

Steuerung durch Erlaubnisnormen am Beispiel von Sezession und Selbstbestimmungsrecht

Andreas Th. Müller*

Abstract	475
I. Erlaubnisnormen als Untersuchungsgegenstand der Völkerrechtswissenschaft	476
II. Sezession und doppeltes Dürfen: Starke und schwache Erlaubnisse	478
III. "Lotus-Prinzip" und Erlaubnisnormen	480
IV. Völkerrechtliche Relevanz der Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnisnormen	483
1. Rechtslogische Struktur von starken und schwachen Erlaubnisnormen	484
2. Anwendung auf die Diskussion betreffend die "Erlaubtheit" von Unabhängigkeitserklärung und Sezession	486
3. Verhältnis zu Anwendungsbereichsgrenzen und zur Lückendiskussion	488
4. Starke und schwache Erlaubnisse als Steuerungsinstrumente des Völkerrechts	491
V. Fazit	494

Abstract

In der Völkerrechtsordnung finden sich nicht nur Gebots- und Verbotsnormen, sondern auch Erlaubnisnormen. Wenn ein Völkerrechtssubjekt etwas tun "darf", wenn ihm das Völkerrecht etwas "erlaubt", kann das Verschiedenes bedeuten. Diesbezüglich macht es Sinn, zwischen starken und schwachen Erlaubnisnormen zu unterscheiden. Im Falle starker Erlaubnisse geht es um die Gewährung von Rechten, verbunden mit korrelierenden Unterlassungspflichten anderer Völkerrechtssubjekte. Dagegen stellen schwache Erlaubnisse Fälle eines bloßen Nicht-Verboten-Seins dar, verstanden als Abwesenheit eines Rechts anderer Völkerrechtssubjekte, die Unterlassung eines bestimmten Handelns einzufordern. Im Rahmen des positiven Völkerrechts lässt sich die Unterscheidung zwischen schwachen und starken Erlaubnisnormen gut am Beispiel der einfachen Sezession einerseits und der Sezession im kolonialen Kontext (und, so anerkannt, der *remedial secession*) andererseits verdeutlichen. Die Unterscheidung macht darüber hinaus die

* PD Dr. iur., lic. phil., LL.M. (Yale), Assoz.-Prof. am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck. Der Autor war 2009/2010 *Law Clerk* der Richter *Abdul G. Koroma* und *Bruno Simma* am Internationalen Gerichtshof, Den Haag. Die hier geäußerten Meinungen sind ausschließlich solche des Autors. Dank für wertvolle Diskussionen und Hinweise gilt insbesondere Herrn Assoz.-Prof. Dr. *Christoph Bezemek*, M.A., LL.M. (Yale), Herrn Univ.-Prof. i. R. Dr. *Gerhard Hafner* sowie Herrn Dr. *Lorenz Langer*, M.A.

differenzierte “Tiefenstruktur” der Völkerrechtsordnung greifbar, die sich von einem “*Lotus*-Völkerrecht” abhebt. Im *Kosovo*-Fall wäre es angesichts der von der UN-Generalversammlung gestellten Frage nahe gelegen, in eine derartige differenzierte Diskussion einzutreten. Der IGH hat das bedauerlicherweise durch Umformulierung der Frage vermieden. Damit wurde auch der unterschiedlichen Steuerungsfunktion, die starken und schwachen Erlaubnisnormen im Völkerrecht zukommt, nur unzureichend Rechnung getragen.

I. Erlaubnisnormen als Untersuchungsgegenstand der Völkerrechtswissenschaft

Sich über Erlaubnisnormen Gedanken zu machen, ist ein aus (völker)rechtswissenschaftlicher Sicht erklärungsbedürftiges Unterfangen. Denn von einer Rechtsordnung erwartet man sich, dass sie menschliches Verhalten steuert,¹ und das tut sie für gewöhnlich, indem sie gewisse Handlungen anordnet und andere verbietet.² In Abwandlung der alten Juristenweisheit *lex imperat, non docet* könnte man auch sagen: *lex imperat, non permittit*. Dem Recht ist eigentümlich, dass es gebietet, nicht dass es erlaubt.³

Aber wenn wir schon beim Latein sind, soll nicht übergangen werden, dass bereits die *Digesten* sagen: “*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*”.⁴ Zur Wirkweise des Gesetzes, des Rechts gehören demnach nicht nur das Gebieten, das Verboten und das Strafen, sondern ausdrücklich auch das Erlauben. Darüber hinaus spricht *Immanuel Kant* in seiner *Friedensschrift* in durchaus bemerkenswerter Weise vom “Begriff einer *lex permissiva*, welcher sich einer systematisch-einteilenden Vernunft

¹ Vgl. etwa *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, 3 zum Recht als “Ordnung menschlichen Verhaltens [...], die das Zusammenleben regelt”; ähnlich *N. Brieskorn*, Rechtsphilosophie, 1990, 33 ff.; speziell zur Steuerungsfunktion des Rechts vgl. *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 251 ff.

² Dies wird besonders in der *Austinschen* Imperativtheorie deutlich, die in rechtlichen Normen nichts anderes erkennen will als (allgemeine) Befehle; vgl. *J. L. Austin*, *The Province of Justice Determined*, 1832.

³ Vgl. etwa *A. Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, wonach die Rechtsordnung “Recht lediglich durch den Erlass von Geboten und Verboten” (288) schaffe und die Erlaubnisnorm daher “ein völlig zweckloser und müßiger Satz” (292) sei; zitiert nach *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 207, Anm. 139 (samt weiteren kritischen Belegstellen zur Existenz und Bedeutung von Erlaubnisnormen).

⁴ *Digesten*, *De legibus*, I. 3.

von selbst darbietet”.⁵ An die Friedensschrift wollen sich die nachstehenden Überlegungen im Übrigen auch hinsichtlich des von *Kant* gewählten Untertitels “Ein philosophischer Entwurf” sowie der von ihm beanspruchten *clausula salvatoria*⁶ halten: Erlaubnisnormen, namentlich im Völkerrecht, speziell in den Blick zu nehmen, ist ein neuartiges Projekt und in vielem noch entfaltungsbedürftig.

Die angeführten Autoritäten können jedenfalls zu verdeutlichen helfen, dass es um die Verankerung der Erlaubnisnormen im Recht nicht so schlecht bestellt ist, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Darüber hinaus zeigt bereits eine oberflächliche Analyse des positiven Völkerrechts, dass sich zahlreiche Belege dafür finden lassen, dass bestimmte Akteure etwas “dürfen”, “können”, dass ihnen etwas “erlaubt” oder “gestattet” ist. So bestimmt etwa der gemeinsame Art. 3 der Genfer Konvention (GK), dass eine unparteiische humanitäre Organisation wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz den am Konflikt beteiligten Parteien ihre Dienste anbieten “kann”. Art. 18 der Ersten GK normiert, dass sich die Militärbehörde an die Hilfsbereitschaft der Einwohner wenden “kann”, damit diese unter ihrer Aufsicht Verwundete und Kranke freiwillig bergen und pflegen. Und Art. 2 Abs. 3 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sieht vor:

“Entwicklungsländer können unter gebührender Berücksichtigung der Menschenrechte und der Erfordernisse ihrer Volkswirtschaft entscheiden, inwieweit sie Personen, die nicht ihre Staatsangehörigkeit besitzen, die in diesem Pakt anerkannten wirtschaftlichen Rechte gewährleisten wollen.”

Im Englischen steht für “kann” bzw. “können” jeweils “may”, im Französischen “pourra” bzw. “peuvent”. Erlaubnisnormen sind, wie diese wenigen Beispiele zeigen, mithin Bestandteil der Völkerrechtsordnung und insofern ein Untersuchungsgegenstand für die Völkerrechtswissenschaft.

Ein besonderer Anwendungsfall völkerrechtlichen Dürfens soll im Folgenden näher untersucht werden. In seinem *Kosovo*-Gutachten vom 22.7.2010 stellte der Internationale Gerichtshof (IGH) nämlich fest, dass von Völkerrechts wegen eine Unabhängigkeitserklärung im Allgemeinen gemacht werden “darf” sowie dass die am 17.2.2008 erfolgte kosovarische Unabhängigkeitserklärung im Lichte des *in concreto* anwendbaren Völker-

⁵ *I. Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795, AA VIII, 347, in der Anm.; vgl. auch *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, AA VI, 223. Siehe dazu weiterführend *R. Brandt*, Das Erlaubnisgesetz, oder: Vernunft und Geschichte in Kants Rechtslehre, in: *R. Brandt* (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, 233 ff.

