

### III. Anspruch F gegen K aus §§ 662, 670 BGB

#### 1. Auftrag, Aufwendungen

Ein Auftragsverhältnis und Aufwendungen liegen vor.

#### 2. Erforderlichkeit

Bei einer Bürgschaft „auf erstes Auffordern“ muss der Bürge auf Aufforderung des Gläubigers sofort zahlen,

auch wenn der Bestand der Forderung strittig ist. Somit musste F zahlen und durfte dies somit auch für erforderlich halten. Wenn K den F zu einer solchen Bürgschaft beauftragt, dann muss K eben dieses Risiko der möglichen grundlosen Inanspruchnahme tragen.

#### 3. Ergebnis

Ein Anspruch des F gegen K i. H. v. 50.000 € besteht.

Friederike Driftmann\*

## Bona Fides – zur Entwicklungsgeschichte, Ausgestaltung und aktuellen Relevanz von „Treu und Glauben“ im Völkerrecht

*Die Verfasserin setzt sich mit der Geschichte und Entwicklung des Prinzips der bona fides im Völkerrecht auseinander. Auf Basis dieser Untersuchung erläutert sie in einem zweiten Schritt die aktuelle Relevanz des allgemeinen Rechtsgrundsatzes für das Völkerrecht.*

### I. Einführung

Im deutschen Recht wird der Grundsatz von Treu und Glauben metaphorisch mit dem Bild einer Eiche verglichen, die ihre Schatten auf die gesamte Rechtsordnung wirft.<sup>1</sup> § 242 BGB wird daher als „königlicher Paragraph“ bezeichnet.<sup>2</sup> Dieser Vergleich kann sinnbildlich auch für den völkerrechtlichen Grundsatz der *bona fides* stehen, der sich als Auslegungsformel und Verhaltensmaßstab etabliert hat und das gesamte materielle Völkerrecht prägt. Obwohl sie inzwischen in das geschriebene Völkerrecht aufgenommen wurde, beschränkt sich die Geltung der *bona fides* nach dem philosophischen und historischen Gehalt dabei keineswegs auf einzelne kodifizierte Normen.<sup>3</sup> Vielmehr dient der Grundsatz

von Treu und Glauben in Form eines „übergesetzlichen Rechtssatzes“ als Grundlage nationaler und internationaler Bestimmungen und ist nahezu allen Rechtsordnungen immanent.<sup>4</sup>

Gerade im fragmentarischen Völkerrecht erfüllen die allgemeinen Rechtsgrundsätze durch das Schließen von Rechtslücken eine besondere Funktion gerade dort, wo „der Rückzug auf die staatliche Souveränität nicht angemessen erschiene.“<sup>5</sup> Auf der anderen Seite wird das Prinzip der *bona fides* als zu durchlässig, doppeldeutig und unbestimmt kritisiert.<sup>6</sup>

Die Frage der aktuellen Relevanz der *bona fides* lässt sich nur durch eine Untersuchung ihrer Geschichte und Ausgestaltung nachvollziehen. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die Reziprozität des Grundsatzes gelegt werden. Neben einer historischen Herleitung ist daher auch die Frage der Terminologie zu stellen, die in der deutschen Sprache mit der Bezeichnung „Treu und Glauben“ besonders markant hervortritt. Schließlich bedarf ein Baum, dessen Schatten auf der gesamten Völkerrechtsordnung liegt, einer großen Baumkrone mit vielen Ästen. Der Umfang des Gutglaubensgrundsatzes kann daher nur in der Gesamtheit seiner abgeleiteten Grundsätze verstanden werden. Ausblickend sollte sich die Frage stellen, inwiefern der Grundsatz der *bona fides* Ausdruck einer geeinten Wertegemeinschaft ist und wie seine Rolle angesichts deren zunehmender Fragmentierung zu bestimmen ist.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Examenshausaarbeit der Verfasserin aus dem Wintersemester 2014/2015 im von Prof. Dr. Markus Kotzur LL.M. (Duke) an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar „Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht“ im Schwerpunkt Europa- und Völkerrecht, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 Ebke/Steinhauer, The Doctrine of good faith in German Contract Law, in: Beatson/Friedman (Hg.), Good Faith and Fault in Contract Law, 1997, S. 171, zitiert von Meyer-Rudel, Der Gedanke der Bona Fides: eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen und italienischen Vertragsrechts, 2005, S. 6.

2 Meyer-Rudel, (Fn. 1), S. 5 m. w. N.

3 Kotzur, Good Faith (Bona fide), in Wolfrum (Hg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 1, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1412?rskey=V73guj&result=4&pr=EPIL> (17.11.2015).

4 Vgl. BGH NJW 1993, 259ff (263).

5 von Arnould, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, S. 112 Rn. 269.

6 So beschreibt Kotzur, (Fn. 3), Rn. 1.

## II. Geschichte

### 1. Der Aristotelische Parameter und die bona fides im Römischen Recht?

Der Gute Glaube war bereits in der Antike ein Begriff und wurde neben *Isokrates* insbesondere von *Aristoteles* als Grundlage jeden menschlichen Umgangs beschrieben.<sup>7</sup> Die Idee der *bona fides* als *rechtliches* Grundprinzip entstammt hingegen dem Römischen Recht und hängt sehr eng mit der Etablierung des *ius gentium* zusammen, das mit der Expansion des römischen Außenhandels am Ende des Ersten Punischen Krieges in Verbindung steht.<sup>8</sup> Es gilt als Vorläufer des heutigen Völkerrechts.<sup>9</sup> Das *ius gentium* regelte Rechtsbeziehungen zwischen Römern und Nichtrömern sowie zwischen Nichtrömern mittels allgemein anerkannter Rechtssätze und Institute.<sup>10</sup> Durch das Anknüpfen an diese Rechtssätze wurde eine flexible Entwicklung des Rechts ermöglicht. Als Grund dieser Flexibilität galt auch der Rechtssatz *bona fides*, dessen Bedeutung sich zunächst im Prozessrecht und in der Folge in der Rezeption sozialer Wertungen wiederfand.<sup>11</sup> Durch Erneuerungen im *ius honorarium* wurde mit der *bonae fidei iudicia* das bestehende Recht um die Möglichkeit von auf *bona fides* gestützte Klagen ergänzt.<sup>12</sup> Während das ursprünglich von Formalismus geprägte römische Prozessrecht kein Ermessen der Prätores vorsah, nahmen diese nun die auf *bona fides* gestützten Klagen in ihre Edikte auf, was ihnen einen breiten Ermessensspielraum eröffnete.<sup>13</sup> So konnten die Prätores einen Verpflichtungsgrund auf Grundlage der *bona fides* benennen.<sup>14</sup> Vor allem im Besitzrecht war von Bedeutung, ob eine Person gutgläubig oder bösgläubig war. Auch bei Geschäften, die nicht dem *ius civile* unterworfen waren, galt die *bona fides*.<sup>15</sup> *Bona fides* entwickelte sich in den folgenden Jahrhunderten zu einer allgemeinen Geltungsgrundlage jeder Verbindlichkeit und diente zur Auslegung und Inhaltsergänzung.<sup>16</sup> *Fides* galt dabei als Treue zum eigenen Wort, die den Grundsatz zu einem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens machte.<sup>17</sup> *Cicero* beschrieb die *bona fides* als Basis für Gerechtig-

keit und als Grundlage eines vertrauensvollen, ehrenhaften und gewissenhaften Handelns.<sup>18</sup> Mit dem Grundsatz der *bona fides* war es dem *ius gentium* möglich, sich den strukturellen Wandlungen des Rechtsverkehrs anzupassen, was zu einem entscheidenden Faktor für die Geltung und Tradierung des Römischen Rechts wurde.<sup>19</sup>

