

Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung?

Eine Anmerkung zum Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht

*Jan Wiegandt**

I.	Einleitung	32
II.	Versuch einer begrifflichen Klärung: “Recht”, “Macht” und “Internationale Ordnung”	33
	1. Internationale Ordnung	34
	2. Macht	38
	3. Recht	39
III.	Gegner, Leugner, Kritiker, postmoderne Interpreten – eine Skizze des völkerrechtskritischen Schrifttums	40
	1. Klassische Leugner des Völkerrechts	40
	2. Die Kritik des außenpolitischen Realismus	43
	3. Postmoderne Deutungen des Völkerrechts	44
IV.	Völkerrecht oder Völker“recht” – die mangelnde Durchsetzbarkeit als erstes zentrales Argument gegen die Rechtsnatur des Völkerrechts	48
	1. Vergleich des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Recht	50
	2. Nicht Durchsetzbarkeit, sondern Überzeugung macht Recht	52
	3. Die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht als Argument für die Rechtsnatur des Völkerrechts	53
	4. Auch das Völkerrecht kennt Durchsetzungsmechanismen	55
	a) Politische Ächtung, Retorsion und Repressalie	55
	b) Internationale Gerichte und Schiedsgerichte	56
	c) Maßnahmen des Sicherheitsrates, Selbstverteidigung und Krieg	59
	d) Zusammenfassende Bewertung der völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismen	60
V.	Recht oder Macht – das Fehlen wirklicher Rechtsquellen als zweites zentrales Argument in der Kritik des Völkerrechts	63
	1. Völkergewohnheitsrecht	64
	a) Die sog. repräsentative Praxis: Völkerrecht als Ausdruck der machtpolitischen Verhältnisse	64
	b) Der ewige Widerspruch des Völkergewohnheitsrechts: nur durch den Bruch von Völkerrecht kann neues Völkergewohnheitsrecht entstehen	66

* Ref. iur. am Kammergericht (Berlin), Diplômé de Sciences Po Paris (Institut d’Etudes Politiques de Paris) sowie wissenschaftliche Hilfskraft am Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam. *Leopold Bauer, Karoline Boullay, Peter Dieterich*, Privatdozent Dr. *Andreas Funke, Lutz Römer*, Prof. Dr. *Kirsten Schmalenbach* und *Nikolaus Graf Vitzthum* dankt der Verfasser für anregende Gespräche und wertvolle Hinweise.

2. Völkervertragsrecht	68
a) Die spätere Praxis nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK: der schmale Grat zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung als Privilegierung mächtiger Staaten	68
b) Völkerrechtliche Vertragsfreiheit und das Problem ungleicher Verträge: Konservierung der Machtverhältnisse durch völkerrechtliche Verträge	71
VI. Abschließende Stellungnahme: Internationale Rechts- und Machtordnung	75

Abstract

Die Frage, ob das Völkerrecht eine Rechts- oder Machtordnung ist, hat Generationen von Philosophen, Politikwissenschaftlern und Juristen beschäftigt. Ruft man sich die jüngsten Konflikte in Ex-Jugoslawien oder im Irak ins Gedächtnis, gewinnt diese Urfrage aufs Neue an Aktualität und offenbart sich als drückende Dauerfrage. Allzu leicht könnte man den vor-schnellen Eindruck gewinnen, allein die Macht bestimme das Völkerrecht und die internationale Ordnung. Der Beitrag setzt sich mit der Fraktion der Völkerrechtsleugner auseinander, indem er ihren Vorwurf der mangelnden Rechtsnatur des Völkerrechts kritisch hinterfragt. Die Hauptargumente der Völkerrechtsleugner werden als unplausibel zurückgewiesen. Von einem modernen und dynamischen Machtbegriff ausgehend, versucht der Beitrag jedoch auch offen zu legen, dass das Völkerrecht ebenfalls eine Form der Machtausübung ist.

I. Einleitung

“Ebenso gut wie wir wisst [ihr], dass Recht im menschlichen Verkehr nur bei gleichem Kräfteverhältnis zur Geltung kommt, die Stärkeren aber alles in ihrer Macht Stehende durchsetzen und die Schwachen sich fügen.”¹ Vor etwas mehr als 2500 Jahren sollen diese Worte gefallen sein, im Melier-Dialog, wie ihn *Thukydides* in seiner Geschichte des Peloponnesischen Krieges beschreibt.² In derart schonungsloser Klarheit, ganz ohne beschönigende Rhetorik taten damals die Gesandten Athens mit dem Verweis auf das Recht des Stärkeren die Berufung der militärisch weit unterlegenen Melier auf bestehende Abkommen ab, um diese zu einer freiwilligen Unterwerfung zu bewegen. Da die Melier der athenischen Unterwerfung weiterhin Recht und Gerechtigkeit entgegenhielten und sich nicht beugten, wurden

¹ *Thukydides*, Der Peloponnesische Krieg, 2000, 452, V. Buch, § 89.

² *Thukydides* (Anm. 1), 450 f., V. Buch, §§ 84 ff.

sie belagert. Nach geleistetem Widerstand töteten die Athener schließlich alle Männer im wehrfähigen Alter – der Niedergang der Melier hatte begonnen.³ Seit Menschengedenken wurden Schwächere immer wieder zum Opfer der Machtbestrebungen von Mächtigeren. Und schon immer versprach man sich vom Recht Ausgleich und Gerechtigkeit. Denkt man an die jüngsten Konflikte in Georgien, im Irak und im ehemaligen Jugoslawien, wird deutlich, dass diese Frage die Menschen heute noch genau so sehr beschäftigt wie schon im 5. Jahrhundert vor Christus die Melier und ihren Chronisten *Thukydides*. Deshalb ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern geboten, sich mit der gleichermaßen alten wie aktuellen Frage zu befassen, ob die internationale Ordnung eine Rechts- oder Machtordnung ist, ob sie vom Völkerrecht oder der Macht bestimmt wird.

Dazu wird im anschließenden Abschnitt zunächst der Versuch unternommen, „internationale Ordnung“, „Macht“ und „Recht“ als begriffliche Grundlagen der Fragestellung zu klären (unter II.). Der III. Abschnitt entwickelt einen knappen Abriss des völkerrechtskritischen Schrifttums, um vor diesem geistesgeschichtlichen Hintergrund in den folgenden beiden Abschnitten die Natur des Völkerrechts eingehender zu beleuchten; anhand zweier ausgewählter wie zentraler Argumentationslinien der Völkerrechtskritiker soll untersucht werden, ob Völkerrecht überhaupt Recht ist: so werden die Argumente der mangelnden Durchsetzbarkeit (unter IV.) und der fehlenden Rechtsquellen des Völkerrechts (unter V.) zunächst dargestellt, um sie dann kritisch auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen. Dabei wird sich auch immer wieder das Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht abzeichnen. Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung – vor dem Hintergrund der bisherigen Beobachtungen und Schlüsse, die aus ihnen zu ziehen waren, wird diese Frage im VI. und letzten Abschnitt der Darstellung zusammenfassend beantwortet.

II. Versuch einer begrifflichen Klärung: „Recht“, „Macht“ und „Internationale Ordnung“

Die Eingrenzung der für uns zentralen Begriffe bringt einige Probleme mit sich. Leicht könnte die zu untersuchende Frage zu einem bloßen Wortstreit verkommen, dessen Ausgang allein von der Wahl der Definitionen

³ *Thukydides* (Anm. 1), 459 f., V. Buch, § 114 ff.

abhängt.⁴ Denn durch eine allzu endgültige Definition liefe man Gefahr, die Frage nach der internationalen Rechtsordnung oder Machtordnung zu beantworten, ohne sie überhaupt behandelt zu haben. Schließlich können Definitionen sehr unterschiedlich ausfallen, je nachdem, was als Grundlage der Analyse gedient hat, um die abstrakten Definitionsmerkmale herauszuarbeiten.⁵ Diesen Problemen zum Trotz ist ohne Definitionen nicht auszukommen. Denn eine Annäherung an das Wesen der beiden hier zentralen Begriffe “Macht” und “Recht” ist anders nicht zu leisten. Im Bewusstsein der Relativität von Definitionen soll deshalb der Versuch einer begrifflichen Eingrenzung von “Recht”, “Macht” und “internationaler Ordnung” unternommen werden, um dadurch eine Arbeitsgrundlage für die Beantwortung unserer Frage zu gewinnen. Diese Begriffsklärungen dürfen aber wegen des eben Ausgeführten nicht zu ernst genommen werden. Sie sind lediglich der Ausgangspunkt des Gedankengangs, der einen Einblick in das Wesen von Macht und Recht erlauben und zur Beantwortung der Frage beitragen soll, ob Recht oder Macht das Völkerrecht und die internationale Ordnung ausmacht.

1. Internationale Ordnung

Ganz allgemein gefasst, könnte man Ordnung beschreiben als sinnvollen Zusammenhang von Einheiten, die selbständige Größen sind. Die Beziehungen der Einheiten zueinander können einem Wandel unterliegen, der aber stets bestimmten Gesetzen folgt.⁶ Seit der Entstehung des modernen Staates als Territorialstaat, historisch markiert durch den Westfälischen Frieden von 1648, setzte sich die internationale Ordnung zunächst aus souveränen Staaten und ihren Beziehungen zueinander zusammen.⁷ Heute sind es keineswegs mehr ausschließlich Staaten und vereinzelte Ausnahmeakteure,⁸ welche die internationale Ordnung prägen.⁹ Schon seit langem ist die

⁴ C. F. Amerasinghe, *Theory with practical Effects: Is International Law neither Fish nor Fowl? – Reflections on the Characterization of International Law*, AVR 37 (1999), 1 (8); F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts – Allgemeines Friedensrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1975, 12.

⁵ C. F. Amerasinghe (Anm. 4), 7 f.

⁶ Brockhaus – Enzyklopädie, 17. Aufl. 1971, Stichwort “Ordnung”.

⁷ K.-H. Ziegler, *Die Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht*, AVR 37 (1999), 129 (149-151); A.-M. de Zayas, *Peace of Westphalia*, in: R. Bernhardt, *EPIL*, Vol. IV, 2000, 1468; G. Krell, *Weltbilder und Weltordnung – Einführung in die Theorie der Internationalen Beziehungen*, 3. Aufl. 2004, 111, 86 ff.

⁸ Vgl. zu den sog. traditionellen Völkerrechtssubjekten H. S. Köck, *Holy See*, in: R. Bernhardt, *EPIL*, Vol. II, 1995, 866 ff.; B. de Fischer, *L’Ordre Souverain de Malte*, RdC 163 (1979-)

Entwicklung hin zur "Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte"¹⁰ zu beobachten.¹¹ Neben Staaten üben Internationale Regierungsorganisationen, Individuen, multinationale Unternehmen, Staatsfonds und zahlreiche Nichtregierungsorganisationen bestimmenden Einfluss auf die internationale Ordnung aus.¹² Nicht alle dieser nichtstaatlichen Akteure sind unstreitig als Völkerrechtssubjekte anerkannt. Nicht alle von ihnen können also Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten sein.¹³ Keineswegs ändert das aber etwas an ihrer tatsächlichen Möglichkeit, die internationale Ordnung politisch, kulturell oder wirtschaftlich zu gestalten. Unmittelbare völkerrechtliche Einflussnahme ist ihnen allerdings verwehrt.

Dass Internationale Organisationen Subjekte des Völkerrechts sind, ist mittlerweile einhellig anerkannt.¹⁴ Bereits 1949 stellte der Internationale Gerichtshof (IGH) dies in seinem grundlegenden *Bernadotte*-Gutachten für die Vereinten Nationen fest.¹⁵ Auch das Individuum zählt mittlerweile zum Kreis der Völkerrechtssubjekte. Indem es in zahlreichen Menschenrechtsverträgen sowie im Völkerstrafrecht angesprochen, völkerrechtlich berechtigt und verpflichtet wird, hat es die Rolle des bloßen, staatlich mediatisierten, Objekts des Völkerrechts abgelegt. In dem Maße, in dem der einzelne Mensch vom Völkerrecht berechtigt oder verpflichtet ist, tritt er uns heute als Subjekt des Völkerrechts gegenüber.¹⁶

Demgegenüber wird die Völkerrechtssubjektivität internationaler Nichtregierungsorganisationen und vor allem multinationaler Unternehmen kon-

II), 1 (41-42); S. Peterke, *Der völkerrechtliche Sonderstatus der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung*, Bochum 2006.

⁹ S. Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, 9. Aufl. 2008, 8, 64 ff.

¹⁰ H. Mosler, *Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte*, ZaöRV 22 (1962), 1.

¹¹ H. Mosler (Anm. 10), 45 ff.

¹² S. Hobe (Anm. 9), 8, 64 ff.

¹³ S. Hobe (Anm. 9), 64.

¹⁴ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (auch *Graf Bernadotte* genannt), ICJ Reports 1949, 174 ff.; P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet, *Droit international public*, 8. Aufl. 2010, Rn. 383 ff.; E. Klein, in: W. Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, 307 f.

¹⁵ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174 ff. Zur Begründung der "objektiven Rechtspersönlichkeit" der Vereinten Nationen argumentierte der Gerichtshof soziologisch-funktional. Abstrakt gefasst führte er aus, dass die Völkerrechtssubjektivität eines Akteurs nach den jeweiligen Bedürfnissen der internationalen Gemeinschaft zu bestimmen sei; sie müsse ihm insbesondere dann zuerkannt werden, wenn er seine völkerrechtlich festgelegten Aufgaben und Ziele nur durch eine geregelte Teilnahme auch an den völkerrechtlichen Beziehungen der übrigen Völkerrechtssubjekte erreichen könne. Vgl. zum Gutachten auch E. Klein, *Reparations for Injuries Suffered in Service of UN (Advisory Opinion)*, in: R. Bernhardt, *EPIL*, Vol. IV, 2000, 174 ff.

¹⁶ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 8. Aufl. 2006, Rn. 191; S. Hobe (Anm. 9), 166 ff.

trovers diskutiert.¹⁷ Völkerrechtssubjektivität wollen ihnen die meisten Autoren aber wohl (noch) nicht zubilligen.¹⁸ Mit Blick auf die Nichtregierungsorganisationen überzeugt diese Einschätzung noch eher als hinsichtlich multinationaler Unternehmen.¹⁹ Während das Völkerrecht Nichtregierungsorganisationen nur in seltenen Ausnahmefällen anspricht und berechtigt,²⁰ sind multinationale Unternehmen in den zahlreichen wie weiterhin rasant zunehmenden bilateralen Investitionsschutzverträgen unmittelbarer Adressat von einklagbaren völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.²¹ Insbesondere die sog. Investor-Staat-Schiedsklauseln in Investitionsschutzverträgen sind ein beeindruckendes Beispiel dafür.²² Einem übertriebenen Bestreben, alle denkbaren Akteure der Internationalen Beziehungen als Völkerrechtssubjekt einzuordnen, sollte allerdings skeptisch begegnet werden. Weiter als generelle Kategorisierungen scheint ohnehin eine Analyse zu

¹⁷ Vgl. zur Debatte etwa *K. Nowrot*, Nun sag wie hast du's mit den Global Players?, *Friedens-Warte* 79 (2004), 119; *R. Dolzer*, in: *W. Graf Vitzthum* (Anm. 14), 524 ff.; *M. Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2. Aufl. 2009, 18 f.; *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, 65 ff.; *P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet* (Anm. 14), Rn. 417.

¹⁸ Vgl. die Darstellung dieser Auffassung bei *M. Krajewski* (Anm. 17), 18 f.; *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wofrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl. 2002, 243 ff.; *P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet* (Anm. 14), Rn. 417; *S. Hobe* (Anm. 9), 165; insbesondere *S. Hobe* und *M. Krajewski* lassen Zweifel an dieser Auffassung anklingen.

¹⁹ *M. Krajewski* (Anm. 17), 18 ff.; *K. Nowrot* (Anm. 17), 149 f.; *S. Hobe* (Anm. 9), 165.

²⁰ *R. Müller-Terpitz*, *Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht*, AVR 43 (2005), 466 (491); *S. Hobe*, *Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht*, AVR 37 (1999), 152 (171), stellt auch fest, dass NGOs meist nur reflexartig durch das Völkerrecht angesprochen werden, spricht sich aber dennoch tendenziell für die Anerkennung ihrer Völkerrechtssubjektivität aus. Beide Autoren verweisen insbesondere auf den Konsultativstatus von NGOs im Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen nach Art. 71 SVN.

²¹ *R. Dolzer/C. Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2008, 220 ff.; *D. Carreau/P. Julliard*, *Droit international économique*, 3. Aufl. 2007, 546 ff.; *K. Nowrot* (Anm. 17), 149 f.; *M. Krajewski* (Anm. 17), 18 f.; *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wofrum* (Anm. 18), 256 f.

²² *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 21), 242 f.; *R. Dolzer/M. Stevens*, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, 129; *D. Carreau/P. Julliard* (Anm. 21), 546 ff.; siehe auch die Investor-Staats-Schiedsklausel in Art. 10 Abs. 2 des deutschen Model-BIT von 2008; vgl. ferner das "Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council: establishing transitional arrangements for bilateral agreements between Member States and third countries", offiziell am 7.6.2010 von der Kommission veröffentlicht, das auch während der Übergangphase bis zum endgültigen, jedoch nur teilweisen, Übergang der Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzverträgen auf die EU Investor-Staats-Schiedsklauseln vorsieht; anders als häufig zu lesen, wird die Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzverträgen nach Art. 206, 207 AEUV nicht gänzlich auf die EU übergehen; künftig wird es sog. gemischte Abkommen geben, vgl. *J. Griebel*, *Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon*, RIW 55 (2009), 469 (470); *C. Tietje*, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2009, Heft 83, 16 f., 20 f.

führen, die für jeden Einzelfall gesondert prüft, inwieweit ein Akteur in einer gegebenen Situation durch Normen des Völkerrechts berechtigt oder verpflichtet ist.²³

Sind die nichtstaatlichen Akteure heute sogar wichtiger als die Staaten? Als geborenes Völkerrechtssubjekt wird der Staat auch künftig seine herausragende Stellung behalten.²⁴ Fest steht jedoch, dass die internationale Ordnung längst keine rein staatenfixierte Ordnung mehr ist. Sogar die wichtigsten staatlichen Akteure sind stets auf vielfältige Weise von anderen Akteuren abhängig.²⁵ Die internationale Ordnung stellt sich als ein zunehmend dichtes Geflecht aus Beziehungen von Staaten und nichtstaatlichen Akteuren dar.

