. In dieser Form wird ihm und seinen Methoden vorgeworfen, er habe den Ersten Weltkrieg nicht verhindern können. Tatsächlich war es aber die Verknüpfung von Rechtspositivismus, unbegrenzter Souveränität und Nationalismus, die zu kritisieren wäre.

Auch *Koskenniemi's* gut begründeter Hinweis auf den In-Determinismus von Völkerrecht und juristischer Methoden greift letztlich nicht durch. Dreh- und Angelpunkt seiner Kritik, soweit sie für diese Arbeit relevant ist, ist die Vorstellung von staatlicher Souveränität: Sie führt dazu, dass Rechtserzeuger und Rechtsunterworfenen nicht unterschieden werden können. Die Theorie der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft nimmt dieser Vorstellung aber ihre Grundlage, womit auch *Koskenniemi's* Kritik das Fundament genommen wird. Die



Konstitutionalisierungsthese kann methodologische Probleme lösen, nicht zuletzt dadurch, dass sie den Rechtspositivismus mit etwas anderem als den Staatenwillen begründen kann – in einer Völkerverfassungsordnung ist seine Grundlage die internationale Gemeinschaft.

Allerdings muss man sich der Unschärfe juristischer Auslegung bewusst sein. Die klassische Methodenlehre kann weder einen Anspruch auf absolute Objektivität noch auf Universalität erheben. Das ändert aber nichts daran, dass die Rechtspraxis auf Auslegungsregeln angewiesen ist – eine relative Richtigkeit ist hier jedoch ausreichend. Dementsprechend ist eine anwendungsorientierte Auslegungslehre zu entwickeln.

*Kapitel 3* hat gezeigt, dass Verfassungsauslegung vielgestaltig ist. Ein bestimmtes Auslegungsverständnis konnte sich nicht durchsetzen: Insbesondere die Vorstellung einer grundsätzlich evolutiven Auslegung, die vor allem im US-amerikanischen Verfassungsrecht entwickelt wurde, stellt nur einen Teilausschnitt der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion dar. Im US-amerikanischen Verfassungsrecht haben sich auch Positionen im Mainstream entwickelt, die von einer strengen historischen Bindung der Auslegung ausgehen, wie etwa der „originalism“. Aus der Verfassungseigenschaft an sich folgt daher keine bestimmte Prädisposition der Auslegung. Die seltenen förmlichen Anpassungen von Verfassungsrecht erfordern nicht zwangsweise eine Weiterentwicklung dieses Rechts durch Auslegung; jedenfalls wäre dies dann keine Besonderheit des Verfassungsrechts: Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist in weiten Teilen vollkommen unverändert und hat bereits drei Regierungssysteme überlebt, die unterschiedlicher nicht sein könnten. Daraus folgt aber nicht, dass das BGB grundsätzlich evolutiv auszulegen sei.

Die für alle Rechtsbereiche beobachtbare Weiterentwicklung der Rechtsdogmatik ist daher von einer Rechtsentwicklung aufgrund der Eigenschaft als *living constitution* abzugrenzen. Nur das normative Verständnis des Living-Constitution-Dogmas kann eine evolutive Auslegung begründen, andernfalls bliebe die Idee des Lebendigen ohne Inhalt. Dem lebendigen (auch: offenen) Charakter der Verfassung steht aber deren Funktion gegenüber, der verfassten Gemeinschaft Orientierung zu geben. Verfassungsrecht soll gerade auch eine Leitfunktion übernehmen. Bei einer bedingungslosen Offenheit wäre das nicht möglich. Kurzum: Die Verfassung muss gleichzeitig offen und geschlossen sein. Diesem Anspruch würde man allerdings nicht gerecht, wenn man die Verfassung nur evolutiv auslegte. Entscheidend für eine solche Prädisposition ist schließlich, ob die konkrete Verfassung und deren Recht eine solche Auslegung selbst fordern. Das ist etwa beim EU-Verfassungsrecht der Fall.