⁶ Vgl. *I. Kant*, Zum ewigen Frieden (Anm. 5), AA VIII, 343.

rechts gemacht werden “durfte”.⁷ Die Sezession Kosovos war insofern völkerrechtlich “erlaubt”. Damit erweist sich das Thema der vorliegenden Abhandlung gerechtfertigt: Erlaubnisnormen im Völkerrecht, diskutiert am Beispiel von Sezession und Selbstbestimmungsrecht.

Den nachstehenden Überlegungen vorzuschicken ist, dass im Weiteren zwischen dem Akt der Unabhängigkeitserklärung selbst und der vollzogenen Sezession und allfälligen Zwischenstufen nicht unterschieden wird – und für die hier verfolgten Zwecke auch nicht unterschieden werden muss, denn sowohl Unabhängigkeitserklärung als auch Sezession sind in dem sogleich zu erläuternden Sinne erlaubt.⁸ Ausgeklammert bleiben im Folgenden auch die völkerrechtlichen Regeln sowohl über die Entstehung als auch über die Anerkennung von Staaten.⁹

II. Sezession und doppeltes Dürfen: Starke und schwache Erlaubnisse

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass das *Kosovo*-Gutachten von einer “Erlaubnis” zur Sezession in einem doppelten Sinne spricht. Im einen Fall liest der IGH das Völkergewohnheitsrecht so, dass es eine Unabhängigkeitserklärung in der Vergangenheit nicht als Verstoß gegen das Völker-

⁷ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2010, 403, Rn. 49 (im Folgenden: *Kosovo*-Gutachten). Was mit diesem “Dürfen” im Einzelnen gemeint ist, wird sogleich in II. behandelt, zumindest betreffend das allgemeine Völkerrecht. Der spezielle Rechtsrahmen, der im Falle der kosovarischen Unabhängigkeitserklärung durch SR-Resolution 1244 (1999), 10.6.1999 existierte, wird dagegen nicht näher analysiert; vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 85 ff.

⁸ Der IGH hat seine Erwägungen auf die ihm von der UN-Generalversammlung vorgelegte Frage ausgerichtet, die (lediglich) auf die kosovarische Unabhängigkeitserklärung vom 17.2.2008 abstellte; vgl. GV-Resolution 63/3, 8.10.2008 “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”; *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 49, 83. Zur Legalität der kosovarischen Sezession als solcher nahm der Gerichtshof daher explizit nicht Stellung, obwohl das Gutachten dies impliziert; vgl. *J. A. Frowein*, Kosovo and Lotus, in: U. Fastenrath/R. Geiger/D.-E. Khan/A. Paulus/S. von Schorlemer/C. Vedder (Hrsg.), *From Bilateralism to Community Interest*, FS B. Simma, 2011, 923 (926). Eine Unterscheidung in der Beurteilung von Unabhängigkeitserklärung und Sezession will *R. Muharremi*, A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo, GLJ 11 (2010), 867 (873 f., 879 f.) erkennen, bezweifelt aber zugleich die Möglichkeit einer solchen (“artificial distinction between declaring and effecting independence”); mit derselben Stoßrichtung *T. Burri*, The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links, GLJ 11 (2010), 881 (885 f.); vgl. auch *A. Peters*, Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?, LJIL 24 (2011), 95 (96).

⁹ So auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 51 sowie 56.

recht ansah und es auch gegenwärtig nicht tut,¹⁰ jedenfalls dann nicht, wenn keine *ius cogens*-Verletzung im Spiel ist.¹¹ Das Völkergewohnheitsrecht enthält also kein Verbot von Unabhängigkeitserklärungen.¹² Hier bedeutet “Dürfen” bzw. “Erlaubnis” mithin “Nicht-Verboten-Sein”.¹³

Im anderen Fall, den der IGH in unmittelbarem Zusammenhang mit dem ersten anspricht, geht es um das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Dieses hat sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts so entwickelt, dass es ein Recht auf Unabhängigkeit zu Gunsten von Völkern in Gebieten ohne Selbstregierung (Art. 73 Satzung der Vereinten Nationen [SVN]) und Völkern unter fremder Unterjochung, Herrschaft und Ausbeutung hervorgebracht hat, wie der Gerichtshof die *Friendly Relations Declaration* paraphrasierend darlegt.¹⁴ Auch hier lässt sich also sagen, dass Völker im kolonialen Kontext¹⁵ von ihrem Kolonialstaat sezedieren “dürfen”, dass ihnen das Völkerrecht also das Unabhängigwerden erlaubt. Bloß geht es hier um eine stärkere Form des Dürfens oder Erlaubtseins. Nicht umsonst verwendet der

¹⁰ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 79: “In no case, however, does the practice of States as a whole suggest that the act of promulgating the declaration [of independence] was regarded as contrary to international law.”

¹¹ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 81 zu SR-Resolutionen, die in bestimmten Fallkonstellationen (Südrhodesien, Nordzypern, Republika Srpska) von der Völkerrechtswidrigkeit der fraglichen Unabhängigkeitserklärungen ausgingen, freilich mit dem just im gegebenen Zusammenhang wichtigen Zusatz: “The exceptional character of the[se] resolutions [...] appears to the Court to confirm that no general prohibition against unilateral declarations of independence may be inferred from the practice of the Security Council.”

¹² Vgl. dazu insb. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 79 I. S.; vgl. auch *J. Crawford*, *The Creation of States in International Law*, 2. Aufl. 2007, 390: “The position is that secession is neither legal nor illegal in international law, but a legally neutral act the consequences of which are regulated internationally.” Vgl. auch die von *J. A. Frowein* (Anm. 8), 925 f. angeführten Belege, mit der Schlussfolgerung: “it is clear [...] that there is no rule prohibiting the making of a declaration of independence” sowie *T. Christakis*, *The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?*, *LJIL* 24 (2011), 73 (77): “such a right of secession does not exist outside the colonial context or situations of occupation”; *D. Thüser/T. Burri*, *Secession*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <<http://opil.ouplaw.com>>, Rn. 14: “Secession in the strict sense of the term is not explicitly forbidden. It is not illegal.”

¹³ Siehe dazu auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 79 (“not [...] prohibiting”) sowie Rn. 81 (“no general prohibition”).

¹⁴ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 79; vgl. auch GV-Resolution 2625 (XXV), A/RES/25/2625, 24.10.1970, Grundsatz der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker, Abs. 2; *J. Crawford* (Anm. 12), 384 ff. spricht diesbezüglich von der Sezession einer “self-determination unit”.

¹⁵ Die Verbindung zum Ziel “[t]o bring a speedy end to colonialism” stellt die *Friendly Relations Declaration* an der eben zitierten Stelle selbst her.

IGH den Ausdruck “Recht auf Unabhängigkeit” (“right to independence”, “droit à l’indépendance”)¹⁶, was er im ersten Fall tunlichst vermeidet.

Der Vollständigkeit halber sei noch die “remedial secession” erwähnt, zu der dem IGH von den Verfahrensbeteiligten, wie er betont, “radically different views” vorgetragen wurden.¹⁷ Nichtsdestotrotz lässt der Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass die “Notsezeession”¹⁸ (teilweise auch “abhelfende Sezession”¹⁹ genannt), so sie tatsächlich Teil des geltenden Völkerrechts sein sollte, in die zweite Gruppe fiele, also in jene des Dürfens bzw. Erlaubtseins im Sinne eines “Rechts auf Unabhängigkeit”.²⁰

Für die weitere Diskussion soll im ersten Fall (“Nicht-Verboten-Sein”) von *schwachen* Erlaubnissen, im zweiten Fall (“Recht”) von *starken* Erlaubnissen gesprochen werden.²¹

III. “Lotus-Prinzip” und Erlaubnisnormen

Der Kennerin, dem Kenner der Rechtsprechung des “World Court” ist die Rede von Erlaubnisnormen (oder auch: Erlaubnisregeln) freilich schon länger vertraut.²² Denn im *Lotus*-Urteil von 1927 spricht der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) ausdrücklich und mehrfach von “permissive rules”, von “règles permissives”,²³ also just von den uns hier interessierenden Erlaubnisnormen. Dabei weist der Gerichtshof das französische Argument zurück, die Türkei müsse eine ausdrückliche Erlaubnisregel, eben eine “permissive rule”, vorweisen können, um den wachhabenden Offizier der *Lotus* für die Kollision mit dem türkischen Dampfer *Boz-Kourt*, die auf hoher See stattfand, in Istanbul vor Gericht stellen zu dürfen. Vielmehr

¹⁶ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 79; vgl. auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 82 (“right to separate”).

