

Negative Zuständigkeitskonflikte internationaler Gerichte durch Subsidiaritätsklauseln – Zur Bedeutung des *Maritime Delimitation in the Indian Ocean*-Urteils des IGH für die internationale Streitbeilegung

Patrick Abel*

Abstract	340
I. Einleitung	341
II. Das Streitverfahren zwischen Somalia und Kenia als negativer Zuständigkeitskonflikt internationaler Gerichte	343
III. Grundlagen der subsidiären Zuständigkeiten von IGH und Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht	345
1. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und Subsidiaritätsvorbehalte zu Unterwerfungserklärungen	345
2. Kapitel XV des SRÜ und Verfahrenssubsidiarität nach Art. 282 SRÜ	347
IV. Die Auflösung des negativen Zuständigkeitskonflikts	349
1. “Neutralisierende” Interaktion der Subsidiaritätsbestimmungen	350
2. Stellung des IGH in Art. 287 SRÜ	350
a) Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut als Forenwahl nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ	350
b) Die Systematik der verfügbaren Foren in Art. 287 Abs. 1 SRÜ als Argument zur Zuständigkeitskonfliktlösung	352
c) Zusammenfassung	353
3. Entstehungsgeschichte des Art. 282 SRÜ	353
4. Gefahr der Verweigerung von Rechtsschutz (<i>denial of justice</i>)	354
a) Der Verweis des IGH auf das Urteil des StIGH in <i>Chorzów Factory</i>	355
b) Die Übertragung der <i>Chorzów Factory</i> -Rechtsprechung	356
c) Die sachliche Angemessenheit der Anwendung des <i>denial of justice</i> -Prinzips auf die Subsidiaritätsvorschriften	358
d) Zusammenfassung	359
5. Anwendung von Normenkonfliktlösungsprinzipien: <i>lex posterior</i> und <i>lex specialis</i>	360
a) Grundlagen der <i>lex specialis</i> - und <i>lex posterior</i> -Grundsätze	360
b) Die Subsidiaritätsbestimmungen als ausdrückliche vertragliche Normenkonfliktvorschriften	362
aa) <i>Lex posterior</i> -Grundsatz	363
bb) <i>Lex specialis</i> -Grundsatz	363

* Dipl.-Jur., M. Jur. (Oxford). Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung für Internationales Wirtschaftsrecht und Umweltrecht (Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll). Für Anregungen und Kritik danke ich Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll, Dr. Till Patrik Holterbus, Henner Gött, Laura Jung und Laura Wanner sowie dem/der anonymen Reviewer/in des Beitrags. Für Unterstützung bei der Recherche danke ich Edith Eike.

ZaöRV 78 (2018), 339-374

c) Die Bestimmung des spezielleren Forums	364
d) Die Vorzugswürdigkeit der <i>lex specialis</i> -Lösung	365
6. Zusammenfassung	366
V. Bedeutung des <i>Maritime Delimitation</i> -Urteils für die Streitbeilegung im Völkerrecht	366
1. Gefahr einer Abwertung der SRÜ-Streitbeilegung	367
2. Der Einfluss des Urteils auf die Konstitutionalisierung der internationalen Streitbeilegung	369
a) Konstitutionalisierung durch Verrechtlichung internationaler Streitbeilegung	370
b) Verpasste Gelegenheit zur Konstitutionalisierung anhand ordnungsgeleiteter Steuerung gerichtlicher Zuständigkeitskonflikte	371
VI. Fazit	372

Abstract

Die Vielzahl und Vielfalt internationaler Gerichte führt in der dezentral organisierten internationalen Streitbeilegung nicht selten zu parallelen Zuständigkeiten. Das *Preliminary Objections*-Urteil des Internationalen Gerichtshofs (IGH) in dem Verfahren *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* vom Februar 2017 fügt sich in die Reihe wichtiger Entscheidungen ein, die Zuständigkeitskonflikte internationaler Gerichte behandeln und damit auf die Pluralität internationaler Gerichte reagieren. Bedeutsam ist es dabei sowohl für die Rolle des Streitbeilegungskapitels des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (SRÜ), als auch für die internationale Streitbeilegung im Allgemeinen.

Der IGH sah sich in dem Verfahren mit einem schwierigen negativen Zuständigkeitskonflikt konfrontiert. Somalia hatte Kenia auf Grundlage übereinstimmender Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut wegen eines seerechtlichen Streits über Grenzverläufe im Indischen Ozean verklagt. Ebenfalls kam jedoch die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nach Annex VII SRÜ für die seerechtliche Streitigkeit in Betracht. Jedoch erklärten Klauseln jeweils beide Gerichte nur für subsidiär zuständig. Dies begründete die Gefahr eines vollständigen Ausfalls gerichtlicher Streitbeilegung.

Der IGH löste diesen Konflikt, indem er sich in seinem Urteil selbst für zuständig, und das Schiedsgericht nach Annex VII SRÜ für unzuständig erklärte. Der Beitrag zeigt auf, dass dieses Vorgehen zwar eine pragmatische Lösung herbeiführt, teilweise aber kritikwürdig ist. Dem Parteiwillen hätte vielmehr eine Anwendung der *lex specialis*-Regel entsprochen, die zu einer Zuständigkeit allein des Schiedsgerichts geführt hätte. Über den Einzelfall hinaus begründet die Entscheidung die Gefahr einer Zurückdrängung des SRÜ-Streitbeilegungsverfahrens. In seiner Bedeutung für die internationale

Streitbeilegung im Allgemeinen ist hingegen zu differenzieren. Einerseits befördert es durch die Anwendung des *denial of justice*-Grundsatzes auf eine zwischenstaatliche Streitigkeit die Verrechtlichung der internationalen Streitbeilegung. Andererseits verpasst es die Gelegenheit, durch Heranziehung des *lex specialis*-Grundsatzes einen exemplarischen Beitrag zu einer ordnungsgeleiteten Koordination von Zuständigkeiten internationaler Gerichte zu leisten.

I. Einleitung

Die gerichtliche Streitbeilegung zwischen Staaten im Völkerrecht ist geprägt von einer Vielzahl und Vielfalt internationaler Gerichte. Aufgrund der Dezentralität der Völkerrechtsetzung und -durchsetzung besteht die Gefahr von gerichtlichen Zuständigkeitskonflikten. Daraus resultierende widersprüchliche Entscheidungen können die Einheit des Völkerrechts bedrohen.¹ Streitigkeiten über das internationale Seerecht bergen ein erhöhtes Potenzial solcher unerwünschter Zuständigkeitskonflikte. Schließlich begründet das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen² in seinem Kapitel XV eine mögliche Zuständigkeit von gleich vier verschiedenen internationalen Streitbeilegungsforen: Vertragsparteien haben die Wahl zwischen zwei unterschiedlichen *ad hoc*-Schiedsgerichten, dem Internationalen Seegerichtshof und dem IGH.³ Kritiker wie die IGH-Richter *Oda* und *Guillaume* äußerten frühzeitig die Befürchtung, dass das SRÜ durch die Schaffung weiterer Gerichte der Fragmentierung des Völkerrechts Vorschub leiste und die Stellung des IGH als zentrales Forum zwischenstaatlicher Streitigkeiten gefährde.⁴ Dem hielten andere entgegen, dass die Schaffung neuer Gerichte

¹ Ein geradezu klassisches Beispiel bildet die intensiv diskutierte Uneinigkeit zwischen dem IGH und dem ICTY über den Maßstab für die Zurechnung von Handlungen nichtstaatlicher Akteure zu Staaten, siehe *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Merits, ICJ Rep. 1986, 14, para. 115; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, Urteil vom 15.7.1999, IT-94-1-A, paras. 115-145; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia)*, ICJ Rep. 2007, 43, paras. 402-407; aus der Literatur etwa A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, EJIL 18 (2007), 649 (649 ff.).

² United Nations Convention on the Law of the Sea (unterzeichnet 10.12.1982, in Kraft getreten 16.11.1994), 1833 U.N.T.S. 396.

³ Art. 287 Abs. 1 SRÜ.

⁴ S. *Oda*, *The International Court of Justice viewed from the Bench*, RdC 244 (1993), paras. 228-231; G. *Guillaume*, *The Future of International Judicial Institutions*, ICLQ 44 (1995), 848 (861 f.).

eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts bewirke, weil mehr internationale Gerichte auch ein Mehr an Verrechtlichung zwischenstaatlicher Streitbeilegung bedeute.⁵

In der internationalen Fallpraxis fand dieser Diskurs nach dem Inkrafttreten des SRÜ eine praktische Entsprechung. Verschiedene internationale Gerichte befassten sich etwa in den Fällen *Mox Plant*⁶ und *Southern Bluefin Tuna*⁷ mit Zuständigkeitskonflikten, die das SRÜ betrafen. Diese Fälle standen dabei auch stets exemplarisch für das allgemeinere Problem von Zuständigkeitskonflikten zwischen verschiedenen internationalen Gerichten.

Zu dieser Reihe seerechtlicher Entscheidungen über gerichtliche Zuständigkeitskonflikte ist nunmehr ein neues Urteil des IGH vom 2.2.2017 hinzuzählen. Es betrifft die Streitigkeit zwischen Somalia und Kenia über den Verlauf der Grenzen im Indischen Ozean.⁸ Dieser Beitrag führt zunächst in der gebotenen Kürze in das Verfahren zwischen Somalia und Kenia ein (I.). Auf dieser Grundlage wird die aus Sicht der internationalen Streitbeilegung interessante prozessuale Problemlage des Verfahrens herausgearbeitet: der negative Zuständigkeitskonflikt zwischen dem IGH auf Basis von Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und einem Annex VII-Schiedsgericht nach Kapitel XV des SRÜ (II.). Der IGH löst diesen Konflikt vertretbar durch die Behauptung der eigenen Zuständigkeit. Die besseren Gründe hätten allerdings für die Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts durch Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes gesprochen (III.). Aufgrund der Grundsatzdimension dieser Fragen für die internationale gerichtliche Streitbeilegung entfaltet das Urteil eine Bedeutung über den Einzelfall hinaus, die verschiedenen Interpretationen zugänglich ist (IV.).

⁵ Etwa *J. I. Charney*, *Is International Law Threatened By Multiple International Tribunals?*, RdC 271 (1998), 101 (351 f., 354, 356, 362).

⁶ *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)* (Request for Provisional Measures) (Order), ITLOS Case No. 10 (3.12.2001); Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht, *Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea (Ireland v. United Kingdom)*, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures, Beschluss Nr. 3 vom 24.6.2003; EuGH, Slg. 2006, I-04635 – *Mox Plant*.

⁷ *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan* (Requests for Provisional Measures) (Order), ITLOS Case Nos. 3 and 4 (27.8.1999); Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht, *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4.8.2000, Reports of International Arbitral Awards Vol. XXIII, 1.

⁸ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, ICJ General List No. 161.

II. Das Streitverfahren zwischen Somalia und Kenia als negativer Zuständigkeitskonflikt internationaler Gerichte

Hintergrund des Verfahrens zwischen Somalia und Kenia vor dem IGH ist ein seerechtlicher Streit um Grenzverläufe im Indischen Ozean. Die beiden Parteien sind benachbarte Küstenstaaten des Indischen Ozeans und streiten über die gemeinsamen Grenzen ihrer Territorialgewässer, Ausschließlichen Ökonomischen Zonen und Festlandssockel.⁹ Somalia beklagt insoweit unter anderem die als unrechtmäßig angesehene Ausstellung von Ölerschließungskonzessionen durch Kenia in von Somalia beanspruchten Gebieten.¹⁰ Die Klage steht im Kontext einer Vielzahl maritimer Grenzstreitigkeiten in Afrika.¹¹

Als prozessuale Grundlage dieser Klage stützte sich Somalia auf eine Zuständigkeit des IGH aufgrund sich deckender Unterwerfungserklärungen der beiden Parteien nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut (sog. *optional clause*).¹² Kenia hingegen bestritt die Zuständigkeit des IGH unter Verweis auf den Vorbehalt zur eigenen Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut. Die kenianische Unterwerfungserklärung lautet im hier entscheidungsrelevanten Wortlaut:

“the Republic of Kenya [...] accepts, in conformity with paragraph 2 of Article 36 of the Statute of the International Court of Justice until such time as notice may be given to terminate such acceptance, as compulsory ipso facto and without special Agreement, and on the basis and condition of reciprocity, the jurisdiction over all disputes arising after 12th December, 1963, with regard to situations or facts subsequent to that date, other than:

⁹ Zu den Zonen im internationalen Seerecht siehe statt aller *A. von Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, paras. 802-830. Somalia und Kenia streiten vor allem über die richtige Methode der maritimen Grenzziehung, dazu allgemein *R. R. Churchill/A. V. Lowe*, *The Law of the Sea*, 3. Aufl. 1999, 181 ff.; *M. D. Evans*, *Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?*, in: J. Barrett/R. Barnes, *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, 2016, 41 ff.

