

Der völkerrechtliche Staatsnotstand in der Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen – Anachronismus oder Avantgarde?

Stephan Schill*

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht – oder allgemeiner: überstaatlichem Recht – und innerstaatlichem Recht nimmt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine prominente Stellung ein. Immer wieder hat sich dieses Spannungsverhältnis an Fragen des Individualrechtsschutzes entzündet. Zum einen ging es wiederholt um das Verhältnis zwischen Grundrechtsschutz und Europarecht,¹ zum anderen um das Verhältnis zwischen innerstaatlichem Recht und der Europäischen Menschenrechtskonvention.² Neben Fragen der Normenhierarchie, die üblicherweise unter Gesichtspunkten von Monismus versus Dualismus diskutiert werden, spielen auch die institutionellen Interaktionsverhältnisse zwischen den verschiedenen Gerichten, Fachgerichte und Bundesverfassungsgericht auf innerstaatlicher Ebene, Europäischer Gerichtshof und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte auf überstaatlicher Ebene, eine Rolle.³ Das BVerfG sieht sich dabei in einem Kooperationsverhältnis: einerseits ist es – derzeit meist ruhender – Hüter

* Wiss. Mitarbeiter/Rechtsanwalt, LL.M. (NYU), Den Haag/New York. Der Autor ist Research Scholar an der New York University School of Law und derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Internationalen Gerichtshof in Den Haag abgeordnet. Er ist Doktorand zu einem Thema im internationalen Investitionsschutzrecht bei Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg. Er ist als Rechtsanwalt in Deutschland zugelassen.

¹ Siehe BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); BVerfGE 52, 187 (*Vielleicht*); BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*); vgl. auch BVerfGE 102, 147 (*Bananenmarktverordnung*); BVerfGE 113, 273 (*EU-Haftbefehl*).

² Siehe BVerfGE 111, 307 (*Görgülü*). Dazu J. A. Frowein, Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, in: K. Dicke *et al.* (Hrsg.), *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, 279; D. Buschle, Ein neues “Solange”? – Die Rechtsprechung aus Karlsruhe und Straßburg im Konflikt, *VBlBW* 2005, 293; S. Kadelbach, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, *JURA* 2005, 480; M. Breuer, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast Du’s mit Straßburg?, *NVwZ* 2005, 412; H.-J. Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, *EuGRZ* 2004, 683; E. Klein, Anmerkung, *JZ* 2004, 1176.

³ F. Eckardt/V. Lessmann, *EuGH, EGMR und BVerfG – Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem*, *Kritische Justiz* 39 (2006), 381; J. Bergmann, *Diener dreier Herren? – Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR*, *EurR* 41 (2006), 101. Vgl. zum Verhältnis zwischen EuGH und EGMR auch L. Scheck, *The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights*, *ZaöRV* 65 (2005), 837.

grundgesetzlicher Grundrechtsstandards und Staatsorganisationsprinzipien,⁴ andererseits stellt es sich aktiv in den Dienst der Durchsetzung überstaatlicher Normen.⁵ Insgesamt verfolgt das BVerfG damit ein Mischmodell zwischen Monismus und Dualismus, wie dies bereits in Art. 25, 59 Abs. 2 GG angelegt ist.⁶

Auch eine am 8. Mai 2007 ergangene Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen betrifft eine Facette dieses Problemkreises.⁷ In ihr ging es um die Frage, inwieweit der völkerrechtliche Staatsnotstand auch im Verhältnis zu Privaten geltend gemacht werden kann. In einem Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG hatte das BVerfG darüber zu entscheiden, ob der durch Argentinien wegen Zahlungsunfähigkeit erklärte Staatsnotstand das Land kraft einer allgemeinen Regel des Völkerrechts berechtige, die Erfüllung fälliger Zahlungsansprüche aus Staatsanleihen gegenüber privaten Gläubigern zeitweise zu verweigern.⁸ Vorausgegangen war ein einseitiges Zahlungsmoratorium für die Rückzahlung der Anleihen, das Argentinien zur Bewältigung einer massiven Wirtschafts- und Währungskrise Anfang 2002 erklärt hatte.⁹ Daraufhin wurde es von umschulungsunwilligen Privatgläubigern vor deutschen Gerichten auf Rückzahlung und Schadensersatz aufgrund des Bruches der Anleihebedingungen verklagt.

Das BVerfG kam in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass “[e]ine allgemeine Regel des Völkerrechts, die einen Staat gegenüber Privatpersonen berechtigt, die Erfüllung fälliger privatrechtlicher Zahlungsansprüche unter Berufung auf den wegen Zahlungsunfähigkeit erklärten Staatsnotstand zeitweise zu verweigern, [...] gegenwärtig nicht feststellbar” sei.¹⁰ Richterin L ü b b e - W o l f f hingegen hielt dem in einem Sondervotum entgegen, dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz existiere,¹¹ aufgrund dessen ein Staat berechtigt sei, die Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen zeitweise auszusetzen, soweit dies notwendig sei, um grundlegenden Bedürfnissen des Gemeinwohls Rechnung zu tragen.¹²

⁴ Siehe oben Anm. 1.

⁵ Siehe BVerfGE 111, 307 (zur Verletzung des Rechtsstaatsprinzips durch fehlende Berücksichtigung der EMRK); BVerfGE 73, 339, 366 ff.; BVerfGE 82, 159, 194 ff. (zur Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei Nichtvorlage an den EuGH). Siehe dazu K. F ü ß e r, Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH gemäß Art. 234 III EG – Integrationsfreundliche Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 101 I 2 GG, DVBl. 116 (2001), 1574; E. Š a r č e v i ć, Der EuGH als gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 GG), DöV 53 (2000), 941.

⁶ K a d e l b a c h (Anm. 2), 480, 483.

⁷ BVerfG, NJW 2007, 2610.

⁸ Vgl. *ibid.*, Rdnrn. 7, 23.

⁹ Zum wirtschaftlichen Hintergrund der Argentinienkrise M. B i c k e l, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, Beiträge zum Internationalen Wirtschaftsrecht 38 (March 2005), <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft38.pdf>>.

¹⁰ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 29.

¹¹ Allgemeine Rechtsgrundsätze zählen neben dem Völkergewohnheitsrecht und dem Völkervertragsrecht nicht nur zu den Rechtsquellen des Völkerrechts, siehe Art. 38 Abs. 1 *lit.* c) IGH-Statut, sondern sind auch Teil der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG, die dem Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG unterliegen. Siehe BVerfGE 15, 25, 32 ff.; BVerfGE 16, 27, 33; BVerfGE 23, 288, 317; BVerfGE 96, 68, 86.

¹² BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnrn. 75-95.

Die Problematik des wirtschaftlichen Staatsnotstandes spielt aber nicht nur in der Diskussion um Staatsanleihen und die Auswirkungen staatlicher Zahlungsunfähigkeit eine Rolle,¹³ sondern wird auch im Bereich des internationalen Investitionsschutzes diskutiert.¹⁴ Denn auch hier ist Argentinien Beklagte in mehreren Verfahren beim International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) und beruft sich als Rechtfertigung des Bruches von bilateralen Investitionsschutzverträgen auf wirtschaftlichen Staatnotstand.¹⁵ Diese Verfahren betreffen allerdings zumeist andere Aspekte der argentinischen Notstandsgesetzgebung, namentlich die sog. Pesifizierung, mit der das Land die Bindung seiner nationalen Währung, des Peso, an den US-Dollar aufgab, und die Aufhebung von Preisindizierungen und Tarifgarantien im Energieversorgungssektor.¹⁶ Vor allem vor dem Hintergrund widersprüchlicher Entscheidungen verschiedener ICSID-Schiedsgerichte zum Tatbestand und zu den Rechtsfolgen des Staatsnotstandes war die Erwartung gleichwohl groß, dass das BVerfG die völkerrechtliche Rechtslage weiter erhellen könnte.¹⁷ Stattdessen fügte das Gericht eine weitere Problemebene hinzu, nament-

¹³ T. Kleinlein, Rechtsfragen staatlicher Auslandsanleihen: Odious Debts, Staatsnotstand und Immunität, AVR 44 (2006), 405, 410 ff.; J. A. Kämmerer, Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 65 (2005), 651, 656 ff.; C. Ohler, Der Staatsbankrott, JZ 2005, 590, 594 f., 596 f.; C. Tietje, Die Argentinienkrise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Beiträge zum Internationalen Wirtschaftsrecht 37 (Feb. 2005), <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft37.pdf>>, 16 ff.; A. Baars/M. Böckel, Argentinische Auslandsanleihen vor deutschen und argentinischen Gerichten, ZBB 2004, 445, 458 ff.; T. Pfeiffer, Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr, ZVglRWiss 102 (2003), 141, 146 ff.; R. Dolzer, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, in: J. Jekwitz et al. (Hrsg.), Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Festschrift Karl Josef Partsch, 1989, 531, 540 ff.; L. Leyendecker, Auslandsverschuldung und Völkerrecht, 1988, 213 ff.

¹⁴ S. Schill, From Calvo to CMS: Burying an International Law Legacy – Argentina’s Currency Reform in the Face of Investment Protection: The ICSID Case CMS v. Argentina, SchiedsVZ 2005, 285, 290 f.; A. van Aaken, Zwischen Scylla und Charybdis: Völkerrechtlicher Staatsnotstand und Internationaler Investitionsschutz, ZVglRWiss 105 (2006), 544, 556 ff.; S. Schill, Auf zu Kalypso? Staatsnotstand und Internationales Investitionsschutzrecht, SchiedsVZ 2007, 178, 182 ff.; S. Schill, International Investment Law and the Host State’s Power to Handle Economic Crises, J. Int’l Arb. 24 (2007), 265, 277 ff.; A. Reinisch, Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina, J. World Inv. & Trade 8 (2007), 191; J. Fourret, “CMS c/ LG&E” ou l’état de nécessité en question, Revue de l’arbitrage 2007, 249; W. Burke-White/A. von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, Va. J. Int’l L. 48 (2008), 307.