### 2. Vom Naturrecht zum universalen Vertragsrecht

Im ausgehenden Mittelalter wurden durch die Scholastik wichtige Grundlagen des Völkerrechts gelegt, die sich insbesondere mit der Suche nach dem Geltungsgrund des Völkerrechts beschäftigten. Die Naturrechtslehren der Scholastik sahen die Begründung des Völkerrechts in einer göttlichen oder von der Vernunft geprägten Ordnung, die den menschlichen Herrschaftssystemen ihre Grenzen setzt.<sup>20</sup> In einem Teil der Naturrechtslehre ist das Recht mit und in der Natur des menschlichen Seins vorgegeben und dabei Ausdruck der menschlichen Vernunft.<sup>21</sup> Dieses Vertrauen in die Vernunft der Menschen bedingte eine herausgehobene Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben.<sup>22</sup> Die Lehre von *Thomas Hobbes*, die darin wurzelte, dass das Recht nur durch eine überlegene Macht begründet werden könne, ging davon aus, dass in Ermangelung einer derartigen überlegenen Macht zwischen den Staaten das durch die Vernunft geprägte natürliche Gesetz gelte, sodass sie im Wege der Selbsterhaltung gezwungen seien, Bündnis- und Schiedsverträge abzuschließen.<sup>23</sup> Die eigene Vertragstreue des Staates bildet hiernach die Grundlage für das Vertrauen anderer Staaten und erweist sich somit als für die Selbsterhaltung unentbehrlich. Diese Reziprozität findet sich auch in *Immanuel Kants* Kategorischem Imperativ wieder.<sup>24</sup>

Obleich schon seit dem Altertum verschiedene Gelehrte einzelne völkerrechtliche Normen erkannt hatten, wurden ihre Darlegungen erstmals 1625 durch den Niederländer *Hugo Grotius* in seinem Werk „*De iure belli ac pacis*“ zusammengefasst.<sup>25</sup> Wie *Prufendorf* und *Hobbes* vertrat auch schon *Grotius* einen naturrechtlichen Ansatz.<sup>26</sup> In seinem Hauptwerk entwarf er ein völkerrechtliches Gesamtsystem und bezog sich dabei auf die aristotelischen Parameter, etwa *bona fides* als Grundlage menschlichen Umgangs.<sup>27</sup>

7 Vgl. *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.

8 Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsradiation*, 1994, S. 50.

9 *Wieacker* in *Wolf* (Hg.), *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung: ein Fragment*, Handbuch der Altertumswissenschaft, Abt. 10, Rechtsgeschichte des Altertums, Teil 3, Bd. 1, Römische Rechtsgeschichte, S. 444 f.

10 *Honsell*, *Römisches Recht*, 8. Aufl. 2015, S. 20; *Meyer Rudel*, (Fn. 1), S. 14.

11 Meyer, (Fn. 8), S. 51.

12 Vgl. *Beck*, zu den Grundprinzipien der *bona fides* im römischen Vertragsrecht, Festgabe für August Simonius, 1955, S. 9 ff.

13 Vgl. so noch *Söllner*, Einführung in die Römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 1989, S. 77; *Meyer-Rudel* (Fn. 1), S. 17 f.

14 Meyer (Fn. 8), S. 52.

15 *Söllner* (Fn. 13), S. 74.

16 Meyer (Fn. 8), S. 53.

17 Meyer (Fn. 8), S. 52; *Wieacker* (Fn. 9), S. 505.

18 *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.

19 Vgl. *Meyer-Rudel* (Fn. 1), S. 20.

20 *von Arnould*, (Fn. 5), S. 2.

21 *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, S. 6.

22 vgl. *Kotzur* (Fn. 3), Rn. 2.

23 *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage 1984, S. 14.

24 *Kant*, in *Brandt/Klemme* (Hg.) *Kritik der praktischen Vernunft*, 2003, S. 3.

25 *Verdross/Simma*, (Fn. 23), S. 8.

26 *Ipsen*, (Fn. 21), S. 6.

27 *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis libri Tres* Buch 3, Kapitel 25, Rn. 1, zitiert in *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.; Im Bezug auf den Ausdruck „völkerrechtliche Gesamtsystem“ *von Arnould* (Fn. 5), S. 9.

Die Neuordnung Europas durch den Westfälischen Frieden 1649 leitete die Epoche des klassischen Völkerrechts ein. Grundidee des Westfälischen Systems war die rechtliche Gleichheit souveräner Staaten, die seither einen Grundpfeiler der Staatengemeinschaft – zunächst freilich nur der alten Welt – bildet.<sup>28</sup> Eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben erfolgte erstmals durch Art. 1 des Pyrenäenvertrages, der 1659 den seit 1635 andauernden Krieg zwischen Spanien und Frankreich beendete.<sup>29</sup> Diese Entwicklungen führten 1737 zu der Erkenntnis *Cornelius von Bynkershoeks*, dass das völkerrechtliche Vertragsrecht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgebaut ist.<sup>30</sup>

Das klassische Gegenstück zur Naturrechtslehre bildete sich mit dem Rechtspositivismus im 19. Jahrhundert heraus. Die Geltung des Rechts wurde dabei allein auf die Rechtssetzung durch den Staat zurückgeführt.<sup>31</sup> Für einen Teil der damaligen Lehre, der unter anderem von *Hans Kelsen* begründeten Wiener Schule, musste dagegen jede Norm von einer übergeordneten Norm abgeleitet werden. So sollte jedes Recht im Einklang mit einer Grundnorm stehen, die als soziologische Tatsache über jeder anderen Norm steht.<sup>32</sup> Als eine solche Grundnorm wurde das Prinzip *pacta sunt servanda* und damit ein Element der *bona fides* gesehen.<sup>33</sup>

Im Laufe der Zeit etablierte sich die Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Völkervertragsrecht. Dies ist insbesondere mit der Zunahme der völkerrechtlichen Vertragsschlüsse zu erklären.<sup>34</sup> So trug das Schiedsabkommen in Artikel 18 des 1. Haager Abkommens von 1899 über die friedliche Beilegung von Streitigkeiten die Verpflichtung in sich, sich dem Schiedsspruch nach Treu und Glauben zu unterwerfen. Diese Verpflichtung wurde von dem 1. Haager Abkommen von 1907 in Art. 37 übernommen.<sup>35</sup>

Der Schrecken des Ersten Weltkrieges rückte die Aufgabe der universalen Friedenssicherung in den Vordergrund und führte 1920 zur Gründung des Völkerbundes.<sup>36</sup> In Art. 13 der Satzung des Völkerbundes verpflichteten sich die Staaten, „den erlassenen Schiedsspruch nach Treu und Glauben auszuführen und gegen

kein Bundesmitglied, das sich dem Schiedsspruch fügt, zum Kriege zu schreiten. Im Falle der Nichtausführung des Spruches schlägt der Rat die Schritte vor, die ihm Wirkung verschaffen sollen.“<sup>37</sup>

Dagegen wirkt der Rückgriff auf die *bona fides* in Art. 2 Ziff. 2 der UN-Charta von 1949 um einiges genereller.<sup>38</sup> Dort verpflichten sich die Mitgliedsstaaten, alle Verpflichtungen nach Treu und Glauben zu erfüllen, die sie mit der Charta übernehmen.

### III. Ausgestaltung

#### 1. Bona fides als Garant für Gerechtigkeit?

Die Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit steht dabei am Anfang jeder rechtsphilosophischen Betrachtung.<sup>39</sup> Von *Ulpian* stammt der Versuch einer Definition, wonach Gerechtigkeit der Wille sei, jedem das Seine zu geben.<sup>40</sup> *Von der Heydte* beschrieb eben diesen Willen als den Sinn jeder Rechtsnorm.<sup>41</sup> Nach *Radbruch* ist das positive Recht die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, sodass der Rechtsbegriff an der Rechtsidee ausgerichtet ist.<sup>42</sup> Und diese Idee könne keine andere sein als Gerechtigkeit.<sup>43</sup> Als Amalgam dieser Formeln ergibt sich, dass das Recht auf dem Willen gründen muss, jedem das Seine zu geben, um einen Sinn zu haben. Insofern lässt sich bereits die gemeinrechtliche Sentenz „*Est autem jus a justitia, sicut a mate sua*“ anführen: Positives Recht kann ungerecht sein; es bleibt doch Recht, solange es den Sinn hat, gerecht zu sein.<sup>44</sup>

#### 2. Reziprozität der bona fides

In Vereinbarungen und Verträgen wird die oben beschriebene Definition vom Sinn des Rechts besonders klar. Das Vorhandensein des Willens, in dieser Beziehung dem Gegenüber das Seine zu geben, und damit durch die Erfüllung der Vertragspflichten der Regelungsnorm einen Sinn geben zu wollen, wird als ein Verhalten im Einklang mit der *bona fides* bezeichnet.<sup>45</sup> Beide Vertragsseiten vertrauen jeweils auf den vorhandenen Willen des anderen. Jedoch erwarten nicht nur die Vertragspartner untereinander ein Verhalten *bona fide*. Auch vom Rechtssetzenden und Rechtsprechenden wird ein Handeln in Treu und Glauben erwartet. So überrascht es nicht, dass der völkerrechtliche Gutgläubensgrundsatz nicht nur Verhaltenspflichten zwischen

<sup>28</sup> *von Arnould*, (Fn. 5), S. 9.