¹⁰ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Memorial of Somalia, Bd. I, 13.7.2015, ICJ General List No. 161, paras. 8.19-8.28.

¹¹ Vgl. *T. Okonkwo*, *Maritime Boundaries Delimitation and Dispute Resolution in Africa*, *Beijing Law Review* 8 (2017), 55; vgl. auch zuletzt *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)* (Judgment), ITLOS Case No. 23 (23.9.2017).

¹² Näher *J. G. Merrills*, *The Optional Clause at Eighty*, in: N. Ando/E. McWhinney/R. Wolfrum, *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Bd. 1, 2002, 435; zuletzt *G. Törber*, *The Contractual Nature of the Optional Clause*, 2015.

1. Disputes in regard to which the parties to the dispute have agreed or shall agree to have recourse to some other method or methods of settlement. [...]"¹³

Damit hatte Kenia sich der Zuständigkeit des IGH nicht für solche Streitigkeiten unterworfen, für die die Streitparteien sich auf eine andere Methode der Streitbeilegung geeinigt hatten oder sich in Zukunft einigen würden. Eine solche Einigung auf ein anderes Streitbeilegungsverfahren sah Kenia unter anderem¹⁴ mit dem bereits angesprochenen Streitbeilegungskapitel XV des SRÜ gegeben. Der Streit betreffe eine durch das SRÜ geregelte seerechtliche Verpflichtung. Deshalb hätte ein Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht nach Art. 287 Abs. 1 lit. d, Abs. 3 SRÜ zur Streitbeilegung angerufen werden können. Daraus folge die Unzuständigkeit des IGH.¹⁵ Die Gerichtswahl erscheint dabei durchaus relevant, weil sich in den letzten Jahren eine abweichende Rechtsprechungslinie von Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichten gegenüber dem IGH in Fragen maritimer Grenzziehungen angedeutet hat.¹⁶

Dem Vortrag Kenias trat Somalia mit einem ähnlichen Argument entgegen. Zwar sei die sachliche Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts für die seerechtliche Streitigkeit grundsätzlich gegeben. Allerdings sei dieses wiederum aufgrund des Art. 282 SRÜ unzuständig. Diese Vorschrift lautet im Wortlaut:

“If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree.”

Danach fehlt es grundsätzlich dann an einer Zuständigkeit nach Kapitel XV des SRÜ, wenn die Streitparteien sich für den Streit unter anderem “auf eine andere Weise” auf ein anderes Streitbeilegungsverfahren geeinigt haben,

¹³ 531 U.N.T.S. 113.

¹⁴ Neben dem hier untersuchten Zuständigkeitseinwand stand überdies ein weiteres Argument in Streit. Dieses betraf ein von Kenia und Somalia abgeschlossenes Memorandum of Understanding (MoU), das die Einschaltung der Kommission zur Begrenzung des Festlandsockels gemäß Art. 76 Abs. 8 SRÜ zur Feststellung der äußeren Grenzen des Festlandsockels der beiden Länder jenseits 200 Seemeilen vorsieht. Die Parteien stritten darüber, ob das MoU die IGH-Zuständigkeit wegen Kenias Vorbehalt in seiner *optional clause*-Unterwerfungserklärung entfallen ließe. Siehe dazu IGH, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), paras. 36-106.

¹⁵ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), paras. 107-110.

¹⁶ Dagegen R. Churchill, *The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1 (2012), 137 (143); dafür M. D. Evans (Anm. 9), 41 (70 ff.).

das auf Antrag einer Partei zu einer bindenden Entscheidung führt. Somalia verwies insoweit auf eine Einigung “auf eine andere Weise” in Gestalt der sich deckenden Unterwerfungserklärungen der Streitparteien nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, also auf die Zuständigkeit des IGH. Mangels Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts könne deshalb in dem SRÜ-Streitbeilegungsverfahren keine Wahl einer anderen Streitbeilegungsmethode im Sinne des Vorbehalts Kenias zur Erklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut liegen.¹⁷

Folglich beriefen sich beide Parteien bemerkenswerterweise auf Vorschriften, die der Sache nach demselben Gedanken folgen: Der Subsidiarität des Streitbeilegungsverfahrens gegenüber einem anderen Verfahren, auf das sich die Parteien geeinigt haben. Auf die in Rede stehenden internationalen Gerichte gemünzt lässt sich die Verfahrenssituation als ein negativer Zuständigkeitskonflikt beschreiben – also eine Situation, in der beide Gerichte grundsätzlich gegenüber dem anderen Gericht auf die eigene Zuständigkeit verzichten. Damit war zu klären, welche Subsidiaritätsbestimmung sich letztlich durchsetzen würde, um einen infiniten Regress der wechselseitigen Verweisung auf die Zuständigkeit des jeweils anderen Gerichts zu vermeiden.

III. Grundlagen der subsidiären Zuständigkeiten von IGH und Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht

Die Analyse dieses negativen Zuständigkeitskonflikts bedarf zunächst einer näheren Aufarbeitung der verfahrensrechtlichen Grundlagen.

1. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und Subsidiaritätsvorbehalte zu Unterwerfungserklärungen

Die Zuständigkeit des IGH konnte in dem vorliegenden Verfahren nur aus sich deckenden Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut (im Folgenden “*optional clause*-Unterwerfungserklärungen”) folgen. Diese Vorschrift ermöglicht Staaten, sich für eine unbestimmte Zahl von zwischenstaatlichen Streitfällen schon vor ihrer Entstehung der Gerichtsbarkeit des IGH zu unterwerfen. Darin liegt die Möglichkeit, eine zwingende Gerichtsbarkeit des IGH zu verwirklichen, die zur Wahrung staatli-

¹⁷ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), paras. 111-114.

cher Souveränität ansonsten im Grundsatz fakultativ ist (sog. Konsensprinzip).¹⁸ Dies geschieht durch Unterwerfungserklärungen der Staaten. Rechtstechnisch stellen diese einseitige Erklärungen dar.¹⁹

Nur eine Minderheit der Staaten hat sich bis dato für eine solche *optional clause*-Unterwerfungserklärung entschieden. Selbst unter diesen ist die Aufnahme eines sog. Vorbehalts²⁰ zur jeweiligen Erklärung verbreitet. Dabei handelt es sich um sachliche Beschränkungen der Unterwerfungserklärungen, etwa auf bestimmte Arten von Streitigkeiten. Die Rechtmäßigkeit des in Rede stehenden Vorbehalts Kenias wird, im Unterschied zu einigen anderen Vorbehaltstypen,²¹ nicht bestritten und ist weit verbreitet.²² Sein Zweck ist vor dem Hintergrund der Dezentralität der Streitbeilegung im Völkerrecht zu erklären. Grundsätzlich können nämlich Staaten für die Bei-

¹⁸ Vgl. bereits *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, Objection to the Jurisdiction of the Court, PCIJ Series A No. 2, 6, 16; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Rechtsgutachten vom 30.3.1950, ICJ Rep. 1950, 65, 71; näher C. Tomuschat, in: A. Zimmermann/K. Oellers-Frahm/C. Tomuschat/C. Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl. 2012, Article 36 para. 19.

¹⁹ Zur Anerkennung als Völkerrechtsquelle siehe *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, ICJ Rep. 1974, 253, paras. 43-46; vgl. International Law Commission, *Conclusions of the International Law Commission Relating to Unilateral Acts of States*, 20.7.2006, A/CN.4/L.703; International Law Commission, *Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations*, with Commentaries thereto, 2006. Sie sind in Harmonie mit Wortsinn und dem vom Staat verfolgten Zweck auszulegen, vgl. *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection, ICJ Rep. 1952, 93, 104; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, ICJ Rep. 1998, 432, paras. 52, 54, 76.

²⁰ Der Begriff des "Vorbehalts" ist dabei rechtlich unpräzise, weil er im Völkervertragsrecht als ein technischer Terminus verwendet wird, siehe Art. 19-23 WVK. Für einseitige Erklärungen sind Vorbehalte nicht erforderlich. Staaten sind völkerrechtlich grundsätzlich nicht darin eingeschränkt, den Anwendungsbereich und die Reichweite von einseitigen Erklärungen als Ausdruck ihrer Souveränität selbst festzulegen, so erstmals bestätigt in *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, ICJ Rep. 1984, 392, para. 59; siehe auch *Case Concerning the Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, ICJ Rep. 2000, 12, paras. 35-46. Deshalb sind "Vorbehalte" in dem hiesigen Kontext lediglich begrenzende Bestimmungen des Tatbestandes einer einseitigen Unterwerfungserklärung.

²¹ Strittig sind etwa sog. *self-judging reservation* oder auch "Connally Amendment", vgl. dazu *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, ICJ Rep. 1957, 34, 43 ff.; *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Separate Opinion of President Schwebel, ICJ Rep. 1998, 470, 470 ff.

²² Mehr als die Hälfte der *optional clause*-Unterwerfungserklärungen enthält einen Vorbehalt ähnlich dem kenianischen, siehe *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 129; vgl. auch Europarat, *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Acceptance of the Jurisdiction of the International Court of Justice*, CM/Rec(2008)8, 2.7.2008, Appendix, Nr. 2 lit. c.

legung von Streitigkeiten beliebig viele verschiedene Beilegungsmethoden schaffen, die mangels ihrer grundsätzlichen Hierarchisierung dann parallel oder nacheinander zur Anwendung kommen können. Dadurch entsteht aber, insbesondere bei parallel angerufenen Gerichten, die Gefahr uneinheitlicher Würdigungen derselben umstrittenen Tatsachen- und Rechtsfragen. Diese können unter Umständen zu sich widersprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen führen. Solche Widersprüche können die Rechtssicherheit und Effektivität der Völkerrechtsordnung mindern.²³ Durch einen Subsidiaritätsvorbehalt wird die Gefahr einer parallelen Zuständigkeit des IGH zu anderen Streitbelegungsverfahren nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut verhindert und zugleich die Dispositionsfreiheit der Staaten gesichert und bestätigt.²⁴

2. Kapitel XV des SRÜ und Verfahrensubsidiarität nach Art. 282 SRÜ

Kenia verteidigte sich wie gezeigt durch einen Verweis auf die Streitbeilegung nach Kapitel XV des SRÜ. Dieses Kapitel enthält ein komplexes Streitbelegungsverfahren, welches die umfangreichen, in einem mühsamen Kompromiss gefundenen, materiellen Seerechtsvorschriften prozessual flankieren sollte. Weil sich die Verhandlungsparteien nicht auf ein einziges Forum mit zwingender Gerichtsbarkeit einigen konnten, sieht Art. 287 Abs. 1 SRÜ die Möglichkeit der einseitigen Wahl unter vier verschiedenen Gerichten durch jede SRÜ-Partei vor. Wie eingangs bereits angedeutet, sind diese Gerichte der IGH, der Internationale Seegerichtshof, sowie zwei *ad hoc*-Schiedsgerichte nach den Regeln des Annex VII oder Annex VIII²⁵ des SRÜ. Soweit sich in einem Streitfall die einseitigen Erklärungen über eine Gerichtswahl der betreffenden Streitparteien decken, ist die jeweilige Zuständigkeit des Spruchkörpers begründet. Finden sich keine übereinstimmenden Erklärungen, ist jedenfalls ein Annex VII-Schiedsgericht zustän-

²³ G. Guillaume (Anm. 4), 862; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 2003, 78 ff.

²⁴ Zur insoweit wichtigen reziproken Wirkung von Unterwerfungserklärungen siehe *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, ICJ Rep. 1957, 9, 23. Allgemein zur Subsidiarität als Ordnungsprinzip M. Jachtenfuchs/N. Krisch, *Subsidiarity in Global Governance*, *Law & Contemp. Probs.* 79 (2016), *Subsidiarity in Global Governance*, 1.