¹⁵ Zu ICSID allgemein siehe B. Schöbener/L. Markert, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ZVglRWiss 105 (2006), 65. Siehe auch C. Schreuer, The ICSID Convention – A Commentary (2001).

¹⁶ Siehe P. Di Rosa, The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues, U. Miami Inter-Am. L. Rev. 36 (2004), 41. Zu möglichen Überschneidungen zwischen Investitionsschutzrecht und dem Recht der Staatsanleihen siehe M. Waibel, Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration, AJIL 101 (2007), 711.

¹⁷ Bei den Entscheidungen handelt es sich um *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award vom 12.5.2005, Rdnrn. 304-394 (kritisch zur Analyse des Staatsnotstandes durch das Schiedsgericht siehe auch die Entscheidung des Annulment Committees im

lich die Frage, ob völkerrechtlicher Notstand einen Staat im Verhältnis zu Privaten berechtigt, seine Verpflichtungen aus privatrechtlichen Verträgen zu suspendieren.

Das Ergebnis, zu dem das BVerfG gelangt, erscheint allerdings als unbefriedigend, wenn man es als Ausdruck geltenden Völkerrechts versteht. Vielmehr sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, mit dem Sondervotum von Lübbe-Wolff davon auszugehen, dass völkerrechtlicher Staatsnotstand nicht nur im zwischenstaatlichen Verhältnis anwendbar ist, sondern einen Staat ebenso berechtigt, Verpflichtungen gegenüber Privatpersonen auszusetzen, soweit dies notwendig ist, um grundlegenden Gemeinwohlerfordernissen des Schuldnerstaates Rechnung zu tragen. Insofern werden im nachfolgenden Beitrag die Entscheidung des BVerfG und die Argumentation des Sondervotums vorgestellt und kritisch beleuchtet. Dabei wird vor allem die Begründung des Mehrheitsvotums aus völkerrechtlicher Sicht in Zweifel gezogen. Insbesondere folgt das BVerfG einer im Völkerrecht zunehmend in den Hintergrund tretenden Sichtweise vom Verhältnis zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht und lässt wichtige Präzedenzfälle nationaler wie internationaler Gerichte und Schiedsgerichte außer Acht, die für die Anwendbarkeit von Staatsnotstand gegenüber Privaten sprechen. Möglicherweise stehen hinter der insofern anachronistisch wirkenden Entscheidung allerdings grundlegendere Überlegungen zum Individualrechtsschutz in sich zunehmend globalisierenden Kapitalmärkten und Wirtschaftsräumen.

II. Das Mehrheitsvotum: Trennung von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht

Tragend für die Entscheidung des BVerfG ist eine strikte dualistische Trennung zwischen völkerrechtlicher und privatrechtlicher Ebene. Das Gericht bestätigte zwar zunächst, dass Staatsnotstand völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sei und mit Art. 25 der von der Völkerrechtskommission verfassten Articles on State Responsibility (ILC ASR)¹⁸ eine adäquate Kodifikation erfahren habe.¹⁹ Allerdings

Aufhebungsverfahren nach Art. 52 ICSID Konvention *CMS v. Argentina*, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic vom 25.9.2007, Rdnrn. 101-136); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability vom 3.10.2006, Rdnrn. 201-266; im Wesentlichen *CMS v. Argentina* folgend *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award vom 22.5.2007, Rdnrn. 288-345; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award vom 28.9.2007, Rdnrn. 325-397; siehe weiterhin *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, Final Award vom 24.12.2007 (UNCITRAL), Rdnrn. 367-412 [alle zitierten Schiedsentscheidungen sind im Internet erhältlich unter <<http://ita.law.uvic.ca>>]. Siehe ausführlich zu den Unterschieden der Entscheidungen in Bezug auf den Staatsnotstand Schill, SchiedsVZ 2007 (Anm. 14), 178, 182 ff.

¹⁸ UN GA-Resolution 56/83 vom 28.1.2002; siehe dazu auch J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002.

¹⁹ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnrn. 45-47 (unter Hinweis auf *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment vom 25.9.1997, ICJ Reports 1997, 7, Rdnr. 51; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory

wies das Gericht darauf hin, dass Art. 25 ILC ASR bereits seinem Wortlaut nach nur auf Rechtsverhältnisse anwendbar sei, die durch Völkerrecht geregelt würden, nicht hingegen auf einen durch innerstaatliches Privatrecht geregelten Vertrag zwischen privaten Anleihegläubigern und einem ausländischen Schuldnerstaat.²⁰

Auch jenseits des Wortlautes von Art. 25 ILC ASR war aus Sicht des BVerfG weder eine ausreichende Staatenpraxis noch die erforderliche Rechtsüberzeugung vorhanden, um auf die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel zu schließen, die es einem Staat erlauben würde, sich im Verhältnis zu Privatpersonen auf Staatsnotstand zu berufen.²¹ Insbesondere lehnte es die Senatsmehrheit ab, die Praxis internationaler Gerichte und Schiedsgerichte, die sich bisher zum Staatsnotstand geäußert hatten, als ausreichende Anhaltspunkte für eine derartige Regel zu betrachten. Das BVerfG führte insofern aus, dass Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofes (IGH) und des Seegerichtshofes in diesem Zusammenhang nur zwischenstaatliche Streitverfahren betroffen haben, in denen ausschließlich Völkerrecht zur Anwendung gekommen sei.

In ähnlicher Weise argumentierte die Senatsmehrheit, dass ICSID-Schiedsverfahren zwischen Investoren und Staaten als Präzedenzfälle unergiebig seien, da der ausländische Investor, obwohl er als Privatperson klagt, gleichwohl Verletzungen eines Investitionsschutzabkommens zwischen seinem Heimatstaat und dem jeweiligen Gaststaat geltend mache und insofern keine privatrechtliche Streitigkeit mit dem Staat austrage.²² Ebenso verfuhr das Gericht mit anderen Entscheidungen verschiedener internationaler Gerichte und Schiedsgerichte, in denen Staatsnotstand eine Rolle spielte. Als "rein zwischenstaatliche Verfahren" könnten diese "[f]ür die heutzutage üblichen direkten Auseinandersetzungen vor nationalen Gerichten [...] nicht als Anhaltspunkte für die Bewertung der Staatenpraxis zur direkten Einwendung des Staatsnotstandes gegenüber Privaten herangezogen werden".²³

Darüber hinaus entschied das BVerfG, dass es auch keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz aus innerstaatlichen Rechtsordnungen ableiten könne, der die Berechtigung eines Staates anerkenne, gegen privatrechtliche Verpflichtungen den Staatsnotstand einzuwenden. Insofern berief es sich maßgeblich auf ein Rechtsgutachten von Prof. August Reinisch, das zu dem Schluss kam, dass die Rechtsprechung unterschiedlicher Länder keine einheitliche Linie verfolge bei der Behandlung der

Opinion vom 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136, Rdnr. 140; *The M/V "Saiga" (No. 2)*, I.L.M. 38 (1999), 1323, Rdnr. 134 (1999).

²⁰ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 44.

²¹ *Ibid.*, Rdnrn. 48-60.

²² *Ibid.*, Rdnrn. 50-53. Zur Rechtsnatur von Investitionsschiedsverfahren auf der Basis von BITs S. Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, J. World Inv. & Trade 7 (2006), 653, 681-683; ausführlich auch Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, Brit. Ybk. Int'l L. 74 (2003), 151.

²³ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnrn. 54-60, Zitat Rdnr. 59. Das Gericht bezog sich hier auf folgende Fälle: *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Frankreich v. Serbien)*, Judgment vom 12.7.1929, PCIJ Reports 1929 (Ser. A Nr. 20), 5; *Affaire de l'indemnité Russe*, Entscheidung vom 11.11.1912, U.N.R.I.A.A. Bd. XI, 431, 443; *French Company of Venezuelan Railroads*, U.N.R.I.A.A. Bd. X, 285, 354 f.

Zahlungsunfähigkeit eines Staates im Rahmen von Auslandsschulden.²⁴ Wegen dieser Uneinheitlichkeit lehnte es das BVerfG ab, Staatsnotstand als allgemeinen Rechtsgrundsatz anzuerkennen, der auch gegenüber Privaten angewendet werden könnte.

Schließlich verwies die Senatsmehrheit noch darauf, dass die völkerrechtliche Literatur uneinig sei, was die Anwendung des völkerrechtlichen Staatsnotstandes auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse angehe.²⁵ Infolgedessen kam die Senatsmehrheit zu dem Schluss, dass keine völkerrechtliche Regel festgestellt werden könne, die es Argentinien erlaube, seine Zahlungsverpflichtungen gegenüber privaten Anleihegläubigern auszusetzen. Konsequenterweise ließ es das Gericht daher ausdrücklich auch offen, ob ein spezifischer wirtschaftlicher Staatsnotstand anzuerkennen sei und gegebenenfalls, unter welchen Voraussetzungen ein solcher zur Anwendung komme.²⁶

III. Das Sondervotum von Richter in Lübbe-Wolff: Staatsnotstand als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Richter in Lübbe-Wolff konnte sich der Senatsmehrheit nicht anschließen und kritisierte in ihrem Sondervotum nicht nur die Unzulässigkeit des Vorlageverfahrens,²⁷ sondern griff auch die materiellrechtliche Entscheidung des Senats an. Sie argumentierte, dass Staatsnotstand einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstelle, der es einem Staat erlaube, in bestimmten, eng begrenzten Fällen dem Gemeinwohl seiner Bevölkerung Vorrang vor Zahlungsverpflichtungen zu geben, selbst wenn diese Verpflichtungen auf privatrechtlichen Ansprüchen beruhten und durch das nationale Recht eines ausländischen Staates geregelt seien.²⁸

Insofern bot Lübbe-Wolff eine andere Lesart bestehender Staaten- und internationaler Rechtsprechungspraxis an. Sie betonte, dass die Staatenpraxis, die von

²⁴ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 61. Das Rechtsgutachten ist abgedruckt unter A. Reinisch, Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens und der Wirkung des völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes "Staatsnotstand", ZaöRV 68 (2008), 3.