¹⁷ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 82; siehe insb. *T. Christakis* (Anm. 12), 78.

¹⁸ So etwa *A. Peters*, Das *Kosovo*-Gutachten und globaler Konstitutionalismus, in: *P. Hilpold* (Hrsg.), Das *Kosovo*-Gutachten des IGH vom 22. Juli 2010, 229 (239).

¹⁹ Vgl. *A. Peters*, Verletzt der Anschluss der Krim an Russland das Völkerrecht?, plädoyer 3/2014, 26.5.2014, 19.

²⁰ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 83.

²¹ Die Begriffsbildung ist angelehnt an *R. Alexy* (Anm. 3), 184 (“Dieser Begriff der Erlaubnis ist relativ schwach”) sowie 190, Anm. 102 (“schlichte Erlaubnis”); zu schwachen Erlaubnissen vgl. insb. auch *S. Griller*, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, *JBl* 114 (1992), 205 (207 ff.); *M. Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 250, 252. Vgl. auch die Unterscheidung der positiven und negativen Funktion des Erlaubens bei *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 15 f., 248 ff.

²² Vgl. – abgesehen von dem sogleich zu diskutierenden *Lotus*-Fall – auch *Rights of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment*, ICJ Reports 1960, 6, 42 f.

²³ *S.S. “Lotus”*, Judgment of 7.9.1927, Series A, Nr. 10, 18 ff.

könne die Türkei ihre Strafhoheit auf derartige Fälle erstrecken, solange sich nur keine einschlägige Verbotsregel findet. In eben diesem Zusammenhang formuliert der StIGH die vielzitierten Worte, die als “*Lotus*-Prinzip”²⁴ in die Völkerrechtsgeschichte eingegangen sind:

“International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will [...]. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.”²⁵

Diese Sätze wurden immer wieder so gelesen, dass sie Ausdruck eines Verständnisses des Völkerrechts als (staaten-)liberaler Rechtsordnung sind. Wenn die Unabhängigkeit der Staaten der Ausgangs- und Ankerpunkt des Völkerrechts ist, ergeben sich Verpflichtungen und Verbote nur aus der Selbstverpflichtung der Staaten. Und dann gilt: Was immer den Staaten nicht verboten ist, ist ihnen erlaubt. Angesichts dessen droht die gerade erarbeitete Unterscheidung schon wieder zu kollabieren.²⁶ Denn die Abwesenheit eines Verbots bedeutet dann ein Erlaubtsein, und dieses Erlaubtsein kann von einem Recht gar nicht wirklich unterschieden werden. In einer in diesem Sinne verstandenen liberalen Rechtsordnung haben die Rechtsgegnossen, so suggeriert uns das *Lotus*-Urteil, ein Recht auf alles, was ihnen nicht verboten ist – oder präziser gesagt: was sie sich nicht selbst verboten haben.²⁷

Unabhängig davon, ob man *Lotus* aus heutiger Sicht als Gewährsfall anzusehen bereit ist,²⁸ lässt sich in der Denkweise eine Brücke zum *Kosovo*-

²⁴ Zum *Lotus*-Prinzip vgl. etwa A. von Bogdandy/M. Rau, *Lotus*, The, in: R. Wolfrum (Anm. 12), Rn. 15, 18 m. w. N.; vgl. auch O. Spiermann, *Lotus* and the Double Structure of International Legal Argument, in: L. Boisson de Chazournes/P. Sands (Hrsg.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, 131 (132 ff.), der zwischen einem “*Lotus* statement” und einer weitergehenden “*Lotus* presumption” unterscheidet.

²⁵ S.S. “*Lotus*” (Anm. 23), 18.

²⁶ Vgl. J. A. Frowein (Anm. 8), 924: “States are in general entitled to perform acts which are not in violation of international law”, der damit auch die vom IGH im *Kosovo*-Fall vorgenommene Unterscheidung “between an act not violating international law [and] being the exercise of a right” in Frage stellen will.

²⁷ Vgl. für diese Sichtweise namentlich T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, I. Teil, Kap. 14, der für den Naturzustand ein “natural Right of every man to every thing” anerkennt, das im Zuge und im Umfang des Gesellschaftsvertrags aufgegeben wird.

²⁸ Das *Lotus*-Urteil war von Anbeginn umstritten; vgl. O. Spiermann (Anm. 24), 131. Das Richtervotum ging denkbar knapp mit 6:6 aus; die Stimme von Präsident Huber entschied zu Gunsten der Türkei. Die Bedeutung des *Lotus*-Urteils aus heutiger Sicht eher in Frage stellend T. Burri (Anm. 8), 883; vgl. dagegen R. Mubarremi (Anm. 8), 876, der auf die Bekräftigung der *Lotus*-Vermutung im *Nicaragua*-Urteil und im *Atomwaffen*-Gutachten verweist (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, Judgment*, ICJ Reports 1986, 14,

Gutachten schlagen,²⁹ obgleich dieses weder den *Lotus*-Fall noch das Konzept der “permissive rules” an irgendeiner Stelle erwähnt. Die Generalversammlung der Vereinten Nationen (UN) hatte den IGH gem. Art. 96 SVN um die Erstattung eines Gutachtens zu der Frage ersucht, ob die kosovarische Unabhängigkeitserklärung “in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht”³⁰ erfolgte. Geantwortet hat der Gerichtshof dagegen auf die ihm so nicht gestellte, sondern reformulierte³¹ Frage, ob sich im Völkerrecht Vorschriften finden, die die kosovarische Unabhängigkeitserklärung verbieten.³² Falls solche Verbotsvorschriften nicht auffindbar sind, sollte offenbar gelten: Was nicht verboten ist, ist erlaubt und in diesem Sinne “in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht”. Die Rn. 56 des *Kosovo*-Gutachtens, in welcher der Gerichtshof diesen “Twist” vornimmt, lässt sich von daher durchaus als Hommage an die *Lotus*-Logik verstehen.³³

Allerdings behält sich der IGH ausdrücklich vor – ansonsten würde er sich ja in direkten Widerspruch zu seinen eigenen, oben zitierten Aussagen setzen –, dass es neben der schwachen Erlaubnis im Sinne des Nicht-Verboten-Seins auch eine starke Erlaubnis im Sinne einer positiven Berechtigung gibt. Aber darüber will er im *Kosovo*-Gutachten nicht weiter sprechen.³⁴ Dafür wurde der Gerichtshof von mehreren Seiten und durchaus zu

Rn. 269; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996, 226, Rn. 52).

²⁹ Freilich muss man dafür bereit sein, das *Lotus*-Prinzip zumindest für die Zwecke der hiesigen Diskussion nicht nur auf Staaten als Träger der Souveränität und damit der völkerrechtlichen “Vollrechtsfähigkeit”, sondern auch auf sezeptionswillige Völker und Entitäten anzuwenden; mit dieser Stoßrichtung jedenfalls *R. Mubarremi* (Anm. 8), 876, der im *Kosovo*-Gutachten sogar eine Erweiterung des *Lotus*-Prinzips zu einem allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts erkennen will; zurückhaltender *A. Peters* (Anm. 8), 100; *R. Wilde*, *Kosovo* (Advisory Opinion), in: *R. Wolfrum* (Anm. 12), Rn. 14; ablehnend *T. Christakis* (Anm. 12), 79.

³⁰ Vgl. GV-Resolution 63/3, 8.10.2008: “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?” Im Französischen heißt es: “conforme au droit international”.