²⁵ Schiedsgerichte nach dem Annex VIII des SRÜ befassen sich nur mit Streitigkeiten über Fischerei, Schutz und Erhalt der Meeresumwelt, Meeresforschung sowie Navigation und setzen sich aus für diese Materien besonders qualifizierten Experten zusammen, siehe Art. 1 und 2 des Annex VIII des SRÜ.

dig.²⁶ In jedem Fall können folglich SRÜ-Vertragsstaaten andere Vertragsstaaten vor einem Annex VII-Schiedsgericht wegen der Verletzung einer Verpflichtung aus oder mit Bezug zu dem SRÜ verklagen. Dies wäre also auch im vorliegenden Streit denkbar gewesen.²⁷

Die zwingende Zuständigkeit eines Gerichts ist im Völkerrecht selten.²⁸ Zur Erreichung eines Kompromisses in den SRÜ-Verhandlungen verständigten sich die Parteien als Ausgleich für diese souveränitätseinschneidende Eigenschaft des Kapitels XV auf zwei Einschränkungen, die auch im vorliegend betrachteten Streitverfahren relevant geworden sind. Erstens sehen Art. 297 ff. SRÜ zwingende und fakultative Bereichsausnahmen vor. Zweitens ordnen die Art. 280-282 SRÜ eine grundsätzliche Subsidiarität der Streitbeilegung nach Kapitel XV des SRÜ an.²⁹ Art. 280 SRÜ formuliert die Grundregel, nach der die SRÜ-Parteien nicht in ihrem Recht beeinträchtigt werden, jederzeit zu vereinbaren, eine zwischen ihnen entstehende Streitigkeit über die Auslegung und Anwendung des SRÜ durch friedliche Mittel eigener Wahl beizulegen. Sie wird konkretisiert durch die Art. 281 und 282 SRÜ. Art. 281 SRÜ adressiert den Fall einer Vereinbarung zwischen den Streitparteien über ein anderes friedliches Streitbeilegungsmittel, das nicht näher typologisch eingegrenzt wird. Die Vorschrift erklärt eine Streitbeilegung nach Kapitel XV nur für anwendbar, wenn eine Beilegung durch das andere Mittel nicht erzielt worden ist und die Vereinbarung zwischen den Parteien ein weiteres Verfahren nicht ausschließt. Der hier entscheidende Art. 282 SRÜ bezieht sich demgegenüber auf eine Streitbeilegungsvereinbarung eines bestimmten Typus: Das vereinbarte andere Streitbeilegungsverfahren muss zu einer bindenden Entscheidung führen. In diesem Fall ordnet

²⁶ Näher *R. Wolfrum*, *The Settlement of Disputes Before the International Tribunal for the Law of the Sea*, *Japanese Yearbook of International Law* 51 (2008), 140 (142 ff.). Eine prägnante und kritische Zusammenfassung der „grandes lignes“ des Kap. XV des SRÜ gibt *L. Caflisch*, *Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques*, *RdC* 288 (2001), 365 f.

²⁷ Weder Kenia noch Somalia haben Erklärungen über eine Wahl eines SRÜ-Tribunals nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ gezeichnet.

²⁸ Zwingende Foren finden sich unter anderem im WTO-Recht und Freihandelsverträgen, siehe *P. C. Mavroidis*, in: *R. Wolfrum/P.-T. Stoll/K. Kaiser*, *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Bd. 2, 2006, Art. 6 DSU paras. 1-2, 49; insbesondere in US- und EU-Freihandelsabkommen auch für den handelsbezogenen Schutz von Arbeitsstandards, siehe *P. Abel*, *Comparative Conclusions on Arbitral Dispute Settlement in Trade-Labour Matters under US FTAs*, in: *H. Gött*, *Labour Standards in International Economic Law*, 2018, 153; im Investitionsschutzrecht, siehe *P.-T. Stoll/T. P. Holterbus/H. Gött*, *Investitionsschutz und Verfassungsrecht*, 2017, 34; oder im regionalen Menschenrechtsschutz in Europa, Amerika und Afrika, siehe *P. Abel*, *Menschenrechtsschutz durch Individualbeschwerdeverfahren. Ein regionaler Vergleich aus historischer, normativer und faktischer Perspektive*, *AVR* 51 (2013), 369 (377 ff.).

²⁹ *Y. Shany* (Anm. 23), 201 ff.

Art. 282 SRÜ an, dass dieses andere Verfahren anstelle des Kapitels XV des SRÜ Anwendung findet, sofern die Streitparteien nichts anderes vereinbaren.³⁰

Wie bereits angedeutet, zeigt sich folglich, dass in dem Streit zwischen Somalia und Kenia der beschriebene negative Zuständigkeitskonflikt aus jeweils ähnlich formulierten Subsidiaritätsvorschriften folgt.

IV. Die Auflösung des negativen Zuständigkeitskonflikts

Was gilt also im Verhältnis von zwei Gerichten, die jeweils nur subsidiär zuständig sind? Ein infinites Regress durch die wechselseitige Verweisung der beiden Subsidiaritätsnormen muss durch Auslegung verhindert werden, um den Vorschriften Sinn und Wirkung zu verleihen. Gleichwohl bietet sich keine Auflösung zugunsten eines der beiden Gerichte offensichtlich an.³¹ Der angerufene IGH löst diesen schwierigen negativen Zuständigkeitskonflikt zugunsten der eigenen Zuständigkeit auf. Er erklärt sich für alleinig zuständig nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und schließt dabei die Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts nach Kapitel XV des SRÜ aufgrund des Art. 282 SRÜ aus.³² Im Sinne des Zwecks der Subsidiaritätsvorschriften findet er damit eine eindeutige Zuständigkeitszuweisung. Im Folgenden werden die möglichen rechtlichen Argumente unter Bezugnahme auf die Begründung des IGH erörtert. Dabei zeigt sich, dass es für die Lösung des IGH in der Tat gute Argumente gibt, letztlich die besseren al-

³⁰ Zu Art. 281 und 282 SRÜ statt aller A. Serdy, in: A. Proelß, United Nations Convention on the Law of the Sea, 2017, Art. 281, Art. 282.

³¹ Eine Klärung des negativen Zuständigkeitskonflikts ergibt sich auch nicht durch Kenias Bereichsausnahmeerklärung vom 24.1.2017 (siehe <<https://treaties.un.org>> [zuletzt aufgerufen 12.9.2017]), die der IGH nicht anspricht. Nach dieser Erklärung schließt Kenia die Zuständigkeit von Gerichten nach Kap. XV des SRÜ für maritime Grenzstreitigkeiten – wie dem vorliegenden Streit – aus. Eine solche Bereichsausnahmeerklärung können SRÜ-Staaten nach Art. 298 Abs. 1 lit. a SRÜ jederzeit erklären. Neben der Frage ihrer Relevanz für das laufende IGH-Verfahren (vgl. Art. 298 Abs. 5 SRÜ, der direkte oder analoge Anwendung finden könnte), würde sich aber jedenfalls derselbe Zuständigkeitskonflikt in lediglich veränderter Gestalt stellen: Denn Art. 298 Abs. 1 lit. a SRÜ verpflichtet die eine Bereichsausnahme erklärenden Staaten zu einem vermittelnden Streitbelegungsverfahren unter Einschaltung eines Dritten (sog. *conciliation* nach Annex V Abschnitt 2 des SRÜ), das bei Scheitern einer gütlichen Einigung im Zweifel erneut die Möglichkeit eines zwingenden Streitbelegungsverfahrens nach Kap. XV des SRÜ eröffnet. Bereits die Verpflichtung zur *conciliation* stellt aber wieder eine Einigung auf ein anderes Streitbelegungsverfahren im Sinne des Vorbehalts Kenias zu ihrer *optional clause*-Unterwerfungserklärung dar.

³² *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), paras. 130, 133.

ledings für eine Zuständigkeit des Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts gesprochen hätten.

1. “Neutralisierende” Interaktion der Subsidiaritätsbestimmungen

Eine zunächst naheliegende Lösung wird – zu Recht – durch den IGH nicht einmal erwähnt: Das Aufeinandertreffen der beiden Subsidiaritätsvorschriften könnte dazu führen, dass sie sich gegenseitig gleichsam “neutralisieren”. Das würde bedeuten, dass die Normen keine Subsidiarität gegenüber einem anderen Streitbeilegungsverfahren anordnen, das sich selbst ebenfalls für subsidiär erklärt. In der Folge wären die beiden Verfahren (nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und nach Kapitel XV SRÜ) im Grundsatz gleichzeitig oder nacheinander parallel anwendbar, wenn nicht das allgemeine Völkerrecht unter bestimmten Umständen eine Zuständigkeit sperrt, etwa über die Grundsätze von *lis pendens* oder *res judicata*.³³ Jedoch verfolgen die Staaten durch die Aufnahme der Subsidiaritätsbestimmungen aber gerade den Zweck, eine Sonderregelung abweichend vom allgemeinen Völkerrecht zu treffen, um die danach wie gezeigt regelmäßig drohende parallele Zuständigkeit von Gerichten zu vermeiden.³⁴ Eine gegenseitige “Neutralisierung” der Subsidiaritätsbestimmungen durch Auslegung wäre deshalb teleologisch kaum überzeugend.

2. Stellung des IGH in Art. 287 SRÜ

a) Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut als Forenwahl nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ

Der IGH setzt sich deshalb zu Recht näher mit der Frage auseinander, wie sich das Kapitel XV des SRÜ zu seerechtlicher Streitbeilegung vor dem IGH verhält. Relevant ist insoweit, dass sich der IGH selbst als wählbares

³³ Näher zu diesen Prinzipien etwa *Y. Shany* (Anm. 23), 218 ff., 245 ff.

³⁴ Vgl. *B. Kingsbury*, Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals A Systemic Problem?, *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 31 (1999), 679 (683 ff.); *K. Oellers-Frahm*, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions, in: *Max Planck UNYB* 5 (2001), 67 (68 ff.); *L. B. de Chazourmes*, Plurality In the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach, *EJIL* 28 (2017), 13 (45).

Gericht in Art. 287 SRÜ findet, Somalia und Kenia also auch über entsprechende Rechtswahlklauseln nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ die Zuständigkeit des IGH hätten begründen können. Diesem Gedanken folgend ließe sich argumentieren, dass in den Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut zugleich eine Forenwahl nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ liegt, und so die Frage nach der Subsidiarität womöglich obsolet würde.

Dem steht jedoch entgegen, dass Somalia und Kenia ihre Unterwerfungserklärungen gerade nur bedingt erklärt haben. Der Subsidiaritätsvorbehalt drückt aus, dass die Staaten nicht uneingeschränkt gegenüber anderen zugleich zuständigen Gerichten eine IGH-Zuständigkeit begründen wollten. Eine klare Forenwahl auch für das SRÜ-Streitbeilegungssystem nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ kann bereits aus diesem Grund darin nicht erkannt werden.

Auch aus systematischen Gründen sind Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut nicht mit einer Forenwahl nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ gleichzusetzen. Die Staaten müssen vielmehr gezielt ihren Willen äußern, eine Erklärung mit Wirkung (auch) für Art. 287 Abs. 1 SRÜ abgeben zu wollen. Nicht zuletzt unterscheiden sich auch die Befugnisse des IGH je nach Verfahrensweg.³⁵ Zu diesem Schluss kommt implizit auch der IGH bei seiner Interpretation von Art. 282 SRÜ. Neben den nicht einschlägigen Möglichkeiten einer solchen Einigung durch völkerrechtlichen Vertrag, erlaubt die Norm auch eine Einigung "auf andere Weise". Zu Recht entscheidet das Gericht unter Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des Art. 282 SRÜ, dass darunter auch sich deckende *optional clause*-Unterwerfungserklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut zu fassen sind.³⁶ Damit behandelt das Gericht diese als Erklärungen, die gerade nicht mit Blick auf das SRÜ abgegeben werden, sondern ebenso wie entsprechende Klauseln in völkerrechtlichen Verträgen außerhalb des SRÜ stehen. Diese Auslegung mündet erneut in die Frage, wie der Subsidiaritätsvorbehalt und damit der mögliche Rückverweis auf Kapitel XV des SRÜ zu behandeln ist.

³⁵ So etwa das Sonderverfahren über die sofortige Freilassung von Schiffen und ihren Besatzungen (sog. *prompt release*-Verfahren) nach Art. 292 SRÜ, welches vor dem IGH nur durch eine Anrufung über das SRÜ zur Verfügung steht, siehe allgemein *D. H. Anderson*, Prompt Release of Vessels and Crews, in: R. Wolfrum, MPEPIL, Mai 2008.