²⁵ *Ibid.*, Rdnrn. 62-63.

²⁶ *Ibid.*, Rdnr. 64.

²⁷ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnrn. 67-78. Lübbe-Wolff kritisierte die fehlende Entscheidungserheblichkeit, nachdem sich Argentinien nicht mehr im Notstand befände, und eine ihrer Ansicht nach unzulässige Umformulierung der Vorlagefrage.

²⁸ *Ibid.*, Rdnrn. 80-93. In Bezug auf die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre ist die Begründung als allgemeiner Rechtsgrundsatz insofern unterschiedlich, als es nicht erforderlich ist, eine für die Begründung von Völkergewohnheitsrecht erforderliche völkerrechtliche Staatenpraxis nachzuweisen. Stattdessen kann hier im Wege der Rechtsvergleichung auf die Regelungen in nationalen Rechtsordnungen zurückgegriffen werden, ohne dass eine völkerrechtliche Praxis nachgewiesen werden müsste. Vgl. Art. 38 Abs. 1 *lit.* b) und c) IGH-Statut. Zur Methodik der Bestimmung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Völkergewohnheitsrecht siehe W. Weiß, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, AVR 39 (2001), 394; A. E. Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, AJIL 95 (2001), 757.

der Völkerrechtskommission während der Vorbereitung der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit dokumentiert wurde, impliziere, dass Notstand als Rechtsprinzip bestehe, das stets und unabhängig vom jeweils anwendbaren materiellen Recht gegen Ansprüche an einen Staat eingewendet werden könne.²⁹ Diese Überlegung liege insbesondere der Entscheidung im *Russian Indemnity*-Fall zu Grunde, in der das Schiedsgericht den Einwand der *force majeure* – als Terminus, der damals den Staatsnotstand umfasste – ausdrücklich vom Privat- ins Völkerrecht übertrug.³⁰ Anstatt nach Rechtssphären zu unterscheiden, bestätige diese und andere Entscheidungen³¹ aus Sicht Lübbe-Wolffs vielmehr, dass “Sinn und Zweck der Rechtsfigur des Notstandes nicht dafür sprechen, dass sie den Schuldnerstaat gegenüber einem ausländischen Privatgläubiger weniger schützt als gegenüber einem Staat”.³² Denn wenn Staatsnotstand gegenüber Staaten eingewendet werden könne, müsse dies gegenüber Privaten erst recht möglich sein.

Anders als die Senatsmehrheit wertete sie auch die Anwendbarkeit des Staatsnotstandes in Investor-Staat-Schiedsverfahren unter Investitionsschutzabkommen als Gegenargument gegen die restriktive Auffassung der Senatsmehrheit. Zudem seien zwischenstaatliche Verfahren, die auf der Grundlage diplomatischen Schutzes ergingen, letztlich identisch mit dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, das auf nationalem Recht beruhe und das Verhältnis zwischen Staat und Privaten regle.³³ Für Lübbe-Wolff machte die Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher und nationalstaatlicher Ebene in den Anleiheverfahren daher insgesamt wenig Sinn, da der Schuldnerstaat bei der Berufung auf Staatsnotstand in einem staatlichen Gerichtsverfahren “den völkerrechtlichen Anspruch, im Notstandsfall der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung seiner Funktionsfähigkeit im Inneren Vorrang geben zu können, gegenüber dem Forumstaat und damit in einem völkerrechtlichen Verhältnis geltend” mache.³⁴ Darin sah sie letztlich eine Überbrückung der Trennung zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht, die die Senatsmehrheit so vehement vertrat.

Schließlich wies Lübbe-Wolff darauf hin, dass in vergleichbaren Gerichtsverfahren bezüglich argentinischer Staatsanleihen in anderen Staaten, wie Italien

²⁹ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 82.

³⁰ *Affaire de l'indemnité Russe*, U.N.R.I.A.A., Bd. XI, 431, 443 (“L’exception de la force majeure [...] est opposable en droit international public aussi bien qu’en droit privé; le droit international doit s’adapter aux nécessités publiques”).

³¹ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnrn. 82-84 (unter Bezug auf *French Company of Venezuelan Railroads*, U.N.R.I.A.A. Bd. X, 285, 354 f.; *Société Commerciale de Belgique*, PCIJ Reports 1938-1939 (Ser. C Nr. 87), 187, 205 ff.; 234, 236, 271; PCIJ Reports 1939 (Ser. A/B Nr. 78), 171, 178 und *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, U.N.R.I.A.A. Bd. IV, 669, 681 f.).

³² BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 86. Darüber hinaus unterstützte Lübbe-Wolff ihre Argumentation durch das Argument, dass “das *ius cogens* der Menschenrechte [...] [d]ie Durchsetzung staatlicher Zahlungspflichten gegenüber ausländischen Gläubigern bei Gefahr eines dadurch verursachten, verschärften oder verlängerten Ausfalls elementarer Staatsfunktionen” verbiete. *Ibid.*, Rdnr. 87.

³³ *Ibid.*, Rdnr. 89-90.

³⁴ *Ibid.*, Rdnr. 90.

und den Vereinigten Staaten, die jeweiligen Gerichte dem Schuldnerstaat Schutz vor Ansprüchen durch Privatgläubiger entweder im Rahmen der Staatenimmunität oder durch eine Aussetzung der entsprechenden Verfahren zur Ermöglichung einer geordneten Restrukturierung seiner Auslandsschulden gewährten.³⁵ Durch eine im Vergleich zur Senatsmehrheit breiter angelegte rechtsvergleichende Basis, die nicht nur auf die enge dogmatische Figur der Existenz eines Leistungsverweigerungsrechtes im Falle von Zahlungsunfähigkeit gerichtet war, sondern das zugrundeliegende Wirklichkeitverhältnis samt der prozessualen Durchsetzung der Ansprüche der Anleihegläubiger betrachtete, gelangte Lübbe-Wolff damit zu dem Schluss, dass die Praxis verschiedener Staaten durchaus konvergiere.

Das Sondervotum von Lübbe-Wolff präsentiert damit eine kraftvolle Argumentation, dass wirtschaftlicher Staatsnotstand als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist, der es einem Staat erlaubt, sich auf diesen auch im Verhältnis zu Privatgläubigern zu berufen, selbst wenn die Rechtsbeziehungen zu diesen auf Basis nationalstaatlichen Vertragsrechts geregelt sind. Lübbe-Wolff weist jedoch auch darauf hin, dass Staatsnotstand als Leistungsverweigerungsrecht einer strengen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, die darauf gerichtet ist festzustellen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Staatsnotstandes gegeben sind und damit keinen Ermessensspielraum für den Schuldnerstaat eröffnet.³⁶ Auch stellt sie klar, dass die Rechtsfolgen der Notstandseinrede unzweifelhaft darauf beschränkt sind, die Verpflichtungen des Schuldnerstaates zeitweise zu suspendieren.³⁷ Offen ließ sie hingegen die Frage, ob für diese Zeit Zinsen zu zahlen sind.³⁸

IV. Die Trennungsthese des BVerfG: ein völkerrechtlicher Anachronismus

Das Leitbild der Entscheidung des BVerfG fußt auf der These einer strikten dualistischen Trennung zwischen Völkerrecht und nationalstaatlichem Recht.³⁹ Es scheint sich damit in eine völkerrechtstheoretische Tradition einzureihen, die ihre Blütezeit in der positivistischen Bewegung im Völkerrecht ab Ende des 19. Jahr-

³⁵ *Ibid.*, Rdnr. 91-93.

³⁶ *Ibid.*, Rdnr. 73 ("Schon diese unumstrittene besondere Strenge der Voraussetzungen des Notstandseinwandes verbietet es, dem Staat, der eine Notstandslage geltend macht, insoweit einen breiten Beurteilungsspielraum zuzugestehen, denn die materielle Strenge würde dadurch auf der Verfahrensebene relativiert.")

³⁷ *Ibid.*, Rdnr. 75.

³⁸ Siehe dazu Schill, *SchiedsVZ* 2007 (Anm. 14), 178, 184 f.

³⁹ Dies ist zunächst überraschend, da es beim Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG, anders als bei der innerstaatlichen Umsetzung von Völkervertragsrecht, auf die völkerrechtliche Perspektive des Verhältnisses von überstaatlichem zu innerstaatlichem Recht ankommt. Es geht mithin darum, wie das Völkerrecht selbst seine Einwirkung auf Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und einem ausländischen Staatsangehörigen bewertet.

hundreds erlebte.⁴⁰ Diese Sichtweise kam zum Beispiel in den Schriften Lassa Oppenheims in ihrer Reinform zum Ausdruck und prägte anschließend die Rechtsprechung des Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH). Oppenheims Diktum, dass “[t]he Law of Nations and the Municipal Law of the single State are essentially different from each other”,⁴¹ und die damit einhergehende Vorstellung vom Fehlen jeglicher Völkerrechtssubjektivität des Individuums wurde vom StIGH in einer Reihe von Entscheidungen zu Fragen des diplomatischen Schutzes im Sinne einer strikten dualistischen Trennung zwischen dem völkerrechtlichen Rechtsverhältnis als zwischenstaatlichem Regelwerk und dem durch das innerstaatliche Recht geregelten Rechtsverhältnis zwischen Staat und Privaten in die Praxis umgesetzt.