³¹ Als Hebel für die Umformulierung verwendet der IGH das *Sezeption von Québec*-Gutachten des kanadischen Supreme Court und das dortige Gutachtensersuchen, das explizit nach einem Sezeptionsrecht Québecks gefragt hatte; vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 55.

³² Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 56: “The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence. [...] It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law.”

³³ Vgl. auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration of Judge *Simma*, Rn. 2: “As the Permanent Court did in that case [i.e. S.S. “*Lotus*” (Anm. 23), 19 ff.], the Court has concluded in the present Opinion that, in relation to a specific act, it is not necessary to demonstrate a permissive rule as long as there is no prohibition.”

³⁴ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 56: “The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether interna-

Recht gerügt.³⁵ Denn die Frage der Generalversammlung ist so abgefasst, dass der IGH in alle Richtungen hätte prüfen können, wie die kosovarische Unabhängigkeitserklärung im Lichte des Völkerrechts zu beurteilen ist. Während sich die umformulierte Frage mit der Suche nach einer allfälligen Verbotsnorm (“prohibitive rule”) begnügt, ist das Ersuchen der Generalversammlung nicht von vornherein auf die Prüfung von bloß entweder Verbots- oder Erlaubnisnormen eingeschränkt.³⁶ “The term ‘in accordance with’ is broad by definition”,³⁷ wie es in der Erklärung von Richter *Simma* zum *Kosovo*-Gutachten heißt.

Ob es richterliche Bescheidenheit war oder andere Gründe verantwortlich zeichneten, dass der IGH nicht weiter in die Materie eindrang, kann hier dahinstehen. Richter *Simma* ist aber in seiner Bewertung zuzustimmen:

“[T]he Court could have delivered a more intellectually satisfying Opinion, and one with greater relevance as regards the international legal order as it has evolved into its present form, had it not interpreted the scope of the question so restrictively.”³⁸

IV. Völkerrechtliche Relevanz der Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnisnormen

Die angesprochene Kritik am *Kosovo*-Gutachten setzt voraus, dass es einen völkerrechtlich relevanten Unterschied macht, ob es um starke oder schwache Erlaubnisnormen geht. Um diesen Unterschied herauszuarbeiten, sind zunächst einige rechtstheoretische (ansatzweise rechtslogische) Bemerkungen erforderlich.

tional law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it. Indeed, it is entirely possible for a particular act – such as a unilateral declaration of independence – not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second.” Deshalb ist die Frage in *J. A. Frowein* (Anm. 8), 927 (“Does it make sense to argue that the Court has not confirmed a right of the entity called Kosovo to separate from Serbia?”) und die damit verbundene Gleichsetzung von Nicht-Verboten-Sein und Berechtigung nur vor dem Hintergrund eines *Lotus*-geleiteten Denkens verständlich; vgl. bereits *J. A. Frowein* (Anm. 26).

³⁵ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration of Judge *Simma*, Rn. 1, 4 ff.; kritisch auch *R. Muharremi* (Anm. 8), 875 und insbes. *T. Burri* (Anm. 8), 884.

³⁶ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration of Judge *Simma*, Rn. 4 und vor allem Rn. 7: “In this light, I believe that the General Assembly’s request deserves a more comprehensive answer, assessing both permissive and prohibitive rules of international law.”

³⁷ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration of Judge *Simma*, Rn. 4.

³⁸ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration of Judge *Simma*, Rn. 7; vgl. auch Rn. 10, mit der Kritik, es handele sich dabei um “an exercise in mechanical jurisprudence”.

kungen am Platz, aus denen dann rechtsdogmatische Konsequenzen für den Umgang mit Erlaubnisnormen im Völkerrecht gezogen werden können.

1. Rechtslogische Struktur von starken und schwachen Erlaubnisnormen

Wesley Newcomb Hohfeld hat 1913 und 1917 in zwei Aufsätzen grundsätzliche Überlegungen zur Struktur von Rechten angestellt.³⁹ Er arbeitete vornehmlich mit Beispielen aus dem Zivilrecht, aber seine Überlegungen können durchaus auch für das Völkerrecht fruchtbar gemacht werden.⁴⁰ *Hohfelds* Denken erfreut sich vor allem im angelsächsischen Raum bis heute großer Beliebtheit. Aber auch *Robert Alexy* hat sich der Überlegungen *Hohfelds* intensiv angenommen und sich im Übrigen auch um deren Formalisierung im Rahmen der deontischen Logik bemüht.⁴¹

Rechte lassen sich als (zumindest) dreistellige Korrelationen erfassen,⁴² insofern sie als das Recht eines S_1 (wobei S für Völkerrechtssubjekt steht) gegenüber einem oder mehreren S_x auf eine Handlung H verstanden werden können.⁴³ Analysiert man die Struktur von schwachen und starken Erlaub-

³⁹ Vgl. *W. N. Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L. J. 23 (1913), 16 ff.; *W. N. Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L.J. 26 (1917), 710 ff.; posthum hrsg. als *W. N. Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 1964.

⁴⁰ Vgl. etwa für das Europarecht *P. Eleftheriadis*, The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues, YBEL 16 (1997), 205 (209 f.); *C. Hilson/T. A. Downes*, Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law, E.L.Rev. 25 (1999), 121 (122 ff.); *M. Nettesheim*, Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), 333 (347 f.); *S. Prechal*, Does Direct Effect Still Matter?, CML Rev. 37 (2000), 1047 (1057 f.); *T. Eilmansberger*, The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link, CML Rev. 41 (2004), 1199 (1238 f.); *A. Dashwood*, From Van Duyn to Mangold via Marshall, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 9 (2006-2007), 81 (100); für das Öffentliche Recht *F. Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch, 1995, 422 f.; *E. Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 2008, 102 ff.; *E. Schulev-Steindl*, Zur Struktur subjektiver Rechte – oder: Was wir von *Hohfeld* lernen können, in: A. Bammer/G. Holzinger/M. Vogl/G. Wenda (Hrsg.), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS R. Machacek und F. Matscher, 2008, 421 (422 ff.).

⁴¹ Vgl. *R. Alexy* (Anm. 3), 187 ff., der Gebot, Verbot und Erlaubnis als die drei deontischen Grundbegriffe nennt; zur deontischen Logik vgl. etwa die Nachweise in *R. Alexy* (Anm. 3), 182, Anm. 82 sowie 184, Anm. 89 sowie jüngst *P. E. Navarro/J. L. Rodríguez*, Deontic Logic and Legal Systems, 2014.

⁴² Vgl. *R. Alexy* (Anm. 3), 186.

⁴³ Für die folgende Diskussion ist anzumerken, dass sich Erlaubnisse, obgleich sie einen deontischen Grundbegriff darstellen, durch Rechte- bzw. Pflichtenverhältnisse ausdrücken

nissen vor diesem Hintergrund, wird der Unterschied zwischen ihnen unmittelbar deutlich. Denn im Falle der schwachen Erlaubnisse heißt, dass S_1 H “darf”, dass ihm H nicht verboten ist. Damit ist gemeint, dass kein S_x das Recht hat, dass S_1 H nicht vornimmt (sog. “Nicht-Recht”).⁴⁴ Äquivalent dazu ist zu sagen, dass S_1 keinem S_x gegenüber die Pflicht hat, H nicht zu setzen.⁴⁵ In Abhebung davon bedeutet eine starke Erlaubnis, dass S_1 ein Recht gegenüber einem oder mehreren S_x auf H hat. Wiederum gleichwertig damit ist zu sagen, dass S_x die Pflicht hat/haben, S_1 H zu gewähren bzw. zumindest zu unterlassen, was H im Wege stünde.