³⁶ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), paras. 122-128; vgl. allerdings die Skepsis sowie weiterführende Gedanken von *Y. Shany* (Anm. 23), 204 ff.

b) Die Systematik der verfügbaren Foren in Art. 287 Abs. 1 SRÜ als Argument zur Zuständigkeitskonfliktlösung

Selbst bei Ablehnung des Bestehens einer förmlichen Rechtswahl nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ ließe sich allerdings unter Umständen aus der Nennung des IGH als eines der vier offenstehenden Foren ein systematischer Schluss für den Zuständigkeitskonflikt ziehen. Etwa zugunsten des IGH, weil das SRÜ den Gerichtshof selbst als wählbares Forum nennt, und deshalb offen für einen Verweis auf dessen Zuständigkeit nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut sein müsste. Oder zulasten des IGH, wie vertreten durch IGH-Richter *Robinson* in seinem Sondervotum. Er entnimmt dem Art. 287 Abs. 1 SRÜ die Wertung, dass der IGH gerade keine prominente Rolle für die Beilegung von internationalen Seerechtsstreitigkeiten spielen sollte: Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 287 SRÜ hätten sich die Staaten schließlich gerade nicht auf eine zwingende Zuständigkeit des IGH verständigen können, sondern stattdessen die Forenwahlmöglichkeit sowie die Reservezuständigkeit des Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts (und gerade nicht des IGH) vereinbart.³⁷ Dies spreche für eine Nachrangigkeit der Zuständigkeit des IGH in dem vorliegenden Verfahren.³⁸

Der IGH macht sich keines dieser Argumente zu eigen. Dem ist zuzustimmen. Erstens folgt dies aus der Stellung des Art. 287 SRÜ im Gefüge des Kapitels XV SRÜ. Art. 287 SRÜ gehört zu Abschnitt 2 des Kapitels XV. Abschnitt 2 findet allerdings nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des Abschnitts 1 erfüllt sind, zu dem auch Art. 282 SRÜ zählt. Art. 287 SRÜ ist also Art. 282 SRÜ nicht nur numerisch, sondern auch in der Vertragssystematik nachgelagert und kann deshalb nicht zu dessen Auslegung herangezogen werden.³⁹ So betont auch Art. 280 SRÜ, dass das Recht der SRÜ-Staaten zur jederzeitigen Einigung auf eine anderweitige Streitbeilegung von den übrigen Vorschriften des Kapitels XV unberührt bleibt. Zweitens ist, wie gezeigt, in Art. 282 SRÜ durch die Möglichkeit einer Einigung "auf andere Weise" den Parteien anheimgestellt, abweichend von Art. 286 SRÜ dem IGH auf Reziprozitätsbasis doch zu einer prominenten Stellung in seevölkerrechtlichen Streitigkeiten zu verhelfen. Der Systematik des Kapitels XV des SRÜ ist deshalb für die vorliegende Konstellation keine Wertung zu entnehmen, die im Zweifel einem der vier wählbaren Foren eine höhere Wichtigkeit beimisst. Sie führt vielmehr zurück zu der Frage, ob die

³⁷ Zur Diskussion um die Rolle des IGH in den Verhandlungen des SRÜ siehe Anm. 26.

³⁸ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, Dissenting Opinion of Judge *Robinson*, ICJ General List No. 161, paras. 34-35.

³⁹ Ähnlich *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 125.

Parteien durch eine Einigung dem IGH eine höhere Bedeutung verschafft haben, als Art. 287 SRÜ als Grundsatzposition definiert.

c) Zusammenfassung

Damit lässt sich festhalten, dass die Nennung des IGH als wählbares Streitbeilegungsforum in Art. 287 Abs. 1 SRÜ den negativen Zuständigkeitskonflikt nicht zu klären vermag, sondern zurückführt zur Frage nach der Ermittlung des Staatenwillens.

3. Entstehungsgeschichte des Art. 282 SRÜ

Angesichts dieser Auslegungsunklarheiten erscheint im Einklang mit Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des Art. 282 SRÜ naheliegend. In dieser findet der IGH eines der tragenden Argumente für die Bejahung seiner eigenen Zuständigkeit.

Der IGH entnimmt den *travaux préparatoires*, dass die SRÜ-Parteien Unterwerfungserklärungen mit Subsidiaritätsvorbehalt von der Grundregel des Art. 282 SRÜ haben ausnehmen wollen. Denn in dem Zeitraum der Dritten Konferenz der Vereinten Nationen zum internationalen Seerecht, bei der das SRÜ verhandelt wurde, habe mehr als die Hälfte der damals existierenden *optional clause*-Unterwerfungserklärungen einen Subsidiaritätsvorbehalt kenianischer Spielart enthalten. Es fänden sich keine Anzeichen, dass die SRÜ-Parteien die Mehrzahl der existierenden Unterwerfungserklärungen von der Grundregel des Art. 282 SRÜ habe ausnehmen wollen.⁴⁰ Diese Grundregel wäre nämlich ansonsten in ihrem Effekt umgekehrt worden, weil in der Mehrheit der Fälle dann doch das SRÜ-Streitbeilegungsverfahren vorrangig gegenüber der Zuständigkeit des IGH gewesen wäre.⁴¹

Diese Begründung kann nicht recht überzeugen, weil die verfügbaren historischen Informationen zur Aufklärung der Auslegungsfrage nicht geeignet sind. Der IGH stellt selbst die Unklarheit der Entstehungsgeschichte des Art. 282 SRÜ für die hier interessierende Frage der *optional clause*-Unterwerfungserklärungen heraus. Methodisch erlaubt die bloß quantitative Verbreitung von diesbezüglichen Subsidiaritätsvorbehalten zur Zeit der

⁴⁰ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 129.

⁴¹ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 130.

Verhandlungen noch keinen Schluss auf einen bestimmten Willen bei der Schaffung des Art. 282 SRÜ. Das Gericht zieht vielmehr aus dem Fehlen einer ausdrücklichen entgegenstehenden Willensäußerung den Schluss einer weiten Auslegung des Art. 282 SRÜ. Die Unterstellung eines solchen impliziten Willens zur Einschränkung des Anwendungsbereichs von Kapitel XV SRÜ steht angesichts des allgemein gehaltenen Wortlauts der Vorschrift argumentativ auf tönernen Füßen.

Ebenso könnte man die Entstehungsgeschichte gerade umgekehrt deuten. Denn der neutrale Wortlaut des Art. 282 SRÜ weist keineswegs darauf hin, dass die Parteien in den Verhandlungen gerade einen bestimmten Typus von Vorbehalten zu *optional clause*-Unterwerfungserklärungen im Blick hatten.⁴² Die fehlenden Hinweise in den *travaux préparatoires* erscheinen vielmehr eher als Indiz dafür, dass die verhandelnden Staaten sich mit solchen Vorbehalten womöglich gar nicht näher auseinandersetzten. Ebenso lässt sich argumentieren, dass die Parteien mit dem SRÜ eine grundlegende Rahmenkonvention verhandelten, die lange bestehen und sich dynamisch weiterentwickeln sollte.⁴³ Zu einer solchen Zukunftsorientierung passt es nicht, eine allgemeine Zuständigkeitsregel wie den Art. 282 SRÜ maßgeblich anhand der damals gegenwärtigen Momentaufnahme bestehender Unterwerfungserklärungen zu interpretieren.

4. Gefahr der Verweigerung von Rechtsschutz (*denial of justice*)

Die Entstehungsgeschichte ist jedoch nicht das einzige Argument, das den IGH zur Bestätigung der eigenen Zuständigkeit führt. In einem kurzen *obiter dictum* stützt der Gerichtshof sein Ergebnis unter Verweis auf das Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) im Fall *Factory at Chorzów* zusätzlich damit, dass die Bestätigung seiner Zuständigkeit die Eröffnung eines internationalen gerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens für den vorliegenden Streit sichert. Würde er seine Zuständigkeit ablehnen, bestünde die Gefahr, dass der Streit letztlich vor gar keinem Gericht verhandelt würde, weil sich die SRÜ-Tribunale aufgrund von Art. 282 SRÜ für unzuständig erklären könnten. Dieses Argument erscheint im Ergebnis

⁴² Ähnlich *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 38), para. 30; *M. Benatar/E. Franckx*, The ICJ's Preliminary Objections Judgment in *Somalia v. Kenya*: Causing Ripples in Law of the Sea Dispute Settlement?, EJIL:Talk, 22.2.2017, <<https://www.ejiltalk.org/>> (letzter Zugriff am 30.6.2017). Vgl. auch *T. Treves*, Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice, N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 31 (1998-1999), 809 (813 ff.).

⁴³ Statt aller *N. Matz-Lück*, in: A. Proelß (Anm. 30), Art. 311 paras. 1-2, 7, 11.

deutlich überzeugender als der Verweis auf die Entstehungsgeschichte, wirft aber zugleich weitere Fragen auf.

a) Der Verweis des IGH auf das Urteil des StIGH in *Chorzów Factory*

Chorzów Factory, die Basis des *denial of justice*-Arguments des IGH, ist eines von mehreren Urteilen des StIGH, in denen sich das Gericht mit Enteignungen deutscher Unternehmen im polnischen Oberschlesien auf Grundlage des Versailler Vertrags⁴⁴ und des Genfer Abkommens zwischen Deutschland und Polen über Oberschlesien von 1922⁴⁵ auseinandersetzt. In diesen Verfahren verfolgte Deutschland das Interesse eines deutschen Unternehmens im Wege des diplomatischen Schutzes gegen Polen mit Klagen vor dem StIGH. Zugleich hatte dieses Unternehmen selbst eine Klage aus demselben Grund vor dem Deutsch-Polnischen Gemischten Schiedsgericht auf Grundlage des Versailler Vertrages erhoben.⁴⁶ In der Zuständigkeitsentscheidung zur Enteignungsentschädigungsklage in *Chorzów Factory* diskutiert der StIGH, ob diese parallele Klage die eigene Zuständigkeit aus Art. 23 Abs. 1 des Genfer Abkommens entfallen lässt.⁴⁷ Dies verneinte der Gerichtshof mit Verweis auf Art. 23 Abs. 2 Genfer Abkommen, nach dem seine Zuständigkeit von der des Deutsch-Polnischen Gemischten Schiedsgerichts unberührt bliebe, sowie zusätzlich mit dem folgenden, hier im Wortlaut wiedergegebenen Argument:

“Whatever construction in other respects the Mixed Arbitral Tribunals have placed or may place upon this article, with which construction the Court wishes in no way to interfere, the Court, when it has to define its jurisdiction in relation to that of another tribunal, cannot allow its own competency to give way unless confronted with a clause which it considers sufficiently clear to prevent the possibility of a negative conflict of jurisdiction involving the danger of a denial of justice.”⁴⁸

⁴⁴ Friedensvertrag zwischen den alliierten und assoziierten Mächten und Deutschland, 225 CTS 188.

⁴⁵ Deutsch-polnisches Abkommen über Oberschlesien, 9 LNTS 466.

⁴⁶ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, PCIJ Series A No. 9, 25-27.

⁴⁷ Daneben stand eine konkurrierende Zuständigkeit des vom Deutsch-Polnischen Gemischten Schiedsgericht zu unterscheidenden Oberschlesischen Schiedsgerichts aus Art. 5 Genfer Abkommen zwischen Deutschland und Polen über Oberschlesien in Rede, dazu *Factory at Chorzów* (Anm. 46), 28.

⁴⁸ *Factory at Chorzów* (Anm. 46), 29 f.

b) Die Übertragung der *Chorzów Factory*-Rechtsprechung

Die Übertragung dieses in *Chorzów Factory* entwickelten Gedankens auf den vorliegenden Fall ist nicht selbstverständlich. Die Anwendung des *denial of justice*-Grundsatzes auf negative Zuständigkeitskonflikte internationaler Gerichte blieb nämlich bisher auf diesen einen Fall des StIGH beschränkt.⁴⁹ In der *Mavrommatis*-Entscheidung hatte der StIGH dagegen dem Grunde nach in einer vergleichbaren Konstellation noch auf den Spezialitätsgedanken abgestellt.⁵⁰

Schon in der *Chorzów Factory*-Entscheidung stand der *denial of justice*-Grundsatz in einem Spannungsverhältnis zum, auch auf die Zuständigkeit des StIGH anwendbaren, Konsensprinzip.⁵¹ Es überwindet nämlich den Zweifel an der genauen souveränen staatlichen Zustimmung zugunsten der Eröffnung der Gerichtszuständigkeit, obwohl eigentlich die Unterwerfung des Staates unter die internationale Gerichtsbarkeit positiv nachzuweisen ist.⁵²

Überdies lässt sich die Übertragbarkeit des *obiter dictum* des StIGH in Frage stellen. Dies folgt aus der mehrdeutigen Verwendung des Begriffs der „*denial of justice*“. Etabliert hat sich dieser als materieller internationaler Schutzstandard gegenüber schwerwiegenden Rechtsschutzmängeln vor nationalen Gerichten im internationalen Fremdenrecht⁵³ sowie Menschenrechts-⁵⁴ und Investitionsschutz.⁵⁵ Der IGH verwendet diesen im vorlie-

⁴⁹ Eine vergleichbare Lösung verfolgte der StIGH allein in dem *Rights of Minorities* Urteil, in dem allerdings lediglich die Zuständigkeit eines anderen politischen Organs, des Völkerbundesrates, in Rede stand, siehe *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools) (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A No. 15, 23.

⁵⁰ Der StIGH musste das Verhältnis von spezielleren Verfahren zur Entschädigungsbestimmung im Protokoll XII zum Vertrag von Lausanne zu der allgemeinen Zuständigkeitsklausel im Palästina-Mandat, die seine Zuständigkeit begründete, klären. Dem Grunde nach hielt er erstere für anwendbar, bejahte seine Zuständigkeit aber dennoch, weil die aufgeworfene Streitfrage über das Protokoll XII zum Vertrag von Lausanne hinausging; siehe *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Anm. 18), 30 f.

⁵¹ Zum Konsensprinzip siehe oben Anm. 18; siehe aber *Y. Shany* (Anm. 23), 233 f.

⁵² So auch durchaus als Problem gesehen in *Factory at Chorzów* (Anm. 46), 32; vgl. *Y. Shany*, *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, 2016, 144 f.

⁵³ *L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, General Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards Vol. IV, 60-66, para. 4; *J. Paulssen*, *Denial of Justice in International Law*, 2005; vgl. auch die vorsichtige Analyse von *Y. Shany* (Anm. 23), 230 ff.

⁵⁴ Vgl. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, ICJ Rep. 1970, 3, para. 91; umfassend *F. Francioni*, *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, in: *F. Francioni*, *Access to Justice as a Human Right*, 2007, 1 (24 ff.).

genden Fall dagegen als prozessuales Prinzip für die gerichtliche Streitbeilegung zwischen Staaten. Einiges spricht jedoch dafür, dass die Entscheidung des StIGH eher als ein Vorläufer der *denial of justice* im ersten Sinn einzuordnen ist. Der StIGH bezweckte nämlich vor allem, deutschen Unternehmen eine internationale Kontrolle der *nationalen* Entscheidungen polnischer Gerichte zu sichern. So bezieht sich der StIGH im Folgesatz der vom IGH zitierten Passage ausdrücklich auf Art. 305 des Versailler Vertrags, der dem Deutsch-Polnischen Gemischten Schiedsgericht eine Zuständigkeit zuweist, nationale Entscheidungen über Entschädigungsfragen auf ihre Vereinbarkeit mit den Schutzbestimmungen des Versailler Vertrages zu überprüfen. Der Schutz solcher Individualinteressen stand jedoch in der vorliegenden, auch materiell rein zwischenstaatlichen Streitigkeit über maritime Staatsgrenzen nicht zur Diskussion. Demnach hat der IGH den Gedanken der Begegnung der Gefahr einer internationalen Rechtsschutzverweigerung nicht bloß wieder aufgegriffen, sondern zugleich fortgebildet, hin zu einem Schutz von Staaten vor einer Verweigerung von *internationalem* Rechtsschutz.

Für die Argumentation des IGH spricht hingegen, dass auch der StIGH in *Chorzów Factory* das Prinzip in einem jedenfalls formell zwischenstaatlichen Streit anwandte. Denn nach der bekannten *Mavrommatis*-Fiktion machte Deutschland die Verletzung eines eigenen Rechts durch Polen in der Person des deutschen Unternehmens geltend.⁵⁶ Das spräche dafür, dass der StIGH das *denial of justice*-Prinzip damals ebenfalls in einem prozessualen Sinn entsprechend der zweiten oben genannten Variante verstanden hatte.⁵⁷ Dann sollte dessen Anwendung nicht von dem streitentscheidenden materiellen Völkerrecht abhängen. Diese Abstraktion zwischen prozessualen und materiellen Fragen hat der IGH etwa in dem Urteil zum Verfahren *Jurisdictional Immunities of the State* für Gesichtspunkte der Staatenimmunität bestätigt.⁵⁸ In dieser Lesart bedeutete das *denial of justice*-Prinzip die objektive Ausprägung eines internationalen Rechtsstaatsgedankens. Danach wird der Richter angehalten, die Durchführung eines der in Frage kommenden internationalen Gerichtsverfahren zu sichern. Dies enthält die rechtliche Wertung, dass das Stattfinden eines internationalen Gerichtsverfahrens

⁵⁵ In der Regel durch das Recht zu *fair and equitable treatment* in internationalen Investitionsschutzverträgen, vgl. etwa *F. Francioni*, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, EJIL 20 (2009), 729 (729 ff.).

⁵⁶ *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Anm. 18), 12.

⁵⁷ So auch *A. V. Lowe*, Overlapping Jurisdiction in International Tribunals, Austr. Yb. Int'l L. 20 (1999), 197.

⁵⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, Judgment, ICJ Rep. 2012, 99, paras. 93, 98-104.

wünschenswert ist.⁵⁹ Zugleich wird verhindert, dass im Vergleich zur Verfügbarkeit nur eines Gerichts die potenzielle Zuständigkeit mehrerer Foren zu einer effektiven Einschränkung internationalen Rechtsschutzes führt, obwohl in der Mehrzahl verfügbarer Gerichtsverfahren eigentlich eine Aussage für eine stärkere internationale gerichtliche Streitbeilegung liegt. Dies würde für die Übertragungsfähigkeit der Erwägungen des StIGH in *Chorzów Factory* auf das vorliegende Verfahren sprechen.

c) Die sachliche Angemessenheit der Anwendung des *denial of justice*-Prinzips auf die Subsidiaritätsvorschriften

Auch mit Blick auf die sinngerechte Auslegung der in Rede stehenden Subsidiaritätsvorschriften ist die Anwendung des *denial of justice*-Grundsatzes nicht ohne Zweifel.

Einerseits erreicht der IGH durch dessen Anwendung ein sachgerechtes Ergebnis, das den Zwecken der Subsidiaritätsvorschriften Rechnung trägt. Denn die Anordnung von Subsidiarität enthält den Gedanken, dass zumindest eines der in Frage kommenden Streitbeilegungsforen zur Lösung des Rechtsstreits berufen werden soll. Angesichts der bereits aufgezeigten Schwierigkeit des aufgeworfenen negativen Zuständigkeitskonflikts ist es alles andere als sicher, dass ein Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht seine Zuständigkeit bei Anrufung bejahen würde. Der IGH stellt hier demnach pragmatisch diesen Staatenwillen sicher, weil das Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht das Zuständigkeitsurteil des IGH als *res judicata* behandeln muss.⁶⁰ Insoweit hätte das Argument durchaus als ein tragendes in der Entscheidung fungieren können.

Andererseits hätte hypothetisch auch ein Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht folgerichtig denselben Grundsatz anwenden, und die eigene Zuständigkeit bejahen müssen, wenn es anstelle des IGH angerufen worden wäre. Denn die Unsicherheit über die Eröffnung einer internationalen gerichtlichen Zu-

⁵⁹ Vgl. A. V. Lowe (Anm. 57), 197.

⁶⁰ Zuständigkeitsurteile des IGH entfalten *res judicata*-Wirkung gemäß Art. 59, 60 IGH-Statut, jedenfalls soweit sie ausdrücklich eine Zuständigkeitsfrage entscheiden und die weiteren allgemeinen Voraussetzungen des *res judicata*-Prinzips erfüllt sind, siehe *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Rep. 2007, 43, paras. 133, 135-136; B. Cheng, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, 1953, 355 f.; C. Brown, in: A. Zimmermann/K. Oellers-Frahm/C. Tomuschat/C. Tams (Anm. 18), Article 59 para. 33; kritisch Y. Shany (Anm. 52), 79 ff.; vgl. zu den weiterführenden Kontroversen etwa S. Wittich, Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case, EJIL 18 (2007), 591 (599 ff.).

ständigkeit würde sich aus seiner Warte in demselben Maße stellen. In der Folge liefe dies auf ein Prioritätsprinzip hinaus: Danach würde das zeitlich zuerst angerufene Forum seine Zuständigkeit bejahen, während sich das zeitlich als zweites adressierte Forum für unzuständig erklären müsste.

Eine solche Lösung scheint aber dem Zweck der Subsidiaritätsvorschriften nicht vollends zu entsprechen. Denn ihnen fehlt gerade das dem Prioritätsprinzip innewohnende temporale Element. Sie stellen nämlich nicht darauf ab, ob die Streitparteien ein anderes Streitbelegungsverfahren tatsächlich bereits betreiben oder betrieben haben. Vielmehr ist die *bloße Einigung* auf ein anderes Verfahren entscheidend. Damit geben die Subsidiaritätsbestimmungen zu erkennen, eine eindeutige Forenwahl bereits vor einer Einleitung eines Streitbelegungsverfahrens durch eine Partei festlegen zu wollen.⁶¹ Das bedeutet, keine Streitpartei soll durch ihre einseitige Initiative das Streitbelegungsverfahren unter mehreren in Frage kommenden festlegen können. Darin liegt ein Ordnungsgedanke, der nur schwerlich mit dem Prioritätsprinzip vereinbar ist, welches die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Forums durch die *einseitige* Initiative des Klägers begründet.

Überdies hätte der IGH das Verfahren auch vorübergehend aussetzen können, um die Anrufung eines anderen Gerichts zu ermöglichen. Das hätte die Realisierung eines negativen Zuständigkeitskonflikts und damit die Gefahr einer *denial of justice* gebannt. Eine solche elegante Lösung wählte das Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht mit Blick auf eine mögliche ausschließliche Zuständigkeit des EuGH im Fall *MOX Plant*.⁶²

d) Zusammenfassung

Insgesamt verfolgt der IGH mit seinem Verweis auf die Beseitigung der Gefahr einer Verweigerung internationalen Rechtsschutzes einen pragmatischen Ansatz, der für den vorliegenden Fall eine gerichtliche Klärung sichert und damit im Ergebnis im grundsätzlichen Einklang mit den Zwecken dieser Klauseln steht. Allerdings wirkt das auf den ersten Blick überzeugende Argument bei näherem Hinsehen zumindest Zweifel auf. Erstens über

⁶¹ Vgl. R. Dupuy/D. Vignes, A Handbook on the New Law of the Sea, Bd. 2, 1991, 1343.

⁶² Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht, *Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea (Ireland v. United Kingdom)* (Anm. 6), paras. 20-30. Eine solche Lösung halten – in Kritik der Vorgehensweise des StIGH in *Chorzów Factory* – ebenfalls für vorzugswürdig J. Finke, Die Parallelität internationaler Streitbelegungsmechanismen, 2004, 348; G. Gaja, in: A. Zimmermann/K. Oellers-Frahm/C. Tomuschat/C. Tams (Anm. 18), Article 36 para. 3; A. V. Lowe (Anm. 57), 197.

die Rolle staatlicher Souveränität in der internationalen Streitbeilegung, auf deren systemische Implikationen noch genauer eingegangen wird. Zweitens mit Blick auf eine dadurch faktisch herbeigeführte Prioritätslösung, die dem Ordnungsgedanken der Souveränitätsvorschriften nicht vollends entspricht.

5. Anwendung von Normenkonfliktlösungsprinzipien: *lex posterior* und *lex specialis*

Einen anderen Ordnungsgedanken zur Lösung des negativen Zuständigkeitskonflikts hatten die Parteien im Verfahren diskutiert: Die Anwendung des *lex posterior*- oder *lex specialis*-Grundsatzes.⁶³

Das Gericht lehnt ihre Anwendung in knapper Form ab. Es verweist darauf, dass Kenias Vorbehalt nach seinem Wortlaut nicht darauf abstelle, ob das von den Parteien gewählte andere Streitbeilegungsverfahren spezieller gegenüber einem Verfahren vor dem IGH sei.⁶⁴ Ebenfalls beziehe der Vorbehalt ausdrücklich vergangene und zukünftige Einigungen auf ein anderes Streitbeilegungsverfahren ein und schließe damit auch die Anwendung des *lex posterior*-Grundsatzes aus.⁶⁵ Während dem IGH in der Ablehnung der Anwendung des *lex posterior*-Grundsatzes zuzustimmen ist, gilt dasselbe nicht unbedingt für den *lex specialis*-Grundsatz. Für dessen Anwendung sprechen vielmehr gute Argumente, die dann zu einer Zuständigkeit des Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts geführt hätten.

a) Grundlagen der *lex specialis*- und *lex posterior*-Grundsätze

Dies erfordert zunächst eine nähere Beleuchtung dieser Grundsätze. Bei beiden handelt es sich um Normenkonfliktvorschriften, die im Völkerrecht anerkannt, jedoch in ihrer Rechtsnatur und ihren Anwendungsvoraussetzungen seit langem umstritten sind.⁶⁶ Sie betreffen Fälle, in denen Völker-

⁶³ Vgl. IGH, Public sitting held on Monday 19.9.2016, at 10 a.m., at the Peace Palace, President *Abraham* presiding, in the case concerning *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, Verbatim Record, CR 2016/10, 19 f., 26, 54 ff.

⁶⁴ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 120.

⁶⁵ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 8), para. 120.

⁶⁶ Zur allgemeinen Bedeutung und Anerkennung des Grundsatzes *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Anm. 18), 30 f.; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Rep. 1996, 226, para. 25; International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Re-

rechtsnormen, gerichtet an dasselbe Subjekt für denselben Sachverhalt sich widersprechende Rechtsfolgen anordnen.⁶⁷ Ebenso werden sie zum Teil auch auf Konstellationen angewendet, in denen zwei Völkerrechtsnormen lediglich in einem wertungsmäßigen Spannungsverhältnis stehen, und sich widersprechende oder unerwünschte Rechtsfolgen lediglich in der Zukunft möglich sind.⁶⁸ Die Einordnung ihrer Wirkungsweise ist uneinheitlich: Zum Teil werden sie auf Ebene der Auslegung von Normen herangezogen, die sich zu widersprechen drohen, also eigentlich zur Vermeidung eines Normkonfliktes; zum Teil hingegen erst nach einer solchen gescheiterten Normkonfliktvermeidung als Regeln zur Nichtanwendung einer der beiden konfligierenden Normen.⁶⁹

Einigkeit besteht allerdings darüber, dass die *lex posterior*- und *lex specialis*-Prinzipien ihre Basis und Grenzen in den Grundsätzen der Völkerrechtssetzung und -bindung finden: also der Vertragsfreiheit der Staaten, *pacta sunt servanda* sowie *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.⁷⁰ Daraus folgt insbesondere, dass Staaten ein relatives Vorrangverhältnis zwischen Normen verschiedener völkerrechtlicher Verträge auch durch sog. ausdrückliche vertragliche Normenkonfliktvorschriften niederschreiben können. Für den *lex posterior*-Grundsatz findet sich diese Möglichkeit ausdrücklich in Art. 30 Abs. 2 WVK.⁷¹ Verbreitet ist etwa die Formulierung in Vertragstexten, dass Regelungen eines früheren völkerrechtlichen Vertrages zwischen den Ver-

port of the Study Group of the International Law Commission, 13.4.2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, paras. 56-122; J. Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, 422 ff. Zur Strittigkeit siehe insbes. E. Vranes, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”, ZaöRV 65 (2005), 391 (392 ff.), der im staatsrechtlichen, völkerrechtlichen und methodologischen Schrifttum über zehn verschiedene Auffassungen über ihre Rechtsnatur findet.

⁶⁷ Auch bezeichnet als Normenkonflikt im engeren Sinne, siehe W. Jenks, The Conflict of Law-Making Treaties, BYIL 30 (1953), 401 (426); J. Pauwelyn (Anm. 66), 166 f.

⁶⁸ Solche Konstellationen lassen sich als Normenkonflikt im weiteren Sinne beschreiben, vgl. J. Pauwelyn (Anm. 66), 167 f.; vgl. die Situationen “potentieller” oder “latenter” Normenkonflikte beschrieben von H. Lauterpacht, The Covenant as the “Higher Law”, BYIL 17 (1936), 54 (58).

⁶⁹ Instruktiv am Beispiel des Verhältnisses von humanitärem Völkerrecht und internationalen Menschenrechten M. Milanović, Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law, in: O. Ben-Naftali, International Humanitarian Law and International Human Rights Law, 2011, 95 (99 ff.).

⁷⁰ J. Pauwelyn (Anm. 66), 327 f., 388.

⁷¹ International Law Commission (Anm. 66), paras. 269-271; J. Pauwelyn (Anm. 66), 328 ff.

tragsparteien ihre Geltung verlieren, sobald der vorliegende Vertrag in Kraft tritt.⁷²

b) Die Subsidiaritätsbestimmungen als ausdrückliche vertragliche Normenkonfliktvorschriften

Demgemäß lassen sich die hier betrachteten Subsidiaritätsbestimmungen als ausdrückliche vertragliche Normenkonfliktvorschriften verstehen. Denn sie adressieren den Konflikt zwischen zwei zuständigkeitsbegründenden Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsquellen, der ansonsten zu der unerwünschten Folge paralleler Gerichtszuständigkeiten führen würde.⁷³ Die Vorschriften wählen die Subsidiarität als Prinzip zur Auflösung eines solchen Konflikts prozessualer Normen.⁷⁴

Auf Basis der bisherigen Analyse lässt sich die vorliegende Konstellation deshalb beschreiben als das Aufeinandertreffen von Normenkonfliktvorschriften, welches keiner eindeutigen, zweckgerechten Auflösung zugänglich ist. Im Schrifttum wird ein solcher Fall als ein Sonderproblem des Völkervertragsrechts eingeordnet, welches durch einen Rückgriff auf den *lex specialis-* oder *lex posterior-*Grundsatz zu lösen sei.⁷⁵ Das würde in der Anwendung auf den vorliegenden negativen Zuständigkeitskonflikt bedeuten: Die Subsidiaritätsbestimmungen sind so anzuwenden, dass entweder das speziellere oder das später wirksam gewordene Streitbeilegungsverfahren Anwendung findet. Aber wäre dieser Ansatz auch auf den Staatenwillen –

⁷² So etwa in vielen Freihandelsverträgen im Verhältnis zu früheren, enger gefassten wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen, siehe etwa Art. 30.8 CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement); siehe auch *J. Pawwelyn* (Anm. 66), 331 f.

⁷³ Zur Einstufung von Zuständigkeitskonflikten als Normenkonflikte und -konkurrenzen *J. Finke* (Anm. 62), 158 ff.; vgl. auch *R. Wolfrum*, Konkurrierende Zuständigkeiten internationaler Streitentscheidungsinstanzen, in: N. Ando/E. McWhinney/R. Wolfrum (Anm. 12), 651 (656 ff.); *L. B. de Chazournes* (Anm. 34), 46.

⁷⁴ Für Beispiele der Anwendung von prozessualen Normkonfliktvorschriften nach dem *lex specialis-*Grundsatz siehe etwa Schiedsgericht nach Art. 320 des Vertrages von Saint Germain vom 10.9.1919, *Affaire des chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Unterdrauburg-Woellan*, Reports of International Arbitral Awards 1934, Bd. III, 1795-1815 (1803); *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Anm. 18), 30 f.; *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*, PCIJ Series B No. 14, 23; näher *A. V. Lowe* (Anm. 57), 195 und Fn. 6.

⁷⁵ *J. Finke* (Anm. 62), 169 f.; *N. Matz-Lück*, Conflicts between Treaties, in: R. Wolfrum, MPEPIL, Dezember 2010, para. 24; *K. Odendahl*, Article 30. Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 30 para. 19.

der Grundlage der Anwendung beider Prinzipien – rückführbar, und welches Prinzip wäre sachgerecht?

aa) *Lex posterior*-Grundsatz

Wie bereits angedeutet ist aufgrund des Parteiwillens die Anwendung des *lex posterior*-Grundsatzes in Übereinstimmung mit dem IGH abzulehnen. Denn auch hier gilt zu beachten, dass der Vorbehalt Kenias sich durch die Bezugnahme auf vergangene und zukünftige Einigungen auf ein anderes Streitbeilegungsverfahren gerade ausdrücklich von einer temporalen Abgrenzung löst.⁷⁶ Dasselbe trifft im Übrigen auf das SRÜ zu. Zwar deutet der Wortlaut des Art. 282 SRÜ darauf, dass die Vorschrift nur gegenüber früheren Vereinbarungen gilt. Art. 282 SRÜ ist jedoch im Lichte des Art. 280 SRÜ zu lesen, welcher SRÜ-Parteien gerade jederzeit abweichende Streitbeilegungsvereinbarungen erlaubt.⁷⁷

Damit wollten die Staaten vermeiden, dass die Breite der jeweiligen gerichtlichen Zuständigkeit von dem letztlich als zufällig erachteten Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bzw. des Inkrafttretens des SRÜ abhängt – vielmehr wollten sie eine allgemein offenstehende “Reservezuständigkeit” schaffen. Damit entspricht es gerade nicht dem Willen der erklärenden Staaten, eine temporale Normenkonfliktlösung zu treffen. Es erscheint deshalb nicht angebracht, entgegen dem erkennbaren Staatenwillen auf den *lex posterior*-Grundsatz zurückzugreifen, um das Aufeinandertreffen der Normenkonfliktvorschriften aufzulösen.⁷⁸

bb) *Lex specialis*-Grundsatz

Etwas anderes gilt möglicherweise für den *lex specialis*-Grundsatz. Zwar ist dem IGH recht zu geben, dass dem kenianischen Vorbehalt ein *lex specialis*-Grundsatz nicht ausdrücklich zu entnehmen ist. Dies gilt auch für Art. 282 SRÜ. Beide Vorschriften stellen lediglich auf die konsensuale Wahl eines anderen Verfahrens durch die Parteien ab und verhalten sich nicht dazu, ob dieses andere Verfahren etwa dem Zuständigkeitsumfang nach spezieller zu sein habe.

⁷⁶ Siehe Anm. 65.

⁷⁷ Der Wortlaut von Art. 280 SRÜ lautet: “Nothing in this Part impairs the right of any States Parties to agree at any time to settle a dispute between them concerning the interpretation or application of this Convention by any peaceful means of their own choice.”, Hervorhebung hinzugefügt. Ebenso A. Serdy (Anm. 30), Art. 282 para. 6.

⁷⁸ So auch J. Pawwelyn (Anm. 66), 378 f., 408; N. Matz, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge, 2005, 332.

Allerdings haben die Staaten – im Gegensatz zum *lex posterior*-Grundsatz – die Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Im Vergleich zur Lösung des IGH scheint die Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes ebenfalls näher am Parteiwillen zu liegen, weil er eine *ex ante*-Bestimmung der Anwendbarkeit eines Streitbeilegungsverfahrens erlaubt, ohne dass eine Partei durch einseitige Initiative den einschlägigen Verfahrensweg bestimmen könnte. Eine allgemeine Reservezuständigkeit würde begründet ohne eine letztlich zufällige zeitliche Aufteilung zu treffen. Ebenfalls wird die parallele Anwendbarkeit von Streitbeilegungsverfahren und damit potenziell konfligierender Gerichtsentscheidungen im Einklang mit dem Zweck beider Subsidiaritätsbestimmungen verhindert. Denn das Urteil des IGH über die eigene Unzuständigkeit müsste das Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht bei einer Anrufung durch die Parteien in derselben Sache als *res judicata* behandeln, sodass Art. 282 SRÜ insoweit keine Anwendung fände.⁷⁹ Weil sich demnach keine ausdrücklichen gegenteiligen Anhaltspunkte finden, scheint es denkbar, zur Auflösung der aufeinanderstehenden Normenkonfliktvorschriften auf den *lex specialis*-Gedanken zurückzugreifen.

Nun ist zuzugeben, dass auch diese Lösung nicht eindeutig ist. So ließe sich entgegen, dass bereits das Schweigen der Subsidiaritätsbestimmungen über jedwede Art von Spezialität der Streitbeilegung genügt, um eine Ablehnung des *lex specialis*-Gedankens festzustellen. Dennoch liegt in der Anwendung dieses Grundsatzes wohl die beste Annäherung an den Staatwillen, weil er die Ordnungsvorstellung der Subsidiaritätsbestimmungen aus den genannten Gründen am stärksten zur Geltung bringt.

c) Die Bestimmung des spezielleren Forums

Doch die Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes wirft die Folgefrage auf, welches Streitbeilegungsverfahren das Speziellere darstellt. Diese Bestimmung ist schwierig. Es gibt nämlich keine klaren Maßstäbe für die Beurteilung von Allgemeinheit und Spezialität.⁸⁰ Um diese Unterscheidung sinnvoll zu treffen, erscheint eine Rückbesinnung auf die Gründe für den

⁷⁹ Zur *res judicata*-Wirkung von Zuständigkeitsurteilen des IGH siehe oben Anm. 60; hingegen kann die implizite Entscheidung des IGH, das Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht sei zuständig, bereits wegen der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts an dieser Wirkung nicht teilhaben.

⁸⁰ So auch International Law Commission (Anm. 66), paras. 116-118; insoweit kritisch in Bezug auf gerichtliche Zuständigkeitskonflikte, allerdings abseits der Sondersituation sich widersprechender ausdrücklicher Zuständigkeitsklauseln, J. Finke (Anm. 62), 335.

Satz des Vorrangs einer speziellen gegenüber einer generelleren Norm sinnvoll. Schon *Grotius* führte insoweit die größere Sachnähe und höhere typische Regulierungseffektivität der spezielleren Norm an.⁸¹ Übertragen auf die in Rede stehenden Streitbeilegungsverfahren erscheint das Kapitel XV des SRÜ sachnäher, weil es eigens von den Vertragsparteien für die Lösung von seevölkerrechtlichen Streitigkeiten geschaffen wurde. Damit übereinstimmend haben Gerichte nach Kapitel XV eine sachliche Zuständigkeit nur für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des SRÜ oder mit Bezug zum SRÜ. Dagegen ist der IGH, angerufen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, grundsätzlich für Streitigkeiten über alle Fragen des Völkerrechts zuständig. Zudem schufen die Parteien in Kapitel XV des SRÜ besondere prozessuale und institutionelle Merkmale wie etwa das *prompt-release* Verfahren (Art. 292 SRÜ) oder *ad hoc*-Kammern des Internationalen Seegerichtshofs (Art. 15 International Tribunal for the Law of the Sea [ITLOS]-Statut⁸²), die speziell auf seevölkerrechtliche Herausforderungen zugeschnitten sind.⁸³ Daraus folgt – bei typisierender Betrachtung – nicht nur eine größere Sachnähe, sondern auch eine tendenziell höhere Effektivität der Lösung von Streitigkeiten, weil Spezifika seerechtlicher Streitigkeiten antizipiert werden. Deshalb spricht vieles dafür, das Kapitel XV des SRÜ als das speziellere Streitbeilegungsverfahren in der vorliegenden Streitigkeit aufzufassen.⁸⁴

d) Die Vorzugswürdigkeit der *lex specialis*-Lösung

Gute Gründe sprechen dafür, entgegen der Argumentation des IGH das Aufeinandertreffen der Subsidiaritätsbestimmungen als einen völkervertragsrechtlichen Spezialfall zu verstehen: Sie stellen sich aufeinander beziehende ausdrückliche Normenkonfliktlösungsvorschriften dar, die sich nicht zu einem sinnvollen Ergebnis auflösen lassen. Es erscheint sachgerecht, in solchen Fällen auf die allgemeinen Grundsätze von *lex specialis* oder *lex posterior* zurückzugreifen, soweit ihre Anwendung nicht dem erkennbaren

⁸¹ *H. Grotius*, *De Jure belli ac pacis*, 1625, Buch 2, Kap. XVI, Abschnitt XXIX; siehe auch International Law Commission (Anm. 66), para. 60; vgl. auch die Methode zur Feststellung von Spezialität von *J. Pauwelyn* (Anm. 66), 389.

⁸² Annex VI des SRÜ, Statut des Internationalen Seegerichtshofs.

⁸³ Zu Fragen der Spezialität sowie zu den verfahrensrechtlichen und institutionellen Besonderheiten des Kap. XV des SRÜ, insbesondere des Internationalen Seegerichtshofs, siehe etwa *R. Wolfrum* (Anm. 26), 148 ff., 161 ff.

⁸⁴ Ähnlich *N. Klein*, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, 2004, 44.

Willen der jeweiligen erklärenden Staaten widerspricht. Ein solcher Widerspruch ist in Übereinstimmung mit dem IGH bei dem *lex posterior*-Grundsatz festzustellen. Derartige Bedenken scheinen jedoch weniger gegenüber dem *lex specialis*-Grundsatz durchzugreifen. Denn gegenüber diesem verhalten sich die Subsidiaritätsbestimmungen nicht ausdrücklich. Seine Anwendung erscheint deshalb völkervertragsrechtlich durchaus möglich und würde besser den Willen der Staaten abbilden, *ex ante* ein Streitbeilegungsforum zu bestimmen, ohne dies von der Initiative der klagenden Partei abhängig zu machen. In der Konsequenz hätte dieser Ansatz zur Unzuständigkeit des IGH und zur Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts geführt.

6. Zusammenfassung

Konfrontiert mit dem schwierigen negativen Zuständigkeitskonflikt, bejaht der IGH die eigene Zuständigkeit und schließt dabei zugleich die Kompetenz eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts aus. Darin liegt im Ergebnis eine pragmatische Lösung, die aber dogmatische Zweifel aufwirft. Am ehesten überzeugt insoweit das Argument der Vermeidung einer Gefahr der *denial of justice*. Allerdings hätten die besseren Gründe wohl für einen Rückgriff auf den *lex specialis*-Grundsatz gesprochen. Dadurch wäre der Gedanke der Subsidiaritätsbestimmungen widergespiegelt worden, *ex ante* ein Streitbeilegungsforum zu bestimmen, ohne dies von der Initiative der klagenden Partei abhängig zu machen. Diese Lösung hätte im Unterschied zur Entscheidung des IGH die Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts zur Folge gehabt.

V. Bedeutung des *Maritime Delimitation*-Urteils für die Streitbeilegung im Völkerrecht

Unabhängig von der Frage, ob der IGH die aufgeworfene verfahrensrechtliche Sonderkonstellation überzeugend gelöst hat, folgen aus seinem Urteil allgemeine Implikationen für die internationale Streitbeilegung. Denn es setzt sich exemplarisch mit der Lösung eines Zuständigkeitskonflikts mit einem Gericht eines völkerrechtlichen Sonderregimes auseinander, dem Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht.

Darin wird zunächst die eingangs eingeführte Diskussion um die Bedeutung des Kapitels XV des SRÜ im Kosmos der internationalen Streitbeile-

gung aktuell. Tatsächlich scheint das Urteil des IGH einen älteren, problematischen Rechtsprechungsstrang wieder aufzunehmen. In der Sache folgt er nämlich dem ersten Urteil eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts im Fall *Southern Bluefin Tuna*, welches den Zuständigkeitsbereich der Gerichte nach Kapitel XV des SRÜ äußerst eng verstand. Dies begründet die Gefahr, dass diese als relevante Streitbeilegungsforen an Bedeutung verlieren (1.).

Die Bedeutung der Entscheidung aus der Sicht der internationalen Streitbeilegung als Ganzes lässt sich hingegen in verschiedener Weise interpretieren. Einerseits führt die Anwendung und Anerkennung eines zwischenstaatlich wirkenden *denial of justice*-Grundsatzes zu einer Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit. Darin ließe sich ein Schritt zur Konstitutionalisierung der völkerrechtlichen Streitbeilegung durch eine Stärkung ihrer Verrechtlichung sehen. Andererseits ist aus demselben Blickwinkel der Fokus des IGH auf die Begründung der eigenen Zuständigkeit kritikwürdig. Darin verpasst der IGH die Gelegenheit, einen Beitrag zu einer Konstitutionalisierung der von institutioneller Pluralität geprägten gerichtlichen Streitbeilegung im Völkerrecht in Form ihrer Koordinierung nach Ordnungsprinzipien (2.) zu leisten.

1. Gefahr einer Abwertung der SRÜ-Streitbeilegung

Das Urteil des IGH gefährdet die Bedeutung des SRÜ-Streitbeilegungsverfahrens. Die Rolle eines Streitbeilegungsverfahrens und seiner Institutionen bestimmt sich nämlich naturgemäß nicht allein aus seiner normtextlichen Grundlage. So musste sich Kapitel XV des SRÜ, wie andere internationale Streitbeilegungsverfahren und -institutionen, in der Praxis erst etablieren und den eigenen Wirkungs- oder Einflussbereich abstecken. In einem kontinuierlichen Prozess muss es diesen immer wieder neu behaupten und aktualisieren.⁸⁵

Das folgt zum einen – in einer realistischen Perspektive – aus einem Verständnis von internationalen Gerichten als Akteure, deren Rechtsdurchsetzungspotenzial in einer dezentralen, auf souveräner Gleichheit beruhenden Völkerrechtsordnung auf Akzeptanz durch die Staaten beruht.⁸⁶ Zum anderen sind die verfahrensrechtlichen Normen interpretationsbedürftig und können in der Praxis einschränkend oder ausweitend ausgelegt werden. Ge-

⁸⁵ Vgl. zur sukzessiven Etablierung der regionalen Menschenrechtsgerichte etwa *P. Abel*, Menschenrechtsschutz (Anm. 28), 370 ff.

⁸⁶ So etwa zur Legitimität der Rechtssetzung durch internationale Gerichte *A. Boyle/C. Chinkin*, *The Making of International Law*, 2007, 300 ff.

rade die Vorschriften des Kapitels XV des SRÜ sind in erheblicher Weise unterschiedlichen Auslegungen zugänglich. Ihre teilweise Unbestimmtheit erlaubte es erst, einen konsensfähigen Kompromiss für eine möglichst breite Ratifikation des SRÜ herbeizuführen.⁸⁷ Deshalb mussten sich die Bedeutung, die Rolle und das konkrete Anwendungsfeld von Kapitel XV SRÜ erst in der staatlichen und gerichtlichen Praxis herausstellen.

Diese Praxis verzeichnet in den letzten Jahren eine zunehmende Aktivität der SRÜ-Streitbeilegung, die sich als Bedeutungszunahme des Kapitels XV einordnen lässt. Die Spruchpraxis der SRÜ-Gerichte der letzten Jahre hat dabei ein tendenziell weites Verständnis ihrer Zuständigkeitsvoraussetzungen angelegt. Dazu zu zählen ist insbesondere das Verfahren zum Südchinesischen Meer vor einem Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht. Unter Protest Chinas bejahte es die eigene Zuständigkeit trotz möglicher implizit aufgeworfener Vorfragen von Souveränität über Inseln im Südchinesischen Meer, die nicht zur sachlichen Zuständigkeit nach Kapitel XV des SRÜ gehören.⁸⁸ Überdies deuteten Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichte und der Internationale Seegerichtshof auch eine gewisse inhaltliche Emanzipation von der Rechtsprechung des IGH an.⁸⁹

Die vorliegende Entscheidung des IGH wirkt dieser Entwicklung entgegen. Sie folgt in der Sache einem restriktiven Verständnis des Kapitels XV des SRÜ, das vor allem in den Anfangsjahren des SRÜ präsent war. Insbesondere erinnert das Urteil an die kontroverse Entscheidung des Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts im Fall *Southern Bluefin Tuna*. In dieser Entscheidung formulierte das Schiedsgericht die problematische grundlegende Aussage, dass das Kapitel XV des SRÜ wegen seiner Einschränkungen und Flexibilisierungsklauseln keinen umfassenden Streitbeilegungsmechanismus für das Seerecht begründe.⁹⁰ Auf dieser Basis verneinte das Schiedsgericht damals aufgrund von Art. 281 SRÜ seine Zuständigkeit. Es unterstellte in dem Fall eine implizite Abbedingung der SRÜ-Streitbeilegung durch speziellere Seerechtsverträge wie die Konvention über die Erhaltung von Südl-

⁸⁷ Vgl. S. Wasum-Rainer/D. Schlegel, *The UNCLOS Dispute Settlement System – Between Hamburg and The Hague*, GYIL 48 (2005), 187 (194 ff.).

⁸⁸ Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht, *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, PCA Case No. 2013-19, Award, 12.7.2016; näher dazu S. Talmon, *The South China Sea Arbitration*, 2014; A. Tzanakopoulos, *Resolving Disputes Over the South China Sea Under the Compulsory Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea*, Oxford Legal Studies Research Paper 31/2016, *Soochow Law Journal* 14 (2017), 119 ff.

⁸⁹ Siehe Anm. 16.

⁹⁰ Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht, *Southern Bluefin Tuna Case* (Anm. 7), 1, paras. 60-64.

chem Blauflossen-Thun von 1993⁹¹ – und dies ohne ausdrücklichen Anhaltspunkt in deren Streitbeilegungsklauseln.⁹²

Obwohl sich diese sehr restriktive Sicht auf das SRÜ in späteren Entscheidungen zur Auslegung von Art. 282 SRÜ nicht wiederfindet,⁹³ klingt sie in der vorliegenden Entscheidung des IGH nun erneut an: Auch der IGH versteht den Anwendungsbereich des Kapitels XV des SRÜ im Zweifel eng. Dabei ist auffällig, dass im Unterschied zu *Southern Bluefin Tuna* die Spezialitätsverhältnisse umgekehrt sind. Denn in der Entscheidung des IGH setzte sich das Forum mit der allgemeineren sachlichen Zuständigkeit durch.⁹⁴ Die Rolle der SRÜ-Streitbeilegung scheint in der Zusammenschau dieser beiden Entscheidungen besonders prekär.

2. Der Einfluss des Urteils auf die Konstitutionalisierung der internationalen Streitbeilegung

Steht demnach aus der Sicht der SRÜ-Streitbeilegung das Problematische an der Entscheidung des IGH im Vordergrund, ändert sich der Befund, wenn man den Blick auf Implikationen für die internationale Streitbeilegung als Ganzes weitet.

Die heutige Situation einer Vielzahl verschiedener internationaler Gerichte ist, wie bereits erwähnt, im Schrifttum schon immer zwiespältig bewertet worden. Die Schaffung von neuen internationalen Gerichten neben dem IGH, wie dem Internationalen Strafgerichtshof, den Sondertribunalen der Vereinten Nationen in Jugoslawien und Ruanda und den Gerichten nach Kapitel XV des SRÜ werden in einem Teil des Schrifttums als Ausdruck

⁹¹ Konvention über die Erhaltung von Südlichem Blauflossen-Thun (Vertrag geschlossen am 10.5.1993, in Kraft getreten am 20.5.1994), 1819 U.N.T.S. 359.

⁹² Annex-VII-SRÜ-Schiedsgericht, *Southern Bluefin Tuna Case* (Anm. 7), 1, paras. 56-59, 63. Für eine Kritik siehe etwa A. Boyle, Some Problems of Compulsory Jurisdiction before Specialised Tribunals. The Law of the Sea, in: P. Capps/M. Evans/S. Konstadinidis (Hrsg.), *Asserting Jurisdiction*, 2003, 243 (249 ff.). Anders entschied in der Streitigkeit der Internationale Seegerichtshof, siehe *Southern Bluefin Tuna Case* (Requests for Provisional Measures) (Anm. 7), paras. 56-62.

⁹³ Etwa *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)* (Anm. 6), paras. 37-53; anders hingegen EuGH, Slg. 2006, I-04635 paras. 1, 110-133 – *Mox Plant*, der in der Nutzung des Streitbeilegungsverfahrens von Kap. XV des SRÜ eine Verletzung seiner ausschließlichen Zuständigkeit und der Autonomie der Unionsrechtsordnung sah.

⁹⁴ Zur Zuständigkeit der SRÜ-Gerichte siehe Art. 288 Abs. 2 SRÜ; vgl. T. Treves, Dispute-Settlement in the Law of the Sea: Disorder or System?, in: M. G. Kohen, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law*, Liber Amicorum Lucius Cafilisch, 2007, 927 (928 f., 936 ff.).

einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts durch Verrechtlichung friedlicher Streitbeilegung gedeutet.⁹⁵ Andere Stimmen befürchten dagegen eine Fragmentierung der Völkerrechtsordnung mit der Gefahr konfligierender Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte.⁹⁶

a) Konstitutionalisierung durch Verrechtlichung internationaler Streitbeilegung

Einerseits lässt sich vor diesem Hintergrund das vorliegende Urteil des IGH als ein Beitrag zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts verstehen. Das liegt in der grundlegenden Bedeutung der Anwendung des *denial of justice*-Prinzips in einer rein zwischenstaatlichen Streitigkeit. Bisher hatte das Prinzip für die Lösung paralleler Gerichtszuständigkeiten kaum Beachtung gefunden. Auf das Wesentliche reduziert, scheint der IGH in Zuständigkeitszweifelsfällen derjenigen Auslegung den Vorzug zu geben, die eine gerichtliche Streitbeilegung sichert. Die darin liegende, bereits angesprochene⁹⁷ Lockerung des für die Zuständigkeit internationaler Gerichte maßgeblichen Konsensprinzips bedeutet insoweit eine weitergehende Bindung von Staaten. Eine solche Ausweitung der Zuständigkeit internationaler Gerichte gegenüber staatlicher Souveränität führt zu einem Anstieg der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Streitbeilegung, gar zu einer Beförderung einer internationalen Rechtsstaatlichkeit. Diese überschreitet auch noch nicht das politisch zumutbare Maß, weil es sich nur auf bestimmte gerichtliche Zuständigkeitskonflikte bezieht, die besonders schwierige Rechtsfragen aufwerfen und damit Rechtsunsicherheiten verursachen. Weil sich auch andere internationale Gerichte auf die vorliegende Entscheidung des IGH in vergleichbaren Fällen berufen könnten, kann diese potenziell auch in einer Vielzahl anderer Konstellationen wirken und damit insgesamt eine Konstitutionalisierung der internationalen Streitbeilegung befördern.

⁹⁵ Siehe etwa *J. I. Charney* (Anm. 5), 351 f., 354, 356; *P.-M. Dupuy*, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 31 (1998-1999), 791 (796); *T. Buergenthal*, *Proliferation of International Courts and Tribunals*, *LJIL* 14 (2001), 267 (271 f., 274 ff.), der auf eine Sozialisierung von Staaten zum Betreiben justizieller Streitbeilegung abstellt.

⁹⁶ Vgl. oben Anm. 4.

⁹⁷ Siehe oben Abschnitt III. e. b).

b) Verpasste Gelegenheit zur Konstitutionalisierung anhand ordnungsgeleiteter Steuerung gerichtlicher Zuständigkeitskonflikte

Dieser konstitutionalisierungsfreundlichen Interpretation lässt sich eine skeptischere Sicht entgegenstellen. Angesichts des Pluralismus von Streitbelegungsinstitutionen lässt sich mit Recht von einem Bedürfnis nach einer rechtlich gesteuerten Koordination von Zuständigkeiten und Norminterpretation sprechen. In einer solchen Koordination ist die Idee eines *Systems* internationaler Streitbelegung angelegt, dessen Existenz angesichts der heutigen Dezentralität der Völkerrechtsordnung – auch aufgrund unterschiedlicher Verständnisse von Voraussetzungen eines Normensystems – in der Völkerrechtswissenschaft weiterhin kontrovers diskutiert wird.⁹⁸ Konstitutionalisierung muss sich nach einem solchen systemischen Verständnis nicht allein in einer Verrechtlichung der friedlichen Streitbelegung durch Schaffung internationaler Gerichte ausdrücken. Sie kann sich vielmehr gerade auch in einer nach sinnvollen rechtlichen Prinzipien geordneten Koordination verschiedener Gerichte äußern.⁹⁹

Eine solche Koordination könnte in einer funktionalen justiziellen Aufgabenteilung als systemordnendes Prinzip liegen.¹⁰⁰ Durch die Schaffung thematisch abgegrenzter völkerrechtlicher Verträge finden sich heute im Völkerrecht zumindest einige Anknüpfungspunkte zu einer solchen Struktur. Beispiele bilden die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe und -kommissionen in Europa, Amerika und Afrika für den Menschenrechtsschutz und der Internationale Strafgerichtshof für das Völkerstrafrecht.¹⁰¹ Vorteile einer solchen Aufgabenteilung liegen in der Verteilung der Arbeitsbelastung

⁹⁸ Zu den unterschiedlichen Verständnissen eines “Systems” des Völkerrechts im Kontext der internationalen Streitbelegung vgl. statt aller die Übersicht und Diskussion von *B. Kingsbury* (Anm. 34), 688 ff.

⁹⁹ Ähnlich *P.-M. Dupuy*, *L'Unité de l'Ordre Juridique International: Cours Général de Droit International Public*, RdC 297 (2002), 480 ff.; *J. S. Martinez*, *Towards an International Judicial System*, Stanford L. Rev. 56 (2003-2004), 429 (490). Anders hingegen *M. Koskenniemi/P. Leino*, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, LJIL 15 (2002), 553 (576 ff.), die in der Auffächerung von Gerichten mit spezielleren Zuständigkeiten neue Formen der Verwirklichung des jeweiligen politischen “bias” sehen, der den jeweiligen vertraglichen Regimen der Gerichte innewohnt.

¹⁰⁰ Vgl. die ähnlichen grundsätzlichen Überlegungen von *J. I. Charney*, *The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea*, AJIL 90 (1996), 69 (73 f.).

¹⁰¹ Zu regionalen Menschenrechtskommissionen und -gerichtshöfen siehe etwa *P. Abel*, *Menschenrechtsschutz* (Anm. 28), 369 ff.; zum Internationalen Strafgerichtshof siehe etwa *O. Triffterer/K. Ambos*, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3. Aufl. 2016.

und der Nutzung besonderer, auf das materielle Rechtsgebiet zugeschnittener institutioneller und verfahrensrechtlicher Aspekte.¹⁰²

Zwar hat der IGH im Bereich des Seerechts eine umfassende Spruchpraxis vorzuweisen und qualifiziert sich damit durchaus als "Expertenforum".¹⁰³ Dennoch ist das Kapitel XV des SRÜ, das den IGH schließlich als wählbares Forum enthält, in verschiedenerlei Hinsicht eigens für seevölkerrechtliche Fragen geschaffen und auf diese zugeschnitten.¹⁰⁴ Deshalb hätte der IGH durch die Heranziehung des *lex specialis*-Grundsatzes durch den Verweis auf das Kapitel XV des SRÜ eine ordnungsgeleitete Koordination von Zuständigkeiten¹⁰⁵ befördern können.¹⁰⁶ Dazu hätte der Gerichtshof auch bereits durch das vorläufige Aussetzen des Verfahrens, um die Anrufung des spezielleren Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts zu ermöglichen, beitragen können, während er zugleich die Gefahr einer *denial of justice* ausgeschlossen hätte.¹⁰⁷ Die Lösung des IGH hingegen bedeutet die Anwendung eines letztlich erratischen Prioritätsprinzips, das eine *ordnungsgeleitete* Kompetenzkoordination nicht zu erreichen vermag.

VI. Fazit

Obwohl sich das Urteil des IGH über seine Zuständigkeit nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut in der Sache *Maritime Delimitation in the Indian Ocean*

¹⁰² Vgl. J. I. Charney (Anm. 100), 71 ff.

¹⁰³ Zur Historie und Bedeutung der IGH-Rechtsprechung in maritimen Grenzstreitigkeiten D. R. Rothwell/T. Stephens, *The International Law of the Sea*, 2. Aufl. 2016, 422 ff.; vgl. auch R. Wolfrum (Anm. 26), paras. 3, 97.

¹⁰⁴ Dazu gehören unter anderem die Wahl des Tribunals, entweder des Annex-VII-, Annex VIII-SRÜ-Schiedsgerichtes, des IGH oder des Internationalen Seegerichtshofs; das Sonderverfahren über die sofortige Freilassung von Schiffen und ihren Besatzungen (sog. *prompt release*-Verfahren) nach Art. 292 SRÜ; die Verfahrensbeteiligung nichtstaatlicher Akteure in bestimmten Fällen, siehe A. E. Boyle, *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction*, ICLQ 46 (1997), 37, 52 ff.

¹⁰⁵ Die Dimension der Koordination der *Auslegung* von Normen durch unterschiedliche Gerichte ist durch die Entscheidung hingegen nicht unmittelbar adressiert und wird hier nicht näher verfolgt, siehe dazu etwa T. Treves (Anm. 94), 928 ff.

¹⁰⁶ Vgl. P.-M. Dupuy (Anm. 99), 480 ff., der die Einheit der Völkerrechtsordnung durch den Richter hergestellt und verwirklicht sieht, und zwar indem dieser den Vorrang der spezielleren Völkerrechtsnorm(en) und die Reichweite dieses Vorranges bestimmt; ähnlich J. S. Martinez (Anm. 99), 487, 491, die Spezialität als Beitrag zu einem internationalen Justizsystem im Verhältnis internationaler Gerichte sieht; ebenfalls angedeutet von L. B. de Chazournes (Anm. 34), 46. Dagegen hat der ILC-Bericht zur Fragmentierung des Völkerrechts die institutionelle Dimension gerade ausgeklammert, siehe *International Law Commission* (Anm. 66), para. 489.

¹⁰⁷ Siehe Anm. 62.

nur im kleineren Teil mit dem Verhältnis zu Kapitel XV des SRÜ auseinandersetzt, wirft die Entscheidung wichtige dogmatische Fragen im Einzelfall und in der Bedeutung für die internationale Streitbeilegung auf. Diese resultieren aus dem Umgang mit Subsidiaritätsbestimmungen, die sich in der kenianischen Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut und in Art. 282 des SRÜ finden. Weil beide Verfahrenswege eine eigene Subsidiarität anordneten, war die Auflösung dieses negativen Zuständigkeitskonflikts schwierig und unklar.

Die Bejahung der eigenen Zuständigkeit durch den IGH unter Ablehnung der Zuständigkeit eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts sichert pragmatisch eine durchaus angemessene Lösung dieses Konflikts, ist aber im Einzelnen kritikwürdig. Das überzeugendste Argument ist die Vermeidung der Gefahr einer *denial of justice*, obwohl der Gerichtshof diese nur in einem *obiter dictum* erwähnt. Weil dieser Ansatz aber letztlich eine Prioritätslösung des Zuständigkeitskonflikts bedeutet, die nicht im Einklang mit den Zwecken der aufeinandertreffenden Subsidiaritätsbestimmungen steht, hätten die besseren Gründe für eine Auflösung des Normenkonflikts durch die Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes gesprochen. Dann wäre für die Streitigkeit allein ein Annex VII-SRÜ-Schiedsgericht zuständig gewesen.

Abseits der dogmatischen Behandlung dieses Einzelfalls fügt sich das Urteil darüber hinaus in die Reihe wichtiger Entscheidungen ein, die Zuständigkeitskonflikte internationaler Gerichte behandeln. Die Entscheidung droht die Bedeutung des SRÜ-Streitbeilegungsverfahrens durch eine Überbetonung seiner Subsidiarität zurückzudrängen. Hierin liegt in der Sache ein problematischer Anschluss an die kontroverse erste Entscheidung eines Annex VII-SRÜ-Schiedsgerichts in *Southern Bluefin Tuna*.

Dennoch würde es wohl zu weit gehen, in dem vorliegenden Urteil des IGH allein eine Selbstbehauptung der eigenen gerichtlichen Machtposition zu sehen.¹⁰⁸ Vielmehr erlaubt der Blick auf seine Bedeutung für die internationale Streitbeilegung im Allgemeinen einen differenzierten Befund. Einerseits ist seine von prinzipiellen Erwägungen getragene Begegnung der Gefahr einer Verweigerung internationalen Rechtsschutzes hervorzuheben. Damit trägt die Entscheidung zur Verrechtlichung der internationalen Streitbeilegung bei, die eine internationale Rechtsstaatlichkeit und die Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung befördert. Allerdings verpasst der IGH zugleich die Gelegenheit, einen andersgearteten Beitrag zur Konstitutionalisierung der internationalen Streitbeilegung zu leisten. Das Ge-

¹⁰⁸ In diese Richtung aber *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (Anm. 38), para. 36.

richt hätte nämlich durch die Heranziehung des *lex specialis*-Grundsatzes eine Koordination von internationalen Gerichtszuständigkeiten befördern können, die gerade nicht gerichtliche Zuständigkeiten nach dem Prioritätsprinzip letztlich zufällig verteilt, sondern sich von Ordnungsprinzipien wie der funktionalen Spezialität leiten lässt.