Die Entscheidung im *Mavrommatis Palestine Concessions*-Fall aus dem Jahre 1924 legte insofern die Grundlage für die Rechtsprechung des StIGH. In einem Verfahren zwischen Griechenland und dem Vereinigten Königreich, das den Bruch eines Konzessionsvertrages mit einem griechischen Staatsangehörigen durch die unter Britischem Mandat stehende Palästinensische Regierung betraf, führte der Gerichtshof im Hinblick auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem griechischen Investor, dessen Heimatstaat und dem Gaststaat aus:

“In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State – i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. [...] By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”⁴²

Diese Passage bringt klar die kategorielle Trennung zum Ausdruck, die der Gerichtshof zwischen dem die zwischenstaatlichen Beziehungen regelnden Völkerrecht und dem Rechtsverhältnis zieht, das die Beziehungen zwischen Staat und Privaten regelt. Völkerrecht und nationalstaatliches Recht sind klar getrennte Rechtssphären; der Staat macht nicht etwa eine Rechtsposition seines Staatsangehörigen, sondern sein eigenes Recht aus dem Völkerrechtsverhältnis geltend. Die gleiche Auffassung brachte der Gerichtshof in allen auf der Ausübung diplomatischen Schutzes basierenden Fällen zum Ausdruck, insbesondere im *Chorzow Factory*-Fall,⁴³ im *Serbian Loans*-Fall⁴⁴ und im *Panevezys-Saldutiskis Railway*-Fall.⁴⁵

⁴⁰ Vgl. M. S. Korowicz, The Problem of the International Personality of Individuals, AJIL 50 (1956), 533, 541 ff.

⁴¹ L. Oppenheim, International Law, 1. A. 1905, § 20, 25. Vgl. bereits E. de Vattel, Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains, 1758, Vol. I, Buch II, Kap. VI; H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, 9.

⁴² *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment vom 30.8.1924, PCIJ Reports 1924 (Ser. A Nr. 2), 6, 12.

⁴³ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*, Judgment vom 13.9.1928, PCIJ Reports 1928 (Ser. A Nr. 17), 4, 27 f.

In gleicher Weise entschied auch noch der IGH in seiner ersten Entscheidung zu Fragen des diplomatischen Schutzes im Jahre 1955 im *Nottebohm*-Fall.⁴⁶

Diese strikte Trennung zwischen völkerrechtlicher Ebene und nationalstaatlicher Ebene weichte jedoch zunehmend auf. Nicht nur im Bereich des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes, des internationalen Strafrechts oder des konsularischen Schutzes war die Mediatisierung des Individuums durch das zwischenstaatliche Prisma seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges in Auflösung begriffen.⁴⁷ Auch im Fremdenrecht ist eine ähnliche Entwicklung zu verzeichnen. Gerade der IGH hat sich seit Ende der 1950er Jahre in ständiger Rechtsprechung zum Instrument des diplomatischen Schutzes von der Auffassung einer strikten Trennung weitgehend verabschiedet. Stattdessen betrachtet er das Instrument des diplomatischen Schutzes nunmehr eher als prozessuale Verlängerung der Streitigkeit zwischen Staat und ausländischem Staatsangehörigen. Die Rechtsstellung des Individuums ist daher inzwischen weniger durch die Inexistenz seiner Völkerrechtssubjektivität als vielmehr durch eine Beschränkung seiner Klagebefugnis im Rahmen vieler völkerrechtlicher Streitbeilegungsmechanismen zu sehen.⁴⁸

So begann der IGH bereits im Jahre 1959 in der *Interhandel*-Entscheidung seine Abkehr von einer strikten Trennung von zwischenstaatlicher Ebene und dem Verhältnis zwischen Staat und Privatem. In einem Fall, in dem die Schweiz diplomatischen Schutz in einem Verfahren gegen die Vereinigten Staaten gewährte und die Erschöpfung des nationalen Rechtsweges in Frage stand, klassifizierte der Gerichtshof das Verfahren nicht wie zuvor der StIGH als rein zwischenstaatlicher Natur, sondern betonte "the character of a dispute in which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national, *Interhandel*, for the purpose of securing the restitution to that company of assets vested by the Government of the

⁴⁴ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Judgment vom 12.7.1929, PCIJ Reports 1929 (Ser. A Nr. 20/21), 5, 17-20.

⁴⁵ *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Judgment vom 28.2.1939, PCIJ Reports 1939 (Ser. A/B Nr. 76), 4, 16.

⁴⁶ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment vom 6.4.1955, ICJ Reports 1955, 4, 24.

⁴⁷ Vgl. F. Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society, Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, 2004, 28-84; O. Dörr, "Privatisierung" des Völkerrechts, JZ 2005, 905; J. A. Frowein, *Die Wiederentdeckung des Menschen im Völkerrecht*, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Recht und Rechtswissenschaft*, 2000, 65. Zur Stärkung des Individuums im Recht des konsularischen Schutzes siehe *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgment vom 27.6.2001, ICJ Reports 2001, 466, Rdnr. 77. Siehe dazu O. Spiermann, *The LaGrand Case and the Individual as a Subject of International Law*, ZöR 58 (2003), 197; B. Grzeszick, *Rechte des Einzelnen im Völkerrecht*, AVR 43 (2005), 312. Vgl. ferner *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment vom 31.3.2004, ICJ Reports 2004, 12, Rdnr. 40.

⁴⁸ Vgl. in Bezug auf die Rechtsnatur der Regelungen zur Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges in Verfahren die auf diplomatischem Schutz beruhen C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2. A. 2004, 385-421. Vgl. ferner A. O. Sykes, *Public versus Private Enforcement of International Economic Law. Standing and Remedy*, J. Legal Stud. 34 (2005), 631.

United States. [...]”⁴⁹ Der Gerichtshof deutete damit ein Verständnis des diplomatischen Schutzes als prozessuale Verlängerung des ursprünglich existierenden Rechtsstreites zwischen Investor und Gaststaat an und entfernte sich schon rhetorisch von der zuvor herrschenden Auffassung.

Die in *Interhandel* eingeschlagene Linie bestätigte der IGH dann im *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*. Hier entschied der Gerichtshof, dass der nationale Rechtsweg trotz einer geltend gemachten Verletzung des Freundschafts-, Schifffahrts- und Handelsvertrages (FSH) zwischen den USA und Italien erschöpft werden müsse. Der Gerichtshof stellte insofern nicht vorrangig auf das zwischenstaatliche Völkervertragsverhältnis ab, das durch den FSH begründet wurde, sondern rückte die Rechtsposition des US-amerikanischen Investors in den Mittelpunkt, der durch Maßnahmen italienischer Behörden betroffen war. Der Gerichtshof betonte, dass die Verletzung des FSH letztlich mit dem Anspruch wegen des Schadens des privaten Investors identisch sei und daher die prozessualen Regelungen des diplomatischen Schutzes für das gesamte Verfahren gelten müssten.⁵⁰ Damit tritt aber auch das zwischenstaatliche völkervertragliche Rechtsverhältnis gegenüber dem Verhältnis zwischen Gaststaat und Investor zurück.

Auch hinsichtlich der Berechtigung des Heimatstaates, einen Anspruch seines Staatsangehörigen im Wege des diplomatischen Schutzes geltend zu machen, verknüpft der IGH die völkerrechtliche mit der innerstaatlichen Rechtsebene. In der *Barcelona Traction*-Entscheidung entschied er, dass ein Staat diplomatischen Schutz grundsätzlich nur insofern gewähren könne, als Rechte seiner Staatsangehörigen betroffen sind, die sich aus der jeweils anwendbaren nationalen Rechtsordnung ergeben.⁵¹ In dem Fall versagte der Gerichtshof Belgien die Berechtigung, diplomatischen Schutz zugunsten belgischer Staatsangehöriger zu gewähren, die Gesellschafter einer in Kanada inkorporierten Gesellschaft waren, gegen die in Spanien insolvenzrechtliche Maßnahmen eingeleitet worden waren. Maßnahmen Spaniens würden zwar die Interessen der Gesellschafter an der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft betreffen, aber gerade nicht in ihre Rechte als Gesellschafter eingreifen. Vielmehr berührten die insolvenzrechtlichen Maßnahmen ausschließlich Rechte der Gesellschaft. Auch hier sah der IGH das Instrument des diplomatischen Schutzes damit als prozessuale Verlängerung eines bereits existierenden Rechtsstreites zwischen Privatem und Staat und nicht mehr als Geltendmachung kategoriiell unterschiedlicher Rechte im Völkerrechtsverhältnis. Diese Linie bestätigte der Gerichtshof erst kürzlich in Sachen *Ahmadou Sadio Diallo*.⁵²

⁴⁹ *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Judgment vom 21.3.1959, ICJ Reports 1959, 6, 28 f.

⁵⁰ *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment vom 20.7.1989, ICJ Reports 1989, 15, Rdnrn. 51 f.

⁵¹ *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment vom 5.2.1970, ICJ Reports 1970, 3, Rdnrn. 32-102.

⁵² *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment vom 24.5.2007, Rdnrn. 49-96.