<sup>29</sup> Noch *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Band 1, Teilband 3, 2. Auflage 2002, §171, S. 845 m. w. N.

<sup>30</sup> *Bynkershoek*, *Quaestionum juris publici libri duo*, Buch 2, Kapitel 5 zitiert bei *Verdross*, *Die Bona fides als Grundlage des Völkerrechts*, in *Konstantopoulos, Wehberg* (Hg.), *Festschrift für Rudolf Laun* zu seinem 70. Geburtstag, S. 29; auch zitiert in *Verdross, Simma* (Fn. 23), S. 46.

<sup>31</sup> Vgl. *von Arnould*, (Fn. 5), S. 2.

<sup>32</sup> Ebd. (Fn. 5), S. 3; noch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 M. Jestaedt (Hg.), 2008, 129 f.

<sup>33</sup> *Kelsen*, (Fn. 32), 129 f.

<sup>34</sup> *von Arnould*, (Fn. 5), S. 9.

<sup>35</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, (Fn. 29), S. 845.

<sup>36</sup> Vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 201.

<sup>37</sup> Art. 13 Völkerbundsatzung.

<sup>38</sup> *Kotzur*, (Fn. 3), S. 2.

<sup>39</sup> *von der Heydte*, *die Bona fides und die einzelne Rechtsnorm*, in der Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht Heft 1961, S. 365–374 (367); *Sauer*, *Gerechtigkeit*, 1959, S. 3.; *del Vecchio*, übersetzt von Darmstaedter, *Die Gerechtigkeit*, 1950, S. 23f.

<sup>40</sup> Vgl. so noch *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, 1956, S. 124.

<sup>41</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 367.

<sup>42</sup> Vgl. noch *Binder*, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, S. 60.

<sup>43</sup> So noch *Radbruch* (Fn. 40) S. 123

<sup>44</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 368.

<sup>45</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 368.

Staaten normiert, sondern sich außerdem an die Organe internationaler Organisationen richtet. Das Vertrauen des einen Rechtssubjekts steht folglich in Konnexität zum Vertrauen des anderen Rechtssubjekts.

Diese Beispiele zeigen auch, wie eng der Grundsatz der *bona fides* mit dem selbstständigen völkerrechtlichen Grundsatz der Reziprozität zusammenhängt, der eine ebenso wichtige Säule darstellt, auf die sich das Völkerrecht stützt.<sup>46</sup> Sowohl beim Zustandekommen als auch bei der Erfüllung von Völkervertragsrecht wirkt der Gedanke der Gegenseitigkeit als Erwartung positiver Gegenleistungen und das Bewusstsein der wechselseitigen Bedingtheit vertraglicher Leistungen.<sup>47</sup> Beide Grundsätze verbindet das aus dem Naturrecht und der Aufklärung stammende Vertrauen in die Vernunft der Rechtssubjekte, denn auch der Gegenseitigkeitsgedanke ist Ausdruck der völkerrechtlichen Selbsthilfe.

### 3. Terminologie

Um zum Kern der Ausgestaltung zu gelangen, erscheint zudem ein Blick auf die Terminologie des Grundsatzes angebracht. Die Tatsache, dass der Grundsatz *bona fides* eng mit dem Grundsatz der Reziprozität verwurzelt ist, lenkt den Blick auf die markant hervortretende deutsche Bezeichnung „Treu und Glauben“, die sowohl im deutschen Privatrecht als auch im Völkerrecht auftritt. Auch wenn sich die berechtigte Frage stellt, wie ausschlaggebend gerade der deutsche Terminus für die Relevanz der *bona fides* im Völkerrecht sein kann, so trägt er dennoch zur Untersuchung ihres Wesens bei.

Das lateinische Wort *fides* wird im Deutschen sowohl mit dem Wort Treue als auch mit dem Wort Glauben übersetzt.<sup>48</sup> Während mit *good faith* im common law, *bonne foi* im französischen Recht und *fuena fue* im spanischen Recht genaue sprachliche Übernahmen der römischen *bona fides* erfolgten, wurzelt der Grundsatz im deutschen Recht in zwei unterschiedlichen Termini. So ist im deutschen Recht eine kategorische Differenzierung zwischen den Begrifflichkeiten „Treu und Glauben“ und „guter Glaube“ geboten, da die Bezeichnungen in ihrem Bedeutungsschwerpunkt unterschiedlich sind.<sup>49</sup> Während die *bona fides* sich etwa bei der Ersitzung gem. § 937 BGB rein subjektiv auf den guten Glauben des Besitzenden bezieht, tritt sie in §§ 157, 242 BGB als obligationenrechtliche Norm objektiv hervor, die von jedem Einzelnen Ehrenhaftigkeit und Rücksicht einfordert.<sup>50</sup>

46 Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 48.

47 Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 49.

48 So noch Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 17.

49 Strätz, Treu und Glauben, Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, 1972, S. 36.

50 So bereits Bechmann zum gemeinrechtlichen Ursprung dieser Institute, Der Kauf nach gemeinem Recht, Teil 1, Geschichte des Kaufs im Römischen Recht, 1876, S. 617.

So hätte der „Gute Glaube“ im Sachenrecht nichts mit einem Treueverhalten oder einem Worthalten zu tun. Hier sei keine Gleichmäßigkeit der Gesinnung oder Beharrlichkeit des Willens erforderlich.<sup>51</sup>

Doch unabhängig davon, ob man *bona fides* mit „Guter Glaube“ oder mit „Treu und Glauben“ übersetzt: Das Rechtssubjekt wird einem Werteprinzip unterworfen, das die Vertrauensinteressen Dritter schützt.<sup>52</sup>

Der im deutschen Sachenrecht vorkommende „Gute Glaube“ stellt daher nur einen subjektiven Teilaspekt des Obligationenbegriffs „Treu und Glauben“ dar. Nach Bechmann stellt dieser inzwischen den Inbegriff der Anforderungen dar, welche an das ethische Verhalten des Einzelnen gestellt werden.<sup>53</sup> Insbesondere zwischen der *bona fides* und dem Begriff der *aequitas* sei zu unterscheiden, da Letztere auch außerhalb des Bereichs persönlichen Handelns Geltung beanspruche, während die *bona fides* unmittelbar an die Gesinnung und Handlung der Parteien anknüpfe.<sup>54</sup> Diese strenge Trennung zwischen Treu und Glauben und der Billigkeit ist jedoch umstritten. So wird von anderer Stelle die ausnahmslose Anlehnung von Treu und Glauben an ethische Gesetze und die Handlungsweise anständiger und redlicher Männer abgelehnt.<sup>55</sup> Vielmehr gelte der Grundsatz als Formel eines rechtlich sozialen Ideals, welches auf einer billigen und gerechten Interessensabwägung basiert.<sup>56</sup> Während das von Bechmann geschilderte Obligationenrecht eine „praktisch betätigte, ehrenwerte und ethisch normale Gesinnung“ einfordert und sich diese normale Gesinnung von einer Norm ableiten lassen muss, die an objektiven Maßstäben der Sittlichkeit ausgerichtet ist<sup>57</sup>, hat Treu und Glauben nach Eichler seinen Ursprung in dem subjektiven Interesse nach Gerechtigkeit.<sup>58</sup>

Das von Eichler dargestellte Interesse nach Gerechtigkeit äußert sich im Vertrauen oder im guten Glauben auf die Vertragstreue des anderen. Treu und Glauben stellen somit das Vertrauen und die darauf begründete Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit dar,<sup>59</sup> wobei in der Treue

51 Bechmann, (Fn. 50), S. 617.

52 Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, in Mayer-Maly, Nörr, Wieacker, Laufs., Ogris, Heckel, Mikat, Nörr (Hg.), Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Bnd. 95, S. 190ff.