Während eine starke Erlaubnis also eine *positive* Aussage über ein Recht von S_1 gegenüber den anderen S_x darstellt, bedeutet eine schwache Erlaubnis eine *negative* Aussage im Sinne der Abwesenheit von Rechten von S_x gegenüber S_1 (“Nicht-Recht”). Allerdings kann diese scharfe Gegenüberstellung insofern irreführend sein, als sich auch im Falle der starken Erlaubnisse aus dem Recht von S_1 gegenüber S_x auf H ergibt, dass S_x gegenüber S_1 kein Recht auf das Unterlassen von H, also ein “Nicht-Recht” hat/haben. Eine starke Erlaubnisnorm beinhaltet damit jeweils eine schwache, aber nicht umgekehrt. Ist eine Handlung H einem S_1 im Verhältnis zu S_x durch das Völkerrecht nicht verboten, folgt daraus unmittelbar das Bestehen einer schwachen Erlaubnis im Sinne eines “Nicht-Rechts” von S_x gegenüber S_1 in Bezug auf H, aber keineswegs automatisch das Bestehen einer starken Erlaubnis im Sinne eines Rechts von S_1 gegenüber S_x auf H, wenn dies auch in vielen Fällen so sein wird.⁴⁶

lassen, und *vice versa*; zur gegenseitigen Definierbarkeit der deontischen Grundbegriffe vgl. *R. Alexy* (Anm. 3), 184, 193, Anm. 108.

⁴⁴ *W. N. Hohfeld*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1964, 39 spricht demgemäß von einem “Nicht-Recht” der anderen (S_x) bzw. korrelierend damit – aus Sicht von S_1 – von der “mere negation of a duty”, also einem “Privileg” im *Hohfeldschen* Sinne; vgl. dazu auch *R. Alexy* (Anm. 3), 190.

⁴⁵ Zur Äquivalenz von dreistelligen Rechte- und Pflichten-Relationen vgl. *R. Alexy* (Anm. 3), 186 f., 190.

⁴⁶ Insofern ist die Aussage von *J. A. Frowein* (Anm. 8), 924, Staaten seien “in general entitled to perform acts which are not in violation of international law”, in Hinblick auf die Qualifizierung “in general” zutreffend. Allerdings tritt darin die Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnisnormen, die sich gerade in diesem Aspekt unterscheiden, nicht zu Tage, sondern wird eher verwischt.

2. Anwendung auf die Diskussion betreffend die “Erlaubtheit” von Unabhängigkeitserklärung und Sezession

So abstrakt diese Überlegungen wirken mögen, so schnell gewinnen sie an Kontur, wenn man sie auf das gegenständliche Thema anwendet. Für die Handlung “H” kann man dann “Unabhängigkeitserklärung” (oder “Sezession”⁴⁷) einsetzen. Dem *Kosovo*-Gutachten zufolge existiert im Völkerrecht eine schwache Erlaubnis zur Sezession, d. h. kein S_x , d. h. *in concreto* kein Staat, hat ein Recht darauf, dass S_1 , d. h. ein sezessionswilliges Volk, nicht zur Sezession schreitet. S_1 hat also keinem S_x und insbesondere nicht dem “Mutterstaat” gegenüber die völkerrechtliche Pflicht, die Sezession zu unterlassen. Insofern ist es nur konsequent, wenn der IGH im *Kosovo*-Gutachten betont, dass die Sezessionisten nicht zur Achtung der territorialen Integrität des “Mutterstaates” verpflichtet sind – die anderen Staaten hingegen schon.⁴⁸ Im kolonialen Kontext haben wir es dagegen mit einer starken Erlaubnis zu tun, d. h. einem Recht von S_1 auf Unabhängigkeitserklärung und Sezession, dem die Pflicht der anderen S_x , einschließlich des Kolonialstaates selbst, korreliert, Handlungen zu unterlassen, die S_1 am Unabhängigwerden hindern.

Charakteristisch für starke Erlaubnisse sind mithin die damit einhergehenden Unterlassungspflichten der anderen Rechtssubjekte, die es bei schwachen Erlaubnissen in dieser Form nicht gibt. Im letzteren Falle “stellt” das Völkerrecht S_1 die fragliche Handlung “frei”,⁴⁹ nimmt eine normativ “neutrale” Haltung dazu ein und “toleriert”⁵⁰ sie in diesem Sinne, legt

⁴⁷ Dazu bereits Text bei Anm. 8.

⁴⁸ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 80.

⁴⁹ Vgl. in Abhebung (oder eher Fortführung) davon das komplexere Verständnis von “Freistellung” als Kombination einer positiven und negativen Erlaubnis in *R. Alexy* (Anm. 3), 185.

⁵⁰ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 9, wo vom “concept of toleration” die Rede ist, i. d. S., dass “international law can be deliberately neutral or silent on a certain issue [...] something which breaks from the binary understanding of permission/prohibition [...]. That an act might be ‘tolerated’ would not necessarily mean that it is ‘legal’, but rather that it is ‘not illegal’.” Vgl. auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 3: “possibility that international law can be neutral or deliberately silent on the international lawfulness of certain acts”. Zum ersten vgl. *J. Stone, Non Liqueur and the Function of Law in the International Legal Community*, BYIL 35 (1959), 124 (145), der von der “category of ‘legally neutral’ (neither forbidden nor permitted)” spricht; zum zweiten vgl. bereits *T. Hobbes* (Anm. 27), II. Teil, Kap. 21: “As for other Liberties, they depend on the Silence of the Law. In cases where the Sovereign has prescribed no rule, there the Subject hath the Liberty to do, or forbear, according to his own discretion.” Zustimmend *A. Peters* (Anm. 8), 98 f., wonach “besides setting up prohibitions and permissions, the law might follow a middle course, and espouse an intermediate attitude towards certain behaviour”. Eher

aber auch die anderen Rechtssubjekte S_x in diesem Zusammenhang nicht auf eine bestimmte Verhaltensweise fest. Wieder auf unseren Untersuchungsgegenstand angewendet: Einem Staat, der mit einer Unabhängigkeitserklärung bzw. einem Sezessionsversuch konfrontiert ist, steht es – obwohl die Sezessionisten dies im Sinne einer schwachen Erlaubnis “dürfen” – völkerrechtlich frei, seine territoriale Integrität zu verteidigen und im Rahmen dessen auch mit Gewalt gegen den Sezessionsversuch vorzugehen.⁵¹ Er muss sich dabei jedoch an die einschlägigen Vorgaben des internationalen Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts über nicht internationale bewaffnete Konflikte sowie sonstiges anwendbares Völkerrecht halten. Es steht ihm auch frei, andere Staaten um Hilfe zu ersuchen, und diese dürfen ihrerseits diese Hilfe gewähren, ohne dabei völkerrechtliche (Unterlassungs)Pflichten zu verletzen. Denn das völkerrechtliche Dürfen der Sezessionisten beschränkt sich in dieser Konstellation darauf, dass niemand aufgrund des Völkerrechts ein Recht hat (auch nicht der von der Sezession unmittelbar betroffene Staat), dass die Sezessionsbestrebungen unterbleiben.

Im Kolonialkontext hingegen – und, wenn man das Konzept befürwortet, auch im Falle der *remedial secession*⁵² – gewährt das Völkerrecht dem fraglichen Volk ein echtes Recht auf Unabhängigkeitserklärung, Sezession und Neugründung eines Staates. Dieser starken Erlaubnis korreliert die Pflicht des “Mutterstaates”, die bisherige Kolonie bzw. das unterdrückte Volk ziehen zu lassen, also Handlungen zu unterlassen, die diese am Weg zur Eigenstaatlichkeit hindern würden.⁵³ Genauso treffen die anderen Staaten Unterlassungspflichten, weil sie in diesem Fall eben keine Hilfe gewähren dürfen, die das kolonisierte oder unterdrückte Volk an der Staatsgründung hinderte. Ansonsten verletzen sie das Interventionsverbot.⁵⁴

Am Beispiel des Selbstbestimmungsrechts und der “Erlaubtheit” der Sezession lässt sich der völkerrechtliche Unterschied zwischen starken und schwachen Erlaubnissen also gut illustrieren. Dies ist aber beileibe nicht der

skeptisch *J. A. Frowein* (Anm. 8), 930, der zwar von einer “interesting idea” spricht, aber hinzufügt: “Could one really come to the conclusion that an act which is ‘not illegal’ is not ‘legal’ in international law? On the other hand, it is certainly correct to state that there are areas where international law has no rules and, therefore, the specific action cannot be seen as unlawful.” Dass die fehlende Illegalität einer Handlung nicht zwingend ihre Legalität (jedenfalls nicht in jedem relevanten Sinne) impliziert, wird verständlich, wenn man sich bewusst macht, dass sich aus dem Nicht-Verboten-Sein ohne weiteres die Legalität einer Handlung i. S. einer schwachen Erlaubnis ableiten lässt, nicht aber die Legalität i. S. einer starken Erlaubnis, also als Berechtigung.