Die Rechtsprechung des IGH im Bereich des diplomatischen Schutzes zeigt damit deutlich, dass das völkerrechtliche Fremdenrecht sich nach dem Zweiten Weltkrieg von der vormals herrschenden Trennungstheorie verabschiedet hat. Zwar können Rechtsverletzungen eines Privaten völkerrechtlich nur vom Heimatstaat des Geschädigten im Wege des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden, jedoch ändert dies nichts daran, dass es materiell-rechtlich letztlich um eine Rechtsposition geht, die einem Rechtsverhältnis zwischen einem Privaten und einem ausländischen Staat entspringt. Dementsprechend konstruiert auch das BVerfG bei der Bewertung völkerrechtlicher Präzedenzfälle eine Unterscheidung zwischen zwischenstaatlicher Ebene und dem Verhältnis Staat-Privater, die in dieser Striktheit dem modernen Völkerrecht fremd ist. Dass Staatsnotstand bisher vor allem in zwischenstaatlichen Verfahren eine Rolle spielte, ist nicht als eine Beschränkung des Anwendungsbereiches des Staatsnotstandes auf Völkerrechtsverhältnisse zu sehen, sondern hängt ausschließlich mit der begrenzten Klagebefugnis von Privatpersonen im Rahmen der meisten völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen zusammen.

Darüber hinaus ist es auch verwunderlich, dass Staaten traditionellerweise zwar berechtigt sind, sich auf Grundlage der Staatenimmunität in gewissem Umfang gegen Klagen vor ausländischen Gerichten zu schützen, jedoch in dem wesentlich restriktiveren Fall der Berufung auf Staatsnotstand nicht berechtigt sein sollen, diesen gegenüber Privatgläubigern einzuwenden. Wie verträgt es sich, eine weitergehende Staatenimmunität bzw. diplomatische Immunität anzunehmen, gleichzeitig aber die punktuelle Berufung auf Leistungsverweigerungsrechte abzulehnen? Hier tut sich im Hinblick auf die angeblich fehlende Staatenpraxis und die unzulängliche *opinio juris* ein Widerspruch auf. Insofern hätten die völkerrechtliche Anerkennung der Staatenimmunität und die darauf basierende Staatenpraxis ein Argument dafür dargestellt, dass das Völkerrecht es sehr wohl zulässt, dass sich Staaten gegenüber Individuen (wenn auch über den Umweg eines an den Forumstaat gerichteten völkerrechtlichen Anspruches) auf Völkerrecht berufen.

V. Notstandseinwand als Bestandteil staatlicher Eingriffsbefugnisse

Daneben hat das BVerfG auch ganze Bereiche völkerrechtlicher Streitbeilegungspraxis unbeachtet gelassen, die sich spezifisch mit dem Verhältnis von Vertragsschutz und staatlichen Eingriffsbefugnissen befassen. Diese Praxis bestätigt, dass Staaten zum Schutz bestimmter Gemeinwohlbelange besondere Eingriffsbefugnisse gegenüber Privaten besitzen und diese Befugnisse auch nicht auf Basis privatrechtlicher Verträge einschränken können. Die Rechtsprechungspraxis betrifft im Wesentlichen den völkerrechtlichen Schutz gegen einseitige Modifizierungen oder Beendigungen von Konzessionsverträgen und ähnlichen sog. "*state contracts*"

zwischen Staat und ausländischem Investor.⁵³ Damit handelt es sich zwar nicht spezifisch um Fälle des Staatsnotstandes, sehr wohl aber um Situationen, in denen ein Staat aufgrund von besonderen Umständen nicht an seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Privaten festgehalten wurde, jedenfalls dann nicht, wenn der Private entsprechend entschädigt wurde.

Im *Oliva*-Fall etwa sah die Italienisch-Venezuelanische Claims Commission die Beendigung eines Konzessionsvertrages und die Ausweisung des Investors als im öffentlichen Interesse gerechtfertigt an, da Vermutungen bestanden, dass der Private Verbindungen zu revolutionären Truppen unterhielt. Allerdings musste der Investor entschädigt werden, da “[a] nation, like an individual, is bound by its contract, and although it may possess the power to break it, is obliged to pay the damages resultant upon its action”.⁵⁴ Im Fall *Company General of the Orinoco* erkannte die Französisch-Venezuelanische Claims Commission die Berechtigung des Gaststaates zu einer einseitigen Stornierung einer Minenkonzession an, die politische Spannungen mit einem Nachbarstaat erzeugt hatte. Die Kommission führte insofern aus: “As the Government of Venezuela, whose duty of self-preservation rose superior to any question of contract, it had the power to abrogate the contract in whole or in part [...] It considered the peril superior to the obligation and substituted therefore the duty of compensation.”⁵⁵

Auch das Schiedsgericht in *Czechoslovakia v. Radio Corporation of America* bestätigte, dass “any alteration or cancellation of an agreement [...] as a rule should only be possible subject to compensation to the other party”.⁵⁶ Beachtenswert ist hier, dass sich dieser Fall nicht nur auf die Beendigung eines Vertrages zwischen Ausländer und Staat bezog, sondern die einseitige Veränderung von dessen Inhalt betraf. Auch betonte das Schiedsgericht, dass Staaten aufgrund ihrer Verpflichtung auf das Gemeinwohl ihre Eingriffsbefugnisse durch Verträge mit Privaten zwar nicht beschränken könnten, von ihnen aber nur für die Verwirklichung von “*public interests of vital importance*” Gebrauch machen dürften.⁵⁷ Eine entsprechende Ein-

⁵³ Siehe dazu F. A. MANN, State Contracts and State Responsibility, AJIL 54 (1960), 572; R. JENNINGS, State Contracts in International Law, Brit. Ybk. Int'l L. 37 (1961), 156; P. WEIL, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Recueil des Cours 128 (1969), 95; J.-F. LALIVE, Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées, Recueil des Cours 181 (1983), 9; C. F. AMERASINGHE, State Breaches of Contracts with Aliens and International Law, AJIL 58 (1964), 881; C. LEHEN, La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements, Recueil des Cours 302 (2004), 197. Zu speziellen vertragsrechtlichen Absicherungsmechanismen durch Stabilisierungsklauseln siehe H. MERKT, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, 1990; F. V. GARCIA-AMADOR, State Responsibility in Case of “Stabilization” Clauses, Transnat'l L. & Pol'y 21 (1993), 23. Zu “Neuverhandlungsklauseln” siehe K. P. BERGER, Äquivalenzstörungen, Neuverhandlungsklauseln und Vertragsanpassung bei internationalen Konzessionsverträgen sowie Probleme der Streitschlichtung, in: J. F. BAUR/S. HOBE (Hrsg.), Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen, 2003, 65.

⁵⁴ *Oliva* Case, U.N.R.I.A.A. Bd. X, 600, 609.

⁵⁵ *Company General of the Orinoco* Case, U.N.R.I.A.A. Bd. X, 184, 280.

⁵⁶ *Czechoslovakia v. Radio Corporation of America*, Entscheidung vom 1.4.1932, AJIL 30 (1936), 523, 531.

⁵⁷ *Ibid.*

griffsbefugnis und ein Entschädigungserfordernis für die Beendigung oder Modifizierung öffentlich-rechtlicher Verträge wurden auch in anderen älteren Entscheidungen angenommen.⁵⁸

Aus neuerer Zeit beachtenswert ist vor allem die Entscheidung des Iran-United States Claims Tribunals in *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, in der sich das Tribunal mit dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und dem auf einen Vertrag zwischen ausländischem Investor und Staat anwendbaren Recht befasste. Auch dieses Tribunal erkannte die spezielle Eingriffsbefugnis des Staates an und wies auf ein Entschädigungserfordernis hin:

“The quoted rule [i. e. good faith execution of contracts], however, must not be equated with the principle *pacta sunt servanda*, often invoked by claimants in international arbitrations. To do so would suggest that sovereign States are bound by contracts with private parties exactly as they are bound by treaties with other sovereign States. This would be completely devoid of any foundation in law or equity and would go much further than any State has ever permitted in its own domestic law. In no system of law are private interests permitted to prevail over duly established public interest, making impossible actions required for the public good. Rather private parties who contract with a government are only entitled to fair compensation when measures of public policy are implemented at the expense of their contract rights. No justification exists for a different treatment of foreign private interests.”⁵⁹

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die speziellen hoheitlichen Eingriffsbefugnisse des Staates in Verträge mit Privaten ebenfalls anerkannt. In einem Fall, in dem Griechenland einen Vertrag, der von der früheren Militärregierung abgeschlossen worden war, einseitig wegen dessen schädigender Wirkung für die nationale Wirtschaft beendete, führte der Gerichtshof aus:

“The Court does not doubt that it was necessary for the democratic Greek State to terminate a contract which it considered to be prejudicial to its economic interests. Indeed according to the case-law of international courts and of arbitration tribunals any State has a sovereign power to amend or even terminate a contract concluded with private individuals, provided it pays compensation. This both reflects recognition that the superior interests of the State take precedence over contractual obligations and takes account of the need to preserve a fair balance in a contractual relationship.”⁶⁰

Obwohl sich die meisten der genannten Fälle nicht explizit auf Notstands- oder notstandsähnliche Situationen bezogen und auch nicht die Konstellation betrafen, dass sich ein Staat dem Vertragsrecht eines anderen Staates unterworfen hatte, so wird aus ihnen gleichwohl das übergeordnete Rechtfertigungsprinzip deutlich, das auch in Situationen des Staatsnotstandes zur Anwendung kommt. Es geht dabei

⁵⁸ Siehe *Norwegian Shipowners' Claims*, Award vom 13.10.1922, U.N.R.I.A.A. Bd. I, 309, 338; *Shufeldt Claim*, Entscheidung vom 24.7.1930, U.N.R.I.A.A. Bd. II, 1083, 1095. Siehe ferner Weil (Anm. 53), 95, 217 ff.; A. F. M. Maniruzzaman, *State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law*, J. Int'l Arb. 9 (1992), 141, 145.

⁵⁹ *Amoco International Finance Corporation v. Iran et al.*, 15 Iran-U.S. Claims Trib. Rep. 189, Rdnr. 178.