53 Bechmann, (Fn. 50), S. 628 zitiert in Eckl, Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht, 2007, S. 15.

54 Ebenda, S. 631ff.

55 Vgl. Eichler, (Fn. 48), S. 14.

56 Eichler, (Fn. 48), S. 14; vgl. bereits Stammler, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, V. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 43.

57 Ebenda, S. 628ff.

58 Eichler, (Fn. 56) S. 14ff.

59 noch Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, 1909, S. 9ff; E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, S. 140.



die Grundlage des Glaubens zu sehen ist.<sup>60</sup> Der Glaube ist dagegen die Voraussetzung, zu trauen und sich auf die Erfüllung der vertraglichen Pflicht verlassen zu dürfen.<sup>61</sup> Treu und Glauben ist somit ein Grundsatz, der die Reziprozität im Namen trägt: Der Glaubende schenkt dem Treuen den Glauben, dass dieser wiederum seine vertraglichen Pflichten erfüllen wird. Dieser Interpretationsansatz wird unterstützt durch die historische Herleitung des deutschen Begriffs von Treu und Glauben. Es handelt sich hierbei um eine aus dem germanischen Recht stammende Paarformel.<sup>62</sup> „Treue“ war im germanischen Recht zunächst der Begriff, durch den man sich durch Gelöbnisse rechtlich binden konnte.<sup>63</sup>

Auch wenn eine vollumfängliche Interpretation der *bona fides* im Völkerrecht schier unmöglich ist und sich konkrete Verhaltenspflichten nicht abschließend benennen lassen, umfasst der Grundsatz in jedem Fall eine Verhaltensmaxime, nach der die Staaten vertragstreue zu handeln und sich gegenseitig in ihrer Vertragstreue zu vertrauen haben. Folglich stellt der *bona fides*-Grundsatz weit mehr dar, als eine erste begriffliche Analyse erkennen lässt. Der Ausdruck „Treu und Glauben“ erscheint somit vorzugswürdig.<sup>64</sup>

#### 4. Der allgemeine Rechtsgrundsatz: Lückenfüller und Auslegungsformel

Als eines der ältesten Grundprinzipien im Völkerrecht bildet die *bona fides* auch heute noch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz von erheblicher Bedeutung. Rechtsgrundsätze komplettieren nach der Trias des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut neben dem Völkervertragsrecht und dem Völkergewohnheitsrecht die völkerrechtlichen Rechtsquellen.<sup>65</sup> Unter allen Rechtsquellen sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze in ihrer Herleitung und ihrem konkreten normativen Gehalt jedoch am schwierigsten zu erfassen, wie ihre andauernde kontroverse Rezeption in der Völkerrechtslehre belegt. Entsprechend wurde Art. 38 Abs. 1 lit. c.) IGH-Statut teils als Meilenstein im Sinne des Naturrechtsgedankens begrüßt,<sup>66</sup> stieß ob

der fehlenden Trennschärfe allgemeiner Rechtsgrundsätze aber auch vielfach auf erhebliche Bedenken.<sup>67</sup> Besonderen Unmut erregte der Begriff der „Kulturvölker“. So wurde der exklusive Charakter der Formulierung kritisiert, die den Gedanken einer weltweiten Wertegemeinschaft konterkariere und mit dem Grundsatz der souveränen Gleichheit kollidiere.<sup>68</sup> Dem Begriff der Kulturvölker kommt heute keine ausgrenzende oder eingrenzende Funktion mehr zu.<sup>69</sup> Auch wurde angezweifelt, ob allgemeine Rechtsgrundsätze überhaupt Rechtsquellen darstellen.<sup>70</sup> Vor allem trat dabei das Argument der Gefahr eines ideologischen Missbrauchs in den Vordergrund. So sprach die sowjetische Völkerrechtslehre den allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Rang der Völkerrechtsquelle ab, um sich vor kapitalistischen Werten zu schützen.<sup>71</sup>

Gleichzeitig erwiesen sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze jedoch als unersetzlich für die völkerrechtliche Praxis. Mit ihren abstrakten normativen Gehalten fungierten sie einerseits als Boden für eine dynamische Rechtsauslegung, zum anderen konnten sie in Ermangelung an konkreten Normen als wichtige Ergänzung für konkrete Fragen herangezogen werden.<sup>72</sup> Auch wenn die Kritik an der fehlenden Genauigkeit anhält, legitimieren sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze in einer dezentralen und heterogenen Völkerrechtsstruktur damit nicht zuletzt durch ihren Nutzen für die Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft.<sup>73</sup>

Speziell der Gutgläubensgrundsatz schützt im Völkerrecht nicht nur das Vertrauen des Gegenübers bei Vertragsverhandlungen, sondern das Vertrauen jedes einzelnen Staates in die Rechtsordnung als solche.<sup>74</sup> Als rechtliches Instrument wird seine Relevanz jedoch genauso kontrovers diskutiert wie die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Generellen. So lehnt der vom Positivismus geprägte Teil der Rechtslehre die Möglichkeit einer Begründung rechtlicher Verpflichtungen ab, die auf *bona fides* beruht und dabei über *pacta sunt servanda* hinausgeht.<sup>75</sup> Als bloß ethisches Prinzip

<sup>60</sup> bereits *Wendt*, Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, Bd. 100, S. 4.

<sup>61</sup> *Eichler*, (Fn. 48), S. 15.

<sup>62</sup> *Meyer-Rudel*, (Fn. 1), S. 21; zu Paarformeln als Rechtsbegriffe *Dilcher*, Paarformeln in Rechtssprache des frühen Mittelalters, 1960, S. 18 ff.

<sup>63</sup> *Meyer-Rudel*, (Fn. 1), S. 22.

<sup>64</sup> Zum synonymen Gebrauch s. etwa *Meyer Rudel*, (Fn. 1), S. 22 ff m. w. N.

<sup>65</sup> *Ipsen*, (Fn. 21), S. 488 ff; *Verdross/Simma*, (Fn. 23), S. 390 ff; zu dem Begriff Rechtsquellen *Rentsch*, Konstitutionalisierung durch allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts? – Zur Rolle des völkerrechtlichen Gutgläubensgrundsatzes für die Integration einer internationalen Werteordnung in das Völkerrecht, S. 2, [http://www.academia.edu/5928678/Konstitutionalisierung\\_durch\\_allgemeine\\_Rechtsgrundsätze\\_des\\_Völkerrechts\\_Zur\\_Rolle\\_des\\_völkerrechtlichen\\_Gutgläubensgrundsatzes\\_für\\_die\\_Integration\\_einer\\_internationalen\\_Werteordnung\\_in\\_das\\_Völkerrecht](http://www.academia.edu/5928678/Konstitutionalisierung_durch_allgemeine_Rechtsgrundsätze_des_Völkerrechts_Zur_Rolle_des_völkerrechtlichen_Gutgläubensgrundsatzes_für_die_Integration_einer_internationalen_Werteordnung_in_das_Völkerrecht) (15.12.2015).

<sup>66</sup> *Lauterpracht*, First Report on the Law of Treaties, in *Yearbook of*

the international law commission, VOL 2, Bd. 4 1953, S. 90–159, (155).

<sup>67</sup> *Rentsch*, (Fn. 65) S. 8.

<sup>68</sup> *Rentsch*, (Fn. 65), S. 8; *G. Gaja*, General Principles of Law, in: *R. Wolfrum* (Hg.), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, Rn. 2, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1410?rskey=uL0aXL&result=1&prd=EPIL> (15.11.2015).

<sup>69</sup> Vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 489.

<sup>70</sup> Allgemein zur Rechtsquellen Diskussion vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 489; *B. Rentsch*, (Fn. 65), S. 10.

<sup>71</sup> *Tunkin*, *Völkerrechtstheorie*, 1972, S. 229 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Rentsch*, (Fn. 65), S. 10; *Kolb*, Principles as sources of international law, *Netherlands International Law Review* 2000, S. 1, 9.

<sup>73</sup> Vgl. *Kolb*, La bonne fois en droit international public, in *Revue Belge de Droit International*, 1998, S. 661, 668.

<sup>74</sup> Vgl. *Rentsch*, (Fn. 65), S. 21.

<sup>75</sup> *Kelsen*, *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*, 1951, S. 51.

sei der Gutgläubensgrundsatz in der Rechtsanwendung ohne Bedeutung.<sup>76</sup>

Gegen eine derartige Sicht spricht die Tatsache, dass es dem Gutgläubensgrundsatz zweifelsohne gelingt, eine Brücke zwischen Werten und Rechtsquellenlehre zu schlagen und somit jene Rechtskultur aufrecht zu erhalten, aus der das Völkerrecht entsprungen ist.<sup>77</sup> So geht es etwa bei der Vertragsauslegung nicht allein um das „Ob“ einer völkerrechtlichen Verpflichtung, sondern auch um das „Wie“, das die Parteien zunächst zum zielorientierten Vertragsvollzug verpflichtet, darüber hinaus aber auch die grundsätzliche Loyalität unter den Vertragsparteien gewährleistet.<sup>78</sup>

### 5. Bona fides im geschriebenen Völkerrecht

Spätestens mit der Übernahme des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben in das Völkervertragsrecht war die Relevanz der *bona fides* nicht mehr zu übersehen. Das bekannteste Beispiel stellt dabei die bereits angeführte Erwähnung in Art. 2 Abs. 2 UN-Charta dar<sup>79</sup>, die die Mitglieder der Vereinten Nationen dazu verpflichtet, ihre Aufgaben nach Treu und Glauben zu erfüllen. Der Manifestierung des Gutgläubensgrundsatzes in der Charta waren emotionale Stellungnahmen mehrerer Delegierter auf der Konferenz von San Francisco im Jahre 1945 vorangegangen, die von der internationalen Staatengemeinschaft ein ausdrückliches Bekenntnis zu einem Mindestmaß an Moral einforderten.<sup>80</sup> So war die Aufnahme der Gutgläubensklausel in die UN-Charta das Ergebnis erfolgreicher Ergänzungsanträge. Treu und Glauben würden fortan als Leitmotiv der internationalen Beziehungen gelten und eine formalistische Normenhörigkeit der Staaten gegenüber der Charta verhindern.<sup>81</sup> Die in Art. 2 Abs. 2 UN-Charta aufgeführte Finalität zwischen Treu und Glauben und die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte und Vorteile markieren den sozialen Zweck der Klausel. Insbesondere die systematische Stellung hinter dem Gebot Souveräner Gleichheit in Art. 2 UN-Charta verleiht dem Treuegebot einen Schrankencharakter gegenüber exzessiv ausgeübten staatlichen Interessen.<sup>82</sup> Der Grundsatz dient hier als Ermahnung an die Signatarstaaten, dass sich ein Vertragswerk nicht Kraft seiner Bestimmungen vollzieht, sondern nur durch den Gemeinschaftswillen sei-

ner Unterzeichner umgesetzt werden kann.<sup>83</sup> Dieser Gemeinschaftswille ist insbesondere deswegen von so großer Bedeutung, weil eine Staatengemeinschaft nicht aufgrund einer auf Sanktionen aufbauenden Zwangsgewalt bestehen kann. Adressaten des Gutgläubensgebots sind zudem nicht allein Mitgliedstaaten, sondern nach Art. 24 UN-Charta auch die Organe der Vereinten Nationen.<sup>84</sup>

Derselbe Tenor findet sich in dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.<sup>85</sup> Bereits der Präambel liegt die Annahme zugrunde, dass sich die Mitglieder der Konvention dahingehend verpflichten, „dass die Grundsätze der freien Zustimmung und von Treu und Glauben sowie der Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* allgemein anerkannt sind“. Art. 18 WVRK begründet vorvertragliche Pflichten der Mitglieder bei Vertragsverhandlungen. So sind Staaten bereits vor Vertragsabschluss dazu verpflichtet, von vertragsgefährdendem Verhalten Abstand zu nehmen. Neben der ausdrücklichen Regelung des *pacta sunt servanda* Grundsatzes in Art. 26 WVRK legt Art. 31 WVRK die Grundlage für eine allgemeine Auslegungsregel nach Treu und Glauben. In ihr ist nicht allein eine Interpretationsformel, sondern auch ein Umgehungsverbot zu sehen, das dem Festhalten am wortwörtlichen Inhalt einer Vertragsbestimmung ohne Rücksicht auf Billigkeit entgegensteht.<sup>86</sup> Art. 31 WVRK zieht somit das Telos vertraglicher Normen dem Wortlaut vor und gebietet wie Art. 2 UN-Charta eine objektivierende Funktion des Gutgläubensgrundsatzes.

Eine Stärkung erfährt diese objektivierende Funktion durch die Präambel der Erklärung über völkerrechtliche Grundsätze für freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Sinne der Charta der Vereinten Nationen.<sup>87</sup> Eine Bekräftigung erfährt der Gutgläubensgrundsatz ferner in Art. 300 des UN-Seerechtsübereinkommens von 1982.<sup>88</sup>

Unter den zahlreichen weiteren völkervertragsrechtlichen Normen sind insbesondere die Etablierung des Gutgläubensgrundsatzes im WTO-Recht<sup>89</sup> sowie das in Art. 4 Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union verankerte Prinzip der loyalen Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union zu nennen.

### 6. Bona fides und der IGH

Seiner beschriebenen Bedeutung entsprechend, ist der Gutgläubensgrundsatz freilich auch in der völkerrechtli-

<sup>76</sup> Kelsen, (Fn. 75) S. 51.

<sup>77</sup> Vgl. Rentsch (Fn. 65) S. 23.

<sup>78</sup> Rentsch (Fn. 65) S. 22; Vgl. zum Beispiel, Permanent Court of International Justice (PCIJ), North Atlantic Coast Fisheries Case, (1910), in Reports of International Arbitral Awards XI, S. 167.

<sup>79</sup> Vgl. Dohna: Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen u. die Zusammenarbeit zwischen den Staaten, S. 222 ff; Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 228.; Kotzur, (Fn. 3), Rn. 7ff.

<sup>80</sup> Vgl. Kotzur, (Fn. 3) Rn.7; Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 48.

<sup>81</sup> Müller, (Fn. 79), S. 228.

<sup>82</sup> Müller, (Fn. 79), S. 233.

<sup>83</sup> So der Delegierte Alfaro in den Beratungen um die UN Charta, UNCIO, Commission 1, UNCIO Doc. 1123, 1/8 June 1945, S. 15.

<sup>84</sup> Kotzur, (Fn. 3), Rn. 7.

<sup>85</sup> auch Wiener Vertragskonvention genannt, im Folgenden WVRK.

<sup>86</sup> Müller, (Fn. 79), S. 127.

<sup>87</sup> auch Friendly Relations Declaration

<sup>88</sup> Art. 300 Seerechtsübereinkommen, zitiert in Verdross, Simma, (Fn. 23), S. 282.

<sup>89</sup> Vgl. Kotzur, (Fn. 3), Rn. 13.

chen Rechtsprechung ein wichtiges Prinzip. Dies schlägt sich bereits in der sorgfältigen Auswahl der zum Richteramt berufenden Personen wieder. Um etwa sicherzustellen, dass die Entscheidungen des IGH dem Grundsatz von Treu und Glauben genügen, schreibt Art. 2 IGH-Statut vor, dass die Mitglieder des Internationalen Gerichtshofs aufgrund ihres hohen sittlichen Ansehens auszuwählen sind.<sup>90</sup>

Zwar greift der Internationale Gerichtshof in seinen Entscheidungsbegründungen bisher nur zögerlich auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurück.<sup>91</sup> Dies ist jedoch vor allem auf die angeführte Kritik hinsichtlich des Begriffs der Kulturvölker zurückzuführen.<sup>92</sup> An Beispielen für einen derartigen Rückgriff besteht dennoch kein Mangel:

#### a.) Ältere Fälle (bis 1996)

Als erstes prägnantes Beispiel ist die Entscheidung im Korfu-Kanal-Fall aus dem Jahre 1949 zu nennen.<sup>93</sup> Britische Marineschiffe liefen hier in einem zum albanischen Küstengewässer gehörenden Teil des Korfu-Kanals auf Seeminen auf. Die Minenlegung konnte dabei nicht ohne das Wissen albanischer Behörden erfolgt sein. Der IGH entschied, dass Meeresanrainern die völkerrechtliche Pflicht zukommt, über bekannte Gefahren in ihrem Hoheitsgewässer zu informieren.<sup>94</sup> Diese Entscheidung wurde zudem aus einem dem Völkerrecht immanenten moralischen Grundsatz der Humanität gezogen.<sup>95</sup>

In der Entscheidung im Temple Preah Vihear-Fall von 1962 ging es um die Frage des Grenzverlaufes zwischen Thailand und Kambodscha.<sup>96</sup> Während Thailand seinen Gebietsanspruch auf einen völkerrechtlichen Vertrag stützte, der 1904 zwischen dem Königreich Siam und Frankreich geschlossen wurde, berief sich Kambodscha auf eine Karte französischer Experten aus dem Jahre 1907, wonach das Gebiet zu Kambodscha gehörte.<sup>97</sup> Der IGH entschied, dass für die Festlegung des Grenzverlaufes der Staatswille entscheidend sei und die Zustimmung zu einer Grenzlinie auch konkludent durch Schweigen erfolgen könne, wenn nach den Umständen keine andere Antwort zu erwarten ist.

Auch wenn keine konkludente Anerkennung vorliegt, könne ein Gebietsanspruch durch passives Verhalten zu einem späteren Zeitpunkt verwirkt werden.<sup>98</sup> Der Grenzvertrag zwischen Kambodscha und Thailand gelte kraft *acquiescence*, einer Konkretisierung des *bona fides*

Grundsatzes.<sup>99</sup> Der Gerichtshof hielt hier das Vertrauen in die Gültigkeit eines Vertrages im Sinne der Rechtssicherheit für schutzwürdig.<sup>100</sup> Neben dieser Erkenntnis wird die Bedeutung der *bona fides* in der Vertragsauslegung unterstrichen. Die Stabilität als typisches Vertragsziel ist seither ein Argument für ein Auslegungsergebnis.<sup>101</sup> Dem angestrebten Ziel des Vertrags wird somit bei der Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Interesse und dem wirklichen Willen eine ausschlaggebende Rolle zuteil.<sup>102</sup>

Ebenfalls um Grenzfragen ging es im Nordsee-Festlandsockel-Fall aus dem Jahr 1969.<sup>103</sup> Streitobjekt war dabei die Abgrenzung der beieinanderliegenden Festlandsockel zwischen Deutschland und Dänemark sowie zwischen Deutschland und den Niederlanden. Art. 6 der Genfer Konvention über den Festlandsockel bestimmte hierfür die Anwendung des Äquidistanzprinzips, an das sich Deutschland nicht gebunden fühlte, da es nicht Partei der Konvention war.<sup>104</sup> Auch hier machte der IGH darauf aufmerksam, dass die Staaten nach dem Grundsatz der *bona fides* zu handeln haben.<sup>105</sup>

Eine weitere Erwähnung fand die *bona fides* in der Entscheidung des IGH zum Nukleartest-Fall aus dem Jahr 1974, in dem sich Australien und Neuseeland gegen die Atomtests von Frankreich wandten.<sup>106</sup> Der IGH entschied, dass grundsätzlich auch einseitige Erklärungen verbindlich sein könnten. Der Maßstab für die Bedeutung der Verbindlichkeit richte sich dabei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben.<sup>107</sup>

#### b.) Jüngere Fälle (ab 1996)

Im Nuklearwaffengutachten des IGH von 1996 wurde untersucht, ob aus Art. 5 des Vertrages zur Nichtverbreitung von Kernwaffen 1968 ein generelles Verbot zur Nutzung von Nuklearwaffen resultiert.<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang wurde unter Nennung von Art. 6 des Vertrages zur Nichtverbreitung von Kernwaffen, der eine Vertragserfüllung *bona fide* vorschreibt, festgestellt, dass der allgemeine Rechtsgrundsatz der *bona fides* die allgemeinen Zielvorgaben des Vertrages um konkrete Verhaltensvorgaben ergänzt.<sup>109</sup> Staaten sind somit verpflichtet, konkrete Schritte zur Realisierung des vereinbarten Idealzustands anzustreben. Eine Vertragserfüllung im Einklang mit dem Gutgläubensgrundsatz stelle somit die Herbeiführung der nuklearen Abrüstung dar. Hier-

90 Vgl. Verdross (Fn. 30), S. 31.

91 Gaja, (Fn. 68), Rn. 2.

92 Rentsch, (Fn. 65) S. 8.

93 IGH vom 09.04.1949, ICJ Reports 1949, S. 4.

94 von Arnould, (Fn. 5), S. 562.

95 Verdross, Simma (Fn. 24), S. 48.

96 IGH vom 15.06.1962, ICJ Reports, 1962, S. 6.

97 Ipsen, (Fn. 21), S. 56.

98 von Arnould, (Fn. 5), S. 565.

99 Rentsch, (Fn. 65) S. 25; von Arnould, (Fn. 5), S. 565.

100 Vgl. Rentsch, (Fn. 65) S. 25.

101 Rentsch, (Fn. 65), S. 26.

102 Ebd., (Fn. 65) S. 26.

103 Urteil v. 20.02.1969, ICJ Reports 1969, S. 3.

104 von Arnould, (Fn. 5), S. 566.

105 Kotzur, (Fn. 3), Rn. 15.

106 IGH vom 20.12.1974, ICJ Reports 1974, S. 457.

107 Ipsen, (Fn. 22), S. 493, Verdross/Simma, (Fn. 24), S. 47.

108 Gutachten IGH vom 8.7.1996, ICJ Reports. 1996, S. 226.

109 Vgl. ICJ Reports 1996, S. 264.

in sei zwar kein Zwang zur sofortigen Abrüstung zu bestehen, Treu und Glauben stellen aber ein Antriebsmoment dar.<sup>110</sup>

Ein Beispiel dafür, dass der Gutgläubensgrundsatz zum zielgerichteten und dynamischen Vertragsvollzug anhält, ist die Entscheidung im Gabcikovo-Nagymaros-Fall von 1997.<sup>111</sup> Ungarn und die Slowakei stritten dort über ein vertraglich durch Ungarn und die Tschechoslowakei vereinbartes Staudammprojekt.<sup>112</sup> Während Ungarn 1989 die Arbeiten an dem Projekt einstellte, setzte die Slowakei die Arbeiten fort und leitete die Donau einseitig um. Ungarn erklärte sodann 1992 den Rücktritt vom Vertrag. Der IGH verwies in seinem Urteil auf das aus dem *bona fides* Grundsatz entstandene Prinzip *pacta sunt servanda*.<sup>113</sup> Der Schutz der Umwelt könne zwar ein wesentliches Interesse sein und Notstandsmaßnahmen rechtfertigen. So käme dem Umweltschutz aufgrund des erhöhten Umweltbewusstseins der Weltgemeinschaft eine wichtige Rolle bei der Vertragsauslegung zu, doch habe eine Lösung auf Basis ausdrücklicher Vertragsbestimmungen Vorrang, sodass die Parteien dazu verpflichtet seien, miteinander eine Anpassung an verbesserte Umweltstandards zu verhandeln.<sup>114</sup> Der IGH hob die Eigenschaft der *bona fides* hervor, Vertragsauslegung für sich verändernde gesellschaftliche Prioritäten zu sensibilisieren.

Die angeführten Beispiele zeigen, dass der Internationale Gerichtshof die Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten unter dem Gesichtspunkt eines kooperativen Geistes der Rücksichtnahme und des gegenseitigen Vertrauens untersucht. Dabei betont der IGH die strenge Akzessorietät des Gutgläubensgrundsatzes und definiert *bona fides* als keine selbstständige Verpflichtungsquelle.<sup>115</sup>

## 7. Der Baum und seine Äste: Verwandte Grundsätze

Als Baum, der seinen Schatten auf die gesamte völkerrechtliche Rechtsordnung wirft, teilt sich die *bona fides* in viele Äste, die weitere Grundsätze darstellen. Neben dem bereits erwähnten Prinzips *pacta sunt servanda* ist hier insbesondere die Figur der *culpa in contrahendo* hervorzuheben.

### a.) *Culpa in contrahendo*

Während des Verfahrens, das auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, entsteht eine auf Treu und Glauben beruhende rechtliche Bindung zwischen den Beteiligten, aus der konkrete Verhaltensnormen abzuleiten

sind.<sup>116</sup> Diese Verpflichtungen werden durch die *culpa in contrahendo* definiert. Im Zusammenhang mit dieser Rechtsfigur wird die Frage diskutiert, inwiefern sich eine Pflicht zur Ratifizierung eines Vertrages seitens der Staaten aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis ableiten lässt. Die Rechtslehre sieht etwa in einer willkürlichen Ablehnung der Ratifikation durch die Organe, mit deren Einverständnis zuvor die vorläufige Anwendung beschlossen wurde, zutreffend ein *venire contra factum proprium*, das im Widerspruch zum vorherigen Verhalten steht und die Vertrauensbasis erschüttert.<sup>117</sup> Die Vertragsparteien sind jedenfalls dazu verpflichtet, zwischen Unterzeichnung und der Ratifikation alles zu unterlassen, was die spätere Vertragserfüllung gefährdet oder unmöglich macht. Diese Pflicht ergibt sich mit Art. 18 WVRK auch aus dem Völkervertragsrecht.

### b.) Weitere verwandte Grundsätze

Wird ein subjektives Recht zu einem anderen als dem bestimmungsgemäßen Zweck ausgeübt, so liegt ein Rechtsmissbrauch vor.<sup>118</sup> Der Grundsatz des *Verbots des Rechtsmissbrauchs* wurde von StIGH und IGH anerkannt<sup>119</sup> und auch vom Sicherheitsrat bereits eingefordert, als er Ägypten 1951 dazu aufrief, die Durchfahrt von Handelsschiffen mit Waren für Israel durch den Suez-Kanal wieder zuzulassen.<sup>120</sup>

Das *Estoppel-Prinzip* fand insbesondere im Temple Preah Vihear-Fall Anwendung. Grundlage dieses Prinzips ist es, dass ein Staat an Erwartungen gebunden ist, die er durch sein Verhalten geweckt hat und auf die ein anderer Staat nach Treu und Glauben vertrauen durfte.<sup>121</sup>

Sollte ein Staat einen anderen Staat an der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gehindert haben, so kann dieser Staat nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* von dem anderen keine Erfüllung dieser Pflichten verlangen.<sup>122</sup>

Es ist umstritten, wann einem Vertragspartner zugemutet werden kann, einen Vertrag nach Wegfall der Geschäftsgrundlage weiterhin zu erfüllen, sodass es sich bei dem Rechtsgrundsatz *omnis conventio intellegitur rebus sic stantibus* um einen problematischen Auflösungsgrund völkerrechtlicher Verträge handelt.<sup>123</sup> Während alte Rechtslehren den ursprünglichen Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss für allein maßgeblich erklär-

<sup>110</sup> Rentsch, (Fn. 67) S. 28.

<sup>111</sup> IGH vom 25.09.1997, ICJ Reports 1997, S. 7.

<sup>112</sup> von Arnould, (Fn. 5), S. 274.

<sup>113</sup> Rentsch, (Fn. 65) S. 29.

<sup>114</sup> Ebd., S. 30.

<sup>115</sup> IGH, vom 20.12.1988, ICJ Reports 1988 S. 68.

<sup>116</sup> Bernhard, Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses 1957, S. 652 ff.

<sup>117</sup> Bernhard, (Fn. 116), S. 652 ff.

<sup>118</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, S. 4.

<sup>119</sup> Vgl. IGH vom 18.12.1951, ICJ Reports 1951, S. 142; IGH vom 06.04.1955, ICJ Reports 1955, S. 37.

<sup>120</sup> Verdross/Simma, (Fn. 24), S. 281.

<sup>121</sup> Vgl. Müller, (Fn. 82), S. 9 ff.

<sup>122</sup> StIGH vom 26.07.1927, 1927, A. 9 S. 31.

<sup>123</sup> Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 530.



ten<sup>124</sup>, vertritt die jüngere Völkerrechtslehre eine ergänzende Auslegung des Vertrages<sup>125</sup>. Diese objektivierende Sicht geht von der Frage aus, ob sich die Umstände derart verändert haben, dass die Erfüllung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.

#### IV. Aktuelle Relevanz des Gutgläubensgrundsatzes

Durch die Herleitung der Geschichte und der Ausgestaltung konnte die Bedeutung der *bona fides* schon näher herausgestellt werden. Die aktuelle Relevanz des Grundsatzes bemisst sich aber nicht zuletzt daran, welche Rolle er in einer sich verändernden Völkerrechtsordnung einnimmt. So bewegt sich das heutige Völkerrecht in einem Spannungsverhältnis zwischen universellen Ansprüchen und regionalen Differenzen.<sup>126</sup>

##### 1. Bona fides als Brücke zwischen Recht und Ethik

Wie insbesondere die historische Untersuchung der *bona fides* zeigt, lässt sich die Orientierung des Rechts an außerhalb des Rechts liegenden Idealen nicht widerlegen. Vielmehr zeigen die Ergebnisse, dass es zu keiner Zeit Recht gab, das seinerseits vollkommen unabhängig von Werteeinflüssen gesetzt wurde. Präzisiert wurde dies in der Suche nach einem Völkerrechtsgrund. Das naturrechtlich begründete Vertrauen eines Teils der Rechtslehre in die menschliche Vernunft sowie der rechtspositivistische Ansatz der Wiener Schule, in der alles Recht auf einer Grundnorm beruhen müsse, verdeutlichten, dass Recht nicht aus sich selbst bestehen kann, sondern aus außerhalb des Rechts stehenden Faktoren erwachsen muss. Eines dieser nicht zu normierenden, außerhalb des Rechts stehenden Elemente ist der Wunsch nach Vertrauen. Die angeführten Entscheidungen des IGH zeigen, dass die *bona fides* einen vorvertraglichen Vertrauensschutzbestand schaffen und als ein stabilisierendes Moment eine zwischenstaatliche Vertrauensbasis absichern kann, auf der eine weitere Entwicklung der internationalen Zusammenarbeit erst erfolgen kann.<sup>127</sup> Als Grundsatz ermahnt sie die Vertragsparteien hierbei jeweils zu einer Berücksichtigung rechtsexterner Wertefaktoren, womit sie als konzeptionelle Brücke zwischen Moral und Recht besteht.<sup>128</sup> Als eine solche Brücke orientieren sich auch Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz nicht an einzelnen Rechtsnormen.<sup>129</sup> Wohl aber lehnen sie sich an außerhalb des Rechts liegende Maßstäbe an, die innerhalb einer absolut und objektiv anerkannten Werteordnung gesucht werden müssen.<sup>130</sup> Dies bedeutet

nach der Auffassung von der Heydtes, dass die Wahrung einer von allen Beteiligten anerkannten *bona fides* innerhalb der Völkerrechtsordnung zunächst ein bestimmtes Maß an gemeinsamen Wertevorstellungen voraussetzt.<sup>131</sup>

##### 2. Ausblick: bona fides im fragmentierenden Völkerrecht

In den Augen Hans Kelsens war die *bona fides* ein rechtlich irrelevantes, rein moralisches Institut, da es unmöglich sei, einen Vertrag *mala fide* zu erfüllen.<sup>132</sup> Doch diese Begründung erfasst nicht den Fall, dass Vertragspartner ihren Verpflichtungen *bona fide* nachkommen wollen, die hieraus erwachsenen Verhaltenspflichten jedoch jeweils unterschiedlich interpretieren. Die in der Rechtslehre laut gewordene Kritik der Klausel von Treu und Glauben kann somit weniger als Schwäche ihres rechtlichen Konzepts, wohl aber als Schwäche der Gemeinschaftsgesinnung, auf die sie verweist, betrachtet werden.<sup>133</sup> Als Indikator dieser Problematik erweist sich die zunehmende Fragmentierung der Völkerrechtsordnung. Wenn heute von Völkerrecht gesprochen wird, ist eine Weltrechtsordnung in weiter Ferne.<sup>134</sup> Vielmehr stehen regionale und nationale Interessen einer stärkeren Internationalisierung entgegen. Doch gerade dort, wo Regelungslücken auftreten, weil sich Staaten vertraglich nicht binden möchten, kommt dem lückenfüllenden Charakter der *bona fides* eine besondere Bedeutung zu.

Es ist allerdings in hohem Maße wahrscheinlich, dass mit dem Übergang von einer bi- hin zu einer multipolaren Weltordnung ein Wertepluralismus der internationalen Staatengemeinschaft einhergeht. Während der Wille zur *bona fides* aus Gründen der Selbsterhaltung der Staaten noch durchaus vorhanden ist, könnten die sich hieraus ergebenden Verhaltensnormen, etwa Informations- oder Loyalitätspflichten, durch die selbstständige Interpretation der verschiedenen Pole relativiert werden.

Obwohl der Grundsatz *pacta sunt servanda* auch dem islamischen Recht immanent ist, so erscheint es vorstellbar, dass Loyalitätspflichten zulasten säkular geprägter Staaten politisch gelenkt werden.<sup>135</sup> Denn gerade im islamischen Raum stehen Wertevorstellungen unter dem Einfluss von strengen religiösen Idealen. So bringen immer wieder Staaten mit islamisch geprägter Rechtsordnung in völkervertraglichen Verhandlungen auf Art. 19 WVRK gestützte Vorbehalte an, wenn diese Fragen des Menschenrechtsschutzes zum Gegenstand haben.<sup>136</sup>

124 Grotius, De jure belli ac pacis, 1625, II S.16 ff.

125 Müller, (Fn. 82), S. 213.

126 von Arnould, (Fn. 5), S. 18.

127 Rentsch (Fn. 65), S. 31.

128 Ebd., S. 31.

129 von der Heydte (Fn. 39), S. 372.

130 von der Heydte, (Fn. 39), S. 372.

131 Ebd. S. 372.

132 Ebd., S. 51.

133 Müller, (Fn. 79), S. 233.

134 Vgl. von Arnould, (Fn. 5), S. 18.

135 Mahmoudi, Islamic Approach to International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, April 2011, Rn. 46, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1919> (30.11.2014).

136 Mahmoudi, (Fn. 135), Rn. 48, 49.

Dies wird von Seiten der Völkerrechtslehre dahingehend gedeutet, dass solche Staaten keine mit dem islamischen Recht unvereinbare Verpflichtungen übernehmen möchten.<sup>137</sup> Art. 19 WVRK benennt als auf den Grundsatz von Treu und Glauben basierende Schranke Kriterien, nach denen ein Vorbehalt als unzulässig gilt.<sup>138</sup> So ist ein Vorbehalt dann unzulässig, wenn er nach Art. 19 lit. c.) WVRK mit dem Ziel und Zweck des Vertrags unvereinbar ist. Unter Berufung dieser Norm bezeichneten westliche Staaten bereits einige Male die Vorbehalte islamisch geprägter Staaten als unzulässig.

Ist ein gewisses Maß an gemeinsamen Wertevorstellungen nicht gegeben, so gäbe jeder Staat nach der Theorie von der *Heydtes* aus seinem eigenen Wertedenken heraus den Rechtsnormen einen anderen Sinn mit der Folge, dass Staaten untereinander in der Deutung ihres Verhaltens schwer täten.<sup>139</sup> Die Vertragsparteien wären dann immer noch an den Vertragsinhalt gebunden, den aber jeder Staat anders, und zu seinen Gunsten, interpretieren würde.<sup>140</sup>

In dieser fragmentierten Werteordnung würden sich die Wertmaßstäbe der politisch stärkeren Staaten gegen die der weniger starken Staaten durchsetzen.<sup>141</sup> Die aktuel-

<sup>137</sup> Ebd. Rn. 49.

<sup>138</sup> Schütz, Die Ausnahmeklausel der nationalen Verteidigung im Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof: Eine „*exceptio universalis*“, in Schreuer (Hg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 189.

<sup>139</sup> von der *Heydte* (Fn. 39), S. 372.

<sup>140</sup> Ebd. S. 372.

<sup>141</sup> Ebd. S. 372.

le Relevanz von Treu und Glauben hängt vom Bestand seiner Grundlage ab, welche durch zusehende Nationalisierung und Regionalisierung erheblich strapaziert wird. Als vorausschauend erweist sich daher die Übernahme des Grundsatzes in geschriebenes Völkerrecht, sowie dessen Konkretisierung durch das Richterrecht.

## V. Fazit

Die historisch gewachsene Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben erklärt seine jetzige Omnipräsens. Die tiefe Verwurzelung seines Stammes mit dem Grundsatz der Reziprozität, der wörtlich in der deutschen Paarformel von „Treu und Glauben“ verdeutlicht wird, seine reiche und verzweigte Baumkrone an abgeleiteten Grundsätzen und sein Schatten des Vertrauensschutzes machen aus der *bona fides* einen Baum, dessen Schatten auf die gesamte Rechtsordnung fällt. Während die *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz einer eigenständigen Rechtsquelle zugeordnet wird, wurde sie schon früh in geschriebenes Völkerrecht aufgenommen. Art. 2 Abs. 2 UN-Charta kommt aufgrund des generellen Wortlautes eine besondere Rolle zu, da er den Grundsatz in seiner abstrakten Form übernimmt, ohne die Verhaltenspflichten weiter zu konkretisieren. Stelle man die Relevanz der *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz also in Frage, so ist er dem Völkerrecht trotzdem in ähnlich abstrakter Form immanent. Wenn also von § 242 BGB als „königlichem Paragraphen“ die Rede ist, müsste im Völkerrecht Art. 2 Abs. 2 UN-Charta die Krone zugesprochen werden.

Christian Kartheiser\*

## Risikobeteiligungsmodelle in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung

*Die Themenarbeit erörtert die Verwendung von Risikobeteiligungsmodellen in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung und Bewertung ihres Innovations- und Missbrauchspotenzials in unterschiedlichen Regelungen der Marktregulierung, insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Telekommunikationsregulierung zum Kartellrecht.*

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit zum Thema Telekommunikationsrecht. Die Hausarbeit wurde gestellt von Jun.-Prof. Dr. Broemel. Die Arbeit wurde mit „gut“ bewertet.

<sup>1</sup> Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 5, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.10.2015).

## A. Einleitung

Die im Jahr 2009 entwickelte Breitbandstrategie der Bundesregierung sah vor, bis 2014 75 % aller Haushalte mit besonders schnellen Breitbandanschlüssen (Übertragungsraten über 50 Mb/s in Empfangsrichtung) zu versorgen.<sup>1</sup> Um dies zu erreichen wurden im Rahmen TKG-Novelle 2012<sup>2</sup> unter anderem Vorschriften zu Risikobeteiligungsmodellen in die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung an mehreren Stellen eingeführt.<sup>3</sup> Unternehmen

<sup>2</sup> Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 09.05.2012, BGBl. I S. 958.

<sup>3</sup> Ausdrücklich in den §§ 15a II 1, 30 III 3 TKG.