Vor diesem Hintergrund ist – wie in *Kapitel 4* dargestellt – auch die Ansicht falsch, dass Völkerverfassungsrecht grundsätzlich evolutiv auszulegen sei. Diese Vorstellung hat sich aus der zunehmenden Sonderbehandlung bestimmter völkerrechtlicher Verträge (zum Beispiel „law-making treaties“) entwickelt und findet insbesondere bei der Auslegung des Rechts internationaler Organisation Anwendung. Hier wird das Kürzel des *living instrument* oder der *living constitution* ohne weitere Erklärung als Grundlage für eine dynamische Auslegung herangezogen. Die Völkerrechtswissenschaft beleuchtet den Zusammenhang nur selten: Sie bedient sich hier einseitig vor allem US-amerikanischer Vorstellungen, die sich noch nicht einmal durch die dortige Methodendiskussion belegen lassen.

Als Zwischenbilanz ist in *Kapitel 5* festgehalten, dass der Anwendungsbereich der Auslegungslehre wegen der Methodenkritik beschränkt werden muss und die Völkerverfassungsauslegung insbesondere mit den Besonderheiten des Verfassungsrechts als politisches, formelhaftes, bruchstückhaftes und hierarchisch höchstes Recht umgehen muss. Die entscheidenden verfassungstheoretischen Weichen werden danach gestellt, ob es sich um eine geschriebene oder ungeschriebene Verfassung handelt, ob sie in einem konstitutionellen Moment entstanden ist oder im Begriff ist, sich zu entwickeln, ob es sich um eine Integrations- oder Rahmenordnung handelt, und schließlich, ob die politische Macht der Auslegungsorgane funktionell oder nach demokratischen Prinzipien verteilt wird. Aus der Sicht des materiellen Verfassungsrechts ist entscheidend, wie stark die Verfassung eine Bindung an das positive Recht fordert, welche Kompetenzen die auslegenden Organe haben und ob die Verfassung einen Integrationsauftrag beziehungsweise ein Integrationsprogramm enthält. Schließlich wird gezeigt, dass die völkerverfassungsrechtliche Auslegungslehre nicht im Rahmen der Wiener Vertragsrechtskonvention entwickelt werden kann, obwohl diese relativ flexibel ist. Dagegen spricht insbesondere, dass es sich um einfaches Völkerrecht handelt, das für die Auslegung bi- und multilateraler Verträge entwickelt wurde und daher nicht zu einer Völkerverfassung der internationalen Gemeinschaft passt.

Vor diesem Hintergrund wurden in *Kapitel 6* die Vorgaben für die Auslegungslehre herausgearbeitet. Die Vorgaben ergeben sich aus der Völkerverfassungstheorie, wie sie *Fassbender* entworfen hat, und dem Völkerverfassungsrecht, wie es in der UN-Charta verschriftlicht ist. Hierbei wurden schließlich Bedingungen identifiziert, die den Rahmen der Auslegungslehre vorgeben und die Kernelemente der Völkerverfassungsauslegung bestimmen.

Für die Auslegungslehre ist entscheidend, dass mit der UN-Charta ein *völkerverfassungsrechtliches Paradigma* eingesetzt hat. Die Völkerverfassung ist nicht ungeschrieben, sondern geschrieben: Ihr kann ein *positivistisches Primat* entnommen werden. Die Völkerverfassung, wie sie in der UN-Charta enthalten ist, ist damit zentral für die internationale Rechtsordnung. Sie zeichnet sich durch einen hohen Grad vertikaler und horizontaler Strukturen aus. Die *Systematisierung der Völkerverfassungsordnung* zeichnet vor, wie die Rechtsordnung durch Auslegung weiter integriert werden kann. Hierbei besteht im Grundsatz aber *keine evolutive Prädisposition der Auslegung*, eine solche ist begründungsbedürftig. Die Auslegung erfolgt unterschiedlich dynamisch – je nach *unterschiedlicher Starrheit des Völkerverfassungsrechts*.

Die UN-Charta ist nicht nur die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, sondern sie verfasst auch das Völkerrecht insgesamt. Die *UN-Charta als Völkerrechtsverfassung* ist daher auch im Lichte der gesamten Völkerrechtsordnung auszulegen. An der Auslegung ist ein *weiter Kreis an Verfassungsinterpreten* beteiligt, die anders als im nationalen (westlichen) Verfassungsrecht ihre Auslegungstätigkeit nicht an demokratischen Gesichtspunkten ausrichten müssen. Die *fehlenden demokratischen Auslegungsschranken* führen dazu, dass sich die Kompetenz zur Auslegung zuvorderst aus einer funktionellen Zuweisung bestimmter Aufgaben ergibt.

Die Völkerverfassung enthält ein normatives Programm. Diese *Wertgebundenheit* führt dazu, dass die Ziele und Grundsätze der UN-Charta möglichst weitreichend zu berücksichtigen sind. Es hat sich aber gezeigt, dass das Völkerverfassungsrecht nur unvollständig geregelt ist. Aus der *Unvollständigkeit* folgt zugleich die *Integrationsbedürftigkeit* des Völkerverfassungsrechts, was zu einem interpretatorischen Spielraum führt. In den unvollständig (das heißt offen) geregelten Rechtsbereichen ist die Auslegung im besonderen Maße auf die Völkerrechtsordnung insgesamt und die Äußerungen der UN-Organe angewiesen.

Schließlich ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass die Völkerrechtsordnung nicht unbeschränkt leistungsfähig ist. Ihre Durchsetzung hängt weiterhin stark von der entsprechenden Bereitschaft der internationalen Gemeinschaft und der Staaten ab. Wegen dieser *beschränkten Leistungsfähigkeit der Völkerverfassung* müssen die Bedürfnisse und Erwartungen der internationalen Gemeinschaft bei der Völkerverfassungsauslegung berücksichtigt werden.

Auf der Grundlage all jener Rahmenbedingungen wurden in *Kapitel 7* die Kernelemente der Auslegungslehre herausgearbeitet. Ihr Ausgangspunkt ist, dass Völkerverfassungsinterpretation auch schöpferisch sein kann. Entsprechend ist eine

Abgrenzung von Rechtsfortbildung und Auslegung nicht möglich. Die Auslegungslehre ist zwischen materiellem Völkerverfassungsrecht, Methodenlehre und Völkerverfassungstheorie angesiedelt und beruht auf einem wenig strengen Verfassungspositivismus.

Grundlage der Auslegungslehre ist die klassische juristische Methode, wobei diese um weitere besondere Auslegungsprinzipien ergänzt wird. Von zentraler Bedeutung für die Auslegungslehre ist die Grundlegung, wann und unter welchen Umständen eine dynamische Auslegung erfolgen kann. Dabei ist zwischen einer grundsätzlichen Ausrichtung (Prädisposition) der Auslegung insgesamt und einer normspezifischen Dynamik zu unterscheiden.

Die Prädisposition der Auslegungslehre kann sich im Laufe der Zeit ändern und hängt davon ab, inwieweit formelle Anpassungen der Völkerverfassung vorgenommen werden, um den völkerverfassungsgemäßen Ansprüchen der internationalen Gemeinschaft an die UN-Charta gerecht zu werden. Je weiter Völkerverfassungswirklichkeit und -recht auseinanderliegen, umso dynamischer kann die Auslegung sein. Entscheidend ist aber, dass die Völkerverfassungswirklichkeit nicht dem Sinnganzen der Völkerverfassung widerspricht. Die Prädisposition findet ihre Grenzen auch in den normspezifischen Schranken und ist nur dort zulässig, wo es sich nicht um starres Völkerverfassungsrecht handelt.

Starres Völkerverfassungsrecht kann anhand des Grades der Systematisierung der jeweiligen Norm beziehungsweise des jeweiligen Regelungsregimes, der Bedeutung der Norm und der Entstehungsgeschichte identifiziert werden. Die Methodenlehre hat herausgearbeitet, dass der Grad der Geschlossenheit beziehungsweise Offenheit eines Systems entscheidend dafür ist, inwieweit Recht fortgebildet werden kann. Ein System oder auch Regelungsregime ist umso geschlossener, je abschließender der von diesem System oder Regime ausgestaltete Verfassungswert inhaltlich und institutionell geregelt wird. Ein Beispiel für ein geschlossenes Regelungssystem der UN-Charta ist das Gewaltverbot, das nicht nur inhaltlich umfänglich geregelt ist, sondern auch in einem umfassenden Sinne durch die UN institutionell begleitet und überwacht wird. An diesem Beispiel zeigt sich auch, dass der Wert einer Norm von Bedeutung ist. In seinem negativen Gehalt drückt das Gewaltverbot ein Minimum aus, das nicht unterschritten werden darf. Bewaffnete Angriffe sollen in den internationalen Beziehungen nicht mehr vorkommen. Das bestätigt auch die Entstehungsgeschichte der UN-Charta.

Flexibles Verfassungsrecht liegt hingegen dort vor, wo die UN-Charta nur unvollständige Regelungen trifft, wie etwa bei den Menschenrechten oder der Verbesserung des Lebensstandards. Flexibles Völkerverfassungsrecht ist aber nur solange dynamisch auszulegen, wie es nicht durch die Entwicklungen des gesamten Völkerrechts verengt wird. Die Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte haben dazu geführt, dass dieser Rechtsbereich nicht mehr als per se evolutiv verstanden werden kann.

Weiteres Kernelement der Auslegungslehre sind die spezifischen Auslegungsmechanismen und -prinzipien, die über die klassischen vier *canones* (grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung) hinausgehen. Hier ist zunächst die Auslegung im Sinne von historischen Betrachtungen (nicht: historische Auslegung) zu nennen. Diese Besonderheit ergibt sich daraus, dass in der Auslegung der UN-Charta als geschriebener Verfassung dem konstitutionellen Moment in Abgrenzung zum gewohnheitsrechtlichen Verfassungsverständnis eine besondere Bedeutung zukommt. Die UN-Charta ist demnach im Licht ihrer Entstehung und in Abgrenzung zur vor-konstitutionellen Völkerrechtsordnung auszulegen.

Die Völkerverfassungsauslegung hat zudem die innere Systematik der UN-Charta zu verdichten. Die UN-Charta ist so auszulegen, dass die einzelnen Teile der Völkerverfassung im Ganzen Sinn ergeben. Hierbei sind insbesondere auch die systematischen Bezüge zu den konstitutionellen Nebengesetzen zu beachten. Es gilt das normative Programm, wie es vor allem in Art. 1 und 2 UN-Ch. zum Ausdruck kommt, zu verwirklichen. Die dadurch angestrebte Effektivierung des Völkerverfassungsrechts ist aber mit seiner beschränkten Leistungsfähigkeit abzuwägen.

Zur Interpretation der Völkerverfassung ist die internationale Gemeinschaft als Ganzes berufen. Es haben dabei diejenigen Organe ein besonderes Gewicht, die die internationale Gemeinschaft (umfassend) repräsentieren – das gilt vor allem für die UN-Generalversammlung. Bei der Weiterentwicklung der Völkerrechtsordnung *qua* Auslegung sind daher auch die Resolutionen der Generalversammlung von besonderer Bedeutung. Sie zeigen – zusammen mit dem kodifizierten einfachen Völkerrecht – die Völkerverfassungswirklichkeit. Dem Handeln der anderen Organe kommt vor allem dort Bedeutung zu, wo sie innerhalb ihrer Funktion tätig werden. Als hierarchisch höchstes Recht ist die Völkerverfassung im Lichte unterrangigen Rechts – gegebenenfalls auch durch Induktion – fortzubilden.

Diese Kernelemente sind im Lichte der Rahmenbedingungen in *Kapitel 8* in einen Kanon an Auslegungsregeln überführt worden.

Zum *Schluss* wurde die Funktionsfähigkeit der in dieser Arbeit entwickelten Auslegungslehre anhand eines Anwendungsbeispiels dargestellt. Unter Anwendung der entwickelten völkerverfassungsrechtlichen Auslegungsprinzipien lässt sich überzeugend darstellen, warum die Preemptive-Strike-Doktrin nicht völkerverfassungsgemäß ist, die interpretatorische Flexibilisierung des Gewaltverbots in anderen Bereichen aber gegebenenfalls möglich ist.

# LEBENS LAUF

Oliver Lohmann  
97828 Marktheidenfeld  
Deutschland

2 / 2014 – 9 / 2019

**Universität St. Gallen**, Schweiz  
Doktorat

8 / 2012 – 8 / 2014

**Kammergericht Berlin**  
Referendariat

10 / 2004 – 3 / 2010

**Ludwig-Maximilians-Universität**, München  
Studium

7 / 2003

**Balthasar Neumann Gymnasium**, Marktheidenfeld  
Abitur