⁶⁰ *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Judgment vom 9.12.1994, Ser. A, Bd. 301-B, 65, Rdnr. 72 (unter Berufung auf *Shufeldt Claim*, U.N.R.I.A.A. Bd. II, 1083, 1095).

stets darum, dass Staaten ihrer besonderen Verpflichtung für das Gemeinwohl ihrer Bevölkerung in bestimmten, eng begrenzten Fällen Vorrang gegenüber ihren vertragsrechtlichen Beziehungen mit privaten Gläubigern geben dürfen. Dies muss erst recht in Notstandssituationen gelten und unabhängig von dem auf die Vertragsbeziehungen anwendbaren Recht.⁶¹

Auch im völkerrechtlichen Schrifttum wird der Staatsnotstand häufig im Sinne einer Kollisionsregelung für das Spannungsverhältnis von Gemeinwohlinteressen und Interessen Dritter, ob Staaten oder Privaten, gesehen. So hebt z. B. Bin Cheng in seinem grundlegenden Werk zu General Principles of Law den grundsätzlichen Charakter der Einrede des Staatsnotstandes hervor und betont, dass dieser unabhängig von dem auf das jeweilige Verhältnis anwendbaren Recht auch gegenüber Privaten geltend gemacht werden kann. Für ihn ist der Einwand des Staatsnotstandes Teil des Rechtes des Staates auf Selbsterhaltung. Cheng schreibt:

“Generally speaking [...] the principle *salus populi suprema lex* permits the welfare and security of the nation as a whole to override the rights and interests of individuals, national or alien, subject to the state’s authority; and, in the latter case, it empowers the State to take all necessary measures to protect the nation against external danger and hostility, and, under very exceptional circumstances, even to disregard a minor right of another State or its nationals in order to preserve its own existence.”⁶²

Auch hier wird deutlich, dass die Anwendbarkeit des Staatsnotstandes nicht davon abhängig ist, ob es sich um ein zwischenstaatliches, durch Völkerrecht geregeltes Rechtsverhältnis oder um ein durch nationalstaatliches Vertragsrecht geregeltes Verhältnis zwischen Staat und Privaten handelt. Allein ausschlaggebend ist die Pflichtenkollision, in der sich der Schuldnerstaat befindet. In jedem Fall ist damit eine solide völkerrechtliche Rechtsprechungspraxis zur Reichweite des Schutzes privater Gläubiger gegenüber einseitigen staatlichen Eingriffen in vertragliche Rechte vorhanden, die als Argument für die Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Staatsnotstandes gegenüber Privaten hätte herangezogen werden können. Denn es geht nicht ausschließlich um die isolierte Bewertung von Zahlungsunfähigkeit, sondern genereller um das Verhältnis zwischen der Verpflichtung des Staates auf das Gemeinwohl und seinen vertragsrechtlichen Verpflichtungen.

⁶¹ Vgl. auch *Sea-Land Service, Inc. v. Iran et al.*, 6 Iran-U.S. Claims Trib. Rep. 149, 165 (“It is well recognised that in comparable situations of crisis governmental authorities are entitled to have recourse to very broad powers without incurring international responsibility.”); *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment vom 20.7.1989, ICJ Reports 1989, 15, Rdnr. 74 (“Every system of law must provide, for example, for interferences with the normal exercise of rights during public emergencies and the like.”); vgl. auch *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, U.N.R.I.A.A. Bd. IV, 669, 681 f.

⁶² B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, 31. Ähnlich auch K. Radke, *Staatsnotstand im Friedensvölkerrecht*, 1988, 172 ff. (Notstand als Ausprägung der Pflicht des Staates zum Schutz seiner Bürger).

VI. Staatsnotstand als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Auch die Ausführungen zum Vorliegen des Staatsnotstandes als allgemeines Rechtsprinzip überzeugen nicht nur ihrer Knappheit wegen nicht.⁶³ Denn auch hier sind zahlreiche Beispiele nationalrechtlicher Regelungen und Präzedenzfälle vorhanden, die den Schluss nahelegen, dass Staatsnotstand allgemein, und wirtschaftlicher Notstand im Speziellen, als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt und auch im Verhältnis zu Privaten anwendbar sind.⁶⁴ Wie auch die vorgenannte internationale Rechtsprechungspraxis stellen nationale Rechtsordnungen Verträge zwischen dem Staat und Privaten durchweg unter den Vorbehalt hoheitlicher Eingriffsbefugnisse, die sich aus der Verpflichtung des Staates zur Wahrnehmung des Gemeinwohls ableiten. Freilich wird diese Eingriffsbefugnis, zumindest in demokratischen Verfassungsstaaten, nicht derart weit gezogen, dass der Staat grundlos und rechtsfolgenlos seine Vertragsverpflichtungen modifizieren oder beenden dürfte.

Das französische Verwaltungsrecht etwa erkennt für den sog. *contrat administratif* an, dass die Verwaltung berechtigt, ja gar verpflichtet ist, öffentlich-rechtliche Verträge, zum Beispiel im Bereich der Daseinsvorsorge, im öffentlichen Interesse zu modifizieren. Gegebenenfalls muss sie dafür aber Entschädigung leisten.⁶⁵ Speziell für Notstandssituationen erkennen zudem die Verfassungen zahlreicher Staaten besondere Eingriffsbefugnisse des Staates an, im Allgemeinen jedoch ohne explizite Regelungen für den Vertragsschutz zu enthalten.⁶⁶ Aber auch Rechtsordnungen, die keine ausdrücklichen Eingriffs- oder Ermächtigungsnormen im Falle des Staatsnotstandes kennen, erkennen an, dass der Staat in derartigen Fällen über außerordentliche Befugnisse verfügt und auch Verpflichtungen aus privatrechtlichen Verträgen modifizieren kann. Beschränkt ist dieses Recht jedoch zumeist explizit durch eine Verpflichtung zur Entschädigung des privaten Gläubigers.

Im englischen Recht etwa ist es seit Langem anerkannt, dass der Staat das Recht hat, Verträge, an denen er selbst beteiligt ist, bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse zu modifizieren oder gar zu beenden. In *Amphitrite v. The King* wurde die Klage eines schwedischen Schiffseigners zurückgewiesen, dessen Schiff in einem britischen Hafen entgegen einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung der britischen Regierung festgehalten wurde. Denn, so das Gericht,

⁶³ BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 61.

⁶⁴ Bemerkenswerterweise scheint das BVerfG die Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völkerrechts auf Regelungen nationalstaatlicher Rechtsordnungen begrenzen zu wollen und sieht diese Völkerrechtsquelle methodisch enger als das völkerrechtliche Schrifttum. Siehe T. Kleinlein, Anmerkung, RIW 2007, 695.

⁶⁵ Siehe Maniruzzaman (Anm. 58), 141, 151 ff.

⁶⁶ Vgl. etwa B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, Yale L. J. 113 (2004), 1029. Vgl. ferner O. Gross/F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, 2006.

“[i]t is not competent for the government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State.”⁶⁷

Auch jenseits kriegsbedingter Maßnahmen wurde der der Entscheidung zugrundeliegende Rechtsgrundsatz in anderen Fällen bestätigt und generell zu einem Grundsatz für öffentlich-rechtliche Verträge erweitert, wonach “the Crown cannot put itself in a position where it is prevented from performing its public duty [...] If it seeks to make an agreement which has that consequence, that agreement is of no effect.”⁶⁸ Ungeklärt scheint allerdings noch die Frage einer Entschädigungspflicht für Eingriffe in bestehende Verträge zu sein.⁶⁹ In jedem Fall erkennt das englische Common Law aber an, dass der Staat seine Eingriffsbefugnisse in Verträge mit Privaten im öffentlichen Interesse vertraglich nicht beschränken kann.⁷⁰ Auch andere Länder des Common Law, wie Australien, Neuseeland oder Kanada, folgen einer vergleichbaren Linie.⁷¹

Auch das US-amerikanische Recht erkennt eine besondere Eingriffsbefugnis des Staates in Verträge gerade in Krisensituationen an.⁷² Der U.S. Supreme Court entschied in Bezug auf ein gesetzliches Moratorium für die Rückzahlung von Hypothekendarlehen, das während der Wirtschaftskrise in den 1930er Jahren durch einen Bundesstaat erklärt wurde:

“the reservation of essential attributes of sovereign power is also read into contracts as a postulate of the legal order. The policy of protecting contracts against impairment presupposes the maintenance of a government by virtue of which contractual relations are worth while, – a government which retains adequate authority to secure the peace and good order of society [...] The reservation of this necessary authority of the state is deemed to be part of the contract.”⁷³

In einem Abwägungsprozess kam der Supreme Court anschließend zu dem Ergebnis, dass der Eingriff in Hypothekenverträge mit der U.S. Verfassung in Einklang stand.⁷⁴ Auch wenn es sich hier um einen Eingriff in Verträge zwischen Pri-

⁶⁷ *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* [1921] 3 KB 500, 503.

⁶⁸ *R v. IRC, ex p Preston* [1983] 2 All ER 300, 306. Die Entscheidung wurde in dieser Hinsicht durch das House of Lords bestätigt, siehe [1985] AC 835, 862.

⁶⁹ Siehe dazu R. Higgins, *The Availability of Damages for Reliance by a Government on Executive Necessity*, in: W. Flume/H. J. Hahn/G. Kegel/K. R. Simmonds (Hrsg.), *International Law and Economic Order: Essays in Honour of F. A. Mann on the Occasion of his 70th Birthday*, 1977, 21 ff.

⁷⁰ Siehe C. Turpin/A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, 6. A. 2007, 705 ff.