⁵¹ Vgl. etwa *T. Christakis* (Anm. 12), 80.

⁵² Vgl. dazu bereits Text bei Anm. 17.

⁵³ Vgl. *T. Christakis* (Anm. 12), 79.

⁵⁴ Vgl. etwa *J. Crawford* (Anm. 12), 148, 388.

einzig derartige Fall im Völkerrecht. Man könnte als weiteres Beispiel das sog. "Recht" der Kombattantentötung nennen. Denn gerne wird mit der zweifellos richtigen Aussage, dass im bewaffneten Konflikt der direkte Angriff auf Zivilisten verboten ist (Art. 51 Abs. 2 1. Zusatzprotokoll zur Genfer Konvention [ZP GK]), die an sich ebenso richtige, sich *e contrario* ergebende Aussage verbunden, Kombattanten dürften sehr wohl direkt angegriffen und getötet werden.⁵⁵ Aber um welchen Typ des Dürfens handelt es sich hier? Bei rechter Betrachtung geht es um eine schwache Erlaubnis, denn es existiert ja kein Recht der Kombattantentötung im eigentlichen Sinne, das mit Unterlassungspflichten anderer Völkerrechtssubjekte Hand in Hand ginge.⁵⁶ Dass Kombattanten getötet werden dürfen, heißt bloß, dass das Völkerrecht im bewaffneten Konflikt derartige Tötungen nicht verbietet und in diesem Sinne toleriert. Es heißt also bloß, dass der tötende Staat bzw. die für ihn handelnden Personen diesbezüglich keine Unterlassungspflicht verletzen, wie dies bei einem direkten Angriff auf Zivilpersonen der Fall wäre. Anderen Völkerrechtssubjekten steht es aber genauso frei, den betreffenden Staat an derartigen Tötungshandlungen zu hindern, was sie nicht dürften, handelte es sich um ein echtes Recht auf Kombattantentötung.

3. Verhältnis zu Anwendungsbereichsgrenzen und zur Lückendiskussion

Die Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnisnormen sollte vor dem Hintergrund der vorangegangenen Überlegungen deutlich geworden sein. Allerdings stellt sich die Frage, ob das für die schwache Erlaubnis charakteristische Nicht-Verboten-Sein einer Handlung nicht einfach, und besser, als Beschränkung des Anwendungsbereichs völkerrechtlicher Vorschriften verstanden werden kann. Im Fall der Sezession ließe sich dann sagen, dass zwar die Staaten zur Achtung der territorialen Integrität der anderen Staaten verpflichtet sind, nicht aber andere Akteure.⁵⁷ Diesfalls liegt eine

⁵⁵ Vgl. auch Art. 48 1. ZP GK: "[D]ie am Konflikt beteiligten Parteien [...] dürfen daher ihre Kriegshandlungen nur gegen militärische Ziele richten." Vgl. statt aller *G. Hafner/S. Wittich*, in: A. Reinisch (Hrsg.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, 5. Aufl. 2013, Rn. 2643 ("Grundsätzlich dürfen nur Kombattanten [...] zum Ziel von Kampfhandlungen werden"); *A. von Arnould*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 1179 ("umgekehrt dürfen auch nur Kombattanten Ziele bewaffneter Schädigungshandlungen der Gegenseite sein").

⁵⁶ Zu differenzieren ist freilich hinsichtlich der völkergewohnheitsrechtlichen Verpflichtung der Gegenseite, in Hinblick auf die Kombattantenimmunität eine Strafverfolgung zu unterlassen.

⁵⁷ Vgl. *Kosovo-Gutachten* (Anm. 7), Rn. 80.

Limitierung des persönlichen Anwendungsbereichs dieser Vorschrift vor: Die schwache Erlaubnis scheint von daher einfach jenseits der Grenzen der positiven Völkerrechtsordnung zu liegen. Statt dem schwachen “Dürfen” müsste es aus dieser Perspektive eigentlich korrekterweise heißen, dass insoweit der Anwendungsbereich des Völkerrechts nicht eröffnet ist.

Hier ist jedoch Vorsicht geboten: Ist man wirklich bereit zu sagen, dass die sezeptionsfördernden Aktivitäten nichtstaatlicher Akteure (im Gegensatz zu jenen von Staaten) ebenso wenig vom Völkerrecht erfasst sind wie etwa die Frage der Sonntagsöffnung der Geschäfte in Bozen? Und ist man weiter bereit, angesichts der bloßen Gemeinsamkeit, dass das Völkerrecht hinsichtlich beider keinen expliziten Verbotsatz enthält, von beiden im selben Sinne zu sagen, sie seien aus völkerrechtlicher Sicht “erlaubt”, sie “dürften” aus Sicht des Völkerrechts erfolgen – verstanden freilich als bloße Behauptung, dass die beiden jenseits des Anwendungsbereichs des Völkerrechts liegen?

Einen Beitrag zur Klärung liefert vielleicht *James Crawford*s Erklärung vor dem IGH im Rahmen des *Kosovo*-Verfahrens:

“I am a devoted but disgruntled South Australian. ‘I hereby declare the independence of South Australia.’ What has happened? Precisely nothing. Have I committed an internationally wrongful act in your presence? Of course not.”⁵⁸

Als Grund dafür nennt er:

“I have no representative capacity and no one will rally to my call.”⁵⁹

Ohne den spezifischen damit aufgeworfenen Rechtsfragen weiter nachgehen zu wollen, ist für unseren Zusammenhang interessant, dass *Crawford* für die Zwecke seiner Argumentation einen Sachverhalt konstruieren will, der verlässlich außerhalb der Grenzen des Anwendungsbereichs des Völkerrechts liegt – umso mehr muss das für die Bozener Ladenöffnungszeiten gelten.

In Hinblick auf die Unabhängigkeitserklärung oder sonstige sezeptionsgerichtete Akte einer sezeptionswilligen Bevölkerung sollte man sich dagegen nicht so sicher sein. Das zeigt sich schon alleine daran, dass solche Akte sehr wohl vom Völkerrecht geregelt sein können, und zwar in Gestalt eines Verbots, wenn nämlich durch die Sezession das Selbstbestimmungsrecht gerade verletzt wird.⁶⁰ In der Regel sind Unabhängigkeitserklärungen und

⁵⁸ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Oral Statements, CR 2009/32, 10.12.2009, *James Crawford* (für das Vereinigte Königreich), 47.

⁵⁹ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Oral Statements, CR 2009/32, 10.12.2009, *James Crawford* (für das Vereinigte Königreich), 47.

⁶⁰ Vgl. *J. Crawford* (Anm. 12), 388 m. w. N.

Sezessionsakte daher vom Völkerrecht (schwach) erlaubt im Sinne von nicht verboten; ausnahmsweise gibt es in besonderen Konstellationen (namentlich bei *ius cogens*-Verletzungen⁶¹) aber dann doch ein Verbot. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis legt nahe, dass das Völkerrecht in Bezug auf den ganzen dadurch erfassten Themenkomplex einen Regelungs- und Steuerungswillen hat, auch wenn es in Bezug auf gewisse Fallkonstellationen innerhalb dieses Komplexes keine (starke) normative Vorgabe im Sinne eines Verbots, eines Gebots oder eine Berechtigung enthält. Das sind Vorgänge, die das Völkerrecht "toleriert", d. h. wo es eben "neutral or deliberately silent on the international lawfulness of certain acts"⁶² ist. Auch sie fallen in den Anwendungsbereich des Völkerrechts⁶³ und sind von jenen Fällen zu unterscheiden, die jenseits des Regelungswillens der Völkerrechtsordnung liegen, z. B. die Frage der Ladenöffnungszeiten.⁶⁴ Eben diese Überlegung können wir auch im obgenannten Beispiel der Kombattantentötung fruchtbar machen: Grundsätzlich besteht diesbezüglich eine schwache Erlaubnis; in bestimmten Fällen (z. B. bei Verwendung völkerrechtlich verbotener Waffen oder Kampfmethoden) ist die Kombattantentötung aber völkerrechtlich verboten. Angesichts ihrer Verbindung im Regel-Ausnahme-Verhältnis sind beide Fälle, die schwache Erlaubnis und das ausnahmsweise Verbot, vom Regelungs- und Steuerungswillen der Völkerrechtsordnung erfasst und fallen damit in deren Anwendungsbereich.

Ein anderer Zugang, der das erzielte Ergebnis bestätigt, ergibt sich aus der hier nur kurz anzusprechenden vielschichtigen Diskussion zu Lücken im Völkerrecht.⁶⁵ Fest steht, dass es sich in den genannten Fällen (Unabhängigkeitserklärung/Sezession, Kombattantentötung) nicht um planwidrige oder unbewusste Lücken in der Völkerrechtsordnung handelt, die den Rückgriff auf die Analogie gestatteten.⁶⁶ Vielmehr stellen schwache Erlaub-

⁶¹ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Rn. 81; vgl. bereits Anm. 11.

⁶² *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 3, 9; vgl. bereits Anm. 50.

⁶³ Siehe dazu insbes. auch *T. Burri* (Anm. 8), 883.

⁶⁴ Vgl. die verwandte Überlegung in *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 294 mit der Unterscheidung zwischen Fällen, in denen die Rechtsordnung "nichts gewollt" hat, und jenen, wo sie "nicht wollen gewollt" hat.

⁶⁵ Vgl. statt vieler *H. Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, 1933, 65 ff.; *U. Fastenrath*, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, 1991.

⁶⁶ Für *A. Peters* (Anm. 8), 99 ist die "deliberate silence [...] the opposite of a legal lacuna", also das Gegenteil einer (ungeplanten) Lücke, die eine Analogie zuließe; zu ungeplanten Lücken und zur Analogie vgl. allg. *K. Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, 370 f.; *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, 473; *M. Potacs*, *Rechtstheorie*, 2015, 188; aber gerade im völkerrechtlichen Zusammenhang differenzierend *U. Fastenrath* (Anm. 65), 234.

nisse geplante oder bewusste Lücken⁶⁷ in der Völkerrechtsordnung im Sinne der Abwesenheit einer Verbotsnorm dar.⁶⁸ Als Lücken der Völkerrechtsordnung sind sie aber nur erfassbar, weil die von der Lücke betroffenen Bereiche in den Anwendungsbereich des Völkerrechts fallen, weil und insoweit sie vom Regelungs- und Steuerungswillen der Völkerrechtsordnung erfasst sind.

4. Starke und schwache Erlaubnisse als Steuerungsinstrumente des Völkerrechts

Auch schwache Erlaubnisnormen haben daher an der Steuerungsfunktion des Völkerrechts teil. Sie tun dies aber in anderer Weise – und Intensität – als starke Erlaubnisnormen. Greift das Völkerrecht zu letzterem Instrument, manifestiert sich darin ein verstärkter Steuerungswille. Indem es die anderen Rechtssubjekte durch die mit starken Erlaubnisnormen korrelierenden Unterlassungspflichten in deren Handeln “paralysiert”, schafft es für das von der starken Erlaubnis begünstigte Rechtssubjekt erhöhte Bewegungs- und Gestaltungsfreiheit. Im Beispiel der Sezession im kolonialen Kontext oder, so sie anerkannt wird, der *remedial secession* verhilft das Völkerrecht so dem Selbstbestimmungsrecht des sezessionswilligen Volkes eindeutig auf Kosten der territorialen Integrität des Mutterstaates zum Durchbruch.

In einer schwachen Erlaubnisnorm zeigt sich dagegen eher eine gewisse Unentschiedenheit der Völkerrechtsordnung, in welche Richtung gesteuert werden soll,⁶⁹ typischerweise angesichts eines grundsätzlichen Prinzipienkonflikts wie im hier diskutierten Zusammenhang zwischen territorialer Integrität und Selbstbestimmungsrecht. Das Völkerrecht, zumindest bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand, gibt den beiden grundsätzlich die

⁶⁷ Das muss keineswegs heißen, dass es sich um *gewünschte* Lücken handelt. Sie können genauso die Folge des Scheitern der Völkerrechtsgemeinschaft sein, diesbezüglich eine Gebots- oder Verbotsregel zu schaffen bzw. einen Rechtsanspruch einzuräumen. Das ändert nichts daran, dass die so entstandene “Lücke” eine geplante bzw. bewusste ist.

⁶⁸ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 3 (“deliberately silent”); so auch *A. Peters* (Anm. 8), 99 (“deliberate silence”).

⁶⁹ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 3: “possibility that international law can be neutral”. Einmal mehr ist zu betonen, dass es zwischen dem Fall, dass das Völkerrecht einer in seinen Anwendungsbereich fallenden Frage “neutral” gegenübersteht, und jenem, dass ein Sachverhalt gar nicht in seinen Anwendungsbereich fällt, zu unterscheiden gilt.

gleiche Wertigkeit⁷⁰ und toleriert daher sowohl die Sezessionsbestrebungen der einen Gruppe, wie es die Bemühungen des Mutterstaates toleriert, diese zu verhindern – solange nicht andere völkerrechtliche Verbote (z. B. im Rahmen des humanitären Völkerrechts oder des internationalen Menschenrechtsschutzes) verletzt werden. Das Völkerrecht legt diesbezüglich sohin einen reduzierten Steuerungswillen an den Tag, wobei dieser auch Resultat der Unfähigkeit der Völkerrechtsgemeinschaft sein kann, stärker zu Gunsten des einen oder anderen Prinzips ausschlagende Normen zu entwickeln.⁷¹ Das ändert aber nichts daran, dass auch in diesem Fall in einem vom Steuerungswillen des Völkerrechts erfassten Bereich eine normative Option, nämlich jene einer schwachen Erlaubnis, verwirklicht wird.

In der Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnissen wird also ein unterschiedlich ausgeprägter Steuerungswille deutlich, was sich in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Rechte-Pflichten-Verhältnisse der beteiligten Rechtssubjekte manifestiert. Im Falle starker Erlaubnisse wird eine Rechtsposition im Sinne einer durch Unterlassungspflichten der anderen Völkerrechtssubjekte verfestigten unilateralen Handlungsbefugnis eingeräumt, die für die dadurch Berechtigten “Trümpfe”⁷² in der rechtlichen Auseinandersetzung darstellen. Eine solche fehlt im Falle der schwachen Erlaubnis. Als Folge davon besteht diesbezüglich eine gegenüber dem im Völkerrecht ohnehin schon als allgemeinem Rechtsgrundsatz geltenden Kooperationsprinzip⁷³ noch erhöhte Kooperationserwartung der Völkerrechtsordnung,⁷⁴ denn das Gegenüber treffen im Gegensatz zur starken Erlaubnis keine Unterlassungspflichten.⁷⁵ Beiden Erscheinungsformen völkerrechtlicher Erlaubnisse kommt sohin, das gilt es neuerlich zu betonen, in ihrer je eigenen Art eine Steuerungsfunktion zu, die von der “Nichtsteuerung” zu unterscheiden ist, wenn ein Vorgang überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des Völkerrechts fällt.

Entscheidend ist nun – und damit kehren wir an den Anfang unserer Überlegungen zurück –, dass sich dieser differenzierte Steuerungswille des

⁷⁰ Siehe dazu insbes. die *saving clause* in GV-Resolution 2625 (Anm. 14), Grundsatz der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker, Abs. 7.

⁷¹ Dazu vgl. bereits oben Anm. 67.

⁷² Vgl., indes in anderem Zusammenhang, die Einleitung zu *R. Dworkin, Taking Rights Seriously*, 1977, xi; *R. Dworkin, Rights as Trumps*, in: J. Waldron (Hrsg.), *Theories of Rights*, 1984, 152 ff.

⁷³ Siehe GV-Resolution 2625 (Anm. 14), Pflicht der Staaten, im Einklang mit der Charta miteinander zu arbeiten.

⁷⁴ Vgl. etwa *U. Fastenrath* (Anm. 65), 225, in Hinblick auf *Haya de la Torre*, ICJ Reports 1951, 71.

⁷⁵ Dazu siehe insbes. auch *E. Schulev-Steindl* (Anm. 40), 103.