Unipolarität, Bipolarität und Multipolarität sind in der Geschichte dieser Ordnung die wiederkehrenden Formen und Konstellationen, die im Geflecht von Gegenseitigkeitsbeziehungen zwischen Gleichgewicht und Hegemonie oszillieren.²⁶ An das "ewige Gesetz" vom Fall und Aufstieg von Kulturen, Imperien und anderen Herrschaftsverbänden erinnerte schon *Herodot* als erster Historiker der Weltgeschichte überhaupt.²⁷ Ob an die Stelle seiner Beobachtungen über die griechischen Stadtstaaten, nach dem Wegfall des Ost-Westkonfliktes, eine neue Bildung von Blöcken in Gestalt des "Kampfes der Kulturen" getreten ist,²⁸ die USA unipolar herrschen werden²⁹ oder gar das Ende der Geschichte eintreten wird,³⁰ sei dahingestellt. Jedenfalls befinden sich Staaten wie nichtstaatliche Akteure in einem bestimmten sinnvollen Zusammenhang, der gewissen Gesetzen zu folgen scheint; wir leben also in einer Weltordnung.

²³ So bereits *H. Mosler* (Anm. 10), 48; jüngst auch *I. Brownlie* (Anm. 17), 67; *M. Krajewski* (Anm. 17), 18; *S. Hobe* (Anm. 9), 164 f.

²⁴ *H. Mosler* (Anm. 10), 48.

²⁵ *S. Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 205 ff., 215 f., 229 ff., 307 f., 328 ff., 379, 449.

²⁶ *G. Krell* (Anm. 7), 56.

²⁷ *Herodot*, Historien I, München 1983, 5.

²⁸ *S. P. Huntington*, Clash of Civilizations?, *Foreign Aff.* 72 (1993), 22 (25).

²⁹ *C. Krauthammer*, The Unipolar Moment, *Foreign Aff.* 70 (1991), 23 (32 f.).

³⁰ *F. Fukuyama*, The End of History, in: G. Ó Tuathail/S. Dalby/P. Routledge, *The Geopolitics Reader*, 1997, 114 ff.; erstmals erschien *Fukuyamas* Aufsatz 1989 im außenpolitischen Magazin *The National Interest*; kritisch zur Vorstellung des endgültig obsiegenden Westens *M. Mols/C. Derichs*, Das Ende der Geschichte oder ein Zusammenstoß der Zivilisationen, *Zeitschrift für Politik* 42 (1995), 225.

2. Macht

Sie wird oft als Fähigkeit umschrieben, einem anderen seinen Willen aufzuzwingen.³¹ Was heißt nun aber dieses Aufzwingen, was macht es aus? Wird hier nicht vielmehr das Ergebnis der Ausübung von Macht beschrieben? Wie es zu diesem Ergebnis kommt, bleibt dabei aber dunkel. Eine für unsere Zwecke fruchtbarere Definition von "Macht" scheint sich also schwierig zu gestalten. Das mag daran liegen, dass Macht keine statische Substanz ist. Sie hat kein bestimmtes unveränderliches Wesen. Macht ist vielmehr eine dynamische Beziehung.³² Deshalb kann nicht Macht als Faktum, sondern höchstens ihre Ausübung in der Welt erfassbar werden.³³ Noch zugespitzter formuliert könnte man sagen, dass es Macht nicht gibt. Nicht Macht, sondern nur Machtbeziehungen zwischen Subjekten können existieren.³⁴ Folgt man diesem Konzept von Macht – oder besser gesagt: Machtausübung –, so verbietet sich eine statische Definition von Macht geradezu. An Stelle einer solchen Definition, die Macht häufig auf nichts weiter als Institutionen wie den Staat, die Regierung oder das staatliche Gewaltmonopol reduziert,³⁵ soll hier von einem dynamischen Konzept der Machtausübung ausgegangen werden. Nach diesem findet sich Macht in allen (sozialen) Beziehungen zwischen Subjekten. Nicht "oben" bei den "Mächtigen" in den politischen Institutionen, sondern "unten" in den noch so feinen Verästelungen und Geflechten von Beziehungen zwischen Subjekten geht die Ausübung von Macht vonstatten. Nur dort erlangt sie im Akte ihrer Ausübung wahrnehmbare Existenz.³⁶ Diese Vorstellung von Machtausübung wurde als "Mikrophysik der Macht" (*micropouvoir*) bezeichnet.³⁷ Immer, wenn ein Subjekt mit einer Handlung auf ein anderes Subjekt reagiert, entwickelt oder wandelt sich eine Machtbeziehung. Macht ist demnach immer dort zu finden, wo mit einer Handlung auf andere Handlungen

³¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der verstehenden Soziologie* I/1, 1980, 28.

³² M. Foucault, *Le pouvoir – comment s'exerce-t-il?* (1984), in: D. Colas, *Recueil de Textes de Sciences Po Paris – Histoire des Idées Politiques*, 2005, 96; der Aufsatz findet sich auch in M. Foucault, *Dits et Écrits IV (1954-1988)*, 232 ff.; nachfolgende Zitate beziehen sich auf die erstgenannte Veröffentlichung.

³³ M. Foucault (Anm. 32), 98.

³⁴ M. Foucault (Anm. 32), 96.

³⁵ M. Foucault (Anm. 32), 99.

³⁶ M. Foucault (Anm. 32), 97.

³⁷ M. Foucault, *Zur Mikrophysik der Macht*, in: P. Kondylis, *Der Philosoph und die Macht*, 1992, 249, 255; P. Patton, *Foucault*, in: D. Boucher/P. Kelly, *Political Thinkers*, 2003, 525.

reagiert wird – immer und überall also.³⁸ Machtbeziehungen sind nicht nur allgegenwärtig, sondern auch offen.³⁹ Sie können deshalb alle beliebigen Formen annehmen, da fortwährend und überall auf der Welt Handlungen auf Handlungen erfolgen, in den unterschiedlichsten Formen. Das bedeutet auch, dass Macht nur gegenüber freien, handlungsfähigen Subjekten existieren kann. Sie setzt ein Mindestmaß an Freiheit voraus.⁴⁰ Wenn das andere Subjekt vollkommen unterworfen oder gar zerstört wäre, hätte das neben der Handlungsunfähigkeit des Subjekts zur Folge, dass die Machtbeziehung ausgelöscht wäre. Dies impliziert zugleich eine gewisse Strategie der Machtbeziehung, die auf Gegenreaktion und Widerstand setzt.⁴¹ Das hier vorgestellte Konzept der Machtausübung beinhaltet also stets zugleich Erwidern und Widerstand und ist ohne diese nicht denkbar.⁴² Zwar liefert dieses Konzept von Macht keine streng juristische Definition, die ohne weiteres subsumierbar wäre. Es erklärt aber, weshalb man Macht nicht als starre Substanz denken, folglich auch nicht definieren und festlegen kann. Zumindest ist es also eine begründete Definitionsverweigerung. Das eben umrissene Machtkonzept *Michel Foucaults* wird dieser Abhandlung zugrunde gelegt. Nicht nur, weil es eine Idee davon entstehen lassen kann, was Macht ist, sondern auch deshalb, weil es etwas darüber aussagt, wie die Ausübung von Macht in der Welt vonstatten geht. Allem voran aber deshalb, weil es ganz ohne moralischen oder ideologischen Impetus versucht, offen- und freizulegen, wo und wie Macht wirkt.

3. Recht

In Abgrenzung zu Geboten der Höflichkeit und moralischen Regeln wird es oft als autoritatives Regelsystem beschrieben, d.h. als System von Regeln, die im Falle ihrer Verletzung durch das staatliche Gewaltmonopol zwangsweise durchgesetzt werden können.⁴³ Dieser Definition ist deutlich anzumerken, dass sie durch die Analyse des innerstaatlichen Rechts, von

³⁸ *M. Foucault* (Anm. 32), 97; *D. Colas*, Dictionnaire de la pensée politique, 1997, 113.

³⁹ *M. Foucault* (Anm. 32), 97 f.

⁴⁰ *M. Foucault* (Anm. 32), 98; *P. Patton* (Anm. 37), 526.

⁴¹ *M. Foucault* (Anm. 32), 99; *P. Patton* (Anm. 37), 525 f.

⁴² *M. Foucault* (Anm. 32), 99; *F. Gros*, Michel Foucault, 3. Aufl. 2004, 83 ff.

⁴³ *B. Rütters*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, 31, 39, betont in seinem Versuch, den Begriff des Rechts einzugrenzen, auch das Zwangsmoment; vgl. auch die lange und ehrwürdige Tradition dieser Auffassung, die sich bereits bei *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe (2008) der 1. Aufl. von 1934, 31 ff., insbesondere 37, 40, 44 oder *R. v. Jehrings*, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1893, nachgedruckt 1970, 322 findet.

einem nationalstaatlichen Standpunkt aus gewonnen wurde. Unsere Frage betrifft aber ganz wesentlich die zwischenstaatlichen Beziehungen. Die Überzeugungskraft dieses Definitionsversuchs von Recht wird deshalb noch zu hinterfragen sein. Als Ausgangspunkt und Arbeitsgrundlage, auch für die anschließende Skizze des völkerrechtskritischen Schrifttums, sei sie aber vorerst einmal genannt.

III. Gegner, Leugner, Kritiker, postmoderne Interpreten – eine Skizze des völkerrechtskritischen Schrifttums

Wenn später bewusst nur zwei große Argumentationslinien in der Kritik des Völkerrechts eingehender beleuchtet werden, soll dies nicht über die Vielschichtigkeit des völkerrechtskritischen Schrifttums hinwegtäuschen. Mit nur wenigen Strichen versucht der folgende Abriss deshalb, einen Überblick über die völkerrechtskritischen Autoren und Strömungen zu geben. Er soll verdeutlichen, dass sich häufig ähnliche argumentative Strukturen in der Kritik des Völkerrechts finden. Den unterschiedlichen geistesgeschichtlichen Kontexten zum Trotz geht es immer wieder um die Durchsetzbarkeit des Völkerrechts und um die Frage nach der Möglichkeit, verbindliches Recht zwischen Staaten zu setzen. Nicht mehr als einen ersten Eindruck kann diese Skizze vermitteln. Anspruch auf Vollständigkeit und erschöpfende Behandlung erhebt sie freilich nicht.

1. Klassische Leugner des Völkerrechts

So alt wie das Völkerrecht selbst ist auch schon die Kritik an ihm. Bereits *Hugo Grotius* (1583-1645) beschwerte sich in *De Jure Belli ac Pacis* über die Leugnung des Völkerrechts.⁴⁴ Seine wirkungsmächtigen Zeitgenossen *Thomas Hobbes* (1588-1679) und *Niccolò di Machiavelli* (1469-1527) sollten die Geistesgeschichte auch durch ihr völkerrechtskritisches Denken nachhaltig prägen, bis in unsere Tage hinein.⁴⁵ Völkerrecht als Recht zwischen souve-

⁴⁴ *H. Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Prolegomena 3: “Atque eo magis necessaria est haec opera, quod et nostro saeculo non desunt et olim non defuerunt, qui hanc iuris partem ita contemnerent, quasi nihil eius praeter inane nomen existeret.”; vgl. auch *F. Berber* (Anm. 4), 9 samt Fn. 47, bei dem die Klage *Grotius* über die Verächter des Völkerrechts zitiert ist und von dem sie hier übernommen wurde.

⁴⁵ *H.-J. Cremer*, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, *ZaöRV* 67 (2007), 267 (268 f.); *F. Berber* (Anm. 4), 9.

ränen Staaten musste für *Hobbes* unmöglich bleiben, da ihre unumschränkte Souveränität keinen Raum für einen weiteren *Leviathan* lasse, der ihnen sogar übergeordnet sein sollte. Während die strategische Vernunft es dem einzelnen Menschen gebiete, einen mächtigen *Leviathan* zu erschaffen und sich ihm unterzuordnen, um den grausamen Naturzustand der Rechtlosigkeit und Gewalt im Krieg aller gegen alle zu beenden, müsse es im Verhältnis der so erschaffenen Staaten untereinander beim *bellum omnium contra omnes* bleiben.⁴⁶ Nicht Völkerrecht könne deshalb zwischen Staaten bestehen, sondern nur ein Zustand, in dem List, Gewalt, schlichtweg alle Mittel erlaubt sind. Dass auch *Machiavelli* klare Worte gegen das Völkerrecht fand, verwundert wenig, hatte er *Der Fürst* doch als praktische politische Handlungsanleitung für *Lorenzo de Medici* geschrieben, um seine Gunst wiederzugewinnen, nachdem er in dessen Ungnade gefallen und als politischer Berater entlassen worden war.⁴⁷ Auf den verbindlichen Charakter des Völkerrechts solle er nicht viel geben: "Ein kluger Herrscher kann und soll daher sein Wort nicht halten, wenn ihm dies zum Schaden gereicht und die Gründe, aus denen er es gab, hinfällig geworden sind."⁴⁸ Besonders deutlich verneinte *Baruch Spinoza* (1632-1677) die verbindliche Rechtsnatur des Völkerrechts. An einen zwischenstaatlichen Vertrag sei ein Staat nur solange gebunden, wie er ihm Vorteil bringe.⁴⁹

Seinen prominentesten Leugner im 19. Jahrhundert fand das Völkerrecht in *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*.⁵⁰ Er verneinte die Möglichkeit zwischenstaatlichen Rechts, da die Staaten in vollkommener, "souveräner Selbstständigkeit"⁵¹ zueinander stünden: "Weil aber deren Verhältnis ihre Souveränität zum Prinzip hat, so sind sie insofern im Naturzustande gegeneinander, und ihre Rechte haben nicht in einem allgemeinen zur Macht über sie

⁴⁶ *T. Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Cap. 13, 17, 26.

⁴⁷ *H. Münkler*, Niccolò Machiavelli, in: *H. Maier/H. Denzer*, *Klassiker des politischen Denkens*, 2. Aufl. 2004, 120 ff.; *B. Ravaz*, *Mémoires des grandes œuvres politiques*, 1999, 28 ff. Beide Autoren betonen zu Recht den zeitgeschichtlichen Kontext *Machiavellis* – das ungeeinte, zersetzte Italien der Renaissance mit den bedrohten und in Auflösung befindlichen Stadtstaaten wie z.B. Florenz –, der für das Verständnis seines Werkes von größter Bedeutung ist (vgl. zu diesem "kontextualistischen Ansatz" auch *Q. Skinner*, *Les fondements de la pensée politique moderne*, 2001, 9 ff.).

⁴⁸ *N. di Machiavelli*, *Der Fürst*, Kapitel 18.

⁴⁹ *B. Spinoza*, *Tractatus politicus*, Opera III, Cap. III, §§ 11 ff.; vgl. auch die Darstellung und Auseinandersetzung mit *Spinozas* Auffassung bei *A. Verdross*, *Das Völkerrecht im System von Spinoza*, *ZöfR* 7 (1928), 100 und *G. A. Walz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, 1930, 135 ff.

⁵⁰ Vgl. auch *F. Berber* (Anm. 4), 10 und *H.-J. Cremer* (Anm. 45), 268 f., die ihn ebenfalls als Völkerrechtsleugner bezeichnen.

⁵¹ *G. W. F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 331.

konstituierten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit.”⁵² Noch deutlicher wird die völkerrechtlich⁵³ unzählbare Macht des souveränen Staates bei *Hegel*, wenn er schreibt: “Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden.”⁵⁴ Deshalb könne Streit zwischen souveränen Staaten nicht durch eine übergeordnete Instanz – wie sie sich *Immanuel Kant* in seinem Traktat *Zum Ewigen Frieden* vorstellte⁵⁵ –, sondern letztlich “nur durch Krieg entschieden werden”.⁵⁶

Anders als die bisherigen Autoren begründete *John Austin* (1790-1859) seine Leugnung des Völkerrechts nicht philosophisch, sondern rein juristisch.⁵⁷ Recht ist für ihn ein Unterfall eines mit Erzwingungsmöglichkeiten ausgestatteten Befehls. Nur in Beziehungen, die klar durch Über- und Unterordnung geprägt sind, ist Recht daher für ihn vorstellbar. Denn nur diese Art der Beziehung erlaube die zwangsweise Durchsetzung des Befehls im Falle seiner Nichtbefolgung. Dem Völkerrecht spricht er deshalb den Rechtscharakter ab, es bestehe lediglich aus “opinions or sentiments current among nations generally. It therefore is not law properly so called.”⁵⁸

Seltener als Leugner waren die wahrhaften Gegner des Völkerrechts. Zu ihnen zählt der schwedische Jurist *Anders V. Lundstedt* (1882-1955). Völkerrecht war für ihn nichts weiter als hinterhältiger Vorwand, um eine Politik der rohen Gewalt und Macht hinter vermeintlichem Idealismus und vorgewauelter Gerechtigkeit zu verbergen.⁵⁹

⁵² *G. W. F. Hegel* (Anm. 51), § 333.

⁵³ *Hegel* spricht zwar vereinzelt von “Völkerrecht”, bevorzugt aber den Begriff “äußeres Staatsrecht”. Den §§ 331-340 seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts von 1821 – in diesen Paragraphen setzt sich *Hegel* mit dem Völkerrecht auseinander – gibt er dementsprechend die Überschrift “Das äußere Staatsrecht”.

⁵⁴ *G. W. F. Hegel* (Anm. 51), § 331; kritisch dazu *J. Habermas*, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: *J. Habermas*, Der gespaltene Westen – Kleine Politische Schriften X, 2004, 113 ff. (149), der diesen Satz *Hegels* als “Paukenschlag” bezeichnet.

⁵⁵ *I. Kant*, Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf (1795), herausgegeben von R. Malter 2008; auf das Friedensprojekt *Kants* bezieht sich *Hegel* ausdrücklich und setzt sich mit ihm auseinander, vgl. *G. W. F. Hegel* (Anm. 51), § 333.

⁵⁶ *G. W. F. Hegel* (Anm. 51), § 334.

⁵⁷ Vgl. *F. Berber* (Anm. 4), 10.

⁵⁸ *J. Austin*, Lectures on Jurisprudence – Or the Philosophy of Positive Law, 1861-1863, Vol. I, 184.

⁵⁹ *A. V. Lundstedt*, Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice – A Criticism of Jurisprudence, 1925, 236; vgl. dazu auch die Rezension von *J. H. Ralston*, Superstition or Rationality in Action for Peace? By Prof. A. V. Lundstedt, *AJIL* 20 (1926), 421 ff.