⁷¹ Vgl. *Attorney-General (NSW) v. Quin*, 170 CLR 1, 17 (1990); *Petrocorp Exploration Ltd. v. Minister of Energy*, 1 NZLR 641, 652 (1991); *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia*, Award in the First Phase vom 17.5.2001, Int'l L. Rep. 128 (2006), 435, Rdnr. 3.8.

⁷² Siehe B. Meyler, *Economic Emergency and the Rule of Law*, *De Paul L. Rev.* 56 (2007), 539, 558 ff.

⁷³ *Home Building and Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 435 (1934). Vgl. auch *Veix v. Sixth Ward Building & Loan Association of Newark, N.J.*, 310 U.S. 32, 38 ff. (1940); *East New York Savings Bank v. Hahn et al.*, 326 U.S. 230, 231 ff. (1945); *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power & Light Co.*, 459 U.S. 400, 410 ff. (1983).

⁷⁴ *Home Building and Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 439 ff. (1934).

vaten handelte, stellte der Gerichtshof in einem *obiter dictum* klar, dass das zugrundeliegende Rechtsprinzip unabhängig vom Charakter der jeweiligen Vertragsparteien gelte für “all contracts, whether made between States and individuals, or between individuals only”.⁷⁵ Der zugrundeliegende Rechtsgedanke wurde später auch auf Verträge zwischen staatlichen Akteuren und Privaten angewendet.⁷⁶

Die meines Erachtens zu enge Sichtweise des BVerfG scheint vor allem darauf zu beruhen, dass sich das Gericht für die Untersuchung der Frage des Vorliegens eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes einen zu engen Rahmen gesteckt hatte. Denn es kann in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommen, ob die Staateninsolvenz als solche als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist. Ebenso wenig ist es erforderlich, dass Entscheidungen nationaler Gerichte zur Behandlung von Zahlungsschwierigkeiten bei Staatsanleihen eine einheitliche Linie finden. Vielmehr ist auch hier von einem breiter gefassten Rechtsprinzip auszugehen, das die Berechtigung des Staates betrifft, in bestimmten Situationen vertragliche Verpflichtungen gegenüber Gläubigern zurückzustellen, um knappe Ressourcen für die Wahrnehmung elementarer Staatsaufgaben einzusetzen. Nationale Rechtsordnungen erkennen insofern durchweg die besondere Verpflichtung des Staates auf das Allgemeinwohl an und geben diesem Vorrang vor vertraglichen Ansprüchen einzelner privater Gläubiger. Sie alle stützen auch die Annahme, dass sich Staaten in wirtschaftlichen Notlagen besonderer Maßnahmen bedienen dürfen, einschließlich des Eingriffes in Verträge zwischen Staat und Individuum.

VI. Die Rechtsfolgen des Staatsnotstandes

Allerdings muss der Schuldnerstaat den hohen Anforderungen, die Art. 25 ILC ASR an das Vorliegen eines Staatsnotstandes stellt, gerecht werden. Dies bedeutet insbesondere, dass die Suspendierung der Zins- bzw. Rückzahlungen der Anleihen “die einzige Möglichkeit für den Staat ist, ein wesentliches Interesse vor einer schweren und unmittelbar drohenden Gefahr zu schützen”.⁷⁷ Dies setzt zum einen den Schutz eines besonders wichtigen Interesses voraus, wie z. B. die Aufrechterhaltung der Sicherheit der Bevölkerung oder den Schutz von Leben und Gesundheit. Zum anderen muss der Staat aufzeigen können, dass die Aussetzung von Zahlungen erforderlich zur Erreichung dieses Zieles ist.⁷⁸ Das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Staatsnotstandes wegen Zahlungsunfähigkeit kann zudem durch die Gerichte des Forumstaates vollständig überprüft werden;

⁷⁵ *Ibid.*, 290 U.S. 398, 435 (1934) (Zitat aus *Long Island Water Supply Co. v. Brooklyn*, 166 U.S. 685, 692 [1896]).

⁷⁶ Siehe *City of El Paso v. Simmons*, 379 U.S. 497, 506 ff. (1965); vgl. auch *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 14 ff. (1977).

⁷⁷ Art. 25 Abs. 1 *lit. a*) ILC ASR.

⁷⁸ Siehe dazu näher Schill, *SchiedsVZ* 2007 (Anm. 14), 178, 183 f.

insoweit ist kein Einschätzungsspielraum des Schuldnerstaates anzuerkennen.⁷⁹ Letztlich werden angesichts dieser hohen Hürden Fälle der staatsbedrohenden Zahlungsunfähigkeit auch nicht so häufig gegeben sein, wie dies trotz der hohen Verschuldung vieler Entwicklungsländer erscheinen mag.

Schließlich sind auch die Rechtsfolgen der Berufung auf Notstand zu beachten. Zum einen erlaubt Staatsnotstand nur eine Suspendierung bestehender Verpflichtungen, Art. 27 (a) ILC ASR. Zum anderen ist der Staat dem Privatgläubiger gegenüber ausgleichspflichtig. Er schuldet ihm allerdings keinen Schadensersatz. Dies zeigt sich insbesondere in Art. 27 (b) ILC ASR, der nicht von Schadensersatz, sondern nur von *“compensation for any material loss”* spricht.⁸⁰ Dies wird vor allem im Hinblick auf den Ersatz entgangenen Gewinns einen Unterschied machen, der im Rahmen des Schadensersatzes, nicht jedoch bei einem Ausgleichsanspruch zu ersetzen ist.⁸¹ Bei Staatsanleihen wird sich dieser Ausgleich dabei letztlich an dem Zinsverlust orientieren, der durch die verspätete Rückzahlung entsteht.⁸²

Allerdings wird man der Senatsmehrheit sicherlich zugutehalten müssen, dass sie Staaten, die sich in prekären finanziellen Verhältnissen befinden, nicht völlig schutzlos stellt. Vielmehr hat der Senat erst im Dezember 2006 in einer Entscheidung zur Vollstreckung von Zahlungsansprüchen aus argentinischen Staatsanleihen klargestellt, dass sich der Immunitätsverzicht in den Anleihebedingungen nicht auf solches Vermögen bezieht, das der Schuldnerstaat für die Aufrechterhaltung diplomatischer und konsularischer Beziehungen benötigt.⁸³ Andere Vermögenswerte des Schuldnerstaates werden allerdings nicht geschützt. Dieser Schutz setzt jedoch insofern zu spät an, als die Berufung auf Staatsnotstand auf die Berechnung der Schadens-/Ausgleichshöhe Einfluss hat.⁸⁴ Zudem würden bei Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts auf der Grundlage des Staatsnotstandes auch andere vertragsrechtliche Mechanismen nicht ausgelöst, wie etwa sog. Beschleunigungsklauseln, die im Verzugsfall eine vorzeitige Rückzahlung der gesamten Anleihevaluta ermöglichen. Der vom BVerfG angenommene Vollstreckungsschutz bleibt damit hinter den Anforderungen zurück, die aufgrund des Staatsnotstandes verlangt werden können, immer vorausgesetzt, dass dessen enge Voraussetzungen im konkreten Fall tatsächlich gegeben sind.

⁷⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2007, 2610, Rdnr. 73; *CMS v. Argentina*, Rdnrn. 366-374; *LG&E v. Argentina*, Rdnrn. 212-214; *Enron v. Argentina*, Rdnr. 324-340; siehe auch *Schill*, *SchiedsVZ* 2007 (Anm. 14), 178, 183.

⁸⁰ Vgl. *Crawford* (Anm. 18), Art. 27 Rdnrn. 4-6.

⁸¹ Vgl. zum Unterschied von *damnum emergens* und *lucrum cessans* in Fällen rechtmäßiger und rechtswidriger Enteignungen *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*, Judgment vom 13.9.1928, PCIJ Reports 1928 (Ser. A Nr.17), 4, 46-47; *Amoco Int'l Fin. Corp. v. Iran et al.*, 15 Iran-U.S. Claims Trib. Rep. 189, Rdnrn. 189-206. Dazu auch *M. Reisman/R. Sloane*, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, *Brit. Ybk. Int'l L.* 74 (2004), 115, 136 ff.

⁸² *French Company of Venezuelan Railroads*, U.N.R.I.A.A., Bd. X, 285, 354 f.; OLG Frankfurt, NJW 2006, 2931.

⁸³ BVerfG, NJW 2007, 2605. Siehe dazu *T. Kleinlein*, *Anforderungen an den Verzicht auf diplomatische Immunität*, NJW 2007, 2591.

⁸⁴ Siehe oben Anm. 81 und 82.

VII. Schlussbetrachtung: Völkerrechtlicher Anachronismus oder Avantgarde?

Gerade im Hinblick auf die in der Rechtsprechung des IGH entwickelte Abkehr von einer strikten Trennung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht im Bereich des diplomatischen Schutzes erscheint die Entscheidung des BVerfG als wenig überzeugend. Auch ist die dualistische Sichtweise des Senats zumindest überraschend, wenn man die grundsätzlich völkerrechtsfreundliche bundesdeutsche Verfassungslage und die bisherige Rechtsprechung des BVerfG betrachtet, die in vielen Fällen eine enge Verzahnung von völkerrechtlicher und bundesrechtlicher Ebene vornimmt. Deutet sich hier eine Tendenz zur Isolation des deutschen Rechts gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht an oder reiht sich das BVerfG in die positivistische Tradition des StIGH ein?