Völkerrechts in einer reinen “*Lotus*-Welt” nicht angemessen erfassen lässt.⁷⁶ Treibt man das staaten-liberale Paradigma auf die Spitze, haben die Staaten ein Recht auf alles, was sie sich nicht selbst verboten haben; für schwache Erlaubnisse ist dann in der Völkerrechtsordnung kein Platz. Vor diesem Hintergrund ist es in der Tat bedauerlich, dass der IGH im *Kosovo*-Gutachten nicht deutlicher gemacht hat, was es aus Sicht des Völkerrechts der Gegenwart heißt, die Unabhängigkeit erklären oder sezedieren zu “dürfen”. Der Gerichtshof argumentiert diesbezüglich, wie wir gesehen haben, durchaus ambivalent: Einerseits wird in der Diskussion der “normalen” und der kolonialen Sezession (sowie im Ansprechen der *remedial secession*) die Unterscheidung von schwachen und starken Erlaubnisnormen greifbar. Andererseits hat der Gerichtshof die Frage der UN-Generalversammlung in einer Weise umformuliert und beantwortet, die der *Lotus*-Logik verhaftet bleibt.⁷⁷ Denn der IGH optiert dafür, nur nach Verboten zu suchen, und gibt, da aus seiner Sicht kein einschlägiges völkerrechtliches Verbot verletzt war, der kosovarischen Unabhängigkeitserklärung sein Imprimatur. Die binäre Lösung “nicht verboten = erlaubt” und daher “in accordance with international law”, mit der der IGH arbeitet,⁷⁸ mag zwar durch ihre Einfachheit punkten. Es fragt sich aber, ob sie der gegenwärtigen Realität der Völkerrechtsordnung gerecht wird. Richter *Simma* moniert ganz zu Recht, dass man diesbezüglich “the Court’s awareness of the present architecture of international law”⁷⁹ bezweifeln muss.

Hier ist nicht der Ort, auf die vielfältigen Deutungsversuche einzugehen, welchen Transformationen die Völkerrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten, vor allem seit 1945, unterworfen ist. Die Stichwörter “Humanisierung”,⁸⁰ “Konstitutionalisierung” und “Veröffentlichrechtlichung”⁸¹ des

⁷⁶ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 2, der im *Lotus*-Urteil den Ausdruck eines “old, tired view of international law” sieht.

⁷⁷ Vgl. *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 8: “The Court’s reading of the General Assembly’s question and its reasoning, leaping as it does straight from the lack of a prohibition to permissibility, is a straightforward application of the so-called *Lotus* principle. By reverting to it, the Court answers the question in a manner redolent of nineteenth-century positivism, with its excessively deferential approach to State consent. Under this approach, everything which is not expressly prohibited carries with it the same colour of legality.”

⁷⁸ Vgl. *T. Burri* (Anm. 8), 882, 889.

⁷⁹ *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 7.

⁸⁰ Vgl. etwa *T. Meron*, *The Humanization of Humanitarian Law*, AJIL 94 (2000), 239 ff.; *T. Meron*, *The Humanization of International Law*, 2006; *A. Peters*, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, EJIL 20 (2009), 513 ff.; *R. Teitel*, *Humanity’s Law*, 2011.

⁸¹ Vgl. *J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, 2009. Vgl. bereits auch *B. Simma*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, RdC 250 (1994), 217 ff.; *C. Tomuschat*, *International Law. Ensuring the Survival of*

Völkerrechts mögen in diesem Zusammenhang genügen. Jedenfalls ist die Völkerrechtsordnung, wie sie sich uns darbietet, mit einem “flachen” Verständnis einer liberalen Rechtsordnung, wo schlechterdings ein Recht auf alles besteht, was nicht verboten ist, nicht angemessen erfassbar. Vielmehr werden Schattierungen und Nuancen⁸² erkennbar, indem das Völkerrecht unterschiedlich intensive Steuerungsinstrumente zur Erreichung seiner Ziele einsetzt. Eine Erscheinungsform dieser Schichtung, beileibe nicht die einzige,⁸³ ist das Zurückgreifen auf starke oder schwache Erlaubnisnormen, wie sich gerade am hier diskutierten Beispiel von Unabhängigkeitserklärung, Sezession und Selbstbestimmungsrecht verdeutlichen lässt.

V. Fazit

Aus den angestellten Überlegungen folgt zunächst, dass es in der geltenden Völkerrechtsordnung verbreitet Vorschriften gibt, die uns als Erlaubnisnormen entgegentreten, und dass es zweitens wichtig ist, diesbezüglich zwischen starken und schwachen Erlaubnisnormen zu unterscheiden. Wenn davon die Rede ist, dass ein Völkerrechtssubjekt etwas tun “darf”, kann das Verschiedenes heißen und, will man Missverständnisse vermeiden, gilt es herauszuarbeiten, welche Art von Erlaubnis jeweils gemeint ist. Im Falle starker Erlaubnisse geht es um die Gewährung von Rechten, verbunden mit korrelierenden Unterlassungspflichten anderer Völkerrechtssubjekte. Dagegen stellen schwache Erlaubnisse Fälle eines bloßen Nicht-Verboten-Seins dar, verstanden als Abwesenheit eines Rechts anderer Völkerrechtssubjekte, die Unterlassung eines bestimmten Handelns einzufordern. Im Rahmen des positiven Völkerrechts lässt sich die Unterscheidung zwischen schwachen und starken Erlaubnisnormen gerade am Beispiel der einfachen Sezession

Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (1999); J. A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: K. Dicke/W. Hummer/D. Girsberger/K. Boele-Woelki/C. Engel/J. A. Frowein (Hrsg.), Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System, Berichte DGVR, Bd. 39, 2000, 427 ff. Vgl. auch *Kosovo-Gutachten* (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 3 (“contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law”).

⁸² Vgl. *Kosovo-Gutachten* (Anm. 7), Declaration Judge *Simma*, Rn. 9, der sich gegen ein “binary understanding of permission/prohibition” und für eine “range of non-prohibited options” ausspricht, um den “great shades of nuance that permeate international law” Rechnung zu tragen. Dabei ist auch, was hier freilich nicht weiter verfolgt werden kann, an das völkerrechtliche *soft law* zu denken; vgl. *Kosovo-Gutachten* (Anm. 7), Rn. 8 (“desirable”); vgl. auch *T. Burri* (Anm. 8) 883 f.

⁸³ Siehe insbes. das in der vorigen Anmerkung angesprochene *soft law*.

einerseits und der Sezession im kolonialen Kontext (und, so anerkannt, der *remedial secession*) andererseits verdeutlichen.

Darüber hinaus lehrt uns diese Unterscheidung etwas über die differenzierte “Tiefenstruktur” der Völkerrechtsordnung, die sich von einem – so strikt wohl ohnehin kaum vertretenen und jedenfalls nie real existierenden – “*Lotus*-Völkerrecht” abhebt. Im *Kosovo*-Fall wäre es angesichts der von der UN-Generalversammlung gestellten Frage und der nuancierten Struktur der völkerrechtlichen Regeln zu Sezession und Selbstbestimmungsrecht, die der IGH ja durchaus zur Kenntnis genommen hat, nahe gelegen, in eine derartige differenzierte Diskussion einzutreten. Der IGH hat das bedauerlicherweise durch Umformulierung der Frage bewusst vermieden und damit eine wichtige Chance verpasst, das nach wie vor herumspukende “*Lotus*-Gespenst” zu bannen. Auch wenn man der richterlichen Klugheit zuzugestehen bereit ist, eine solche durchaus brisante Frage “on as narrow grounds as possible” zu beantworten und insofern für eine “parsimonious decision”⁸⁴ zu optieren, hat der IGH damit der Gutachtensfunktion⁸⁵ und damit einhergehend der Orientierungsfunktion für die Generalversammlung und darüber hinaus auch die Völkerrechtsgemeinschaft als Ganze nur unzureichend genügt. Gerade für ein besseres Verständnis der Erlaubnisnormen im Völkerrecht hätte das *Kosovo*-Gutachten einen wichtigen Beitrag leisten können. Insofern ist es eine verpasste Gelegenheit.

⁸⁴ A. Peters (Anm. 8), 108.

⁸⁵ So auch *Kosovo*-Gutachten (Anm. 7), Declaration Judge Simma, Rn. 7, 10.