2. Die Kritik des außenpolitischen Realismus

Das ideengeschichtliche Erbe *Machiavellis* und *Hobbes* lebte fort, um später unter anderem von der außenpolitischen Denkschule des Realismus in den Internationalen Beziehungen angetreten zu werden.⁶⁰ Für *Hans J. Morgenthau*, ihren wohl herausragendsten Vertreter,⁶¹ ist das Völkerrecht kein normativer Wert an sich, sondern lediglich Ausgeburt einer Konstellation von Interessengleichlauf und Machtgleichgewicht, ein seltener machtpolitischer Glücksfall also. *Morgenthau* leugnet zwar nicht, dass die Existenz des Völkerrechts als verbindliches Recht zwischen Staaten möglich ist.⁶² Allerdings macht er sehr deutlich, dass diese Möglichkeit nur unter bestimmten, recht seltenen tatsächlichen Bedingungen gegeben ist; nur dann nämlich, wenn die dezentralisierten Einzelinteressen von Staaten zusammenfallen und zudem ein Gleichgewicht an Macht zwischen Staaten besteht.⁶³ Nur unter diesen Voraussetzungen könne Völkerrecht zu rechtsverbindlicher Existenz gelangen. Immer ist es aber das Sein, welches das Sollen bestimmt. Eigenständige, von tatsächlichen Machtkonstellationen losgelöste, normative Leitfunktionen vermag das Völkerrecht nach der Lehre des außenpolitischen Realismus nicht zu entfalten.⁶⁴ Nicht als reiner Leugner, aber als scharfer Kritiker des Völkerrechts soll *Morgenthau* und sein außenpolitischer Realismus deshalb hier vorgestellt sein.⁶⁵

⁶⁰ C. Hacke, Außen- und Sicherheitspolitik, in: H. Münkler, Politikwissenschaft – Ein Grundkurs, 2003, 324 betont neben *Hobbes* und *Machiavellis* vor allem *Thukydides* politisches Denken als geistesgeschichtliche Wurzel des Realismus; vgl. teilweise auch kritisch dazu G. Krell (Anm. 7), 135 ff., 146; S. Forde, International Realism and the Science of Politics. Thucydides, Machiavelli and Neorealism, *International Studies Quarterly* 39 (1995), 141 ff.

⁶¹ Vgl. zu den verschiedenen Strömungen innerhalb des außenpolitischen Realismus R. H. Steinberg/J. M. Zasloff, Power and International Law, *AJIL* 100 (2006), 64 (71 ff.) sowie G. Krell (Anm. 7), 146 ff.

⁶² So führt H. J. Morgenthau, *Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace*, 7. Aufl. 2006, 283 ff., insbesondere auf Seite 285 aus: “Yet to deny that international law exists at all as a system of binding legal rules flies in the face of all the evidence.”

⁶³ H. J. Morgenthau (Anm. 62), 285 f.: “Where there is neither community of interest nor balance of power, there is no international law.”

⁶⁴ H. J. Morgenthau (Anm. 62), 285 f.

⁶⁵ S. Hobe (Anm. 9), 4 bescheinigt *Morgenthau* und seinem außenpolitischen Realismus eine “gehörige Portion Skepsis gegen die Existenz des Völkerrechts”.

3. Postmoderne Deutungen des Völkerrechts

Auch postmoderne Interpretationen hat das Völkerrecht erfahren. Meist leugnen sie den Rechtscharakter des Völkerrechts nicht. Vielmehr untersuchen oder kritisieren sie es aus einem bestimmten Blickwinkel – oft kultur-, politik-, wirtschaftswissenschaftlicher oder systemtheoretischer Prägung –, um seine Wirkungsmechanismen zu verstehen oder gar zu verbessern.⁶⁶

Bereits die New Haven School versuchte in den 1940er Jahren das positivistische Völkerrecht durch eine umfassende politische Entscheidungsanalyse zu ersetzen. Sie verstand sich als Gegenentwurf zum Rechtspositivismus und betonte die Wechselwirkungen und Abhängigkeiten zwischen Politik und Recht. In diesem Entwurf konnte das Völkerrecht nicht mehr sein als einer von vielen politischen Abwägungsposten bei außenpolitischen Entscheidungen.⁶⁷

Anne-Marie Slaughter dekonstruiert das Völkerrecht aus einer liberalen Perspektive. Nach ihrer These hängt die Befolgung des Völkerrechts maßgeblich von den innerstaatlichen, politischen Strukturen ab. Liberale Staaten – geprägt durch Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Gewährleistung von bürgerlichen und politischen Rechten – befolgten das Völkerrecht, vor allem untereinander. Staaten, die nicht liberal geprägt sind, neigten hingegen zur Missachtung des Völkerrechts.⁶⁸ Unter Umständen könne diese Grundannahme jedoch auch rechtfertigen, dass liberale Staaten Gewalt gegen nicht freiheitliche Staaten ausüben, um Bedrohungslagen für die liberale Staatenwelt selbst oder humanitäre Katastrophen abzuwenden.⁶⁹

⁶⁶ Vgl. den Überblick bei *A. Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, *ZaöRV* 67 (2007), 695 (706 f.), zu den kultur-, politik- bzw. wirtschaftswissenschaftlichen oder systemtheoretischen Perspektiven auf das Völkerrecht 708 ff. sowie bei *A. T. Guzman*, A Compliance-Based Theory of International Law, *Calif. L. Rev.* 90 (2002), 1823 (1830 ff.).

⁶⁷ *M. S. McDougal/M. Reisman*, *International Law Essays*, 1981, sowie die zusammenfassende Darstellung bei *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 194 ff.; zu den uneinheitlichen Positionen der einzelnen Vertreter der New Haven School in den gleichen völkerrechtlichen Fragen, *R. A. Falk*, *Casting the Spell – The New Haven School of International Law*, *Yale L. J.* 104 (1995), 1991.

⁶⁸ *A.-M. Slaughter*, *International Law in a World of Liberal States*, *EJIL* 6 (1995), 503; *A.-M. Burley*, *Law among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*, *Colum. L. Rev.* 92 (1991), 1907 (1920 f.); *Burley* ist der frühere Nachname *Anne-Marie Slaughters*. Vgl. zur liberalen Völkerrechtstheorie auch *R. H. Steinberg/J. M. Zasloff* (Anm. 61), 64 (80 f.).

⁶⁹ *A.-M. Slaughter/L. Feinsein*, *A Duty to Prevent*, *Foreign Aff.* 83 (2004), 136; *A.-M. Slaughter*, *The Idea that Is America – Keeping Faith with Our Values in a Dangerous World*,

Dekonstruieren könnte man bei *Slaughter* noch mit Relativieren umschreiben. Mit Blick auf die Dekonstruktion der völkerrechtlichen Argumentationsstrukturen durch den finnischen Völkerrechtstheoretiker und Diplomaten *Martti Koskenniemi* wäre es wohl am treffendsten mit Zerlegen oder Zerpflücken zu übersetzen.⁷⁰ Nicht, weil er besonders völkerrechtskritisch wäre, sondern weil der Vertreter der *critical legal studies*⁷¹ in seinem Buch *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument* tief in die Strukturen der völkerrechtlichen Argumentation einsteigt, um ihre Widersprüche freizulegen.⁷² Nach *Koskenniemi* leidet das Völkerrecht – insbesondere sein Herzstück, die Rechtsquellenlehre – an dem strukturellen Widerspruch, dass es einerseits eine normative Ordnung aufstellen muss, um staatliche Macht zu begrenzen. Andererseits wird die Ausgestaltung dieser Ordnung erst durch den Willen der Staaten selbst bestimmt. Sie sind gleichzeitig Autor und Adressat völkerrechtlicher Pflichten. Die normative Sphäre des Völkerrechts komme deshalb nicht ohne den Bereich des Tatsächlichen aus.⁷³ Wegen dieser grundlegenden Struktur, oder Grammatik,⁷⁴ des Völkerrechts müsse die völkerrechtliche Argumentation auf immer und ewig zwischen Apologie politischer Realitäten und der Utopie einer internationalen Rechtsgemeinschaft lavieren.⁷⁵ Widerspruchsfreies Rechtsdenken sei dabei nicht möglich. So absurd es anmüte, der Völkerrechtler sei zur Argumentation mit Widersprüchen verdammt.⁷⁶ *Koskenniemi* versucht nicht diesen Widerspruch aufzulösen. Unüberwindbar sei er.

2007; unter diesen Prämissen hat *Anne-Marie Slaughter* etwa den Einmarsch der USA im Irak befürwortet und verteidigt.

⁷⁰ Vgl. *A. Nußberger*, Das Völkerrecht, 2009, 12.

⁷¹ Vgl. zu dieser Einordnung *M. Koskenniemi*, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, 2005, 65 selbst sowie *B. Rajagopal*, *Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia – A Reflection*, *GLJ* 7 (2006), 1089 (1090).

⁷² *M. Koskenniemi* (Anm. 71), bei der Ausgabe von 2005 handelt es sich um den mit neuem Vorwort und einem ausführlichem Epilog versehenen Nachdruck der bereits seit Jahren vergriffenen Ausgabe der gleichnamigen Doktorarbeit *Koskenniemi's* von 1989; bereits damals hatte sie viel Aufsehen erregt. Vgl. etwa die Besprechung der ersten Ausgabe von *N. Onuf*, *From Apology to Utopia*, *AJIL* 84 (1990), 771 ff. sowie jüngst zum Nachdruck *J. v. Bernstorff*, *Sisyphus Was an International Lawyer. On Martti Koskenniemi's "From Apology to Utopia" and the Place of Law in International Politics*, *GLJ* 7 (2006), 1015; *C. Möllers*, *It's About Legal Practice, Stupid*, *GLJ* 7 (2006), 1011; *D. Kennedy*, *The Last Treatise: Project and Person – Reflections on Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia*, *GLJ* 7 (2006), 981.

⁷³ *M. Koskenniemi* (Anm. 71), 219.

⁷⁴ Vgl. bereits die strukturalistisch anmutende Überschrift der Besprechung von *J. d'Aspremont*, *International Law as a Grammar – Koskenniemi's From Apology to Utopia Revisited*, abrufbar unter <http://www.globallawbooks.org>.

⁷⁵ *M. Koskenniemi* (Anm. 71), 58, 219.

⁷⁶ In Anlehnung an *A. Camus* absurden Helden *Sisyphos* verdeutlicht dies *J. v. Bernstorff* (Anm. 72), 1026 samt Fn. 39.

Vielmehr ruft er die Völkerrechtler dazu auf, sich des Widerspruchs bewusst zu werden, um den politischen Kontext in das eigene Völkerrechtsdenken integrieren zu können.⁷⁷ Vom Völkerrecht ablassen will *Koskenniemi* dennoch nicht. Trotz aller in ihm angelegten Widersprüchlichkeit erschaffe es eine hilfreiche “Kultur des Formalen”.⁷⁸

Viel Beachtung fand jüngst auch der Versuch eines dekonstruktivistischen Rundumschlags gegen das Völkerrecht von *Jack L. Goldsmith* und *Eric A. Posner*. Dem Befund des außenpolitischen Realismus nicht unähnlich,⁷⁹ kommen sie in ihrem Buch *The Limits of International Law*⁸⁰ zu dem Ergebnis, Völkerrecht sei nichts weiter als eine Begleiterscheinung – wenn man so will: ein Abfallprodukt – eigennütziger staatlicher Interessenverfolgung; es spiegle Staatenverhalten lediglich wider, vermöge es aber nicht zu begrenzen.⁸¹ Eigenständige normative Leitfunktion komme weder dem Völkerge-
wohnheits-,⁸² noch dem Völkervertragsrecht zu.⁸³ Wirtschaftswissenschaftlich inspiriert, verwenden *Goldsmith* und *Posner* einen *rational choice*-Ansatz,⁸⁴ mit dem erklärten Ziel, eine umfassende Theorie des Völkerrechts zu entwickeln.⁸⁵ Auf staatliche Interessen und Macht richten sie ihr Hauptaugenmerk – zwei Aspekte, die in der Völkerrechtswissenschaft stark unterbelichtet seien.⁸⁶ Sie gehen davon aus, dass Staaten sich rational verhalten, um ihre Interessen zwecks Machtmaximierung im Zusammen- oder Gegen-
spiel mit den Interessen anderer Staaten zu verwirklichen.⁸⁷ Was im Interesse eines Staates liege, legten die Regierungschefs, einzelne Menschen als

⁷⁷ *M. Koskenniemi* (Anm. 71), 507, 536.

⁷⁸ *C. Möllers* (Anm. 72), 1014 kritisiert diese “culture of formalism” als wenig greifbar.

⁷⁹ So auch *A. v. Aaken*, *To Do Away with International Law? Some Limits to ‘The Limits of International Law’*, *EJIL* 17 (2006), 289 (292): “Methodologically, Goldsmith and Posner consider themselves close to institutionalist approaches of International Relations scholarship, but the book may be better classified as realist-coloured IL scholarship.”; *A. Paulus* (Anm. 66), 8 zitiert sie dort sogar unmittelbar bei seiner Darstellung des amerikanischen Realismus; *J. L. Goldsmith/E. A. Posner*, *The Limits of International Law*, 2005, 170 ff., 186 ff. selbst setzten sich mit den klassischen Realisten *R. Niebuhr*, *E. H. Carr* und *H. J. Morgenthau* jedoch auch kritisch auseinander, teilen gleichwohl deren Grundannahme, dass eine Analyse der internationalen Politik vor allem auf die Kategorien Interesse und Macht zurückgreifen sollte.

⁸⁰ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79).

⁸¹ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 13: “International law emerges from states’ pursuit of self-interested policies on the international stage. International law is, in this sense, *endogenous* to state interests. It is not a check on state self-interest; it is a product of state self-interest.” (Hervorhebung im Original).

⁸² *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 26, 39, 42.

⁸³ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 100 f.

⁸⁴ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 7 ff.

⁸⁵ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 4.

⁸⁶ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 3.

⁸⁷ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (Anm. 79), 3 und 7.

“state leaders”, fest.⁸⁸ Vollkommen auszuschließen sei aber, dass diese Menschen das staatliche Interesse auch dahingehend definieren könnten, Völkerrecht befolgen zu wollen. Allein Sicherheit, wirtschaftliches Wachstum und ähnliche Güter zählten.⁸⁹ Diese, nicht zuletzt durch den *rational choice*-Ansatz vorprogrammierte, verengte Sichtweise des Völkerrechts ist bereits der erste Kritikpunkt gegen die allzu engen Grenzen des Völkerrechts bei *Goldsmith/Posner*.⁹⁰ Ihr in der *law and economics* Tradition stehender *rational choice*-Ansatz sei außerdem methodisch fehlerhaft umgesetzt.⁹¹ Zudem, so weitere Kritik, hätten *Goldsmith/Posner* das Völkerrecht in einigen Punkten falsch verstanden, gingen insofern bereits von einem teilweise recht kruden Bild des Völkerrechts als Grundlage ihrer Analyse aus.⁹² Mehr noch als beachtet, wurde das Buch denn auch – vor allem aus den angedeuteten Gründen – kritisiert.⁹³ Befeuert und bereichert hat es die Debatte allemal.⁹⁴ Zwar beteuern *Goldsmith/Posner*, das Völkerrecht nicht zu leugnen.⁹⁵ Dennoch verneinen sie fast jegliche eigenständige Verbindlichkeit des Völkerrechts.⁹⁶ Sogar einen besonders gefährlichen “Fundamentalangriff” gegen den verbindlichen Rechtscharakter des Völkerrechts stelle ihre Völkerrechtstheorie dar.⁹⁷ Nicht nur als postmoderne Interpreten, sondern als

⁸⁸ J. L. Goldsmith/E. A. Posner (Anm. 79), 6.

⁸⁹ J. L. Goldsmith/E. A. Posner (Anm. 79), 9.

⁹⁰ A. v. Aaken (Anm. 79), 306; H.-J. Cremer (Anm. 45), 280 ff.

⁹¹ A. T. Guzman, The Promise of International Law, Va. L. Rev. 92 (2006), 533 (563 f.); A. v. Aaken (Anm. 79), 306 ff. Beide begrüßen den *rational choice*-Ansatz jedoch grundsätzlich.

⁹² H.-J. Cremer (Anm. 45), 279 f.; A. T. Guzman (Anm. 91), 564 insbesondere hinsichtlich des Welthandelsrechts.

⁹³ A. v. Aaken (Anm. 79), 289; P. Schiff Berman, Seeing Beyond the Limits of International Law, Tex. L. Rev. 84 (2006), 1265; H.-J. Cremer (Anm. 45), 267; A. T. Guzman (Anm. 91), 533; O. A. Hathaway/A. N. Lavinbuk, Rationalism and Revisionism in International Law, Harv. L. Rev. 119 (2006), 1404; F. Vagts, International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defense, EJIL 15 (2004), 1031.

⁹⁴ So auch trotz ihrer Kritik A. v. Aaken (Anm. 79), 289, 307; H.-J. Cremer (Anm. 45), 296; A. T. Guzman (Anm. 90), 563.

⁹⁵ J. L. Goldsmith/E. A. Posner (Anm. 79), 3: “International law has long been burdened with the charge that it is not really law. This *misleading claim* is premised on some undeniable but misunderstood facts about international law: [...]” (Hervorhebung nicht im Original), sowie 202.

⁹⁶ J. L. Goldsmith/E. A. Posner (Anm. 79), etwa auf Seite 13: “But under our theory, international law does not pull states toward compliance contrary to their interests, and the possibilities for what international law can achieve are limited by the configurations of state interests and the distribution of state power.”

⁹⁷ H.-J. Cremer (Anm. 45), 268; unter Verweis auf die Ereignisse in *Guantánamo* und *Abu Graib* führt Cremer auf den Seiten 278 f. aus, dass *Goldsmiths/Posners* Leugnung des Völkerrechts so gefährlich ist, da sie u.a. der Zersetzung des Folterverbots intellektuell den Weg bereiten könnte.

Völkerrechtsleugner wurden sie daher bezeichnet.⁹⁸ Einerlei, ob wir es auf den zurückliegenden Seiten mit Gegnern, Leugnern, Kritikern oder post-modernen Interpreten des Völkerrechts zu tun hatten, immer wieder haben sich in unserer Skizze zwei Argumente gegen den Rechtscharakter des Völkerrechts abgezeichnet – der Mangel an Durchsetzbarkeit und das Fehlen echter Rechtsquellen. Vor dem Hintergrund der eben umrissenen Entwürfe und ideengeschichtlichen Kontexte sollen diese beiden Argumente in den folgenden Kapiteln genauer entfaltet werden, um sie sodann kritisch zu hinterfragen.

IV. Völkerrecht oder Völker“recht” – die mangelnde Durchsetzbarkeit als erstes zentrales Argument gegen die Rechtsnatur des Völkerrechts

Schon die eben unter Vorbehalt gegebene Definition von Recht und die Skizze des völkerrechtskritischen Schrifttums verdeutlichen die Vorstellung, dass Rechtsregeln ganz entscheidend dadurch gekennzeichnet sind, dass sie im gegebenen Fall durch das staatliche Gewaltmonopol durchgesetzt werden können. Einem fortwährend drohenden Garant gleich, steht es hinter dem Recht. Die Möglichkeit, das Gewaltmonopol gegen ein untergeordnetes, rechtsbrüchig gewordenes Rechtssubjekt einzusetzen und dadurch die Einhaltung einer Regel zu erzwingen, macht diese Regel erst zu Recht, macht also den Kern des Rechts aus.⁹⁹ Im Völkerrecht fehlt es aber gerade an einer solchen zentralen Durchsetzungsinstanz, die über den Staaten steht und die Einhaltung des Völkerrechts erzwingen könnte.¹⁰⁰ Denkt man beispielsweise an die Besatzungsmacht USA im Irak und ihren vorangegangenen Angriff, wird die Schwäche der Durchsetzbarkeit samt ihres Ausmaßes auf recht anschauliche Art und Weise deutlich. Von all den völkerrechtlichen Argumenten, die im diplomatischen Vorfeld des Irakkonflikts ausgetauscht worden waren, zeigten sich die USA im Ergebnis wenig beeindruckt. Am 20.3.2003 eröffneten die amerikanischen Streitkräfte gemeinsam mit dem

⁹⁸ H.-J. Cremer (Anm. 45), 276.

⁹⁹ Vgl. J. Austin (Anm. 58), 184; G. W. F. Hegel (Anm. 51), §§ 333 f.; H. J. Morgenthau (Anm. 62), 283 ff.; vgl. auch A. D'Amato, Is International Law Really 'Law?', Northwestern Law Review 79 (1985), 1293 f., der diese Auffassung von Recht darstellt, ihr im Ergebnis aber nicht folgt.

¹⁰⁰ Vgl. J. Austin (Anm. 58), 184; G. W. F. Hegel (Anm. 51), §§ 333 f.; T. Hobbes (Anm. 46), Cap. 13, 17, 26; H. J. Morgenthau, (Anm. 62), 285 ff.; zum koordinationsrechtlichen Charakter des Völkerrechts P. Kunig, Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel, in: Gedächtnisschrift Grabitz (1995), 328.

Allianzpartner Großbritannien, unter symbolischer Beteiligung Australiens und Polens, die Kriegshandlungen gegen den Irak.¹⁰¹ Weder lag ein Mandat des Sicherheitsrates vor, noch waren die Voraussetzungen eines präventiven Selbstverteidigungsschlages nach Art. 51 Satzung der Vereinten Nationen (SVN) gegeben.¹⁰² Die Ermächtigung der internationalen Staatenkoalition zur Befreiung Kuwaits durch Sicherheitsratsresolution 678 (1990) vom 29.11.1990 war spätestens mit dem Waffenstillstand vom 11.4.1991 beendet und konnte nicht wiederaufleben.¹⁰³ Dass auch die doppeldeutige Resolution 1441 (2002) keine Ermächtigung zur Gewaltanwendung enthielt, stand allerspätestens mit der nachträglichen Erklärung der ständigen Sicherheitsratsmitglieder China, Frankreich und Russland fest.¹⁰⁴ Obwohl der weit überwiegende Teil der Staatengemeinschaft und Völkerrechtler den Einmarsch der USA mit guten Gründen für eindeutig völkerrechtswidrig hielt, konnte das Völkerrecht mangels Durchsetzbarkeit nicht verwirklicht werden.¹⁰⁵ Das Völkerrecht beruht auch nicht auf Beziehungen von Unter- und Überordnung, sondern zeichnet sich durch seinen koordinationsrechtlichen Charakter aus: In ihrer souveränen Gleichheit stehen sich die Staaten auf gleicher Augenhöhe gegenüber.¹⁰⁶ Durchsetzen hat aber immer etwas mit Befehlen von oben nach unten, mit Über- und Unterordnung zu tun. Man kann es daher durchaus für fragwürdig halten, wie in einer auf Gleichheit und nicht auf Unterwerfung beruhenden Ordnung überhaupt Recht existieren können soll.¹⁰⁷ Das Argument der mangelnden Durchsetzbarkeit ist denn wohl auch das Hauptargument der Völkerrechtsleugner.¹⁰⁸ Seine

¹⁰¹ S. Graf v. Einsiedel/S. Chesterman, Doppelte Eindämmung im Sicherheitsrat – Die USA und Irak im diplomatischen Vorfeld des Krieges, VN 51 (2003), 47.

¹⁰² C. Schaller, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 62 (2002), 641 (656 ff.).

¹⁰³ C. Schaller (Anm. 102), 644 ff., 664.

¹⁰⁴ UN Doc. S/2002/1236 vom 8.11.2002; vgl. auch S. Graf v. Einsiedel/S. Chesterman (Anm. 101), 50.

¹⁰⁵ C. Tomuschat, Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht – Der Irakkrieg und seine Folgen, VN 51 (2003), 41 (46); T. Franck, What Happens Now? The United Nations after Iraq, AJIL 97 (2003), 607 (619); C. Schaller (Anm. 102), 664 ff.; A. Cassese, International Law, 2. Aufl. 2005, 360 f.; B. Kempen/C. Hillgruber, Völkerrecht, 2007, 241; M. Botbe, in: W. Graf Vitzthum (Anm. 14), 653.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 2 Nr. 1 SVN.

¹⁰⁷ Vgl. R. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht I/1, 2. Aufl. 1988, 34 f. samt Fn. 28.

¹⁰⁸ J. Austin (Anm. 58), 184; G. W. F. Hegel (Anm. 51), §§ 333 f.; T. Hobbes (Anm. 46), Cap. 13, 17, 26; H. J. Morgenthau (Anm. 62), 285 ff.; J. R. Bolton, Is There Really 'Law' in International Affairs?, Transnat'l L. & Contemp. Probs. 10 (2000), 1 (4 f., 48).

Überzeugungskraft soll im Folgenden überprüft werden, zunächst anhand eines Vergleichs mit dem innerstaatlichen Recht.

1. Vergleich des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Recht

Große und sogar sehr wichtige Teile des innerstaatlichen Rechts sind nicht durchsetzbar. Trotzdem fassen wir sie als Recht auf.¹⁰⁹ Das gilt für den gesamten Bereich des Verfassungsrechts, etwa wenn Verfassungsorgane von Staaten, die dem Grundsatz der Gewaltenteilung folgen, vor einem Verfassungsgericht um die Auslegung von Verfassungsrecht streiten.¹¹⁰ Zwar bestimmen Verfassungsgerichte in ihren Urteilen den rechtlichen Inhalt dessen, was verwirklicht werden soll. Zwangsweise vollstrecken können sie ihre Urteile aber nicht. Sie verfügen nicht über eigene Vollstreckungsorgane.¹¹¹ Außerdem könnten die übrigen Verfassungsorgane ebenfalls auf das staatliche Gewaltmonopol zurückgreifen, um die Durchsetzung des Urteils zu verhindern. Staatsorgane befolgen Urteile von Verfassungsgerichten aus politischer Klugheit, wohlwissentlich, dass ansonsten das Fortbestehen ihrer Macht gefährdet wäre.¹¹² Keineswegs ist es aber Zwang oder auch nur drohender Zwang, der sie Urteile befolgen lässt. Keiner von uns käme jedoch auf die Idee, an der rechtlichen Natur etwa der Verfassung der V. Französischen Republik oder der Bundesrepublik Deutschland zu zweifeln. Angesichts Stellung und Bedeutung der Verfassung in der Normenhierar-

¹⁰⁹ *F. Berber* (Anm. 4), 13; *A. D'Amato* (Anm. 99), 1293 ff.

¹¹⁰ *F. Berber* (Anm. 4), 13; *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, 12; *C. Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, 263 ff.; *A. D'Amato* (Anm. 99), 1295.

¹¹¹ *C. Hillgruber/C. Goos* (Anm. 110), 12; *H. Lechner/R. Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2006, § 35, Rn. 15; *C. Pestalozza* (Anm. 110); *A. D'Amato* (Anm. 99), 1295. Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) selbst ist hingegen der Auffassung, § 35 BVerfGG habe ihm die "volle Freiheit belassen", eigene Vollstreckungsanordnungen zu erlassen (BVerfGE 6, 300 (304)). § 35 BVerfGG spricht allerdings nur davon, dass das BVerfG in seinen Entscheidungen bestimmen kann, wer sie vollstreckt und auf welche Art und Weise dies geschehen soll. Dass sich das BVerfG im Wege der Interpretation selbst zum "Herrn der Vollstreckung" gemacht hat, ist auf heftige Kritik im Schrifttum gestoßen; selbst wenn diese Ansicht zutreffend wäre, verfügte das Verfassungsgericht noch nicht über eigene Zwangsorgane, sondern bliebe auf die Akzeptanz der anderen Staatsorgane angewiesen (vgl. *W. Roth*, Grundlage und Grenze von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen, AöR 124 (1999), 470 ff.; *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, 233; *M. Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2007, 182 f.; *C. Hillgruber/C. Goos* (Anm. 110), 11 f.)

¹¹² *C. Hillgruber/C. Goos* (Anm. 110), 12-13.

chie mutete ein solcher Gedanke geradezu abstrus an. Der Zusammenhang zwischen Recht und Zwang scheint auch dann nicht mehr so zwingend, wenn man Fälle betrachtet, in denen ein Bürger seinem Staat vor Gericht gegenübersteht. Solche Fälle gibt es zuhauf im Privatrecht, im Straf- und Verwaltungsrecht ist dies sogar regelmäßig der Fall. Wenn etwa die Supermacht USA in einem steuerrechtlichen Gerichtsverfahren gegen einen Bürger unterliegt, wer könnte dann die Regierung der Vereinigten Staaten zwingen, dem Bürger Steuern zurückzuzahlen? Oder wer könnte die Regierung der Vereinigten Staaten dazu anhalten, den Freispruch eines mutmaßlichen Terroristen zu dulden und zu befolgen, von dem aus Regierungssicht größte Gefahren ausgehen? Immer, wenn der Staat als Partei eines Rechtsstreits unterliegt, kommt er dem Gerichtsurteil nur deshalb nach, weil er es will; nicht aber, weil er sich gezwungen sähe und noch viel weniger, weil man ihn zwingen könnte.¹¹³ Denn als Inhaber des Gewaltmonopols braucht der Staat dieses nicht zu fürchten.¹¹⁴

Über einen Gleichheitsschluss könnten wir daraus zweierlei folgern. Zum einen, dass ein Großteil des innerstaatlichen Rechts kein Recht ist, weil es nicht durchsetzbar ist. Zum anderen, dass das Fehlen einer zentralen Durchsetzungsinstanz der rechtlichen Natur des Völkerrechts keinen Abbruch tut.¹¹⁵ Über einen Erst-Recht-Schluss könnten wir sogar noch weiter gehen. Wenn all die Bereiche des innerstaatlichen Rechts, in denen der Staat Partei ist oder sein kann, Recht sind, müssten wir das Völkerrecht erst recht als Recht betrachten. Denn das innerstaatliche Recht ist ein Subordinationsrecht. Wenn der rechtsuchende Bürger gegen seinen Staat vor Gericht zieht und obsiegt, hat er – als dem Staat untergeordnetes Rechtssubjekt – keine Mittel, das Urteil gegen den Willen des Staates durchzusetzen. Im Völkerrecht, als Koordinationsrecht, stehen sich wenigstens noch gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber. Gewaltmonopol steht gegen Gewaltmonopol. Und dass die souveräne Gleichheit des Art. 2 Nr. 1 SVN im Sinne einer normativen Gleichheit zu verstehen ist, oder anders gewandt eine rechtliche Fiktion ist, die nicht den machtpolitischen Realitäten entspricht, ändert daran grundsätzlich und vor allem rechtlich nichts.¹¹⁶ Daraus kann geschlossen werden, dass das Völkerrecht erst recht wirkliches Recht sein muss, wenn schon die besagten Bereiche des innerstaatlichen Rechts, in denen der Staat Partei ist oder sein kann, als Recht aufgefasst werden.

¹¹³ C. Hillgruber/C. Goos (Anm. 110), 12; A. D'Amato (Anm. 99), 1293.

¹¹⁴ A. D'Amato (Anm. 99), 1293 f.

¹¹⁵ A. D'Amato (Anm. 99), 1293 ff.

¹¹⁶ W. Graf Vitzthum, in: (Anm. 14), 24 f.

Man könnte dieser Argumentation, die ihre Überzeugungskraft aus einer Analogie zwischen Völkerrecht und nationalem Recht zu schöpfen sucht, entgegenhalten, dass sie nur einen einzigen Ausschnitt des innerstaatlichen Rechts betrifft. In den allermeisten Gerichtsverfahren stehen sich zwei Privatparteien gegenüber. Und gerade dieser große Bereich des innerstaatlichen Rechts, das sehr wohl durchgesetzt werden kann, könnte der entscheidende Teil sein.¹¹⁷ In methodischer Hinsicht ist zu bedenken, dass man sich auf Analogien nur dann verlassen sollte, wenn es keine direkten, d.h. aus dem Völkerrecht selbst stammenden, Argumente gibt.¹¹⁸ Auch wird es in demokratisch verfassten Staaten, etwa durch die Öffentlichkeit und Wahlen, möglich sein, Druck auf eine Regierung auszuüben, die eine Gerichtsentscheidung nicht befolgen will. Dieser Durchsetzungsmechanismus gleicht allerdings sehr stark Mechanismen der Durchsetzung, wie wir sie aus dem Völkerrecht kennen. Ob an die Stelle einer nationalen Öffentlichkeit die internationale Öffentlichkeit oder Staatengemeinschaft tritt, kann keinen wirklichen Unterschied ausmachen. Jedenfalls wirkt in beiden Fällen ein anderer Durchsetzungsmechanismus als Zwang. Der Kritik zum Trotz hat die Argumentation gezeigt, dass sich Völkerrecht und nationales Recht weitaus näher sind, als es selbst überzeugte Völkerrechtler regelmäßig annehmen. Auch muss das Bild des innerstaatlichen Rechts weitaus uneinheitlicher erscheinen als man es sonst mit der allergrößten Selbstverständlichkeit anzunehmen pflegt. Das Argument der mangelnden Durchsetzbarkeit der Völkerrechtsleugner wurde über unseren Gleichheitsschluss erschüttert. Der Erst-Recht-Schluss vermag es zwar nicht gänzlich zu widerlegen, macht es aber ein Stück weit unplausibel.

2. Nicht Durchsetzbarkeit, sondern Überzeugung macht Recht

Gegen die Vorstellung, dass Recht zwangsläufig durchsetzbar sein muss, um Recht zu sein, kann man weiter einwenden, dass nur in Ausnahmefällen die Einhaltung des Rechts erzwungen werden muss. Die meisten Menschen halten das Recht wohl ein, weil sie es im Großen und Ganzen für einfacher, sachdienlich, richtig oder gerecht halten.¹¹⁹ Käme es tatsächlich derart entscheidend auf die zwangsweise Durchsetzbarkeit an, so müsste hinter jeder der unzähligen Rechtsbeziehungen, und sei sie noch so gewöhnlich, ständig ein Vertreter der Staatsgewalt stehen. Dieses *Orwell'sche* Szenario zeigt, als

¹¹⁷ A. D'Amato (Anm. 99), 1294.

¹¹⁸ K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, 181.

¹¹⁹ F. Berber (Anm. 4), 14 f.

argumentum ad absurdum, dass es so entscheidend auf die Durchsetzbarkeit nicht ankommen kann.¹²⁰ Außerdem gibt es auch Gesetze, die noch niemals gebrochen wurden, folglich weder durchgesetzt werden mussten noch konnten. Keiner würde diesen Gesetzen aber den Rechtscharakter absprechen. Wenn das Parlament eines Staates etwa ein Gesetz gegen Kindesentführung erlassen hat, in diesem Land aber noch niemals ein Kind entführt wurde, müsste diesem Parlamentsgesetz die Rechtsnatur abgesprochen werden. Ernsthaft würde das aber wohl niemand behaupten.¹²¹ Umgekehrt gibt es auch nationales Recht, das ständig gebrochen wird – die Straßenverkehrsordnung beispielsweise –, dessen Rechtsqualität aber trotzdem niemand leugnen würde. Auch dieser Gedanke und diese Beispiele zeigen, dass Durchsetzbarkeit nicht zwangsläufig Recht ausmachen muss.

Dieser Argumentation könnte aber eine gewisse Kurzsichtigkeit vorgeworfen werden. Auch wenn die zwangsweise Durchsetzbarkeit des Rechts nicht der Regelfall ist und die Erscheinung des Rechts nicht immer mit Durchsetzung durch Zwang einhergeht, so ist es doch die potentielle Durchsetzbarkeit, die man hinter Rechtsregeln weiß. Genau sie lässt viele Menschen das Recht einhalten und prägt maßgeblich unser Rechtsbewusstsein.¹²² Das Argument kann insofern nicht überzeugen. Jedoch hat es das Recht gedanklich etwas weiter von der oft geforderten Durchsetzbarkeit entfernt.

3. Die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht als Argument für die Rechtsnatur des Völkerrechts

Auch die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Recht kann als Argument für die Rechtsqualität des Völkerrechts fruchtbar gemacht werden. Das objektive Recht ist die Gesamtheit aller anwendbaren Rechtsnormen eines Rechtssystems. Es bezeichnet also die Institution des Rechts als Abstraktum oder, anders gesagt, die Idee des Rechts.¹²³ Das subjektive Recht ist die einem Einzelnen durch das objektive Recht eingeräumte Position, etwas in seinem Interesse zu tun oder es aber auch bleiben zu lassen. *Windscheid* hat diese Position mit dem Begriff "Willensmacht" zu fassen versucht.¹²⁴ Anders, einfacher, vielleicht auch ein wenig kühn, könnte

¹²⁰ *F. Berber* (Anm. 4), 13 f.; *A. D'Amato* (Anm. 99), 1295 f.

¹²¹ *A. D'Amato* (Anm. 99), 1297 f.

¹²² *A. D'Amato* (Anm. 99), 1297.

¹²³ *R. Cabrillac*, *Introduction générale au droit*, 7. Aufl. 2007, 2 f.

¹²⁴ *B. Windscheid*, *Lehrbuch der Pandekten*, 5. Aufl. 1879, § 37, 92.

man das schwer fassbar zu machende Verhältnis von objektivem und subjektivem Recht aber auch so beschreiben: Das objektive Recht ist das, was man im Englischen “law” und das subjektive Recht das, was man “right” nennt.¹²⁵ Nimmt man diese Definition ernst, findet sich der Gedanke der Durchsetzbarkeit erst in der subjektiven Dimension des Rechts. Besonders deutlich macht das der Begriff der “Willensmacht”; aber auch im englischen Wort “right” schwingt der Gedanke der Durchsetzung oder Verwirklichung einer berechtigten, weil anerkannten, Position mit. Das objektive Recht für sich genommen hat aber nach obiger Definition noch nichts mit Durchsetzbarkeit zu tun. Das Völkerrecht müsste demnach zumindest Recht im Sinne von objektivem Recht sein.

Dieser Schlussfolgerung könnte man aber entgegenen, dass es einerseits subjektives Recht nicht ohne das objektive Recht geben kann, andererseits das objektive Recht ohne das subjektive Recht zu einem gut Stück sinnentleert wäre. Was nützt eine objektive Rechtsordnung, mag sie auch noch so vollkommen sein, wenn sie nicht aus dem rein geistigen Bereich der Normativität, aus der Welt der Ideen auf die Erde herabgeholt und somit Wirklichkeit werden kann. Ohne subjektives Recht kann es also auch kein sinnvolles objektives Recht geben.¹²⁶ Ohnehin könnte man die Aufteilung des Rechts in eine objektive und eine subjektive Dimension als künstlich verwerfen und unter Hinweis darauf, dass es nur ein Recht geben kann, völlig ablehnen. Im angloamerikanischen Rechtskreis ist die bewusste Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht denn auch nicht geläufig. Wohl allein schon deshalb, weil es keinerlei sprachliche Notwendigkeit dafür gibt wie bei uns, da die Begriffe “law” und “right” treffend genug sind und weitere semantische Unterscheidungen überflüssig machen.¹²⁷ Zwingend ist dieses entkräftende Argument aber keinesfalls. Zumindest hat der argumentative Gang über die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht erneut gezeigt, dass Völkerrecht und nationalstaatliches Recht in großen Teilen und bei etwas abstrakterer Betrachtung nicht sehr unterschiedlich sind. Das spricht gegen die Vorstellung, dass Recht nur sein kann, was durchsetzbar ist.

¹²⁵ Zum Verhältnis von subjektivem und objektivem Recht *R. Cabrillac* (Anm. 123), 2 f.

¹²⁶ *R. Cabrillac* (Anm. 123), 3.

¹²⁷ *A. D’Amato* (Anm. 99), 1297.

4. Auch das Völkerrecht kennt Durchsetzungsmechanismen

Politische Ächtung, Retorsion, Repressalie, internationale Gerichte und Schiedsgerichte, Maßnahmen des Weltsicherheitsrates und Krieg sollen jetzt diskutiert werden, um herauszuarbeiten, dass auch das Völkerrecht Mechanismen der Durchsetzung kennt.

a) Politische Ächtung, Retorsion und Repressalie

Oft rufen Völkerrechtsverletzungen die soziale oder politische Missbilligung der internationalen Gemeinschaft und der "Weltmeinung" hervor. Darin kann eine Form der Sanktionierung zwecks Durchsetzung des Völkerrechts erblickt werden.¹²⁸ Mag diese Form der Sanktionierung auch eher mittelbar und schwer zu quantifizieren sein, ihre Folgen können in wirtschaftlicher, politischer und kultureller Hinsicht oft sehr einschneidend sein, manchmal sogar weitreichender als die zwangsweise Durchsetzung einer nationalen Gerichtsentscheidung.¹²⁹

Als Antwort auf ein vorangegangenes völkerrechtliches Delikt ist auch die Repressalie ein anerkanntes Instrument zur Durchsetzung des Völkerrechts.¹³⁰ Hat ein Staat gegenüber einem anderen Staat ein völkerrechtliches Delikt begangen, so darf der verletzte Staat diesem gegenüber ein für sich genommen völkerrechtswidriges Verhalten an den Tag legen, ohne dass dieses als Völkerrechtsverletzung gewertet würde. Im Gegensatz zur Repressalie, liegt bei der Retorsion noch kein völkerrechtswidriges Verhalten eines Staates vor, sondern lediglich ein so genannter unfreundlicher Akt.¹³¹ Gemeinsam ist beiden, dass ihr Zweck nicht Vergeltung, sondern die Rückkehr des Völkerrechtsbrechers zum Völkerrecht ist. Die völkerrechtliche Ordnung soll also durch Repressalie und Retorsion wiederhergestellt und durchgesetzt werden.¹³²

¹²⁸ F. Berber (Anm. 4), 13; A. T. Guzman (Anm. 66), 1825 f., 1860 ff.

¹²⁹ A. T. Guzman (Anm. 66), 1825 f., 1860 ff.; A. D'Amato (Anm. 99), 1298 f.

¹³⁰ B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 189 f.

¹³¹ B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 190.

¹³² M. Herdegen, *Völkerrecht*, 9. Aufl. 2009, 451; vgl. auch Art. 49 Resolution zur Staatenverantwortlichkeit (UN/GA/Res/56/83 (2001) vom 12.12.2001).

b) Internationale Gerichte und Schiedsgerichte

Viele Autoren zählen sie ebenfalls zu den völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismen.¹³³ Besonders auf den IGH als Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen ist zu verweisen. Auch wenn er in der Geschichte der Vereinten Nationen noch keinen Gebrauch davon gemacht hat, könnte der Weltsicherheitsrat nach Art. 94 Abs. 2 SVN sogar militärische Maßnahmen anordnen, um nicht befolgte IGH-Urteile durchzusetzen.¹³⁴ Als Meilenstein in der Geschichte des Völkerrechts wurde die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht bezeichnet.¹³⁵ Von großer Effizienz und wirtschaftlicher Bedeutung sind schließlich die welt handelsrechtlichen und investitionsschutzrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen.¹³⁶ Eine knappe Darstellung der Besonderheiten der völkerstraf-, welthandels- und investitionsschutzrechtlichen Streitbeilegung soll beispielhaft¹³⁷ verdeutlichen, dass auch das Völkerrecht effektive Durchsetzungsmechanismen kennt, in denen oft auch Zwang eine Rolle spielt.

Die empfindlichen Sanktionen des Völkerstrafrechts machen dies besonders deutlich. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verstöße gegen den jüngst geschaffenen Aggressionstatbestand¹³⁸ können mit bis zu 30 Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden.¹³⁹

¹³³ S. Hobe (Anm. 9), 246 f.; K. Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, 22; G. Dahm/J. Delbrück/R. Wofrum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, 832 ff.; M. Schröder, in: W. Graf Vitzthum (Anm. 14), 614 f.

¹³⁴ Vgl. K. Oellers-Frahm, *International Court of Justice*, in: R. Bernhardt, *EPIL*, Vol. II, 1995, 1097.

¹³⁵ H.-P. Kaul, *Durchbruch in Rom – Der Vertrag über den Internationalen Strafgerichtshof*, VN 46 (1998), 125; W. Hermsdörfer, *Zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofs – Ein Meilenstein im Völkerstrafrecht*, NZWehrr 1998, 193; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, 30 f.

¹³⁶ J. Griebel, *Internationales Investitionsrecht*, 2008, 119 ff.; A. T. Guzman, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, Va J. Int'l L. 38 (1998), 639 (654 ff.); A. T. Guzman (Anm. 66), 1851 ff., 1886 f.; M. Krajewski (Anm. 17), 68.

¹³⁷ Die getroffene Auswahl soll keineswegs darüber hinwegtäuschen, dass es noch zahlreiche weitere Mechanismen der Streitbeilegung im Völkerrecht gibt; vgl. dazu etwa die Darstellung bei M. Schröder, in: W. Graf Vitzthum (Anm. 14), 611 ff.

¹³⁸ Siehe dazu K. Schmalenbach, *Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen*, JZ 15/16 (2010), 745; C. Kreß/N. Blokker, *A Consensus Agreement on the Crime of Aggression – Impressions from Kampala*, LJIL 23 (2010), i.E.; C. Kreß war Mitglied der deutschen und K. Schmalenbach der österreichischen Regierungsdelegation bei der Überprüfungskonferenz zur Reform des Statuts des IStGH in Kampala; vgl. zur Diskussion im Vorfeld der Review-Konferenz die Stellungnahmen von C. Kreß und A. Zimmermann im Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages vom 10.5.2010 zur Schaffung eines Tatbestandes des Aggressionsverbrechens.

Den einzelnen Menschen trifft hier als Völkerrechtssubjekt eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit.¹⁴⁰ "Handeln auf Befehl" ist nur in äußerst begrenztem Maße als Rechtfertigungsgrund anerkannt.¹⁴¹ Immunität können Staatsbedienstete, selbst Staats- und Regierungschefs, der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht entgegenhalten.¹⁴² Die Vorstellung von der Unantastbarkeit des Staates und seiner Bediensteten ist damit endgültig überwunden, ein neuer Meilenstein in der Geschichte des Völkerrechts gesetzt.¹⁴³ Die drohenden Sanktionen des Völkerstrafrechts vermögen eine immense Vorwirkung dahingehend zu entfalten, dass die völkerstrafrechtlichen Verbote und Gebote eingehalten werden. Sicherlich nicht Mangel an Durchsetzbarkeit, sondern viel eher fehlende Legitimität würden die bislang verurteilten Kriegsverbrecher dem Völkerstrafrecht wohl vorwerfen.¹⁴⁴

Die welthandelsrechtliche Streitbeilegung durch die Panels und den Appellate Body im Zusammenspiel mit dem Dispute Settlement Body (DSB) ist obligatorisch. Im Gegensatz zum IGH ist eine Unterwerfungserklärung der Parteien nicht erforderlich. Anders als noch zu Zeiten des General Agreement on Tariffs and Trade '47 (GATT '47) bestimmt seit der Gründung der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) als Internationaler Organisation 1994 das sog. negative Konsensprinzip die welthandelsrechtliche Streitbeilegung. Entscheidungen können danach nur dann abgelehnt werden, wenn alle Mitglieder der WTO der Ablehnung zustimmen.¹⁴⁵ Demgegenüber galt im GATT '47 noch das gewöhnliche Konsensprinzip und lähmte die Streitbeilegung. Denn selbst der Staat, dem

¹³⁹ Vgl. Art. 77 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut; dazu *R. E. Fife*, in: O. Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 77, Rn. 23; *C. Kreß*, Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, HuV-I 1998, 151 (151 ff.).

¹⁴⁰ Vgl. Art. 25 IStGH-Statut; dazu *K. Ambos*, in: O. Triffterer (Anm. 139), Art. 25, Rn. 1-3; *A. Cassese*, International Criminal Law, 2003, 136 ff.

¹⁴¹ Vgl. Art. 33 IStGH-Statut; dazu *A. Zimmermann*, Superior Orders, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. I 2002, 957 ff.

¹⁴² Vgl. Art. 27 IStGH-Statut; dazu *O. Triffterer*, in: (Anm. 139), Art. 27, Rn. 1-9; *A. Cassese* (Anm. 140), 264 ff.

¹⁴³ *H.-P. Kaul* (Anm. 135), 125; *W. Hermsdörfer* (Anm. 135), 193; *G. Werle* (Anm. 135), 30 f.

¹⁴⁴ Das International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) sprach bislang über 60 rechtskräftige Verurteilungen wegen Kriegsverbrechen aus; die überwiegende Mehrheit der 60 Kriegsverbrecher ist derzeit inhaftiert, vgl. die Übersicht die unter www.icty.org abgerufen werden kann; eine Übersicht über die Verurteilungen durch das International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) und den Stand ihrer Vollstreckung ist abrufbar unter www.unictt.org.

¹⁴⁵ *M. Hilf/S. Oeter*, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, 2005, 509 f.; *M. Krajevski* (Anm. 17), 75, 52 f.

GATT-widriges Verhalten vorgeworfen wurde, musste zustimmen, damit ihm der “handels- und zollrechtliche Prozess” gemacht werden konnte.¹⁴⁶ Das negative Konsensprinzip gilt heute in allen wichtigen Fragen der WTO-Streitbeilegung: Einsetzung der quasigerichtlichen Panels, Annahme der Entscheidungen der Panels und des Appellate Body, Genehmigung von Sanktionen durch den DSB.¹⁴⁷ Das Dispute Settlement Understanding (DSU) enthält zudem ein in sich geschlossenes Regelungssystem (self contained regime) von Gegenmaßnahmen.¹⁴⁸ Folgt der unterlegene Mitgliedstaat dem Panel- oder Appellate Body-Bericht nicht, darf das obsiegende WTO-Mitglied danach gemäß der Stufenfolge des Art. 22.3 lit. a bis c DSU zunächst Zugeständnisse in demselben wie dem beeinträchtigten Wirtschaftssektor, wenn das nicht hilft, Zugeständnisse aus dem gesamten verletzten Abkommen aussetzen. Als ultima ratio ist der obsiegende Mitgliedstaat sogar zur gefürchteten cross retaliation (Art. 22.3 lit. c DSU) berechtigt und kann Zugeständnisse aus allen anderen beliebigen Abkommen aussetzen.¹⁴⁹ Ein solcher Vergeltungsschlag kann wirtschaftlich hart treffen, manchmal sogar zu wirtschaftlichem Zwang existentiellen Ausmaßes führen. Die Streitbeilegung innerhalb der WTO ist durch das negative Konsensprinzip und die empfindlichen Gegenmaßnahmen zu einem schlagkräftigen quasigerichtlichen Verfahren revolutioniert. Dementsprechend wurde sie als “effizienteste[s] und effektivste[s]” völkerrechtliches Streitbeilegungsverfahren bezeichnet.¹⁵⁰

Schiedsurteile auf der Grundlage bilateraler Investitionsschutzverträge gelten nach Art. 54 Abs. 1 ICSID-Konvention (International Centre for Settlement of Investment Disputes) sogar unmittelbar als innerstaatlicher Vollstreckungstitel. Unterliegt ein Staat vor einem ICSID-Schiedsgericht gegen einen ausländischen Investor, hat er die Schiedsurteile anzuerkennen, darf sie nicht weiterer gerichtlicher Kontrolle unterziehen und muss sie vollstrecken “als handle es sich um ein Urteil eines seiner innerstaatlichen Gerichte”.¹⁵¹ Rechte aus Investitionsschutzverträgen können private Inves-

¹⁴⁶ *M. Hilf/S. Oeter* (Anm. 145), 509 f.; *M. Krajewski* (Anm. 17), 75, 52 f.

¹⁴⁷ Die Panels, bzw. der Appellate Body als Revisionsinstanz, entscheiden handelsrechtliche Streitigkeiten zwar in der Sache. Formal gesehen sprechen sie aber nur eine Entscheidungsempfehlung aus; völkerrechtliche Verbindlichkeit erlangt diese erst mit der Annahme durch den DSB, vgl. Art. 16.4, 17.14 DSU.

¹⁴⁸ *P. J. Kuypers*, *The Law of GATT as a Special Field of International Law – Ignorance, Further Refinement or Self-contained System of International Law*, NYIL, XXV (1994), 227 (251 f.).

¹⁴⁹ *M. Krajewski* (Anm. 17), 77 f.

¹⁵⁰ *M. Krajewski* (Anm. 17), 68.

¹⁵¹ Vgl. Art. 54 Abs. 1 ICSID-Konvention: “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations

toren also über Investor-Staat-Schiedsklauseln einklagen und durch ein staatliches Gewaltmonopol durchsetzen lassen. Unterschiede zur Durchsetzung von Ansprüchen vor nationalen Gerichten sind insofern grundsätzlich nicht auszumachen. Dementsprechend selten werden Schiedssprüche nicht befolgt.¹⁵² Die investitionsschutzrechtlichen Schiedsmechanismen sind ein bemerkenswert schlagkräftiges Mittel, um die materiellen Garantien¹⁵³ des weltweiten Netzes von rund 2600 Investitionsschutzverträgen durchzusetzen.¹⁵⁴

c) Maßnahmen des Sicherheitsrates, Selbstverteidigung und Krieg

Früher wurde auch Krieg als Mittel zur Durchsetzung des Völkerrechts verstanden. Ein Staat, der das Völkerrecht brach, wurde zum Objekt eines "gerechten Krieges".¹⁵⁵ Mit dem VII. Kapitel der Satzung der Vereinten Nationen wurde nach dem Scheitern des Völkerbundes und des *Briand-Kellogg*-Paktes von 1928 als erster materiell-rechtlichen Ächtung des Krieges der erneute Versuch unternommen, den Krieg aus den internationalen Beziehungen zu bannen. Von eng umgrenzten Ausnahmen abgesehen obliegt allein dem Weltsicherheitsrat das Monopol zwischenstaatlicher Gewaltanwendung.¹⁵⁶ Deshalb kann Krieg heute ganz grundsätzlich nicht mehr als Mittel zur Durchsetzung des Völkerrechts verstanden werden. Das "naturgegebene Recht" der Selbstverteidigung, niedergeschrieben in Art. 51 SVN, oder ein Mandat des Sicherheitsrates nach Art. 39, 42 SVN sind die

imposed by that award within its territories *as if it were a final judgement of a court in that State*. (...)", Hervorhebung durch den Autor; vgl. zur Titelfunktion von ICSID-Schiedsurteilen auch C. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2. Aufl. 2009, Art. 54, Rn. 1 ff., 88 ff.; J. Griebel (Anm. 136), 119. Lediglich in hoheitlich genutztes Vermögen des unterlegenen Staates kann aus Gründen der Staatenimmunität nicht vollstreckt werden. Vor nationalen Gerichten genießen Staaten jedoch ebenso sog. "relative" Immunität.

¹⁵² Die Vollstreckung des Awards vom 7.7.1998 in dem Verfahren *Sedelmayer v. Russian Federation* vor dem International Court of Arbitration at the Chamber of Commerce in Stockholm ist eines der recht seltenen Beispiele, in denen die Vollstreckung nicht ohne Schwierigkeiten verlief. Nach fehlgeschlagenen Versuchen in russisches Vermögen zu vollstrecken, gelang es *F. Sedelmayer* trotz zahlreicher Widrigkeiten schließlich in das sog. "KGB-Haus" in Köln zu vollstrecken, das früher vom KGB als inoffizielle Vertretung nahe der Hauptstadt genutzt wurde.

¹⁵³ Vgl. zu den materiellen Garantien in BITs wie gerechte und billige Behandlung, Enteignungsschutz, Verbot willkürlicher und diskriminierender Maßnahmen, umfassender Schutz und Sicherheit, Meistbegünstigung, Inländergleichbehandlung und Schirmklauseln J. Griebel (Anm. 136), 67 ff.

¹⁵⁴ J. Griebel (Anm. 136), 40, 119 ff.

¹⁵⁵ A. D'Amato (Anm. 99), 1299 f.

¹⁵⁶ S. Hobe (Anm. 9), 325 ff.

einzig unstreitig anerkannten Ausnahmen hiervon. In diesem Ausnahmebereich ist Krieg also ein Mittel zur Durchsetzung des Völkerrechts.¹⁵⁷ Krieg als Weg der Durchsetzung von Recht tut wohl selbst der nationalstaatlich geprägten Ansicht, für die Recht ganz maßgeblich durch die zwangsweise Durchsetzung mittels des staatlichen Gewaltmonopols gekennzeichnet ist, mehr als Genüge. Eine extremere Form zwangsweiser Rechtsdurchsetzung als Krieg ist schließlich kaum denkbar. Und angesichts neuer oder wieder relevant gewordener Probleme wie der humanitären Intervention, die noch keine eindeutige und abschließende völkerrechtliche Bewertung erfahren hat, ist nicht völlig auszuschließen, dass es zu einer Renaissance des “gerechten Krieges” als Instrument der Durchsetzung elementarer Grundwerte des Völkerrechts kommen könnte.¹⁵⁸ Einerlei, ob ihre Rechtfertigung überhaupt anhand des positiven Völkerrechts gelingen kann – etwa über eine teleologische Reduktion des Art. 2 Nr. 4 SVN oder über Art. 51 SVN – oder sich aber an naturrechtlichen Gerechtigkeitskategorien orientiert,¹⁵⁹ die humanitäre Intervention könnte als Form des “gerechten Krieges” bei entsprechender Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung zu Völkergewohnheitsrecht erstarken.¹⁶⁰

d) Zusammenfassende Bewertung der völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismen

Dem Verweis auf die Institutionen der völkerrechtlichen Streitbeilegung könnte allerdings entgegengetreten werden, sie verlagerten das Problem der Durchsetzbarkeit nur zeitlich auf die Phase nach dem Urteil. So wird die Effektivität der völkerstrafrechtlichen Vollstreckung stark davon abhängen, ob die Unterzeichnerstaaten des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Status) ihrer Zusammenarbeitspflicht¹⁶¹ nachkommen und die gesuchten Täter ausliefern. Die Gegenmaßnahmen des welthandelsrechtlichen Streitbeilegungssystems wirken je nach Struktur und Umfang der Handelsbeziehungen der Streitparteien und dem Ausmaß ihrer gegenseitigen Ab-

¹⁵⁷ A. D’Amato (Anm. 99), 1299 f.

¹⁵⁸ K. Schmalenbach, *Recht und Gerechtigkeit im Völkerrecht*, JZ 13 (2005), 637 (643 f.).

¹⁵⁹ Für eine solche naturrechtliche Begründung M. Walzer, *Just and Unjust Wars – A Moral Argument with Historical Illustrations*, 4. Aufl. 2006, 107 f.

¹⁶⁰ K. Schmalenbach (Anm. 158), 639 f., 643 f. Ein solches Erstarken setzt freilich voraus, dass man die Charta derogierendes Völkergewohnheitsrecht trotz Sinn und Zweck der Vorrangklausel des Art. 103 SVN für möglich hält.

¹⁶¹ Vgl. zur besonderen Bedeutung der Zusammenarbeitspflichten im 9. Kapitel des IStGH-Statuts C. Kreß, (Anm. 139), 155 ff.

hängigkeit sehr unterschiedlich. Große Wirtschaftsmächte haben hier weitaus mehr Spielraum und eine weitaus höhere Schmerzgrenze als kleine, wenig diversifizierte Volkswirtschaften.¹⁶² Und auch wenn die Urteile von IC-SID-Schiedsgerichten als nationale Vollstreckungstitel gelten, ist es meist immer noch der im Schiedsverfahren unterlegene Staat selbst, gegen und vor allem durch den dieser Titel vollstreckt werden muss.

Wirklich überzeugend ist der Einwand, internationale Gerichte und Schiedsgerichte verlagerten das Problem der Durchsetzbarkeit lediglich, allerdings nicht. Befolgt nämlich eine unterlegene Partei das verbindliche völkerrechtliche Urteil nicht, begeht sie gleich einen qualifizierten, weil doppelten Völkerrechtsbruch. Wie im Urteil festgestellt, hat sie erstens gegen Vorgaben des Völkerrechts verstoßen. Zweitens und darüber hinaus missachtet sie das völkerrechtlich verbindliche Urteil. Schließlich enthält das Urteil neben der Feststellung des Völkerrechtsbruchs eine Pflicht zur Unterlassung desselben.¹⁶³ Der politischen Ächtung der Staatenwelt und der übrigen internationalen Gemeinschaft wäre sich der gleich in doppelter Hinsicht Rechtsbrüchige in besonders verschärftem Maße gewiss.

Wie gesehen, hätte er darüber hinaus auch "handfestere" Folgen zu fürchten. Ausländische Investitionen könnten nicht nur ausbleiben.¹⁶⁴ Ständig drohte die Vollstreckung des ICSID-Schiedsspruchs. Mag der Gaststaat sie dem ausländischen Investor im eigenen Staatsgebiet auch schwer machen, so könnte sie immer noch in das Auslandsvermögen des vollstreckungsunwilligen, aber zur Enteignung bereiten Staates vorgenommen werden. Handelsbeziehungen könnten nachhaltig gestört bleiben und mit empfindlichen handelspolitischen Gegenmaßnahmen des DSU wäre zu rechnen. Ewig wird auch der Kriegsverbrecher nicht auf den Unwillen zur Kooperation mit dem IStGH bauen können. Stets hätte er zu fürchten, dass sich politische Machtverhältnisse wandeln und er schlussendlich doch nach Den Haag ausgeliefert und zur völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit gezogen wird. Und irgendwann könnte auch der Weltsicherheitsrat erstmals auf Art. 94 Abs. 2 SVN zurückgreifen.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund entfalten völkerrechtliche Urteile bereits eine völkerrechtsverwirklichende Vorwirkung. In internationalen (Schieds-)Urteilen wird nicht lediglich darüber entschieden, ob, welche und inwieweit Bestimmungen des Völkerrechts verletzt sind. Sie stellen nicht

¹⁶² M. Krajewski (Anm. 17), 77.

¹⁶³ Vgl. C. Tomuschat, International Courts and Tribunals, in: R. Bernhardt, EPIL, Vol. II, 1995, 1111.

¹⁶⁴ Vgl. zu den wirtschaftlichen Befolgungsmechanismen bei Bilateral Investment Treaties (BITs) A. T. Guzman (Anm. 66), 1851 ff.

nur einen Vollstreckungstitel dar, sondern nehmen die Vollstreckung häufig sogar ein Stück weit vorweg. Grund dafür könnte zum einen die argumentative Überzeugungskraft des Urteils sein. Durch die Gerichtsverfahren wird zudem Öffentlichkeit erzeugt. Sie verstärkt wiederum das erhebliche Maß an politischer Ächtung, das die Missachtung des Urteils als qualifizierter Völkerrechtsbruch hervorzurufen vermag. Außerdem wirkt auch hier bereits wieder der potentielle Zwang, der wegen nicht beachteter Urteile droht. Ebenso wenig wie die meisten innerstaatlichen Gerichtsurteile müssen denn auch die meisten internationalen Urteile nicht mittels Zwang vollstreckt werden.¹⁶⁵ Insofern verlagern internationale Gerichte, Tribunale und Schiedsgerichte das Problem der Durchsetzbarkeit nicht nur zeitlich. Vielmehr haben sie zumindest einen gewissen Anteil an der Durchsetzung des Völkerrechts.¹⁶⁶

Auch wenn die internationale Gemeinschaft in vielen Bereichen durch Gleichordnungsverhältnisse geprägt bleibt und die Urteile internationaler Gerichte mangels zentraler Durchsetzungsinstanz auf die Befolgungsbereitschaft der unterlegenen Partei angewiesen bleiben,¹⁶⁷ ist dieser Anteil ebenso wenig zu unterschätzen wie der Anteil, den politische Ächtung, Retorsion, Repressalie und Krieg an der Durchsetzung des Völkerrechts haben. Zwar scheitern sie oft daran, dass ein politisch, wirtschaftlich oder militärisch schwächerer Staat sich diese Maßnahmen gegenüber einem mächtigeren Staat nicht "leisten" kann. Doch diese Begebenheit gibt es im nationalen Recht ebenso. Man denke beispielsweise an den abhängig beschäftigten Arbeitnehmer, der einen tatsächlich bestehenden Anspruch gegen seinen Arbeitgeber durchsetzen möchte, es aber aus Angst um seinen Arbeitsplatz oder vor anderweitigen Nachteilen unterlässt. Nur geht es dort nicht um so spektakuläre und große Fragen wie Krieg und Frieden, sodass leicht der falsche Eindruck entsteht, das Völkerrecht würde ständig gebrochen und nicht durchgesetzt, das nationale Recht hingegen stets geachtet und verwirklicht.¹⁶⁸ Dass sich die völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismen von der innerstaatlichen Durchsetzung von Recht unterscheiden, ist kein stichhaltiges Argument der Völkerrechtsleugner gegen die Rechtsnatur des Völkerrechts. Allenfalls offenbart es einen Mangel an Vorstellungskraft sowie ein Denken, das in rein nationalstaatlichen Kategorien verhaftet ist.¹⁶⁹ Schließlich sehen auch die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen

¹⁶⁵ F. Berber (Anm. 4), 15.

¹⁶⁶ K. Oellers-Frahm, Zur Vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht, ZaöRV 36 (1976), 654 (676 ff.).

¹⁶⁷ C. Tomuschat (Anm. 163), 1113.

¹⁶⁸ C. F. Amerasinghe (Anm. 4), 5 f.

¹⁶⁹ B. Kempen/C. Hillgruber (Fn. 105), 11.

der Staaten sehr unterschiedliche Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen vor, um ihre Rechtsordnung zu verwirklichen. Schon ein flüchtiger, vergleichender Blick auf die Todesstrafe in den USA und China oder die Strafen der Scharia im Gegensatz zu den Sanktionsmechanismen der europäischen Strafrechtsordnungen veranschaulicht dies.

In dem Maße, in dem das Völkerrecht durch Ächtung der internationalen Gemeinschaft, Retorsion, Repressalie, internationale Gerichte und Schiedsgerichte, das Völkerstrafrecht, Maßnahmen des Weltsicherheitsrats, Selbstverteidigung oder gar Krieg durchsetzbar ist, geht das Durchsetzbarkeitsargument von vornherein ins Leere.

V. Recht oder Macht – das Fehlen wirklicher Rechtsquellen als zweites zentrales Argument in der Kritik des Völkerrechts

Gegen den rechtlichen Charakter des Völkerrechts wird von Völkerrechtskritikern als zweiter großer Argumentationstopos vorgebracht, es fehle dem Völkerrecht bereits an wirklichen Rechtsquellen.¹⁷⁰ Ohne zentrale Rechtssetzungsinstanz könne es auch kein Recht geben; Völkerrecht könne kein Recht sein.¹⁷¹ Diese zweite große Argumentationslinie soll im Folgenden zunächst entfaltet und dann auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft werden. Dabei sind besonders die ersten beiden in Art. 38 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) aufgezählten, herkömmlichen Rechtsquellen des Völkerrechts – Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht – von Interesse, da sie den Großteil des Völkerrechts ausmachen und die Völkerrechtsordnung am stärksten prägen. Entgegen der Reihenfolge des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut wird mit dem Völkergewohnheitsrecht begonnen, da es für unsere Fragestellung besonders aufschlussreich zu sein scheint.

¹⁷⁰ Vgl. J. R. Bolton (Anm. 108), 3 ff., 48; H. J. Morgenthau (Anm. 62), 283 ff.; J. L. Goldsmith/E. A. Posner (Anm. 79), 100 ff.

¹⁷¹ Vgl. G. W. F. Hegel (Anm. 51), § 333; J. Austin (Anm. 58), 184; T. Hobbes (Anm. 46), Cap. 13, 17, 26; H. J. Morgenthau (Anm. 62), 285 ff.; J. R. Bolton (Anm. 108), 3 ff., 48.

1. Völkergewohnheitsrecht

Besonders zwei Umstände bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht könnten Aufschluss über die Rechtsnatur des Völkerrechts geben. Zum einen ist dies die Rolle der Staatenpraxis bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht. Zum anderen soll versucht werden, aus dem widersprüchlich erscheinenden Umstand, dass neues Völkergewohnheitsrecht häufig erst durch den Bruch bestehenden Völkerrechts entsteht, Schlussfolgerungen über die Natur des Völkerrechts abzuleiten.

a) Die sog. repräsentative Praxis: Völkerrecht als Ausdruck der machtpolitischen Verhältnisse

Eine einheitliche und über einen längeren Zeitraum andauernde Staatenpraxis (*longa diuturna consuetudo*), getragen von einer Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) sind die beiden Voraussetzungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht.¹⁷² Als rein tatsächliches Moment bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht ist für die Staatenpraxis allein von Bedeutung, wie sich die Staaten tatsächlich untereinander verhalten.¹⁷³ Hervorzuheben ist, dass es dabei auf die sog. "repräsentative Praxis" der Staaten ankommt. Das bedeutet, dass nicht sämtliche Staaten in gleichem Maße an der Praxis beteiligt sein müssen, sondern das Verhalten derjenigen Staaten, die in besonders großem Umfang am zwischenstaatlichen Verkehr teilnehmen, auch von größerer Bedeutung ist.¹⁷⁴ So lautet die gängige Formel, um die Bedeutung der "repräsentativen Praxis" zu umschreiben. Griffiger könnte man auch sagen, dass es bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht ganz besonders auf die wichtigen und mächtigen Staaten ankommt. Denn nur sie haben die Mittel, sich am zwischenstaatlichen Verkehr in besonders großem Umfang zu beteiligen.¹⁷⁵ Je mächtiger ein Staat ist, desto mehr kann er also das Völkergewohnheitsrecht prägen. Macht, könnte man demnach sagen, macht hier Recht. Wenn es bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht aber so entscheidend auf die Macht eines Staates ankommt, ist das Völkerrecht nichts weiter als die normativ gefasste Quintessenz der gegenwärtigen Machtverhältnisse – das Völkerrecht ein Abbild der machtpolitischen Welt-

¹⁷² R. Bernhardt, Customary International Law, in: R. Bernhardt, EPIL, Vol. I, 1992, 898 ff.; vgl. auch den Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut.

¹⁷³ W. Graf Vitzthum, in: (Anm. 14), 67 ff.

¹⁷⁴ R. Bernhardt (Anm. 172), 898 ff.; W. Graf Vitzthum, in: (Anm. 14), 67 ff.; B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 99 f.

¹⁷⁵ P.-M. Dupuy (Anm. 16), Rn. 318 ff.; W. Graf Vitzthum, in: (Anm. 14), 67 ff.

ordnung *en miniature*.¹⁷⁶ An dieser Stelle offenbart sich das enge Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht. Schon vor langem wurde ganz in diesem Sinne darauf hingewiesen, dass Macht und Recht in den zwischenstaatlichen Beziehungen zwei Seiten einer Medaille oder gar deckungsgleich sind.¹⁷⁷ Völkerrecht, zumindest der Bereich des Völkergewohnheitsrechts, ist danach folglich nicht Recht, sondern eine normative Bestandsaufnahme der Machtverhältnisse. Dieser Schluss wäre jedenfalls dann zwingend, wenn Macht und Recht zwei sich gegenseitig ausschließende Begriffe sind.

Jedoch können Völkerrechtssubjekte beständigen Widerstand leisten, wenn sie sich durch die Praxis mächtigerer Staaten übervorteilt fühlen und fürchten, sie könnte gegen ihren Willen zu Völkergewohnheitsrecht erstarken. Als sog. *persistent objector* sind sie dann nicht an das neu entstandene Völkergewohnheitsrecht gebunden.¹⁷⁸ Eine – wenn auch keineswegs unumstrittene – Ausnahme soll hier lediglich für neu entstandenes *ius cogens* gelten. Beständigem Widerstand zum Trotz soll es Völkerrechtssubjekte binden.¹⁷⁹ Sieht man von dieser Ausnahme ab, bietet die Figur des *persistent objector* einen gangbaren Weg für weniger mächtige Staaten, nicht an Völkergewohnheitsrecht gebunden zu sein, das vor allem mächtigere Staaten durch ihre Praxis geprägt haben. Ihr beständiger Widerstand kann den Ausweg aus den Zwängen der sog. repräsentativen Praxis ebnen. Zwar ist dieser Weg gangbar, einfach ist er aber nicht. Um wirksam beständigen Widerstand zu leisten, müssen hohe Hürden genommen werden. Damit neu gebildetes Völkergewohnheitsrecht einen Staat nicht bindet, muss er jedes Mal, wenn diese Regel des Völkergewohnheitsrechts von einem Staat angewandt oder bestätigt wird, deutlichen Widerspruch anmelden.¹⁸⁰ Nicht nur aufwendig und mühsam ist das. Vor allem führt ein solches Verhalten leicht zu außenpolitischen Verwerfungen. Allenfalls etwas verringern kann die Figur des *persistent objector* die Bedeutung der tatsächlichen Machtverhältnisse bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht. Gänzlich zu überwinden vermag sie diese jedoch ebenso wenig wie das zwingende Völkerrecht, auf das später noch näher einzugehen ist.

¹⁷⁶ Vgl. A. D'Amato (Anm. 99), 1314; M. Koskeniemi (Anm. 71), 219.

¹⁷⁷ B. Spinoza (Anm. 49), §§ 11 ff.; vgl. auch G. A. Walz (Anm. 49), 21 ff. und seine Kritik an Spinoza 135 ff.

¹⁷⁸ I. Brownlie (Anm. 17), 11 ff.

¹⁷⁹ Diese Auffassung vertreten zu Recht etwa J. I. Charney, *Universal International Law*, AJIL 87 (1993), 529 (541); A. Cassese, *International Law in a Divided World*, 1986, 178; B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 100 f.; S. Hobe (Anm. 9), 181 f.

¹⁸⁰ J. I. Charney, *Universal International Law*, AJIL 87 (1993), 529 (538 ff.); B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 100 f.; P.-M. Dupuy, (Anm. 16), Rn. 325 f.

b) Der ewige Widerspruch des Völkergewohnheitsrechts: nur durch den Bruch von Völkerrecht kann neues Völkergewohnheitsrecht entstehen

Ungeachtet des mittlerweile recht seltenen Falles, dass neues Völkergewohnheitsrecht einen Bereich betrifft, der vorher noch nicht geregelt war, lebt das Völkerrecht mit einem ständigen Widerspruch: nur der Bruch bereits bestehenden Völkerrechts kann zur Entstehung von neuem Völkergewohnheitsrecht führen.¹⁸¹ Wenn ein Staat eine bislang geltende Norm des Völkerrechts bricht, eine repräsentative Staatenmehrheit diesen Bruch durch ihre Rechtsüberzeugung trägt und ihre Staatenpraxis daran ausrichtet, so ist der Bruch des Völkerrechts nicht mehr als solcher zu qualifizieren, sondern als neues Völkergewohnheitsrecht.¹⁸² Mehr noch, dieser Völkerrechtsbruch tritt schlussendlich an die Stelle genau desjenigen Völkerrechts, das ihn verhindern sollte. Aber Völkerrechtsnormen, wie ganz allgemein alle Rechtsnormen, haben doch gerade den Sinn, das Verhalten, das ihren Bruch darstellt, zu verhindern. Im Völkergewohnheitsrecht, so scheint es fast, werden Recht und Rechtsverletzung aber gleichgesetzt. Letzten Endes werden Völkerrecht und Völkerrechtsbruch beliebig austauschbar. Was in einem Zeitpunkt einen Völkerrechtsbruch darstellt, kann aber doch nicht gleichzeitig Völkerrecht sein.¹⁸³ Anders als bei den vorherigen Argumenten ist dieser Schluss logisch zwingend – eine Sache kann niemals diejenige sein, die sie ist und gleichzeitig diejenige Sache sein, die sie gerade nicht ist. Völkerrecht – zumindest Völkergewohnheitsrecht – könnte dann kein Recht sein.¹⁸⁴

In dieser Form ist diese Argumentation jedoch extrem überspitzt. Denn die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht findet nicht in einem Moment, sondern über einen längeren Zeitraum statt.¹⁸⁵ Insofern ist die beschriebene Argumentation auch nicht logisch zwingend, denn was in einem Zeitpunkt einen Völkerrechtsbruch darstellt, kann in einem anderen Zeitpunkt Völkerrecht sein. Nur das Zusammenfallen der beiden, sich gegenseitig ausschließenden Gegebenheiten “Völkerrecht” und “Völkerrechtsbruch”

¹⁸¹ *T. Stein/C. v. Buttlar*, Völkerrecht, 12. Aufl. 2008, Rn. 144 f.; *M. Koskenniemi* (Anm. 71), 58, 219.

¹⁸² *T. Stein/C. v. Buttlar* (Anm. 181), Rn. 144 f.; *M. Koskenniemi* (Anm. 71), 58, 219.

¹⁸³ Vgl. *M. Byers*, *The Shifting Foundations of International Law – A Decade of Forceful Measures against Iraq*, *EJIL* 13 (2002), 29 ff.; *J. Kunz*, *The Nature of Customary International Law*, 47 *AJIL* (1953), 662 ff.; *T. Stein/C. v. Buttlar* (Anm. 181), Rn. 144 f. Die genannten Autoren vertreten diese Meinung nicht, stellen sie jedoch dar.

¹⁸⁴ So im Ergebnis *J. R. Bolton* (Anm. 108), 6 und 48, bei dem sich diese Argumentation nicht näher ausgeführt, sondern eher andeutungsweise findet; dennoch wollte er das Argument wohl fruchtbar machen.

¹⁸⁵ *R. Bernhardt* (Anm. 172), 901 f.

in einem Zeitpunkt, stellte einen nicht überwindbaren logischen Widerspruch dar. Dennoch zeigt die vorliegende Argumentation, dass der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht zumindest die Tendenz der Widersprüchlichkeit innewohnt. Vergegenwärtigen wir uns zudem nochmals, dass die mächtigeren Staaten das Völkerrecht auch stärker durch ihr Verhalten bestimmen können und berücksichtigt man, dass die Zeiträume für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht immer kürzer werden, so kurz sogar, dass manche die Figur des *instant custom*¹⁸⁶ ganz allgemein anerkannt wissen wollen, dann verdichtet sich die Tendenz der Widersprüchlichkeit und zeichnet eine aberwitzige Vorstellung von einem sich selbst zerstörenden und sich selbst normativ entwertenden Völkergewohnheitsrecht.¹⁸⁷ Dass die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht selbst dem Völkergewohnheitsrecht unterliegt, gibt den mächtigen und somit die "repräsentative Praxis" prägenden Staaten zudem die Möglichkeit, die Figur des *instant custom* voranzutreiben und völkergewohnheitsrechtlich zu verfestigen. Das eben gezeichnete Bild des Völkergewohnheitsrechts wird dann vollends verzerrt, sodass es schlussendlich nicht mehr als Recht zu erkennen ist.¹⁸⁸

In ihrer extrem zugespitzten Fassung hätte die Argumentation über den "ewigen Widerspruch" bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht zwar einen logisch zwingenden Beweis dafür geliefert, dass das Völkerrecht kein Recht ist. Dieses Argument ist vor allem deshalb von besonderer Beschaffenheit, da es sich nicht mit den argumentativen Kategorien "plausibel"/"weniger plausibel" begnügt, sondern weitaus näher als die bisherigen Argumente an die Kategorie "logisch richtig"/"logisch falsch" herankommt. Auch gibt es zusammen mit dem Argument über die repräsentative Praxis einen Einblick in das Verhältnis von Macht und Recht. Jedoch darf nicht unbeachtet bleiben, dass die Argumentation – wie oben bereits ausgeführt – mit einem Szenario operiert, das nicht der Wirklichkeit entspricht. Das nimmt ihm jedenfalls seine logisch zwingende Durchschlagskraft. Außerdem fußen auch die weiteren Folgerungen über *instant custom* auf nur hypothetischen Grundlagen. *Instant custom* ist nicht völkergewohnheits-

¹⁸⁶ Besonders nach dem 11.9.2001 kam die Figur des *instant custom* in Mode und wurde insbesondere von den USA unterstützt. Die Befürworter von *instant custom* gehen davon aus, dass bereits ein einmaliges Verhalten eines Staates zu Völkergewohnheitsrecht führen kann; vertreten etwa von K. Doehring (Anm. 133), 127.

¹⁸⁷ M. Byers (Anm. 183), 29 ff.

¹⁸⁸ So im Ergebnis J. R. Bolton (Anm. 108), 6 f. und 48, der diese Argumentation nur andeutet; M. Byers (Anm. 183), 29 ff. vertritt diese Meinung nicht, stellt aber die argumentativen Ansätze dar.

rechtlich anerkannt.¹⁸⁹ Der dargestellte Widerspruch bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht hat ferner einen entscheidenden Vorteil: Das Völkergewohnheitsrecht erfasst jedwedes Verhalten der Staaten. Immer, wenn ein Staat ein völkergewohnheitsrechtlich bislang noch nicht bekanntes oder verbotenes Verhalten an den Tag legt, ist das Völkerrecht sofort zur Stelle und versucht diese Entwicklung normativ zu begleiten. Diese Dynamik des Völkergewohnheitsrechts entspricht der Verfasstheit der internationalen Gemeinschaft und den Anforderungen der internationalen Beziehungen. Außerdem wird auch das nationale Recht durch die Machtverhältnisse bestimmt. Das Parlament ist ebenfalls nach bestimmten Machtverhältnissen zusammengesetzt. Die Stimmenanteile entsprechen den politischen Kräfteverhältnissen in der Gesellschaft. Der Mechanismus, dass Machtverhältnisse im Recht ihr Abbild finden, taugt also nicht als Argument gegen das Völkerrecht als Recht. Im Gegenteil, er scheint vielmehr ein Wesenszug des Rechts zu sein, der auch im Völkervertragsrecht seine Spuren hinterlässt, um das es jetzt gehen wird.¹⁹⁰

2. Völkervertragsrecht

Aufschluss über seine Rechtsnatur und sein Verhältnis zur Macht könnte erstens die Bedeutung der Auslegung im Lichte der späteren Praxis nach Art. 31 Abs. 3 lit. b Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) geben. Zweitens könnte eine Untersuchung des Problemkreises der sog. ungleichen Verträge Rückschlüsse auf das Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht zulassen.

a) Die spätere Praxis nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK: der schmale Grat zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung als Privilegierung mächtiger Staaten

Nicht die repräsentative, sondern die spätere Praxis nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK kann für den großen Bereich des Völkervertragsrechts als Einfallstor für die Einflussnahme mächtigerer Staaten angesehen werden. Dies allerdings in weniger drastischer Form als im Völkergewohnheitsrecht, da die Figur des *instant custom* keine Wirkung entfaltet und der Umstand, dass

¹⁸⁹ P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet (Anm. 14), Rn. 210; A. Cassese (Anm. 105), 158 f.; T. Stein/C. v. Buttler (Anm. 181), Rn. 132.

¹⁹⁰ B. Spinoza (Anm. 49), §§ 11 ff.; vgl. auch G. A. Walz (Anm. 49), 21 ff.

die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht selbst dem Völkergewohnheitsrecht unterliegt, beim Völkervertragsrecht nicht als Katalysator zu wirken vermag. Dennoch scheint auch die Figur der späteren Praxis des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK geeignet, die Grenzen zwischen Sein und Sollen verschwimmen zu lassen. Etwa dann, wenn nach Abschluss eines trilateralen Vertrages die beiden mächtigeren Staaten eine andere Praxis bei der Abwicklung des Vertrages an den Tag legen, als es Wortlaut und Systematik des Vertrages, vielleicht sogar der ursprüngliche Wille beider Parteien, erwarten ließ. Weniger drastisch als bei der repräsentativen Praxis im Völkergewohnheitsrecht begegnet uns die Einflussnahme mächtigerer Staaten über Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK auf das Völkervertragsrecht auch deshalb, weil die spätere Praxis nicht die einzige Möglichkeit ist, das Vertragsrecht zu ändern. Dafür schließen die Vertragsparteien regelmäßig Änderungsverträge oder schlichtweg spätere Verträge unter anderem über denselben Vertragsgegenstand.¹⁹¹ Zu bedenken ist allerdings, dass es Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK nur auf die Praxis ankommt. Eine gefestigte Rechtsüberzeugung ist nicht erforderlich.¹⁹² Insofern können mächtigere Staaten über die spätere Praxis sogar unter geringeren Anforderungen Einfluss nehmen als im Völkergewohnheitsrecht. Auch deshalb ist die Gestaltungskraft mächtigerer Vertragsparteien, die durch das tatsächliche Moment der späteren Praxis über Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK Eingang auch auf normativer Ebene findet, keineswegs zu unterschätzen. Zwar ist Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK nur eine Auslegungsregel. Jedoch räumt sie auch als solche dem tatsächlichen Verhalten der Vertragsparteien große Bedeutung für Lesart und Abwicklung des Vertrages ein.¹⁹³ Geradezu virtuos schafft es Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK, den schmalen Grat zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung zu begehen, ohne dabei jedoch formal die Grenze zwischen ihnen zu verwischen. Die Auswirkung dieser Auslegungsregel kommt aber faktisch oft einer Vertragsänderung gleich. Und dabei können auch wieder die mächtigeren Staaten, viel mehr als die übrigen Vertragsparteien, bestimmen, wie die spätere Praxis und somit auch die Verwirklichung des Vertragsinhaltes erfolgen soll.¹⁹⁴

Dem ist allerdings ein keineswegs unerheblicher Umkehrschluss entgegenzuhalten. Selbst wenn es richtig sein sollte, dass die spätere Praxis des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK Sollen und Sein derart vermengt, dass der norma-

¹⁹¹ B. Kempen/C. Hillgruber (Anm. 105), 78 ff.; P.-M. Dupuy (Anm. 16), Rn. 295 ff.

¹⁹² J.-M. Sorel, in: O. Corten/P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités – Commentaire article par article*, Vol. II, 2006, Art. 31, 1319 ff.

¹⁹³ T. Stein/C. v. Buttlar (Anm. 181), Rn. 84; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2008, 225, 230 f., 235 ff.

¹⁹⁴ P. Dailhier/M. Forteau/A. Pellet (Anm. 14), Rn. 165, 188; R. Gardiner (Anm. 193), 243 ff.

tive Gehalt des Völkervertragsrechts kaum mehr zu erkennen ist, so müssten zumindest all jene Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge Recht darstellen können, die nicht nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK ausgelegt werden. Diese Bestimmungen dürften bei weitem den Großteil des Völkervertragsrechts ausmachen, die Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge im Lichte der späteren Praxis hingegen die Ausnahme.¹⁹⁵

Außerdem bildet das zwingende Völkerrecht eine Grenze für die Einflussnahme sowohl über die spätere Praxis als auch die zuvor abgehandelte repräsentative Praxis. Denn nach Art. 53 S. 1 WVK sind völkerrechtliche Verträge nichtig, die gegen *ius cogens* verstoßen.¹⁹⁶ Erst recht muss dann spätere Praxis nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK völkerrechtlich unbeachtlich sein, die gegen zwingendes Völkerrecht verstößt. Zwar vermag die Auslegungsregel des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK große tatsächliche Wirkung zu entfalten. Dennoch stellt sie gegenüber dem völkerrechtlichen Vertrag ein Minus dar. Sie dient lediglich dazu, seine Auslegung zu erhellen. Als Realakt kann spätere Praxis niemals nichtig sein. Unbeachtlichkeit ist daher die Folge, die sie treffen muss. Da Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK bei Verstoß gegen *ius cogens* unanwendbar und die spätere Praxis unbeachtlich ist, stellt sie dann einen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Vertrag dar. Die begrenzende Wirkung zwingenden Völkerrechts auf die Einflussnahme über die spätere und repräsentative Praxis erweitert Art. 64 WVK. Er ordnet an, dass völkerrechtliche Verträge auch dann nichtig werden, wenn sie gegen zwischenzeitlich neu entstandenes *ius cogens* verstoßen.¹⁹⁷ Allerdings kann nach Art. 53 S. 2 a.E. WVK auch *ius cogens* abgeändert werden, wenn es durch Völkerrecht ersetzt wird, das selbst im Rang zwingenden Völkerrechts steht. Die begrenzende Wirkung des zwingenden Völkerrechts stößt hier selbst an eine Grenze. Die spätere Praxis des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK könnte demnach sogar im Bereich des zwingenden Völkerrechts Wirkung entfalten, mögen die Voraussetzungen dafür nach Art. 53 S. 2 a.E. auch recht hoch sein. Auch das zwingende Völkerrecht löst das Völkerrecht daher nicht von seinen machtpolitischen Grundlagen.

¹⁹⁵ J.-M. Sorel, in: (Anm. 192), Art. 31, 1319 f., 1323; R. Kolb, La modification d'un traité par la pratique subséquante des parties, RSDIE 14 (2004), 9. Dass die Enthaltung oder Abwesenheit eines Sicherheitsratsmitglieds bei einer Entscheidung nach Art. 27 Abs. 3 SVN nicht entgegensteht – obwohl dessen Wortlaut eigentlich von "Zustimmung" spricht – ist seit dem Korea-Konflikt (1950-1953) ein Beispiel für die Auslegung im Lichte der späteren Übung; wegen des Korea-Konfliktes blieb die Sowjetunion den Sicherheitsratssitzungen damals fern, vgl. M. Herdegen (Anm. 132), 313 f.

¹⁹⁶ Vgl. dazu bereits A. Verdross, Jus dispositivum and jus cogens In International Law, AJIL 60 (1966), 55 ff.; A. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, 27; I. Brownlie (Anm. 17), 510 ff.

¹⁹⁷ S. Hobe (Anm. 9), 180.

b) Völkerrechtliche Vertragsfreiheit und das Problem ungleicher Verträge: Konservierung der Machtverhältnisse durch völkerrechtliche Verträge

Die sog. Lehre ungleicher Verträge griff die Unausgewogenheit bestimmter Verträge als Argument gegen deren Rechtsverbindlichkeit auf.¹⁹⁸ Zwar gelang ihr niemals eine einheitliche Definition ungleicher Verträge. Lediglich eine erhebliche Abweichung vom Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten durch unzumutbare Belastungen nur für eine Seite nannten fast alle Eingrenzungsversuche.¹⁹⁹ Ihre Blüte hatten ungleiche Verträge historisch betrachtet im Zeitalter des Kolonialismus. Die europäischen Mächte und die Vereinigten Staaten schlossen sie damals mit dem Osmanischen Reich, Persien und China. Die Verträge mit China, etwa der zwischen Großbritannien und China 1842 geschlossene *Vertrag von Nanking*,²⁰⁰ waren die wichtigsten Beispiele. Vor allem in den 1920er Jahren gaben diese Verträge den Anstoß in China, die Lehre ungleicher Verträge im Völkerrecht zu entwickeln.²⁰¹ Ein weiteres klassisches Beispiel sind Friedensverträge. Die Vorstellung, sie seien nicht unausgeglichen, wurde sogar als "naiv" bezeichnet.²⁰² Auch das *Friedensabkommen von Dayton* ist diesem Vorwurf ausgesetzt.²⁰³ Es beendete den dreijährigen Krieg in Bosnien und Herzegowina. Paraphiert am 21.11.1995 in Dayton/Ohio unterzeichneten die Kriegsparteien es schließlich am 14.12.1995 in Paris.²⁰⁴ Sein Annex IV schrieb eine neue Verfassung für Bosnien und Herzegowina vor, die mit

¹⁹⁸ Vgl. W. Morvay, *Unequal Treaties*, in: R. Bernhardt, EPIL, Vol. IV, 2000, 1010; L. Caflisch, *Unequal Treaties*, GYIL 35 (1992), 52 f.; K. Doebring (Anm. 133), 282, die diese Lehre darstellen, sie aber nicht vertreten.

¹⁹⁹ W. Morvay (Anm. 198), 1010; K. Doebring (Anm. 133), 282; J.-H. Conrad, *Die Geschichte der ungleichen Verträge im neueren Völkerrecht*, 1999, 198 ff.

²⁰⁰ Der *Vertrag von Nanking* vom 29.8.1842 ist abgedruckt in CTS, Vol. 93, 465. Er beendete den *Ersten Opiumkrieg* (1839-1842) zwischen Großbritannien und dem Kaiserreich China der *Qing-Dynastie* und übertrug in Art. 3 Großbritannien das "ewige Besitzrecht" an der Insel Hong Kong. Der Pachtvertrag zwischen China und Großbritannien über Hong Kong wurde erst 1898 abgeschlossen. Neben Hong Kong sicherte sich Großbritannien Zugang zu den wichtigsten Hafenstädten (Kanton, Xiamen, Fuzhou, Ningbo, Shanghai), niedrige Zölle sowie die Zahlung von 21 Mio. Silberdollar an die englische Krone.

²⁰¹ L. Caflisch (Anm. 198), 52; W. Morvay (Anm. 198), 1008 ff.; H. Herrfabrdt, in: K. Strupp/H.-J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3, 2. Aufl. 1962, 471 ff.; K. Doebring (Anm. 133), 282.

²⁰² So von K. Doebring (Anm. 133), 282; vgl. auch W. Morvay (Anm. 198), 1010.

²⁰³ Etwa seitens des Bundestagsabgeordneten M. Brand, *Letzter Weg – Raus aus Dayton*, in: FAZ vom 15.7.2010: "Im Dayton-Abkommen haben Amerika und die EU dem Angriffopfer Bosnien eine Verfassung aufgezwungen, unter der das Land bis heute leidet." Der Abgeordnete Brand gehört der deutsch-bosnischen Parlamentariergruppe an.

²⁰⁴ Das Vertragswerk ist abgedruckt in ILM 35 (1996), 75.

Unterzeichnung des Abkommens in Kraft trat. Eine parlamentarische Verfassungsversammlung oder anderweitige Form demokratischer Beteiligung des Volkes als *pouvoir constituant* gab es nicht.²⁰⁵ Lediglich drei einseitige Zustimmungserklärungen – einerseits der Republik Bosnien-Herzegowina, die im neu geschaffenen Staat Bosnien und Herzegowina fortbestehen sollte, andererseits der Bosnisch-Kroatischen Föderation und der Republika Srpska – brachten die Zustimmung zur Verfassung zum Ausdruck.²⁰⁶ Freilich war diese ungewöhnliche Art der Verfassungsgebung den überaus schwierigen Verhandlungen geschuldet und stand unter dem Ziel, endlich Frieden zu schaffen.²⁰⁷ Dennoch empfinden viele Bosnier ihre Verfassung als politischen Hemmschuh, aufgezwungen, undemokratisch und sogar rassistisch. Das Angriffopfer Bosnien trage auch heute noch schwer an der völkerrechtlich aufoktroierten *Dayton-Verfassung*.²⁰⁸

Es ist jedoch nicht nur eine historische Tatsache, dass es Verträge gab, die nur wegen der Übermacht der anderen Seite abgeschlossen wurden. Auch künftig können wir uns derartige Verträge vorstellen. Hat eine Vertragspartei etwa derart viel Verhandlungsmacht, dass sie der vollkommen unterlegenen und abhängigen Gegenpartei fast alle beliebigen Vertragsbedingungen diktieren kann, könnte ein völkerrechtlicher “Knebelvertrag” das Ergebnis sein. Er wäre Ausdruck eines übermäßigen tatsächlichen Machtungleichgewichts, nicht aber um Ausgleich und Gerechtigkeit bemühtes Recht. Die in Art. 2 Nr. 1 SVN verbürgte souveräne Gleichheit der Staaten drohte dann zur völkervertraglich verewigten Ungleichheit der Vertragsstaaten zu verkommen. Die völkerrechtliche Vertragsfreiheit – Ausfluss des Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten nach Art. 2 Nr. 1 SVN²⁰⁹ – könnte sich so als gefährliches Einfallstor für die Gestaltungskraft machtpolitischer Tatsachen entpuppen. Macht erzeugt in diesem Fall das Recht und bindet

²⁰⁵ S. Oeter, Yugoslavia, Dissolution, in: R. Bernhardt, EPIL, Vol. IV, 2000, 1583 f.

²⁰⁶ O. Dörr, Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio, AVR 35 (1997), 129 (174).

²⁰⁷ O. Dörr (Anm. 206), 129 (174 f.); S. Oeter (Anm. 205), 1583 f.

²⁰⁸ So M. Brand (Anm. 203), siehe auch das Zitat in Anm. 203; vgl. ferner das Urteil *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* vom 22.12.2009, Application No. 27996/06, 34836/06 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Der jüdische Botschafter und Politiker *Finci* sowie der Politiker *Sejdic*, der Roma ist, wandten sich gegen Bestimmungen der bosnischen Verfassung, die Angehörige von Minderheiten von den höchsten Staatsämtern ausschlossen. Juden, Roma oder andere Minderheiten konnten nicht für das Amt des Staatspräsidenten oder für die Volkskammer des Parlaments – eine zweite Kammer – kandidieren. Die Große Kammer des Gerichtshofs entschied, dass die Verfassung von Bosnien und Herzegowina gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK, gegen das Recht auf freie Wahlen nach Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK verstößt.

²⁰⁹ L. Caflisch (Anm. 198), 78.

das unterlegene Völkerrechtssubjekt zudem auf lange Zeit an das bestehende Ungleichgewicht. Auch der ungleiche Vertrag ist dann aber nichts weiter als die Konservierung des normativ gefassten Abbilds der tatsächlichen machtpolitischen Verhältnisse, wie sie zu einem bestimmten Zeitpunkt herrschten. Die sog. Lehre ungleicher Verträge vertrat denn auch, dass solche Verträge ungültig seien und keine völkerrechtliche Bindungswirkung mehr entfalten.²¹⁰ Zwar wird die Lehre in erster Linie im älteren Schrifttum angesprochen,²¹¹ wohingegen die jüngere Literatur dem Problem weniger Aufmerksamkeit schenkt.²¹² Gleichwohl kennt die Geschichte ungleiche Verträge. Und wie gesehen, sind sie auch heute noch, zumindest abstrakt, vorstellbar. Der Atomwaffensperrvertrag, der nur einigen wenigen Staaten den Besitz von Atomwaffen gestattet oder das Vetorecht ausschließlich der fünf ständigen Sicherheitsratsmitglieder nach Art. 27 Abs. 3 SVN, könnte geeignet sein, dieser Vorstellung wieder Aktualität zu verleihen.²¹³

Auf das Argument über die ungleichen Verträge kann allerdings ebenfalls mit einem Umkehrschluss geantwortet werden. Selbst wenn sie einen Beleg dafür lieferten, dass Macht aber nicht Recht internationale Ordnung und Völkerrecht bestimmen, müssten all die etlichen, nicht als ungleich einzuordnenden Verträge, Völkerrecht darstellen können. Außerdem zählt die Lehre vom ungleichen Vertrag weder zu den in Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut aufgezählten allgemeinen Rechtsgrundsätzen.²¹⁴ Noch lässt sie sich völkergewohnheitsrechtlich begründen²¹⁵ oder in völkerrechtlichen Verträgen finden.²¹⁶ Ganz im Gegenteil, die WVK erteilte der Lehre ungleicher Verträge nicht nur durch Nichterwähnung eine Absage. Art. 42 WVK ver-

²¹⁰ Vgl. *W. Morvay* (Anm. 198), 1010; *L. Caflisch* (Anm. 198), 52 f.; *K. Doebring* (Anm. 133), 282, die diese Lehre darstellen, sie aber nicht vertreten.

²¹¹ *R. Gilbert*, *The Unequal Treaties – China and the Foreigner*, 1929; *A. Thömmes*, *Das Ende ungleicher Verträge in China*, AVR 4 (1953/54), 158 ff.; *D. Frenzke*, *Der Begriff des ungleichen Vertrages im sowjetisch-chinesischen Disput*, Osteur.-Recht 11 (1965), 69 ff.; *I. Detter*, *The Problem of Unequal Treaties*, ICLQ 15 (1966), 1069 ff.; so auch die Einschätzung des jüngeren Schrifttums, etwa bei *L. Caflisch* (Anm. 198), 52.

²¹² Vgl. *L. Caflisch* (Anm. 198), 52 ff.; *W. Morvay* (Anm. 198), 1008 ff. Auffallend ist auch, dass das Problem in der jüngeren Lehrbuchliteratur nicht mehr abgehandelt wird; eine Ausnahme ist *K. Doebring* (Anm. 133), 282.

²¹³ Den Gedanken, dass auch diese Verträge als ungleiche Verträge bezeichnet werden könnten, wirft *W. Morvay* (Anm. 198), 1010 auf.

²¹⁴ *W. Morvay* (Anm. 198), 1010; *L. Caflisch* (Anm. 198), 54 ff., 79 ff. verdeutlicht überzeugend, dass die Figur der Nichtigkeit bzw. Kündigung – wie wir sie aus § 138 des deutschen BGB, § 879 Abs. 4 des österreichischen ABGB, aus Art. 21 des schweizerischen Obligationenrechts oder aus Art. 887 Abs. 2 des französischen Code Civil kennen –, sich nicht auf die völkerrechtliche Ebene übertragen lässt.

²¹⁵ *L. Caflisch* (Anm. 198), 60 ff.

²¹⁶ *L. Caflisch* (Anm. 198), 79 ff.

bannt sie sogar ganz ausdrücklich aus dem geltenden Völkerrecht, indem er klarstellt, dass die Gültigkeit eines Vertrages nur nach den Regeln der WVK selbst angefochten werden kann.²¹⁷ Zudem lässt die Systematik der WVK keinerlei Platz für die Lehre ungleicher Verträge und ihrer Forderung nach Ungültigkeit. Die Bestimmungen über Betrug, Bestechung eines Staatenvertreters, vor allem aber jene über Zwang gegen Staatenvertreter und Zwang gegen Staaten durch Androhung oder Anwendung von Gewalt in den Art. 49-52 WVK dienen gerade dem Zweck, die freie, unverfälschte Willensbildung der Staaten als Vertragspartner zu gewährleisten. Völkerrechtliche Verträge, die infolge Betrug oder Zwang abgeschlossen wurden, sind unwirksam oder gar nichtig.²¹⁸ Aus der *clausula rebus sic stantibus* des Art. 62 WVK kann ein weiteres systematisches Argument gewonnen werden. Zwar betrifft sie grundsätzlich den Fall, dass die schwerwiegende Änderung eines ursprünglich gerade ausgeglichenen Vertrages diesen unvorhergesehen zu einem unausgewogenen Vertrag unzumutbaren Ausmaßes werden lässt. Die Lehre ungleicher Verträge geht hingegen gerade vom strukturellen Gegenstück aus, nämlich dem Fall, dass ein Vertrag von Anfang an ungleich war. Insofern ist Art. 62 WVK dem Grundsatz nach gerade nicht auf ungleiche Verträge anwendbar.²¹⁹ Allerdings ist auch die Konstellation denkbar, dass sich die Umstände eines von Anbeginn an ungleichen Vertrages grundlegend ändern, sodass der ursprüngliche unzumutbare Vertrag sich in einen andersartigen, aber ebenfalls unzumutbaren Vertrag wandelt. Von einem solchen Vertrag könnte man sich dann ebenfalls nach Art. 62 WVK lösen.²²⁰ Auch diese Möglichkeit verdeutlicht, dass das System der WVK der Lehre ungleicher Verträge keinerlei Raum lässt.

Ganz davon abgesehen, ist es der Lehre ungleicher Verträge niemals gelungen, den Begriff der ungleichen Verträge zumindest so weit einzugrenzen, dass er handhabbar geworden wäre. Deshalb musste er ein politischer Kampfbegriff bleiben. Zu Völkerrecht konnte er nicht erstarken.²²¹ Am schwersten wiegt aber, dass die Lehre ungleicher Verträge gerade für mächtige Staaten und Akteure eine Verlockung darstellte. Sie könnten sich selbst bei kleineren Änderungen der Umstände auf die Unwirksamkeit wegen Ungleichheit eines für sie ungünstig gewordenen Vertrages berufen. Fast

²¹⁷ Vgl. auch *W. Morvay* (Anm. 198), 1010.

²¹⁸ *L. Caflisch* (Anm. 198), 70 ff.; *W. Morvay* (Anm. 198), 1010; *J.-H. Conrad* (Anm. 199), 200 ff., 211 ff.

²¹⁹ *L. Caflisch* (Anm. 198), 77 f.

²²⁰ Diese Konstellation übersieht oder erörtert zumindest nicht *L. Caflisch* (Anm. 198), 77 f.

²²¹ *L. Caflisch* (Anm. 198), 79; *W. Morvay* (Anm. 198), 1010; *J.-H. Conrad* (Anm. 199), 198 ff.

alle beliebigen völkervertraglichen Bindungen könnten so in Frage gestellt werden. Die zersetzende Kraft und ihre Folgen, vor allem auch für weniger mächtige Staaten, wären kaum abzusehen.²²² Weitaus besser als die Unwirksamkeitsforderung der diffus gebliebenen Lehre ungleicher Verträge schützen demgegenüber die Regeln der WVK die Willensfreiheit gerade auch der schwächeren Völkerrechtssubjekte. Endgültig aufgelöst hat freilich auch die WVK das Spannungsfeld zwischen völkerrechtlicher Vertragsfreiheit und tatsächlichen Machtverhältnissen nicht. Das Problem ungleicher Verträge führt jedoch vor Augen, dass am Anfang eines jeden völkerrechtlichen Vertragsabschlusses die Frage nach den tatsächlichen Machtverhältnissen steht. Die Antwort gibt der Vertrag, der auch als Konzentrat der austarierten Machtbeziehungen zwischen den Vertragsstaaten gelesen werden kann. Im nationalen Vertragsrecht ist dies freilich kein Stück weit anders. Auch im Völkervertragsrecht beansprucht die Macht jedenfalls ihren festen Platz.

VI. Abschließende Stellungnahme: Internationale Rechts- und Machtordnung

Ob das Völkerrecht eine Rechtsordnung oder Machtordnung ist, soll vor dem Hintergrund des bislang Gesagten abschließend beantwortet werden. Die Analyse des Durchsetzbarkeits- und Rechtsquellen-Arguments der Völkerrechtsleugner lässt es weitaus plausibler erscheinen, das Völkerrecht als Recht anzusehen. Jedoch bleibt es hier bei einer Wertung auf der Grundlage von Plausibilitäts Gesichtspunkten. Denn ebenso wenig überzeugend wie die beiden untersuchten Argumente der Völkerrechtsleugner waren die entkräftenden Argumente, die gegen sie vorgetragen wurden. Unter ihnen fand sich keines, das einen scharfen und zwingenden Schluss auf die Rechtsnatur des Völkerrechts zugelassen hätte. Unterstützt wird die Wertung zu Gunsten der Rechtsnatur des Völkerrechts noch durch einen Beweislastgedanken. Eigentlich hätte es den Völkerrechtsleugnern oblegen, zu beweisen, dass das Völkerrecht kein Recht ist. Denn das Völkerrecht wird heute ganz alltäglich und von allen Staaten angewandt.²²³ Allein schon durch seine Faktizität hat das Völkerrecht Geltung. Kein Staat leugnet die Rechtsnatur des Völkerrechts.²²⁴ Mehr als fraglich muss zudem erscheinen, ob den Völkerrechtsleugnern ein zwingender Nachweis gelingen würde, dass das nationale Recht tatsächlich Recht ist. Sicherlich würde auch ihnen

²²² J.-H. Conrad (Anm. 199), 1999, 200 f.

²²³ C. F. Amerasinghe (Anm. 4), 1; S. Hobe (Anm. 9), 9.

²²⁴ C. F. Amerasinghe (Anm. 4), 1; S. Hobe (Anm. 9), 9.

keine Definition von Recht glücken, welche tatsächlich all jene Regeln umfasst, die man mit der größten Selbstverständlichkeit als nationales Recht auffasst und anwendet. Mag die Untersuchung auch nicht zwingend die Rechtsnatur des Völkerrechts nachgewiesen haben, so hat sie doch gezeigt, dass die Juristen, seien es Völkerrechtler oder jene, welche im nationalen Recht zu Hause sind, tagtäglich Recht auslegen und anwenden, ohne sagen zu können, was dieses Recht ganz genau ist – die Brille auf der eigenen Nase sieht man nicht, dennoch betrachtet und bewertet man die Welt durch sie hindurch.²²⁵

Befriedigender war die Untersuchung aber mit Blick auf die Frage nach dem Verhältnis von Macht und Recht. Besonders die Diskussion des Rechtsquellen-Arguments hat die Allgegenwart der Machtbeziehungen auch im Völkerrecht veranschaulicht.²²⁶ Recht und Macht sind keine gegensätzlichen Begriffe. Recht ist vielmehr eine bestimmte Form der Ausübung von Macht. Das Völkerrecht soll die Machtbeziehungen zwischen den Staaten auch keineswegs abschaffen, sondern sie lediglich in bestimmte Bahnen lenken. Es verwendet dabei eine eigene Sprache und folgt einer bestimmten Logik, die um begriffliche Genauigkeit und Widerspruchsfreiheit bemüht sind. Recht ist ein Instrument, das eine gezieltere Ausübung von Macht erlaubt. Macht darf dabei nicht als etwas per se Negatives verstanden werden – Machtbeziehungen sind grundsätzlich neutral.²²⁷ Ihnen kann durchaus etwas Positives und Konstruktives innewohnen.²²⁸ Durch das Recht können Machtbeziehungen und Machtstrukturen gefestigt und länger aufrechterhalten werden.²²⁹ Auch, weil sich die zwischenstaatliche Machtausübung durch das Völkerrecht legitimieren und die Machtausübung wiederum dem Recht zur Geltung verhelfen kann. Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung – da auch das Völkerrecht eine Form der Machtausübung ist, stellt sich diese Frage nicht in der Form des Entweder-Oder. Das Völkerrecht, so muss die abschließende Antwort lauten, ist eine Machtordnung. Und das muss nicht zwangsläufig schlecht sein. Es kommt darauf an, *wie* die Macht ausgeübt wird; es kommt darauf an, durch *welche* Rechtsordnung sie ausgeübt wird. Nicht zuletzt wir Juristen sind es, denen die Verantwortung dafür zufällt.

²²⁵ Diese Formulierung, vor allem aber der Gedanke beruht auf A. Funke, Die Definition des Rechts und die Brille auf der Nase der Juristen, *Rechtstheorie* 36 (2005), 427 (428 f.).

²²⁶ M. Foucault (Anm. 32), 98 f.

²²⁷ M. Foucault (Anm. 32), 99.

²²⁸ M. Foucault (Anm. 32), 99 f.

²²⁹ M. Foucault (Anm. 32), 99 f.