Plausibler hingegen ist, dass auch in dieser Entscheidung eine bestimmte Sichtweise vom Verhältnis zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht zum Tragen kommt, die sich an einem grundrechtlich-rechtsstaatlich geprägten Verständnis vom Verhältnis Staat – Individuum orientiert. Konkret ist dies die rechtsstaatliche Prämisse, dass ein Staat einer ausreichend bestimmten Rechtsgrundlage bedarf, wenn er gegenüber Privaten durch hoheitliche Regelungen, wie hier die Erklärung des Staatsbankrottes durch Argentinien, tätig wird. Diese Sichtweise kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass das BVerfG in der Entscheidung zu den Argentinien-Anleihen positiv nach einer völkerrechtlichen Staatenpraxis sucht, die den Staat ermächtigt, sich gegenüber Privaten auf Staatsnotstand zu berufen, anstatt vom Grundsatz der Staatensouveränität im Völkerrecht auszugehen, wonach gerade kein Kompetenztitel für staatliche Maßnahmen, auch im Verhältnis zu Privaten, notwendig ist.⁸⁵

Betrachtet man die Entscheidung des BVerfG vor diesem Hintergrund, nimmt auch die dualistische Grundtendenz eine neue und weniger anachronistisch wirkende Färbung an. So dient der dualistische Einschlag hier weniger dem Schutz des Staates gegenüber dem Bürger bzw. der Isolation des innerstaatlichen Rechts gegenüber dem Völkerrecht. Vielmehr führt die dualistische Grundtendenz in der Entscheidung dazu, den Bürger vor dem (ausländischen) Staat zu schützen, wenn dieser Maßnahmen ergreift, zu denen er nicht in vorhersehbarer und klar bestimmbarer Weise durch eine Rechtsgrundlage im Völkerrecht ermächtigt ist. Damit deutet sich hier eine Variante des Dualismus an, der nicht den Staat, sondern das Individuum in den Mittelpunkt stellt und letztlich den Vorrang des bundesdeutschen Rechtsstaatsprinzips gegenüber völkerrechtlichen Regeln sicherstellt.

Bedenkt man jedoch, dass es beim Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG schon dem Wortlaut nach auf eine völkerrechtliche Perspektive ankommt, die das monistische Element in der bundesdeutschen Verfassungstradition in Art. 25 GG stärkt, wäre eine andere Begründung für das Ergebnis des BVerfG

⁸⁵ Vgl. *The Case of the S.S. "Lotus"*, Judgment vom 7.9.1927, PCIJ Reports 1927 (Ser. A. Nr. 10), 4, 18 ff. Vgl. auch A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 607.

überzeugender gewesen. Insofern hätte man etwa an eine einschränkende Auslegung von Art. 25 S. 2 GG denken können, wonach die völkerrechtliche Anerkennung der Notstandseinrede unberührt geblieben wäre, innerstaatlich aber nur Duldungspflichten von Privaten erzeugen kann, wenn dies für den einzelnen Bürger im Sinne eines Bestimmtheitsgrundsatzes hinreichend erkennbar ist. Dies wäre verfassungsrechtlich vertretbar und aus völkerrechtlicher Sicht unbedenklicher gewesen. So hätte nicht die Notwendigkeit bestanden, verfassungsrechtliche Innovation mit völkerrechtlichem Anachronismus zu verbinden.

Abgesehen von der Problematik, einen Titel gegen Argentinien zu vollstrecken, wird die Entscheidung des BVerfG das Recht ausländischer Staatsanleihen langfristig ohnehin wohl nur wenig beeinflussen. Denn in der Kautelarpraxis hat man bereits begonnen, für staatliche Zahlungskrisen vertragsrechtliche Lösungen zu finden, etwa indem kollektive Neuverhandlungsklauseln, sogenannte *collective action clauses*, aufgenommen werden.⁸⁶ Diese sollen eine Umschuldung durch Beschluss einer Mehrheit von Anleihegläubigern ermöglichen und eine Blockade von umschuldungsunwilligen Minderheiten verhindern. Letztlich sind derartige Instrumente vielleicht auch besser geeignet als ein völkerrechtliches Instrument der Staateninsolvenz.⁸⁷ Denn klare vertragliche Regelungen verdeutlichen dem privaten Anleihegläubiger seine eigene Risikoentscheidung beim Kauf von Staatsanleihen eher als insolvenzrechtliche Instrumente, die für Private wahrscheinlich schwer überschaubar sein werden. Zudem würde ein internationales Insolvenzverfahren einer überstaatlichen Stelle bedürfen, die den Kernbereich der Wirtschafts-, Finanz- und Währungspolitik von Staaten direkt kontrollieren würde. Derartig weitgehende Einschnitte in die Souveränität von Staaten scheinen derzeit allerdings auf geringe Akzeptanz zu stoßen.

Summary⁸⁸

Necessity under International Law in the Decision of the German Constitutional Court in the Argentine Bondholder Cases – Anachronism or Vanguard?

The relationship between international law and domestic law figures prominently in the jurisprudence of the German Constitutional Court (the “*Bundesverfassungsgericht*”). Above all as regards the protection of individual rights, tensions between domestic law and

⁸⁶ Siehe dazu E. B. Koch, Collective Action Clauses – The Way Forward, *Georgetown J. Int'l L.* 35 (2004), 665; R. Gray, Collective Action Clauses: Theory and Practice, *Georgetown J. Int'l L.* 35 (2004), 693; S. J. Galvis/A. L. Saad, Collective Action Clauses: Recent Progress and Challenges Ahead, *Georgetown J. Int'l L.* 35 (2004), 713; M. Gugliatti/A. Richards, The Use of Collective Action Clauses in New York Law Bonds of Sovereign Borrowers, *Georgetown J. Int'l L.* 35 (2004), 815.

⁸⁷ Vgl. dazu Ohler (Anm. 13), 590, 598 f.

⁸⁸ Summary by the author.

European law, as well as tensions between domestic law and the European Convention on Human Rights, have resulted in intricate normative and inter-institutional overlaps and interactions. In this context, the BVerfG views itself in a cooperative relationship with the European Courts; it is, on the one hand, custodian of constitutional standards of individual rights and principles of state organization; on the other hand, it also actively seeks to enforce international law in the domestic legal order. Overall, the Court follows a hybrid model that combines monist and dualist traits.

This is the background against which a recent decision of the BVerfG has to be viewed. On May 8, 2007, the Court pronounced itself on the question of whether Argentina could invoke necessity under general international law as an affirmative defense against claims brought in German courts by private individuals for the country's default on sovereign bonds in early 2002. While the Court accepted that necessity was recognized as precluding the wrongfulness of a breach of international law, it held that "currently no rule of general international law can be ascertained entitling a State, *vis-à-vis* private individuals, to suspend the performance of due obligations for payment arising under private law by invoking necessity based on an inability to pay". Judge Lübbe-Wolff, dissenting, countered that a general principle of law existed that allowed a State to suspend the fulfillment of its payment obligations to the extent necessary to protect elementary concerns of the *bien commun*, such as the protection of the life and health of its citizens.

While the majority confirmed that Art. 25 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility adequately codified necessity under international law, the Court held that it was only applicable to inter-State relationships. It considered that both state practice and *opinio juris* were missing in order to extend the necessity defense under international law to relationships between States and individuals which are governed by domestic contract law. In particular, the majority argued that decisions by international courts and tribunals that dealt with necessity solely concerned relationship governed by international law. Likewise, the majority declined to accept that a general principle of law existed that allowed a State to invoke its inability to pay *vis-à-vis* private individuals.

The article analyzes the reasoning of both the majority and the dissent. It criticizes the extremely dualist approach the Court takes concerning the relationship between international and national law. It argues that the BVerfG seemingly endorses a view that has been at the heart of the positivist movement around the turn of the 20th century, and which has coined the jurisprudence of the Permanent Court of International Justice. Yet, this view that advocated for a strict separation between international and national law has not only been abandoned in multiple international law disciplines, including international human rights, international criminal law and consular protection, but also in the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) concerning diplomatic protection. Instead of carrying on a distinction between different spheres of substantive law, the ICJ adopts an approach that understands inter-State dispute settlement in diplomatic protection cases more as a procedural prolongation of the original dispute between State and foreign investor than as a wholly independent cause of action resulting from the inter-State relations. Consequently, this change in the international jurisprudence should have mandated extending necessity to relationships between States and private individuals.

Secondly, the article addresses the protection of contractual rights under international law and shows that it has been generally accepted in the jurisprudence of international courts and tribunals that States are entitled to unilaterally modify or terminate contracts

with private investors in the public interest, provided that they pay adequate compensation. Furthermore, it is recognized that States cannot fetter this entitlement through contractual undertakings governed by domestic law. The law emanating from this practice, it is argued, would have provided a well-founded basis for allowing States to invoke necessity *vis-à-vis* private bondholders as a general principle of law. At the same time, this body of law also clarifies that States have to bear the material loss imposed on private individuals by such emergency measures. Still, indemnification in the case of necessity might be less onerous than damages for breach of contract.

The same solution, it is suggested subsequently, can also be based on a comparative review of domestic jurisprudence concerning the rights of States to interfere with contracts with private parties in case of emergencies. This further supports the view of the dissenting opinion, namely that necessity constitutes a general principle of law that applies independently of the governing law or the nature of the parties.

Overall, the article therefore casts doubts on whether the decision of the BVerfG adequately reflects the state of current international law on necessity. Instead, the jurisprudence of international and national courts and tribunals supports that States are entitled in exceptional circumstances and subject to indemnification to modify contracts with private individuals.

In conclusion, the article raises the question of whether the decision is not better understood in terms of the Court's understanding of the relationship between national and international law, an understanding which is heavily influenced by an individual rights perspective and the conception that States need a clearly defined legal basis whenever they unilaterally impose decisions on private individuals. Against this background, the decision is less anachronistic, but rather develops a specific constitutional understanding of the interaction between domestic and international law, an understanding that gives effect to international law in the domestic legal order only subject to the constitutional requirements stemming from the concept of the rule of law. Viewing it as an expression of current international law on necessity, however, should be done more cautiously.

ZaöRV 68 (2008)

<http://www.zaoerv.de/>

© 2008, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht