

# Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts

*Andreas L. Paulus\**

## I. Einleitung: Die Globalisierung als Herausforderung der Völkerrechtswissenschaft

Nach einem Niels Bohr zugeschriebenen Sprichwort ist “prediction ... very difficult, especially about the future”. Im Völkerrecht sind wir solche unmöglichen Missionen aber gewohnt. Könnte man sich einen Gesellschaftsrechtler vorstellen, der ein Buch über “die Grenzen des Gesellschaftsrechts” veröffentlicht? Und doch ist dies auf der anderen Seite des Atlantiks mit dem Völkerrecht gerade erst geschehen.<sup>1</sup> Sich mit Völkerrecht auseinanderzusetzen, bedeutet, an die Grenzen des Rechts zu gehen.<sup>2</sup>

Und doch schienen die Perspektiven des Völkerrechts – und damit wohl auch der Völkerrechtswissenschaft – selten so gut wie in einem Zeitalter zu sein, für das sich die Bezeichnung “Globalisierung” eingebürgert hat. Niklas Luhmann, von Hause aus bekanntlich Jurist, hat diese Entwicklung einmal so beschrieben: “Aber natürlich haben auch Juristen den Mut zu reisen und dabei den Geltungsbereich ihrer Rechtsordnung zu überschreiten.”<sup>3</sup> So war ihm denn auch nicht bange, dass es den Juristen gelingen könnte, auch ein grenzüberschreitendes Recht zu schaffen. In der Tat: aus der Globalisierung sind Juristen nicht wegzudenken. Nicht nur klassische “zwischenstaatliche” Bereiche wie das Kriegsrecht und das Welthandelsrecht haben heute eine starke völkerrechtliche Komponente, das Völkerrecht ist auch, um nur Beispiele zu nennen, für den Gesundheitsschutz oder das Strafrecht relevant. Umgekehrt mischt sich das Völkerrecht auch ein, wo es nicht erwartet oder gar erwünscht wird, ob es nun um die Behandlung ausländischer Todeskan-

---

\* Prof. Dr. *iur.*, Direktor des Instituts für Völkerrecht und Europarecht, Georg-August-Universität Göttingen. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Ich danke Herrn Assessor Jörn Müller für wertvolle Anregungen und Frau Giulia Conte und Frau Mareike Krug für ihre wichtige Unterstützung bei der Literaturrecherche. Die Verantwortung für Fehler liegt allein beim Verfasser.

Schriftliche Fassung eines Vortrags, gehalten am 01.03.2007 im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

<sup>1</sup> Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, 2005.

<sup>2</sup> Hersch Lauterpacht, *The Problem of Revision of the Law of War*, BYBIL 29 (1952), 360 (382): Völkerrecht liegt “in some ways at the vanishing point of law”.

<sup>3</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 573 Fn. 40.

didaten in den Vereinigten Staaten<sup>4</sup> oder um den Bau einer Brücke über die Elbe geht.<sup>5</sup> Gleichzeitig erhalten politische Vorgänge eine stärkere juristische Komponente, so dass einige bereits von einer "Verrechtlichung" der internationalen Beziehungen sprechen, und keineswegs nur in Deutschland, sondern auch in den völkerrechtsskeptische(re)n Vereinigten Staaten.<sup>6</sup>

Es könnte also sein, dass wir in der Tat an einer Zeitenwende stehen: Philip Allott hat sich bereits vor 15 Jahren die Semestereröffnungsrede eines Völkerrechtlers aus dem Jahre 20.. vorgestellt. Dort erzählt er den neuen Studenten, wie glücklich sie sich schätzen können, in der Zukunft zu leben.

"You, as a generation, are especially privileged, in this year of 20-something. It is only in the last two or three decades that it has become possible really to experience the Joy of International Law for the first time. Only recently have the developments in human consciousness occurred which have made possible the creation of a New International Law."<sup>7</sup>

Für Allott ist das Völkerrecht erst dadurch ans Ziel gekommen, dass die internationale Gesellschaft ein Bewusstsein ihrer selbst entwickelt hat.

Könnte es aber sein, dass das Völkerrecht erst dann an sein Ziel gelangt ist, wenn es eine Selbstverständlichkeit geworden ist, also nicht besonders freudvoll, sondern besonders langweilig? Völkerrecht als Recht wie jedes andere? Wenn das der Fall sein sollte, dann wäre es um die Sonderstellung der Völkerrechtswissenschaft geschehen. Völkerrecht wäre transformiert in ein internationales Verwaltungsrecht, manchmal spannend, sicherlich, aber eben doch gewöhnlich, an nur selten hinterfragten, sich von selbst verstehenden Grundsätzen ausgerichtet. Wie der zuletzt

<sup>4</sup> S. nur *LaGrand (Germany v. United States)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, 466; *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. U.S.)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, 12. Allerdings sind die Entscheidungen in den Vereinigten Staaten nur begrenzt umgesetzt worden, s. *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S.Ct. 2669 (28.6.2006). Das Schicksal der Umsetzung wird auch von dem Fall *Medellin* bestimmt werden, den der U.S. Supreme Court am 30.4.2006 zur Entscheidung angenommen hat, s. *Medellin v. Texas*, 2007 WL 120779 (U.S.Tex.), 75 USLW 3398 bzw. <<http://www.supremecourtus.gov/orders/courtorders/043007pzor.pdf>> (zuletzt besucht am 1.5.2007).

<sup>5</sup> S. zuletzt die Entscheidung des Sächsischen OVG im Verfahren über die Dresdner Waldschlösschenbrücke, die es allerdings ablehnte, einen völkerrechtlichen Vertrag anzuwenden, der dem Deutschen Bundestag nicht zur Zustimmung gem. Art. 9 Abs. 2 GG vorgelegen hatte, s. Sächsisches OVG, Beschluss v. 13.3.2007, Az. BS 216/06, S. 18, erhältlich unter <[http://www.welterberhalten.de/pdf/070313\\_ovg.pdf](http://www.welterberhalten.de/pdf/070313_ovg.pdf)>. Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde der Stadt Dresden nicht zur Entscheidung angenommen und dies u.a. mit der Unbestimmtheit der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt vom 23.11.1972, UNTS 1037, 151, BGBl. 1977 II, 213 ("Welterbekonvention") begründet, s. BVerfG, 2 BvR 695/07 vom 29.5.2007, Absatz-Nr. 35, <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070529\\_2bvr069507.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070529_2bvr069507.html)>.

<sup>6</sup> S. insbesondere Mary Ellen O'Connell *et al.*, *The Legalization of International Relations*, ASIL Proceedings 2002, 291-308; Judith Goldstein *et al.*, *Legalization and World Politics: A Special Issue of International Organization*, *International Organization*, 54 (2000), 385-683. Kritisch zur Abkehr der Bush-Regierung von einer solchen, auf Kant zurückzuführenden Konzeption Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, 2004, 101.

<sup>7</sup> Philip Allott, *New International Law*, in: Colin Warbrick (Hrsg.), *Theory and International Law: An Introduction*, London 1991, 105 (116).

unternommene Versuch in dieser Richtung aber zeigt,<sup>8</sup> ist es mit einem kohärenten völkerrechtlichen Verwaltungsrecht bislang nicht sehr weit her.

Es ist die Perspektive der Verrechtlichung, ja Konstitutionalisierung in der Kantischen Tradition, die einen Großteil der Völkerrechtswissenschaft gerade in Deutschland bestimmt hat – von Hermann Mosler über Jochen Frowein bis hin zur wohlwollenden Kritik von Armin von Bogdandy – unter maßgeblicher Beteiligung des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.<sup>9</sup> Doch als Antwort auf die Prozesse der Globalisierung wird die Konstitutionalisierungsthese zunehmend in Frage gestellt, weil es einen globalen Letztentscheider nicht gibt und wohl auch nicht geben kann. Statt dessen wird eine zunehmende Teilkonstitutionalisierung wichtiger funktionaler oder regionaler Teilgebiete des Völkerrechts festgestellt, von der Welthandelsordnung bis zum Menschenrechtsschutz,<sup>10</sup> die aber Gefahr läuft, das allgemeine Völkerrecht als eigen-

<sup>8</sup> S. Nico Krisch, *The Pluralism of Global Administrative Law*, EJIL 17 (2006), 247 ff. sowie die Symposia über *Global Administrative Law Research Project* der NYU, Nico Krisch/Benedict Kingsbury (Hrsg.), *Symposium: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, EJIL 17 (2006), 1 ff.; Benedict Kingsbury *et al.*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law & Contemporary Problems* 68 (2005); *NYU Journal of International Law & Politics* 37 (2005), 663 ff. Auch das kollisionsrechtliche Internationale Verwaltungsrecht klassischer Prägung hat erst neulich einen neuen Anfang genommen, s. Christoph Ohler, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, 2005.

<sup>9</sup> Aus der umfangreichen Literatur s. nur Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Col. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 529 (533); Jochen Abr. Frowein, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, *BDGVR* 39 (1999), 427 ff.; Hermann Mosler, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *ZaöRV* 36 (1976), 6 (31-37) ("Verfassungselemente"); Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 74 f.; neuerdings Stefan Kadelbach/Thomas Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, *AVR* 44 (2006), 235 ff.; kritisch Armin von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, *Harvard ILJ* 47 (2006), 223; für eine Multiplizität von Verfassungsordnungen Christian Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, *GYIL* 44 (2001), 170 (173); Erika de Wet, *The International Constitutional Order*, *ICLQ* 55 (2006), 51 (75 *et passim*); für eine Ablösung der Verfassung vom Staat in Bezug auf Europa ebenso Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 93-166; aus der früheren Literatur s. vor allem Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926. Zum "deutschen" Charakter der Verfassungstheorie s. von Bogdandy, *ibid.*, 223, der es allerdings für falsch hält, Konstitutionalismus mit dem deutschen Völkerrechtsdenken gleichzusetzen; einen allgemeinen Trend in Richtung auf die Konstitutionalisierung stellt Jan Klabbers, *Constitutionalism Lite*, *IOLR* 1 (2004), 31 (33-37) fest. Zu den kantischen Wurzeln s. Habermas (Anm. 6), 103-105.

<sup>10</sup> So war ein Panel der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht im Jahre 2001 der "Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung" gewidmet, s. Meinhard Hilf, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Struktur, Institutionen und Verfahren*, *BDGVR* 40 (2003), 257; Wolfgang Benedek, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Kompetenzen und Rechtsordnung der WTO*, *BDGVR* 40 (2003), 283 ff.; grundlegend Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law: International and Domestic Foreign Trade Law and Foreign Trade Policy in the United States, the European Community, and Switzerland*, 1991. Für die Menschenrechte s. Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, 2005. Zur These der Konstitutionalisierung von Teilordnungen allgemein s. Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, 53-56.

ständiges Regelungsinstrument in einer orientierungslosen Fragmentierung aufgehen zu lassen.<sup>11</sup>

Dieser Kritik am Konstitutionalismus werde ich den ersten Teil meiner Ausführungen widmen. Danach werde ich eine andere mögliche Perspektive der Völkerrechtswissenschaft erwägen: nämlich eine Wendung von sich selbst weg, hin zur Aneignung der Nachbardisziplinen, der Geschichte, der Politikwissenschaft, der Ökonomie, sowie ein Überlaufen zur rechtsinternen Konkurrenz, also zum Kollisionsrecht. Dabei wird sich jedoch herausstellen, dass das Völkerrecht sich nicht auf Kosten seiner selbst sanieren kann. Es geht vielmehr um die Frage, wie das Völkerrecht inhaltlich auf neue Entwicklungen reagieren soll. Hier ist die Völkerrechtswissenschaft in besonderer Weise gefragt. Was bleibt vom allgemeinen Völkerrecht? Welche Funktion kann es einnehmen, wenn der Rückweg zu einer absolut verstandenen Souveränität versperrt zu sein scheint, der Weg vorwärts sich aber irgendwo zwischen einer sich dahin schleppenden UN-Reform und den US-amerikanischen Hegemonieträumen verliert? Wie kann es die neuen teilkonstitutionellen Ordnungen miteinander verbinden und ihr Abgleiten in einen seelenlosen bürokratischen Funktionalismus verhindern?

Gleichzeitig aber muss sich die Völkerrechtswissenschaft in dem Maße, in dem das Völkerrecht aus dem klassischen Zwischenstaatsrecht hinaustritt, seiner Legitimationsprobleme bewusst sein. Es ist ja für das Völkerrecht nicht ganz folgenlos, wenn nicht die Bundesregierung, sondern die Menschen auf der Straße das Völkerrecht gegen den Irak-Krieg ins Feld geführt haben – Jürgen Habermas und Jacques Derrida haben hierin geradezu die Geburtsstunde einer europäischen Öffentlichkeit gesehen.<sup>12</sup> Auch wenn eine Antwort auf die Legitimationsfrage des Völkerrechts im 21. Jahrhundert sicher mit Demokratie und Menschenrechten zu tun haben wird – der alleinige Rekurs auf Menschenrechte<sup>13</sup> oder deliberative De-

<sup>11</sup> Zur Fragmentierungsdebatte s. nur Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, 18 July 2006, UN Doc. A/CN.4/L.702; Martti Koskenniemi/Päivi Leino, Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?, Leiden JIL 15 (2002), 553; ausführlich die Beiträge in: Diversity of Cacophony?: New Sources of Norms in International Law Symposium, Michigan Journal of Int'l Law 25 (2004), 845 ff.; s. auch Bruno Simma/Dirk Pulkowski, Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, EJIL 17 (2006), 483 (494-506), die Fragmentierung und Konstitutionalisierung als Frage der Analyseebene betrachten. Für eine ausführliche Bibliographie s. Martti Koskenniemi (Hrsg.), Fragmentation of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, Helsinki 2007, 285-306.

<sup>12</sup> S. Habermas (Anm. 6), 44. Derrida hat diesem Text offenbar zugestimmt, *ibid.*, 43.

<sup>13</sup> S. aber Allen E. Buchanan, Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law, 2004, 69 f. *et passim*; Fernando R. Tesón, Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality, 2. Aufl. 1997, 117 ff.; ders., A Philosophy of International Law, 1998, 2 f. Für eine Rechtfertigung des zwischenstaatlichen Gewaltverbots auf menschenrechtlicher Grundlage s. David Luban, Preventive War, Philosophy & Public Affairs 32 (2004), 207 (218).

mokratiemodelle<sup>14</sup> kann dafür sicherlich nicht ausreichen. Auch mit diesen Fragen werde ich mich auseinandersetzen, bevor ich ein vorläufiges Resümee ziehe.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: der Weg, der hier für die Völkerrechtswissenschaft empfohlen wird, wird den Versuchungen einer vollen Konstitutionalisierung des Völkerrechts in einem föderalen Weltstaat ebenso widerstehen wie seiner völligen Fragmentierung. Vielmehr gilt es, das weite Feld dazwischen neu zu vermessen.

## II. Die Konstitutionalisierungsthese und ihre Kritiker

Gibt es überhaupt eine Gemeinsamkeit “der” deutschen Völkerrechtswissenschaft? Und ist nicht die Beschwörung einer “deutschen” Völkerrechtswissenschaft so absurd wie zum Beispiel die “deutsche Physik” unseligen Angedenkens?

### 1. Die Konstitutionalisierungsthese in der deutschen Völkerrechtswissenschaft

Wenn es eine solche Gemeinsamkeit in der deutschen Völkerrechtswissenschaft überhaupt gibt, dann liegt sie wohl in einem Konstitutionalismus im weitesten Sinne. So wird “die” deutsche Völkerrechtswissenschaft von außen gesehen, und so sehen maßgebliche Vertreter sie auch selbst.<sup>15</sup> Nun möchte ich hier nicht Eulen nach Athen tragen und erklären, was unter “Konstitutionalismus” zu verstehen ist. Wie umstritten der Begriff der “Verfassung” selbst ist, haben wir zuletzt bei der Debatte über den Europäischen Verfassungsvertrag gesehen. So kann das Völker-

<sup>14</sup> Vgl. Otfried Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, 282-295; Armin von Bogdandy, Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law, EJIL 15 (2004), 885 (889 f., 900-905); Armin von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853 (858 f., 875 f.); für Europa umfassend Peters (Anm. 9), 626-760. Zum Konzept der “deliberativen Demokratie” im Allgemeinen s. Samantha Besson/José Luis Martí (Hrsg.), Deliberative Democracy and Its Discontents (2006). Zum Verhältnis von Demokratie und Völkerrecht s. die Beiträge in: Gregory H. Fox/Brad R. Roth (Hrsg.), Democratic Governance and International Law (2000). Zum schwierigen Verhältnis von Demokratie und Völkerrecht s. auch Heike Krieger, Die Herrschaft des Fremden – Zur demokratietheoretischen Kritik des Völkerrechts, Antrittsvorlesung (2007, im Erscheinen); Joseph H.H. Weiler, The Geology of International Law, ZaöRV 64 (2004), 547 (561 f.).

<sup>15</sup> S. von Bogdandy (Anm. 9), 223 (223 f.). Von Bogdandy betont zwar, dass dies nicht die einzige in Deutschland vertretene Lehre ist, fährt dann aber fort (*ibid.*, 224): “understanding current international law as a building block of a global legal community has been a constant thread of thought among many German international law scholars”; s. auch Pierre-Marie Dupuy, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, Max Planck UNYB 1 (1997), 1 (2), aber s. *ibid.*, 30-33 (Verfassung als institutionelle Realität und Versprechen für die Zukunft); Christian Tomuschat, The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective, 1995, ix. Für den Versuch einer Ausfüllung einer konstitutionellen Lesart der Charta s. Fassbender (Anm. 9), 529; ders., UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective, 1998, 89-115; skeptisch dazu Andreas L. Paulus, Book Review, EJIL 10 (1999), 209-211.

recht wohl kaum den Begriff der "Verfassung" mit dem Anspruch auf Kompetenz-Kompetenz im Sinne einer Selbstentscheidung über die eigenen Zuständigkeiten verbinden. Auch eine Verfassung im europarechtlichen Sinn, die auf Vorrang und unmittelbarer Anwendung des eigenen Rechts aufbaut,<sup>16</sup> gibt es im Völkerrecht nicht – und auch die wenigen Ausnahmen, in denen die Völkerrechtsordnung hierarchische Elemente enthält, also insbesondere die Fälle des *ius cogens* und der vertraglichen Vorrangstellung der Charta der Vereinten Nationen nach Art. 103, beanspruchen keine unmittelbare Wirkung im nationalen Recht.<sup>17</sup>

Am ehesten ist mit dem geltenden Völkerrecht eine Auffassung von Konstitutionalisierung vereinbar, derzufolge sich international ein Kernbestand von Normen herausgebildet hat, gegen den kein Staat oder Individuum verstoßen darf, unabhängig von ihrer Zustimmung zu diesen Normen; und dass sich zunehmend Mechanismen herausbilden, nach denen Verstöße gegen diese Normen sowohl zentral als auch dezentral geahndet werden (können). Die Verwirklichung zwar nicht eines Gewalt-, aber doch eines Gewaltlegitimierungsmonopols des Weltsicherheitsrats spielt dabei eine zentrale Rolle. Außerdem beschränkt sich eine konstitutionalisierte Völkerrechtsordnung nicht auf das Verhalten von Staaten, sondern greift unmittelbar auf Individuen und nichtstaatliche Gruppen zurück und bezieht diese in Normsetzung und Normanwendung ein. So wird auf die Menschenrechte rekurriert, um die ethische Voraussetzung einer "internationalen Gemeinschaft" zu begründen, andererseits werden durch Völkerstrafrecht und Sicherheitsratsresolutionen verstärkt Individuen in die Pflicht genommen.

Schließlich wird eine Ausdifferenzierung und Vertiefung des Völkerrechts festgestellt, vom Welthandelsrecht bis zum internationalen Strafrecht, die wiederum zur Herausbildung von Hierarchien zwischen wichtigeren und weniger wichtigen Völkerrechtsnormen geführt hat. Gleichzeitig versäumt es kaum ein Vertreter der Konstitutionalisierungsthese, darauf hinzuweisen, dass es sich hier um einen Pro-

<sup>16</sup> Für das Europarecht s. nur Joseph H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, 1999, 221 ff. sowie die Beiträge in Armin von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (2003); Peters (Anm. 9). Grundlegend bereits 1980 der Blick von der anderen Seite des Atlantiks, s. Eric Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1. Zur Ausgestaltung durch den – gescheiterten – Europäischen Verfassungsvertrag s. Calliess, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union. Kommentar der Grundlagenbestimmungen* (2006), Art. I-1, Rn. 1-24; zu der Streichung des Begriffs der Verfassung im künftigen EU-Reformvertrag s. Brussels European Council, 21/22 June 2007, erhältlich unter <[http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_applications/applications/newsroom/loadDocument.ASP?cmsID=221&LANG=en&directory=en/ec/&fileName=94932.pdf](http://www.consilium.europa.eu/cms3_applications/applications/newsroom/loadDocument.ASP?cmsID=221&LANG=en&directory=en/ec/&fileName=94932.pdf)> (zuletzt besucht am 26.6.2007), 15: "The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called 'Constitution', is abandoned." Diese Begründung im Entwurf des Mandats einer neuen zwischenstaatlichen Konferenz zur Ausarbeitung eines "Reformvertrags" nimmt jedoch nicht zur inhaltlichen Qualität des neuen Dokuments Stellung, sondern geht von einer sehr formalen Definition einer Verfassung als allumfassendes Gründungsdokument einer Organisation aus.

<sup>17</sup> Dazu näher Andreas L. Paulus, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, *Nordic JIL* 74 (2005), 297 (319-23) m.w.N.

zess und nicht um einen fertigen Zustand handelt, dessen Fortgang insbesondere davon abhängt, inwieweit sich ein soziales Substrat weiterentwickelt, das als internationale Gemeinschaft oder Gesellschaft bezeichnet werden kann.

Mit der Konstitutionalisierungsthese überträgt die deutsche Völkerrechtswissenschaft die Erfahrungen mit der eigenen Verfassung und mit dem Europarecht auf das Völkerrecht. Der politische Prozess europäischer Demokratien ist von Gerichten dergestalt weiterentwickelt worden, dass die Mehrheit auch den Rechten der betroffenen Einzelnen und Gruppen gerecht werden muss. Gleichzeitig werden die europäischen Verträge – und die Menschenrechtskonvention – von EuGH und EGMR unabhängig von dem Erwartungshorizont ihrer Schöpfer integrationsfreundlich ausgelegt. Die europäische Integration hat von dieser Praxis des EuGH zweifellos profitiert,<sup>18</sup> und die Anhänger der Verfassungsschule, von Hause aus kritisch gegenüber einer als absolut verstandenen staatlichen Souveränität, möchten diese Segnungen nun auch der – manchmal notleidenden – Völkerrechtsordnung widerfahren lassen.

## 2. Die Kritik der Konstitutionalisierungsthese

Diese hier nur grob skizzierte “verfassungsrechtliche” Lesart der heutigen internationalen Gemeinschaft ist jedoch verstärkt in Kritik geraten, und dies nicht nur von an nationalstaatlicher Souveränität und Demokratie orientierten Wissenschaftlern.<sup>19</sup> Kritik richtet sich, wie aus der europäischen Entwicklung bekannt, insbesondere gegen die mangelnde internationale Demokratie und eine seelenlose internationale Bürokratisierung, aber auch gegen die Assoziierung der Globalisierung mit einem wirtschaftlichen (Neo)liberalismus sowie – ökonomisch nicht ganz konsistent – gegen die Verluste von Arbeitsplätzen in Europa einerseits und die Benachteiligung der Dritten Welt andererseits.

Eine verfassungsähnliche Lesart der Charta der Vereinten Nationen gerät jedoch besonders angesichts des Weltlaufes in Schwierigkeiten, um so mehr seit dem 11. September 2001. Einer der führenden Köpfe der Menschenrechtsbewegung, Michael Ignatieff, erklärte im Anschluss gar die “Ära der Menschenrechte” für beendet.<sup>20</sup> Mit ihr würde dann wohl auch die Perspektive einer internationalen Rechts- und Verfassungsordnung verschwinden. Gleichzeitig wurde das Bild der internationalen Gemeinschaft zeitweilig durch eine stark amerikanisch geprägte staatliche Frontstellung gegen den Terrorismus geprägt. Doch auch schon die Nonchalance, mit der die Clinton-Regierung die Bindung an das Gewaltverbot behandelte, und die Missachtung des Legitimierungsmonopols des Weltsicher-

---

<sup>18</sup> S. nur Weiler (Anm. 16), 221 ff.

<sup>19</sup> In diese Richtung Christian Hillgruber, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ (2002) 1072; Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003), 11.

<sup>20</sup> Vgl. Michael Ignatieff, Is the Human Rights Era Ending?, New York Times, 5 Feb. 2002, A 25.

heitsrats zur Verteidigung der Menschenrechte im Kosovo haben die empirische Begründung der Konstitutionalisierungsthese in Frage gestellt. Wenn die wichtigste Bestimmung der UN-Charta, das Gewaltverbot, unter politischen Vorbehalt gestellt wird, scheint es mit dem Verfassungscharakter der Charta nicht weit her zu sein. Mein akademischer Lehrer Bruno Simma, auch er aus der Verfassungsschule stammend, hat die Ernüchterung einmal wie folgt ausgedrückt: "So geht man mit einer Verfassung nicht um."<sup>21</sup>

Mit der Kritik von völkerrechtlicher Seite werde ich mich im Folgenden auseinandersetzen – eine Kritik, welche zum Teil die politischen Entwicklungen aufnimmt, sich aber gleichzeitig an den Grundannahmen der Konstitutionalisierungsthese entzündet.

#### a) Die "amerikanische" Antwort: Realismus und Re-nationalisierung

Eine Kritik, die weitgehend aus den Vereinigten Staaten kommt, sieht die Realität des Völkerrechts ausschließlich in einer Abbildung gemeinsamer zwischenstaatlicher Interessen. Solange die Interessenübereinstimmung zwischen den beteiligten Staaten vorherrscht, soll auch der Völkerrechtssatz gelten; fällt die Interessenübereinstimmung weg, dann ist es eher früher als später auch um den Völkerrechtssatz geschehen. Zwar kann Recht unter Umständen staatliches Verhalten stabilisieren, aber das gilt nur sehr begrenzt. In anderen Worten: Völkerrecht ist ein pures Metaphänomen der staatlichen Interessenübereinstimmung.<sup>22</sup> Dem kantischen Argument, Staaten müssten das geltende Völkerrecht beachten, weil ein Völkerrecht besser ist als gar keines, wird entgegengehalten, dass es ethisch keine Verpflichtung geben könne, ein bloßes Zwischenstaatsrecht zu verwirklichen, jedenfalls dann, wenn dieses Recht gegen die Präferenzen demokratisch gewählter nationaler Entscheidungsträger verstoße.<sup>23</sup> Warum sollte ein einzelner Mensch sich gebunden fühlen an Verpflichtungen abstrakter, oft undemokratischer und menschenrechtsverletzender juristischer Personen, die ihre eigenen Beschlüsse oft nicht in die Tat umsetzen?

Die genannten Einwände gegen ein Verfassungsmodell, nämlich dass es nicht (mehr) mit der Realität seit dem 11. September korrespondiere oder nie mit ihr korrespondiert habe, bringt diesen Autoren zufolge die Verfassungskonzeption zu Fall. Ein System kollektiver Sicherheit, so lassen sich beispielsweise die Thesen Michael Glennons zusammenfassen, das Sicherheit nicht garantieren kann, ja die Supermacht an der Schaffung von Sicherheit hindert, ist zusammengebrochen und

<sup>21</sup> Bruno Simma, Comments on Global Governance, the United Nations, and the Place of Law, Finnish YbIL 9 (1998), 61 (65).

<sup>22</sup> So insbesondere Goldsmith/Posner (Anm. 1), 13 *et passim*. Zur Kritik s. unten Anm. 70 und begleitender Text.

<sup>23</sup> S. insbes. Goldsmith/Posner (Anm. 1), 185 ff.; radikaler John Bolton, Is There Really "Law" in International Affairs?, Transnat'l L. & Contemp. Probs. 1 (2000), 1 (7 ff.), der den Rechtscharakter des Völkerrechts in Abwesenheit demokratischer Entscheidungsmechanismen anzweifelt.



kann – ähnlich dem Vorgängersystem des Völkerbunds – keine rechtliche Bindungswirkung mehr entfalten.<sup>24</sup>

Das Problem dieser Kritik besteht jedoch darin, dass sie ihre eigenen Voraussetzungen nicht hinterfragt und sich damit im Kreise dreht. Aus der Zwischenstaatlichkeit der Rechtserzeugung wird auf den zwischenstaatlichen Charakter der Inhalte geschlossen – und *vice versa*. Doch in einer Welt, in der viele Probleme, von den Verbrechen in Darfur bis zur globalen Erwärmung, von einzelnen Staaten nicht bewältigt werden können, in der das faktische Zusammenwachsen eine gemeinsame normative Ordnung erfordert, ist die Behauptung, staatliche Interessensübereinstimmung allein bestimme über die normative Orientierung, wenig hilfreich, zumal wenn es sich allein um kurzfristige Interessen handelt.

Allerdings: Das bedeutet keinesfalls, dass sich die Verfassungstheorie nicht ebenfalls einer Überprüfung ihrer Grundannahmen stellen muss. Mit einer reinen Trotzbehauptung nach dem – allerdings deutschen – Motto: “Umso schlimmer für die Wirklichkeit”, ist es kaum getan. Eine Völkerrechtswissenschaft, die sich auf bloße Normativität zurückzieht, vergisst, dass jedes Sein-Sollen eben doch ein Mindestmaß an Verwirklichungsmöglichkeit impliziert, um Autorität beanspruchen zu können. Selbst die Reine Rechtslehre von Kelsen kann auf die Effektivität als Grundbedingung für die Existenz des Rechts nicht völlig verzichten.<sup>25</sup> Die “deutsche” Weltverfassungslehre muss noch beweisen, dass ihre Grundforderungen, von den nicht hintergehbaren “Weltordnungsverträgen” (Tomuschat)<sup>26</sup> über ein Völkerrecht der Gemeinschaftsinteressen (Simmma)<sup>27</sup> bis zum “Weltinnenrecht”<sup>28</sup> (Delbrück), die Akzeptanz gewonnen haben, um als Rechtsnormen ernst genommen zu werden und einen Befolgungsanspruch geltend machen zu können.

## b) Die “liberale” Antwort: Die interindividuelle Grundlegung des Völkerrechts

Eine der Entwicklungen, welcher die Verfassungsschule gerecht werden wollte, ist, die Entfesselung der Menschenrechte ernst zu nehmen und die Mediatisierung der Menschen im Völkerrecht durch die Staaten wenn nicht aufzuheben, so doch aufzulockern. Alfred Verdross und Bruno Simma haben in der Überwindung eines staatszentrierten Individualismus durch eine universalistische Auffassung den Kern ihrer Verfassungstheorie gesehen.<sup>29</sup> Simma hat die Menschenrechte als das

<sup>24</sup> Michael J. Glennon, Why the Security Council Failed, Foreign Affairs (2003), 16.

<sup>25</sup> S. nur Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 215-221 (Zusammenhang von Geltung und Wirksamkeit einer Rechtsordnung).

<sup>26</sup> Christian Tomuschat, Obligations Arising for States Without or Against Their Will, RdC 241 (1993-VI), 268-274.

<sup>27</sup> Bruno Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994 VI), 217.

<sup>28</sup> Jost Delbrück, Globalization of Law, Politics, and Markets – Implications for Domestic Law – A European Perspective, Indiana J. of Global Legal Studies 1 (1993/4), 9.

<sup>29</sup> Verdross/Simma (Anm. 9), § 21.

wichtigste Gemeinschaftsgut im Völkerrecht betrachtet, das deren Bewegung von einer bilateralen zu einer gemeinschaftlichen Rechtsordnung erfordere.<sup>30</sup> Christian Tomuschat sieht in der Indienststellung des Staates für die Verwirklichung der Rechte und Ansprüche seiner Angehörigen den Kern der Verfassungslehre.<sup>31</sup> Die Annahme der *“responsibility to protect”* in der Abschlusserklärung des 60-Jahregipfels der Vereinten Nationen<sup>32</sup> und das Urteil des IGH vom 26. Februar 2007 über die staatliche Pflicht zur Verhinderung eines Völkermords auch jenseits des eigenen Territoriums<sup>33</sup> können als Akte der Anerkennung dieser Lehre gewertet werden.

Dennoch stehen all diese Entwürfe vor der Schwierigkeit, einerseits das Völkerrecht weiter auf staatliche Normsetzung und -befolgung auszurichten, andererseits aber die mangelnde ethische Eignung von egoistischen Staaten zur Begründung einer Rechtsordnung hervorzuheben. Besonders eingängig ist dies bei Simmas Berufung auf Philip Allotts *“Eunomia”*, in welcher der *“delict-property-contract ethos”* der Staaten für fast alle Übel der Welt verantwortlich gemacht wird.<sup>34</sup> Wie kann aus solch krummem Holz eine gerechtere Weltordnung entstehen? Wer nicht, wie Allott, auf eine Bewusstseinsänderung bauen will, sondern auf das positive, von Staaten gesetzte Recht, kann diesen Widerspruch nur schwer auflösen.

Diese Schwierigkeit hat derjenige Teil der US-amerikanischen Lehre nicht, der eine Individualisierung des Völkerrechts auf nichtstaatlicher Grundlage anstrebt – der sozusagen das Völkerrecht vom Staat auf den Menschen umpolen will. Während der Urvater des neueren amerikanischen Liberalismus, John Rawls, das Völkerrecht hinter dem Schleier der Unwissenheit in seinem Spätwerk noch von Staatenvertretern ausarbeiten ließ und dabei zu einem recht undramatischen Ergebnis kam,<sup>35</sup> sind seine Schüler weit weniger bescheiden und wollen nicht nur die Abwehrrechte, sondern auch die sozialen Ergebnisse des Rawls’schen *“Differenzprinzips”* auf die Weltrechtsordnung anwenden.<sup>36</sup>

Im Gegensatz zu Rawls und der ganz überwiegenden deutschen Völkerrechtslehre geht damit bei vielen US-amerikanischen Autoren, von W. Michael Reiss-

<sup>30</sup> Simma (Anm. 27), 217 (242 f.).

<sup>31</sup> Christian Tomuschat, *Self-Determination in a Post-Colonial World*, in: ders., *Modern Law of Self-Determination* (1993), 1 (8 f); ders., *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, RdC 281 (1999), 9 (95, 161 f.).

<sup>32</sup> 2005 World Summit Outcome, UN Doc. A/RES/60/1, Z. 139.

<sup>33</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment of 26 Feb. 2007, <<http://www.icj-cij.org>>, Z. 428-438.

<sup>34</sup> Philip Allott, *Eunomia. New Order for a New World*, 1990, 335; zitiert in Simma (Anm. 27), 217 (229) als Einleitung zu seinem Kurs.

<sup>35</sup> John Rawls, *The Law of Peoples with the Idea of Public Reason Revisited*, 1999.

<sup>36</sup> Thomas W. Pogge, *Realizing Rawls*, 1989, 240; Charles R. Beitz, *Political Theory and International Relations*, 1979, 8 f.; dazu ausführlich Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, 2001, 130-135.

man über Fernando Tesón bis hin zu Anne-Marie Slaughter,<sup>37</sup> eine Relativierung des Einmischungsverbots und eine Rechtfertigung humanitärer Interventionen einher. Mir ist noch das Wort eines prominenten US-amerikanischen Völkerrechtlers im Ohr, der kurz nach dem 11. September 2001 über den im Vergleich zum Afghanistan-Krieg fast idyllisch erscheinenden Kosovo-Einsatz sinngemäß anmerkte, *“we know it is okay. The rest is creative legal imagination.”* Mangelnde Kreativität ließ sich nun gerade der deutschen Rechtstheorie angesichts von Kosovo zwar nicht vorwerfen, von Simmas *“dünner roter Linie”*<sup>38</sup> zwischen Legalität und Rechtsverletzung bis zu Habermas’ Anwendung eines Völkerrechts der Zukunft auf die Gegenwart,<sup>39</sup> aber die Begründung der Beiseiteschiebung des geltenden Völkerrechts zugunsten individueller Rechte geschah mit schlechtem Gewissen, weil sie die spezifisch deutsche Verbindung von zwischenstaatlicher Ordnung und menschenrechtlicher Begründung als Lebenslüge erscheinen ließ.

Nur in dieser Hinsicht konnte man im neuesten Irak-Krieg fast dankbar dafür sein, dass Illegalität und Illegitimität einmal nicht auseinanderzufallen schienen, da die Begründung des Einmarsches mit den unzweifelhaften massiven Menschenrechtsverletzungen unter Saddam Hussein doch als sehr nachgeschoben erschien<sup>40</sup> und durch die Katastrophe der Besetzung Lügen gestraft wurde. Dennoch wurde man den Eindruck nie ganz los, dass die Pandora-Büchse eben doch mit der fast metaphysischen Begründung des Kosovo-Einsatzes geöffnet worden war und nun nicht mehr so einfach geschlossen werden konnte.

Wenigstens Erwähnung finden soll aber eine ordoliberal – und damit deutsch – geprägte Spielart des Liberalismus, die eine Verfassung nicht aus den Prinzipien der Vereinten Nationen, sondern aus der Welthandelsordnung herzuleiten bestrebt

<sup>37</sup> S. z.B. Tesón, *Humanitarian Intervention* (Anm. 13); W. Michael Reisman, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, AJIL 89 (1990), 866; Lee Feinstein/Anne-Marie Slaughter, *A Duty to Prevent*, Foreign Affairs Vol. 83 (2004), 136; Anne-Marie Slaughter, *Good Reasons for Going Around the U.N.*, New York Times v. 18.3.2003, A33; s. aber dies., *The Use of Force in Iraq: Illegal and Illegitimate*, ASIL Proceedings 98<sup>th</sup> Mtg (2004), 262. Für kollektive Interventionen im Rahmen des UN-Systems s. Gareth Evans *et al.*, *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* (IDRC, 2001), <<http://www.iciss.ca/report-en.asp>> (zuletzt besucht am 31.7.2007); High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, UN Doc. A/59/565, 2 Dec. 2004, Z. 183-209, verfügbar unter <<http://www.un.org/secureworld>> (zuletzt besucht am 31.7.2007); vgl. dazu 2005 World Summit Outcome, UN Doc. A/RES/60/1, para. 139.

<sup>38</sup> Bruno Simma, *NATO, the UN, and the Use of Force: Legal Aspects*, EJIL 10 (1999), 1 (22).

<sup>39</sup> Jürgen Habermas, *Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*, in: Reinhard Merkel, *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht* (2000), 51-65; gegen ihn Georg Nolte, *Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten*, ZaöRV 59 (1999), 941 (942).

<sup>40</sup> So jedenfalls die Auffassung der US-amerikanischen Menschenrechtsorganisation Human Rights Watch, s. Ken Roth, *War in Iraq: Not a Humanitarian Intervention*, in: Joseph Saunders (Hrsg.), *Human Rights Watch World Report 2004: Human Rights and Armed Conflict* (2004); ebenso im Ergebnis Andreas L. Paulus, *The War Against Iraq and the Future of International Law: Hegemony or Pluralism?*, Michigan JIL 25 (2004), 691 (713); Luban (Anm. 13), 207; kritisch gegenüber der Argumentation der Koalition, aber nicht der *“humanitären Intervention”* an sich Jutta Bruné/Stephen J. Toope, *The Use of Force: International Law After Iraq*, ICLQ (2004), 785 (804).

ist. Nach europäischem Vorbild will Ernst-Ulrich Petersmann Menschenrechte über den freien Marktzugang und unabhängige Gerichte schützen.<sup>41</sup> Mit Slaghter teilt diese Schule das Vertrauen, dass sich Gerichte unabhängig von der konkreten Rechtsordnung, der sie verpflichtet sind, zu Vertretern des Allgemeininteresses aufschwingen, das wiederum mit den Freiheitsrechten von Individuen gleichgesetzt wird. Dabei können sie darauf verweisen, dass jedenfalls das Streit-schlichtungsgremium der Welthandelsorganisation in den einschlägigen Fällen das allgemeine Völkerrecht berücksichtigt – meist, um die Reinheit der Welthandelsordnung zu beschneiden und nicht, um diese auszuweiten.<sup>42</sup>

Auch hier liegt eine Aufgabe für die deutsche Völkerrechtswissenschaft: zu zeigen, wie eine interindividuelle Begründung des Völkerrechts möglich ist, ohne auf die zwischenstaatliche Struktur ganz zu verzichten – oder aber den Staat als Grundeinheit des Völkerrechts absterben zu lassen und den Weg zum Weltrecht zu gehen. Vielleicht aber auch nur: auf die Widersprüche hinzuweisen und sie – in bester deutscher, d.h. in diesem Fall hegelianischer Tradition – dialektisch auszuhalten.

### c) Die “postmoderne” Antwort: Pluralismus und Fragmentierung

Das Aushalten von Widersprüchen ganz anderer Art schließlich wird von der postmodernen Kritik am internationalen Verfassungspatriotismus deutscher Prägung gefordert, die sich in wenig mehr einig ist als in der Ablehnung einer als totalitär verstandenen allumfassenden konstitutionellen Weltordnung.<sup>43</sup> Mit einer universalistischen Ethik wird auch ein universalistisches Recht verworfen, das sich nicht darauf beschränkt, Mindestregeln der Koexistenz und freiwillige Kooperation zu organisieren, sondern allgemeinverbindliche Verhaltensstandards “höherer” Provenienz gegen alle Widerstände notfalls mit Gewalt durchsetzen will. Als Konsequenz daraus ergibt sich ein Interesse am Partikularen, Besonderen, manchmal

---

<sup>41</sup> Ernst-Ulrich Petersmann, How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations, Leiden JIL 10 (1997), 421; s. auch die Debatte zwischen Ernst-Ulrich Petersmann, Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, 13 (2002), 621 sowie ders., Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston, EJIL 13 (2002), 845 einerseits; und Philip Alston, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann, EJIL 13 (2002), 815 sowie Robert Howse, Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann, EJIL 13 (2002), 651 andererseits. Jeffrey L. Dunoff, Constitutional Concepts: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law, EJIL 17 (2006), 647 (663 *et passim*) und Klabbers (Anm. 9), 31 (53) kritisieren die Versuche einer Konstitutionalisierung der WTO als den untauglichen Versuch einer Entpolitisierung mit dem Resultat größerer statt geringerer Fragmentierung.

<sup>42</sup> S. insbes. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB-1998-4, Report of the Appellate Body, Oct. 12, 1998, WTO Doc. WT/DS58/AB/R, ILM 38 (1999), 121.

<sup>43</sup> Martti Koskenniemi, The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View, EJIL 6 (1995), 325 (343).

auch Skurrilen, aber auch an der Auswirkung des Völkerrechts auf viele Betroffene, die an seiner Ausarbeitung nicht beteiligt waren.<sup>44</sup>

Die Schüler Niklas Luhmanns nutzen dagegen dessen Absage an den allumfassenden Territorialstaat zur These autopoietischer Teilverfassungen, die sich jeweils neu erfinden, ohne Rücksicht auf irgendein überwölbendes Rechtssystem nehmen zu müssen. Wie Luhmann den Menschen aus den Funktionensystemen vertreibt, so wollen Gunther Teubner und Andreas Fischer-Lescano das allgemeine Völkerrecht aus der schönen neuen Welt des Internets und dem Welt-handelssystem heraushalten.<sup>45</sup> Dabei setzen sie sich jedoch dem Einwand aus, nicht nur viele ferner liegende Betroffene (neudeutsch: *Stakeholders*) von der Entscheidungsfindung auszuschließen, sondern auch jedes Teilsystem das Rad immer neu erfinden zu lassen, ohne auf die Konfliktlösungspotenziale der anderen Systeme zurückgreifen zu können. Wenn sie dies aber doch tun, dann ist nicht ganz ersichtlich, warum die "Teilkonstitutionalisierung" nicht nur einen Ausschnitt aus einer allgemeinen Konstitutionalisierungsbewegung darstellen soll. Wichtiger erscheint allerdings der Einwand, dass der Ausgleich zwischen den Teilsystemen nur durch die Entstehung einer globalen Instanz möglich zu werden scheint und nicht durch den Rückzug auf funktionale Eigengesetzlichkeiten.<sup>46</sup>

Dennoch stellt die Fragmentierungsdiskussion eine wichtige Herausforderung für den deutschen Konstitutionalismus dar:<sup>47</sup> es ist gerade die Aufgabe einer Verfassung, die verschiedenen gesellschaftlichen Teilbereiche in einen Gesamtzusammenhang zu bringen und die Repräsentation der Allgemeinheit sicherzustellen, auch in Abwesenheit eines umfassenden Verfassungskonsenses.

---

<sup>44</sup> S. vor allem die Übertragung der "*Critical Legal Studies*" ins Völkerrecht durch die "*New Approaches*". Für einen Überblick über diese sehr vielgestaltige Unternehmung s. Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, EJIL 2 (1991), 66; Deborah Cass, *Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law*, Nordic JIL 65 (1996), 341; David Kennedy, *The Disciplines of International Law and Policy*, Leiden JIL 12 (1999), 9; kritisch Andreas L. Paulus, *International Law After Postmodernism. Towards Renewal or Decline of International Law*, Leiden JIL 14 (2001), 727 ff. m.w.N.

<sup>45</sup> S. Fischer-Lescano (Anm. 10); Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, ZaöRV 63 (2003), 1; Fischer-Lescano/Teubner (Anm. 10), *Regime-Kollisionen*; Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, Michigan JIL 25 (2004), 999 ff. Für eine ausführlichere Kritik s. nur Andreas L. Paulus, *Comment To Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State*, 25 (2004), 1047-1058.

<sup>46</sup> Für eine Pluralisierung des Verfassungsbegriffs auch Joel P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, EJIL 17 (2006), 623, der in dem Verhältnis der Verfassungen zueinander "*tertiary rules of international law*" wahrnimmt. Allerdings ist ein solch schwacher Verfassungsbegriff in Gefahr, unkontrolliert zu werden und die öffentliche Kontrollfunktion einer Verfassung zu verfehlen.

<sup>47</sup> Vgl. Dunoff (Anm. 41), 647 (674), der zu einem Konstitutionalismus aufruft, der Debatte und Partizipation stärkt und nicht behindert.

### III. Die Flucht in die Nachbardisziplinen, oder: Zur Selbst-Fragmentierung der Völkerrechtswissenschaft

Was aber ist, wenn sich die Widersprüche nicht in einer höheren Verfassungsordnung auflösen lassen? Wenn der Pluralismus aus der "Kultur der Konstitutionalisierung", um Koskenniemi zu paraphrasieren, hinausfällt und sich nicht einhegen lässt? Viele sehen die Möglichkeiten des Völkerrechts erschöpft. Zwischenstaatliche Rechtsetzung und weltgemeinschaftliche Aufgabenbeschreibung erscheinen als unvereinbar. Ein auf staatlichen Willensakten aufbauender Positivismus lässt ethischen Anspruch und politische Realität gleichermaßen vermissen und scheint ineffizient und, schlimmer noch, ineffektiv zu sein, um Völkermord zu verhindern oder die globale Erwärmung zu reduzieren.

Wie kann die Völkerrechtswissenschaft auf diese Kritik reagieren? Es genügt wohl kaum der Hinweis darauf, dass das Völkerrecht aus den kleinen, technischen Bereichen des internationalen Lebens nicht wegzudenken ist. Eine in diesem Sinne reduzierte Rolle wird dem Völkerrecht auch von seinen Kritikern zugestanden, von Morgenthau<sup>48</sup> bis Glennon.<sup>49</sup> Aber der Anspruch, den gerade die Konstitutionalisierungsthese erhebt, ist damit unvereinbar.

Aus einer solchen Schlussfolgerung ergeben sich verschiedene Auswege für die Völkerrechtswissenschaft. All diese Möglichkeiten haben gemeinsam, dass sie die Wirkung des Völkerrechts von außen in den Blick nehmen und auf diese Weise zu einem besseren Verständnis seiner Wirkungsmöglichkeiten in Vergangenheit und Zukunft gelangen wollen.

#### 1. Kulturalismus, oder: Die "Flucht in die Geschichte"

Einen solchen Ausweg hat vor allem die bereits angesprochene kritische oder multikulturalistische Schule gesucht. Sie hat das Völkerrecht einer internen und einer externen Kritik unterzogen und ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, das Völker-

---

<sup>48</sup> Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, 7. Aufl. 2006, 283 ff. Auf S. 285 wendet sich der Begründer der realistischen Lehre der internationalen Beziehungen gegen die Leugnung des Völkerrechts: "Yet to deny that international law exists at all as a system of binding legal rules flies in the face of all the evidence." Er fährt aber fort, dass er sich damit vor allem auf die traditionellen horizontalen Regeln des Völkerrechts bezieht, nicht auf Systeme kollektiver Sicherheit wie den Vereinten Nationen und den Völkerbund. "International law owes its existence and operation to two factors, both decentralized in character: identical or complementary interests of individual states and the distribution of power among them. Where there is neither community of interest nor balance of power, there is no international law." (*ibid.*, 285 f.)

<sup>49</sup> Michael J. Glennon, *How International Rules Die*, *Geo.L.J.* 93 (2005), 939 (940). Glennon teilt auch den Hauptfehler seiner Analyse mit Morgenthau, indem er Recht letztlich nicht als normative Ordnung begreift, sondern als Beschreibung tatsächlichen staatlichen Verhaltens und dessen Ursachen. Zu den Problemen kausaler Theorien aus der Sicht eines Politikwissenschaftlers s. Friedrich V. Kratochwil, *How Do Norms Matter?*, in: Michael Byers, *The Role of Law in International Politics* (2000), 35-68.

recht sei zu einer eigenständigen Problemlösung aus sich heraus nicht in der Lage. Intern oszilliere es zwischen der Fundierung in realem staatlichem Handeln und dem Anspruch an den Staat, sich normgemäß zu verhalten. Damit fällt das Völkerrecht dem Vorwurf mangelnder Determiniertheit zum Opfer, da der Rechtsanwender stets einen externen Referenzpunkt brauche, um das Recht auf einen konkreten Fall anzuwenden. Extern werde Völkerrecht so zur Überhöhung der jeweils herrschenden politischen Position missbraucht.<sup>50</sup> Der positivistischen Schule (nicht nur) deutscher Provenienz schreibt David Kennedy ins Stammbuch, dass normative Problemlösung nicht in der Anwendung vorherbestimmter Regeln liege, sondern in “*a conversation about what to do, here and now*”.<sup>51</sup> An die Stelle eines objektiv verstandenen Völkerrechts als Möglichkeit zur Beurteilung staatlichen Handelns tritt die Person des Juristen oder der Juristin als bewusstes soziales Handlungssubjekt.<sup>52</sup>

Damit gerät die jeweils konkrete “Situationalität” (Outi Korhonen)<sup>53</sup> des Juristen in den Blickpunkt. Das erklärt, warum diese Schule in den letzten zwanzig Jahren so viele eindrucksvolle Porträts einzelner Juristen und der Völkerrechtslehre insgesamt<sup>54</sup> zuwege gebracht hat. Da sie es jedoch bewusst ablehnt, Richtigkeits- oder gar Wahrheitskriterien aufzustellen, sind die Ergebnisse genauso divers wie die Teilnehmer an dieser Unternehmung. Das Finden von Sinn oder Unsinn bleibt so bewusst im Subjektiven verhaftet. Gleichzeitig aber werden – stärker als in Deutschland üblich – die sozialen und politischen Folgen völkerrechtlich begründeter Positionen in den Blick genommen.

So wertvoll diese Forschungsergebnisse aber für unser Verständnis von Geschichte und Gegenwart des Völkerrechts sind, so stellt sich doch die Frage, ob die Völkerrechtswissenschaft sich als praktische Gegenwartsdisziplin in die Rechtsgeschichte oder in den Pragmatismus des “*what to do, here and now*” flüchten kann oder gar soll. Damit ginge der Anspruch des Völkerrechts auf Verbindlichkeit für

<sup>50</sup> In der radikalen Phase dieser Kritik kumulierte dies in Martti Koskenniemi's Aussage, “that international law is singularly useless as a means for justifying or criticizing international behaviour”. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 1989, 48 (Fußnote ausgelassen).

<sup>51</sup> *Ibid.*, at 486.

<sup>52</sup> David Kennedy betrachtet “international law not as a set of rules or institutions, but as a group of professional disciplines in which people pursue projects in various quite different institutional, political, and national settings”. Kennedy (Anm. 44), 9 (83); s. auch Koskenniemi (Anm. 50), 490.

<sup>53</sup> Outi Korhonen, *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance towards Culture, History and Community*, 2000, 8 ff.; dies., *New International Law: Silence, Defence or Deliverance*, EJIL 7 (1996), 1 (4-9).

<sup>54</sup> S. z.B. Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 2004; Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, 2002; Anthony Cartwright, *Alfred Verdross and Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law*, EJIL 6 (1995), 78; David W. Kennedy, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, Nordic JIL 65 (1996), 385; David Kennedy, *The Move to Institutions*, Cardozo LR 8 (1987), 849; Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States*, 2004; Korhonen, *International Law Situated* (Anm. 53).

die Handelnden verloren. Es ist deshalb wohl kaum erstaunlich, dass diese Schule die Mächtigen nicht zur Befolgung eines Rechts anhalten kann, das sie selbst als unhaltbares Konstrukt entlarvt zu haben meint.<sup>55</sup> So kehrten ihre Vertreter in der Kritik der US-Politik gegenüber Irak oder an Guantánamo entweder zu einer Anwendung einer traditionellen Methode zurück<sup>56</sup> – wenn auch teilweise mit schlechtem Gewissen<sup>57</sup> –, oder der Rechtsmissbrauch wurde als folgerichtig hingegenommen, da man mit Völkerrecht alles begründen könne.<sup>58</sup> Damit aber gerät die Schule in die Arme eines Antipoden – nämlich in die des politischen Realismus.

## 2. Realismus, oder: Die “Flucht in die Politikwissenschaft”

Die Kritik an dem fehlenden Realitätsgehalt des Völkerrechts ist alt. Geschichtliche Beispiele gibt es zuhauf. In Deutschland mag man sich an den Zynismus Friedrichs des Großen beim Einmarsch in Schlesien 1740 erinnern oder an die Rechtfertigung des völkerrechtswidrigen Einmarsches in Belgien 1914 durch Reichskanzler Theobald von Bethmann-Hollweg.<sup>59</sup> Die Lehre von den internationalen Beziehungen verdankt der Kritik an der Zwischenweltkriegsordnung und ihrem Beharren auf einer als ungerecht empfundenen Friedensordnung ohne Blick auf politische Notwendigkeiten und moralische Rechtfertigungen ihre Existenz.<sup>60</sup>

Dementsprechend haben in den neunziger Jahren – insbesondere in den Vereinigten Staaten – viele Völkerrechtler die institutionalistische Schule der Politikwissenschaft bemüht, um die Relevanz des Völkerrechts für die Stabilisierung politi-

<sup>55</sup> Für eine ausführliche Darstellung meiner Kritik in diesem Sinne s. Paulus, (Anm. 44), 727 ff.

<sup>56</sup> Letter to the Guardian v. 7.3.2003, zit. in: Matthew Craven *et al.*, We Are Teachers of International Law, Leiden JIL 17 (2004), 363 (364).

<sup>57</sup> Craven *et al.*, *ibid.*, 363 ff.

<sup>58</sup> S. Fleurs Johns, Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception, EJIL 16 (2005), 613 (634 f.), die Guantánamo als Ausdruck eines liberalen Legalismus denunziert und das Recht (und die unrechtmäßig dort Festgehaltenen) damit wehrlos zurücklässt.

<sup>59</sup> Vgl. den Widerspruch zwischen der Einschränkung des Krieges auf die Rechtsverfolgung (und den Präventivkrieg) in Friedrich II. von Preußen, Antimachiavell (1736), 26. Kap., in: Gustav Berthold Volz (Hrsg.), Die Werke Friedrichs des Großen, Bd. 7, 1912, 110-114 einerseits mit der Darstellung der Gründe für den Krieg gegen Österreich 1740 in Friedrich II. von Preußen, Denkwürdigkeiten (1742), in: Gustav Berthold Volz (Hrsg.), Die Werke Friedrichs des Großen, Bd. 2, 1912, 1 (5 f.) andererseits (“Der Ehrgeiz, mein Vorteil, der Wunsch, mir einen Namen zu machen, gaben den Ausschlag, und der Krieg ward beschlossen.”). Zur Rechtfertigung des völkerrechtswidrigen Einmarsches des Deutschen Reichs ins neutrale Belgien 1914 vgl. die Worte von Reichskanzler Theobald von Bethmann-Hollweg am 4.8.1914 im Reichstag: “Not kennt kein Gebot!”, Verhandlungen des RT, XIII. LP, II. Sess., 1914, Bd. 306, 6. Allerdings versprach er Schadensersatz – nach dem Krieg.

<sup>60</sup> S. nur Edward Hallet Carr, The Twenty Years’ Crisis 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations, 2. Aufl. 1946, 170-207; Hans J. Morgenthau, Positivism, Functionalism, and International Law, AJIL 34 (1940), 260.



scher Verhältnisse nachzuweisen.<sup>61</sup> Wenn schon die normfeindliche realistische Schule die Bedeutung von Normen für die internationale Ordnung betonte, dann musste etwas am Völkerrecht dran sein. Dabei konnte sie sich auf die Ergebnisse einer Gruppe von Politikwissenschaftlern wie Robert Keohane und Joseph Nye stützen, die beim Studium internationaler "Regime" mittels der Spieltheorie zum Ergebnis gekommen waren, dass Regeln im zwischenstaatlichen Verhältnis eine eigenständige Rolle spielen.<sup>62</sup> Schon vorher hatte die New Haven School das positivistische Völkerrecht durch eine umfassende Entscheidungsanalyse zu ersetzen versucht, ohne sich von den stark divergierenden Ergebnissen – hie stets regierungsfreundlich, da stets regierungskritisch – irremachen zu lassen.<sup>63</sup>

Während aber der traditionelle Völkerrechtler das Rechtssystem als ein Ganzes begreift und jeden Anwendungsfall in diesem Gesamtkunstwerk zu situieren versucht, geht die politikwissenschaftliche Analyse erst einmal davon aus, dass Staaten nicht an rechtliche Vorgaben gebunden sind, sondern an ihrem unmittelbaren Vorteil interessiert sind. Nur wenn sich im Einzelnen nachweisen lässt, dass in einer bestimmten Regulierungsmaterie Normen entwickelt und befolgt werden, werden diese für die politikwissenschaftliche Analyse interessant. Auf diese Weise lässt sich aber kein kohärentes Gesamtrechtssystem begründen, sondern Recht nur in bestimmten sog. "issue areas" nachweisen, wenn Regelbegründung und -befolgung im Interesse der einzelnen Rechtssubjekte liegen. Die spieltheoretischen Begründungsversuche dieses Ansatzes setzten im Übrigen voraus, dass die Grundeinheit der Betrachtung, nämlich unabhängige Staaten, ebenso feststeht wie die Präferenzen der Teilnehmer des jeweiligen "Spiels", nämlich die Interessenmaximierung. Die "tragedy of the commons"<sup>64</sup> führt wie in den Wirtschaftswissenschaften dazu, dass Gemeinschaftsinteressen, die nicht in individuellen egoistischen Interessen ausgedrückt werden können, unbeachtet bleiben.

Dass diese Axiome im Zeitalter der Globalisierung fragwürdig geworden sind, ist auch der Politikwissenschaft nicht entgangen, zumal der Rationalismus der Neoinstitutionalisten nicht unbestritten geblieben ist. Konstruktivismus und neu-

<sup>61</sup> Grundlegend Kenneth Abbott, *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers*, Yale JIL 14 (1989), 336; Anne-Marie Slaughter, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, AJIL 87 (1993), 205. Für eine Übersicht s. Anne-Marie Slaughter/Andrew S. Tulumello/Stepan Woods, *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, AJIL 92 (1998), 367 ff.

<sup>62</sup> Aus der kaum noch übersehbaren Literatur s. Robert O. Keohane/Joseph S. Nye, *Transnational Relations and World Politics*, 1971 sowie die Beiträge in Robert O. Keohane (Hrsg.), *Neorealism and Its Critics* (1986); Stephen Krasner (Hrsg.), *International Regimes* (1983) sowie Volker Rittberger (Hrsg.), *Regime Theory and International Relations* (1993). Zur Spieltheorie grundlegend Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, 1960.

<sup>63</sup> Für die grundlegenden Aufsätze s. Myres S. McDougal/W. Michael Reisman (Hrsg.), *International Law Essays* (1981); ausführlich Harold Lasswell/Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, 1992; über die gegensätzlichen politischen Positionen der Schüler und ihre Auswirkungen s. Richard Falk, *Casting the Spell: The New Haven School of International Law*, Yale LJ 104 (1995), 1991; zusammenfassend Paulus (Anm. 36), 194-198.

<sup>64</sup> Grundlegend Garret Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science 163 (1968), 1243-1248.

em Liberalismus ist gemeinsam, dass sie die *“black box”* des Staates aufbrechen und die individuelle Interessenmaximierung nicht als einziges Kriterium für die staatliche Präferenzbildung ansehen. Während die sog. konstruktivistische Schule, bei vielen Unterschieden im Detail, internationalen Normen eine große Bedeutung bei der staatlichen Präferenzbildung zuerkennt,<sup>65</sup> hat die liberale Schule in der nationalen Demokratie die Vorbedingung für den Frieden entdeckt. Insbesondere Anne-Marie Slaughter hat versucht, die *“neue Weltordnung”* aus dem Aufbrechen der staatlichen Gewaltenteilung und der internationalen Verschwisterung der verschiedenen Gewalten zu erklären, was auf die scharfe Kritik der Souveränitätsschule gestoßen ist.<sup>66</sup>

Entscheidend für das Völkerrecht erscheint aber etwas anderes: Wie schon dieser kleine Ausschnitt zeigt, ist die Lehre von den internationalen Beziehungen ein hochkomplexes Gebiet mit seinen eigenen Theorienstreitigkeiten und einer Menge ungelöster Probleme.<sup>67</sup> Wie manchmal auch beim Völkerrecht, gibt es oft nicht einmal einen gemeinsamen Ausgangspunkt für die Problemlösung, bis hin zur Unmöglichkeit gegenseitigen Verstehens. Daher erscheint es geradezu als aussichtslos, gesicherte politikwissenschaftliche Erkenntnisse auf das Völkerrecht anzuwenden – was im Übrigen auch umgekehrt für Versuche gilt, die Befolgung oder Nichtbefolgung des Völkerrechts mit statistischen Methoden zu analysieren, wenn doch viele Fälle völkerrechtlich umstritten sind.<sup>68</sup> Das macht die Verwendung selbst von überwiegend akzeptierten Sätzen wie dem, dass demokratische Staaten kaum oder selten gegeneinander Krieg führen,<sup>69</sup> hoch problematisch. Weitgehende

<sup>65</sup> Grundlegend Friedrich V. Kratochwil/John Gerard Ruggie, *International Organisation: A State of the Art on an Art of the State*, IO 40 (1986), 743; für einen Überblick s. Emanuel Adler, *Imagined (Security) Communities: Cognitive Regions in International Relations*, Millennium 26 (1997), 249-277; zur Bedeutung von Normen in konstruktivistischer Sicht s. nur Kratochwil (Anm. 49), 35-68.

<sup>66</sup> Anne-Marie Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, EJIL 6 (1995), 503; dies., *A New World Order*, 2004, 131-165. Zur konservativen Kritik s. Kenneth Anderson, *Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance Through Global Government Networks*, Harvard LR 118 (2005), 1955; für eine institutionalistische Kritik s. Philip Alston, *The Myopia of the Handmaidens. International Lawyers and Globalization*, EJIL 8 (1997), 435.

<sup>67</sup> Zu den politikwissenschaftlichen Debatten in Bezug auf die internationalen Beziehungen s. Yo-sef Lapid, *The Third Debate: On the Prospects of International Theory in a Post Positivist Era*, International Studies Quarterly 33 (1989), 235; Mark Neufeld, *The Restructuring of International Relations Theory*, 1995, 235-254. Zur Situation der europäischen Theorie s. Jörg Friedrichs, *European Approaches to International Relations Theory: A House with Many Mansions*, 2004. Für die Bedeutung von Normen s. Kratochwil (Anm. 49), 35-68.

<sup>68</sup> S. dazu nur José E. Alvarez, *Measuring Compliance*, ASIL Proceedings (2002), 209-213; ders., *Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter’s Liberal Theory*, EJIL 12 (2001), 183-246.

<sup>69</sup> Die Beobachtung geht auf Kants Forderung nach einer *“republikanischen”* inneren Ordnung der Staaten zurück, s. Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, in: Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Werke in sechs Bänden*, Bd. 6, (1983), 194 (205 f.). S. aus dem neueren Schrifttum insbes. Michael E. Brown/Sean M. Lynn-Jones/Steven E. Miller (Hrsg.), *Debating the Democratic Peace*, 1996; Bruce Russett, *Grasping the Democratic Peace: Principles for a Post-Cold War World*, 1993; Slaughter, *International Law* (Anm. 66), 503 (504); Fernando R. Tesón,

völkerrechtliche Schlussfolgerungen können daher aus “der” Politikwissenschaft kaum gezogen werden. Und damit ist noch gar nichts darüber gesagt, dass die Ableitung eines rechtlichen Sollens aus Untersuchungen des politischen Seins mit den Grundlagen einer normativen Wissenschaft unvereinbar ist.

Das soll nun wiederum nicht so verstanden werden, dass ein Seitenblick auf die Lehre von den internationalen Beziehungen nicht lohnend wäre. Die Rettung des Völkerrechts ist von ihr aber jedenfalls nicht zu erwarten.

### 3. Effizienz, oder: Die “Flucht in die Ökonomie”

Wie in der Rechtstheorie insgesamt, so hat auch in der Völkerrechtswissenschaft die ökonomische Analyse Einzug gehalten. Sie hat im Völkerrecht mit der besonderen Schwierigkeit zu kämpfen, ob sie die Staaten als Grundeinheiten des Völkerrechts akzeptieren will oder aber, mit der dominierenden *rational choice*-Lehre, auf die Ebene der Individuen gehen soll. Entscheidet sie sich für ersteres, ist sie dem Einwand ausgesetzt, nicht auf eine ursprüngliche Grundeinheit zurückzugehen, sondern lediglich eine der juristischen Abstraktionen zu verwenden, die die Theorie doch eigentlich vermeiden wollte. Wie aber ein Rechtssystem zu fassen ist, das auf kollektiven juristischen Personen aufbaut statt diese zu hinterfragen, wird oft nicht ganz klar – das bereits genannte Buch von Posner und Goldsmith ist ein gutes Beispiel dafür.<sup>70</sup> Auch der grundlegende Artikel von Jeffrey Dunoff und Joel Trachtman weist auf die Problematik der “*domestic analogy*” hin.<sup>71</sup>

Während diese Probleme aber durch sauberes Arbeiten gelöst werden können, ist ein anderer Einwand nicht so leicht zu entkräften: Als Alternative zum Recht ist die ökonomische Analyse deswegen nicht geeignet, weil sie im Wesentlichen einen Grundsatz über alle anderen stellt, nämlich denjenigen der Effizienz. Das ist immer dort legitim und aufschlussreich, wo das Recht selbst Effizienz for-

---

The Kantian Theory of International Law, Columbia LR 92 (1992), 53. S. aber die Kritik bei Susan Marks, *The End of History? Reflections on Some International Legal Theses*, EJIL 8 (1997), 449 (463-467 *et passim*) sowie Alvarez, *Do Liberal States* (Anm. 68), 183 (234-235).

<sup>70</sup> Goldsmith/Posner (Anm. 1); vgl. die Kritik von Anne van Aaken, *To Do Away with International Law? Some Limits to ‘The Limits of International Law’*, EJIL 17 (2006), 289 (306-308), die sich allerdings grundsätzlich für eine “*international law & economics*”-Perspektive ausspricht; ähnlich Paul Schiff Berman, *Seeing Beyond the Limits of International Law*, Texas LR 84 (2006), 1265.

<sup>71</sup> Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, Yale JIL 24 (1999), 1 (12) transferieren das ökonomische Modell auf Staaten und postulieren den “self-interested State” als Äquivalent zum ökonomischen “*economic man*”. Allerdings zeigen sie *ibid.*, 19 ff., 44 ff. auch die Grenzen der Analogie auf und sprechen insbesondere die fehlende Fungibilität von Macht im Vergleich zu Geld, die Annahme staatlicher Rationalität sowie die Präferenzbildung an. Für einen differenzierten Ansatz, der Interessen und Normativität in der ökonomischen Analyse in Beziehung setzt, s. Kenneth W. Abbott/Duncan Snidal, *Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption*, Journal of Legal Studies XXXI (2002), S141-S157. Allerdings entfernt sich dieser Ansatz erheblich von der ökonomischen Methode und reduziert damit den Nutzwert der ökonomischen Analyse.

dert. Wo aber Effizienz nicht der einzige Gesichtspunkt ist, wie insbesondere in den nicht-ökonomischen Bereichen der Menschenrechte oder des humanitären Völkerrechts, ist sie als einziges Rechtsprinzip nicht ausreichend.<sup>72</sup> Das gilt besonders im Völkerrecht, wo häufig nicht nur das Ziel, sondern auch der Weg streitig ist. So gibt es inzwischen international einen Konsens zur Bekämpfung der globalen Erwärmung – endlich, möchte man sagen. Das heißt aber noch lange nicht, dass es auch Konsens ist, dieses Ziel vorrangig vor allen anderen anzustreben. Damit aber bleibt die Effizienz immer relativ zum angestrebten Ziel und zum vereinbarten Weg. So vermag die ökonomische Analyse in der Tat dem Völkerrecht *de lege ferenda* zu größerer Effizienz verhelfen. Eine Lösung seiner Grundprobleme stellt sie nicht bereit.

#### 4. Systemtheorie, oder: Die “Flucht in das Kollisionsrecht”

Zur Fragmentierungsdiskussion habe ich hier schon einiges gesagt. In gewisser Hinsicht versuchen die Anhänger der verschiedenen systemtheoretischen Ansätze, das Völkerrecht durch ein Kollisionsrecht abzulösen, wie es aus dem Internationalen Privatrecht bekannt ist. Der Unterschied soll lediglich darin bestehen, dass sich das klassische Kollisionsrecht mit der Kollision verschiedener nationalstaatlich und damit territorial determinierter Rechtsordnungen beschäftigt, während das “globale” Kollisionsrecht mit den Kollisionen verschiedener funktional bestimmter Rechtsordnungen befasst ist.

Und in der Tat spricht vieles dafür, den traditionellen Gegensatz zwischen Monismus und Dualismus als einen Ausschnitt aus dem viel größeren Problemkreis des Verhältnisses verschiedener Rechtsordnungen zu begreifen.<sup>73</sup> Traditionelle Lösungen, die verschiedene Rechtsordnungen in ein einheitliches Regime integrieren, werden dieser Komplexität genauso wenig gerecht wie die Idee einer völligen Abtrennung. Monismus und Dualismus erweisen sich als unterkomplex, nicht nur, was das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht angeht. Mit Neil MacCormick sind die Beziehungen der Rechtssysteme besser pluralistisch als monistisch und interaktiv statt hierarchisch zu erfassen.<sup>74</sup>

Allerdings wäre es ein Irrtum zu glauben, dass die völlige Auflösung des allgemeinen Völkerrechts zugunsten des Kollisionsrechts eine Lösung für das Verhältnis aller Rechtsordnungen darstellte. Vielmehr haben sich bisher alle Teilrechtsordnungen als defizitär erwiesen – das war ja gerade der Grund, warum weder Monismus noch Dualismus wirklich “funktionieren”. “*Self-contained régimes*” im ei-

<sup>72</sup> So auch Dunoff/Trachtman (Anm. 71), 1 (44 f.).

<sup>73</sup> S. dazu Andreas L. Paulus, *The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law*, in: André Nollkaemper/Erika de Wet (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide Between International Law and National Law* (2007), 216 (228-234) m.w.N.

<sup>74</sup> Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, 117-121, 171.

gentlichen Sinne gibt es nicht,<sup>75</sup> aber ebenso wenig “den” Stufenbau einer einzigen umfassenden Rechtsordnung. Ein Verzicht auf hierarchische Kategorien wie die des *ius cogens* würde bedeuten, dass jede Rechtsordnung sich von dem internationalen Minimalkonsens verabschieden könnte, vor allem aber, dass jede Rechtsordnung für sich die Werte aller anderen Rechtsordnungen definieren müsste. Es erscheint daher als vorzugswürdig, auf die einheitsstiftenden Elemente der Völkerrechtsordnung nicht zu verzichten, anstatt das Völkerrecht in lauter Sonderrechtsbereiche aufzuspalten.

Allerdings bietet sich hier ein reichhaltiges Betätigungsfeld für die Völkerrechtswissenschaft. Die allumfassende Konstitutionalisierung des Völkerrechts erscheint so wenig befriedigend wie die “Teilkonstitutionalisierung”. Vielmehr muss es darum gehen, die Erkenntnisse des Konstitutionalismus über die Teilung von Herrschaftsgewalt und die Herrschaft des Rechts auch im Völkerrecht zu erhalten, gleichzeitig aber nicht der Illusion eines allumfassenden hierarchischen “Super-Völkerrechts” zu verfallen.

## 5. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich das Völkerrecht nicht dadurch von seiner eigenen Problematik befreien kann, dass es in die Außenperspektive oder in Nachbardisziplinen flieht. Andererseits haben sich die Perspektiven der anderen Fächer durchaus als nützlich erwiesen, um die Vielschichtigkeit der Probleme zu erfassen. Die Völkerrechtswissenschaft muss und soll sich den anderen Disziplinen stellen. Aber sie kann ihre eigenen Probleme nicht durch sie lösen, weil sie nicht die Methodik dafür bereithalten und selbst keine unumstrittenen Lösungen bieten können.

## IV. Legitimationsfragen des Völkerrechts

Mit der Feststellung, dass das Völkerrecht nicht in andere Disziplinen ausweichen kann, stellt sich die Frage nach der Legitimation an das Völkerrecht selbst. Wie sich zeigen wird, reichen die klassischen Rechtfertigungsstrategien nicht (mehr) aus, wenn das Völkerrecht sich von seiner zwischenstaatlichen Grundlage löst.

---

<sup>75</sup> Grundlegend Bruno Simma, *Self-Contained Regimes*, Netherlands Ybk 16 (1985), 111. S. dazu jetzt Simma/Pulkowski (Anm. 11), 483 (490-492) und die in Anm. 11 zitierte Literatur.

## 1. Die klassische Legitimation über staatliche Zustimmung

Zunächst: Die Zustimmung der Staaten allein kann ein Recht, das sich nicht auf die Regelung zwischenstaatlicher Beziehungen beschränkt, nicht legitimieren. Das gilt insbesondere dort, wo internationale Organisationen breite Ermessensgrundlagen ausschöpfen oder internationale Gerichte diese nach Sinn und Zweck auslegen, wie das der Europäische Gerichtshof schon seit jeher getan hat. Damit stellen sich dann aber für das allgemeine Völkerrecht die gleichen Fragen der Legitimation wie für den EG- oder den NATO-Vertrag.

Zwar hat das BVerfG in der *Maastricht*-Entscheidung versucht, die Legitimationsfrage im klassischen Sinne durch die Bindung internationaler Verträge an die Zustimmung des demokratischen Gesetzgebers zu lösen,<sup>76</sup> diese Lösung dann aber in den diversen *NATO*-Fällen<sup>77</sup> und im *Bananenmarktordnungs*-Fall nicht wirklich angewendet.<sup>78</sup> Nur in den seltensten Fällen wird die Entwicklung eines zweckgerichteten Vertragssystems für den Gesetzgeber vorhersehbar sein. So dürfte der deutsche Gesetzgeber beim Beitritt zu den Vereinten Nationen die heutige Sanktionspraxis gegen Terroristen genauso wenig vorhergesehen haben wie die Rechtsprechung des EuGH zu Vorrang und unmittelbarer Anwendbarkeit des EG-Rechts bei der Ratifikation der Römischen Verträge.<sup>79</sup> Aber selbst wenn er das hätte – er kann diese Bindungen jedenfalls später nicht mehr ohne Weiteres zurückholen und bleibt damit an Entscheidungen vorheriger Gesetzgeber gebunden, wenn er sich nicht völkerrechtlich haftbar machen will. Es dürfte aber mit dem Demokratieprinzip nur schwer zu vereinbaren sein, dass das Völkerrecht die Möglichkeit der Änderung nur gemeinschaftlich zulässt, insbesondere, wenn der Rechtsbindung keine zeitliche Grenze gesetzt wird. Dazu kommt die zunehmende Regulierung nichtstaatlicher Akteure, deren Zustimmung oder Repräsentation durch ihre Staaten zweifelhaft ist.

## 2. Alternative Legitimationsmodelle und ihre Grenzen

Damit werden alternative Legitimationsstränge erforderlich, wenigstens zur Ergänzung der Legitimation über den nationalen Gesetzgeber. Die am häufigsten genannte dürfte die Erfüllung notwendiger gemeinschaftlicher Aufgaben sein, welche

<sup>76</sup> BVerfGE 89, 155 (188) und 5. LS.

<sup>77</sup> *Strategisches Konzept der NATO*, BVerfGE 104, 151 (207, 210); jetzt auch *Tornado-Einsatz*, BVerfG, 2 BvE 2/07 vom 3.7.2007, Absatz-Nr. 74 ff., <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703\\_2bve000207.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html)>.

<sup>78</sup> *Bananenmarktordnung*, BVerfGE 102, 147 (164) (keine ausbrechenden Rechtsakte, sondern das Erfordernis eines vergleichbaren Grundrechtsschutzes betreffend). Auch die Entscheidung über den *Europäischen Haftbefehl*, BVerfGE 113, 273 (304 ff.), beschäftigte sich lediglich mit der mangelhaften Wahrnehmung parlamentarischer Gestaltungsspielräume, nicht mit einer Überschreitung europäischer Kompetenzen.

<sup>79</sup> Zum Ganzen s. nur Weiler (Anm. 16), 10-101 m.w.N.

die Staaten allein nicht oder nicht mehr erfüllen können – von der Durchsetzung der Menschenrechte bis zum Kampf gegen die globale Erwärmung. Damit werden aber noch nicht konkrete Maßnahmen gerechtfertigt.

Die liberale Kritik hat versucht, eine Legitimation des Völkerrechts über die Durchsetzung der Menschenrechte oder durch Modelle deliberativer Demokratie herbeizuführen.<sup>80</sup> Beide Versionen müssen sich jedoch die Frage gefallen lassen, wie sie mit undemokratischen Staaten verfahren wollen. Wenn nur demokratische und menschenrechtsfreundliche Staaten das Völkerrecht legitimieren können, dann fragt sich, wie eine Bindung von Staaten wie Nordkorea, Iran oder auch China herbeigeführt werden kann.<sup>81</sup> Außerdem ist keineswegs eindeutig, dass die völkerrechtliche Ordnung selbst menschenrechtlichen und demokratischen Anforderungen gerecht wird. Die Problematik der Anti-Terror-Maßnahmen des Welt sicherheitsrats ist durch die Verfahren *Kadi* und *Yusuf*<sup>82</sup> geläufig. Der Versuch, demokratische Legitimation auf internationaler Ebene durch Deliberation unter Einschluss nichtstaatlicher Akteure herbeizuführen, mag zu einer besseren Legitimation führen, kaum aber zu einer internationalen Demokratie.

So bleibt wohl nur, Joseph Weilers Vorschlag zu folgen, verschiedene Schichten des Völkerrechts jeweils auf ihre Legitimation zu überprüfen.<sup>83</sup> Das führt aber dazu, dass völkerrechtliche Regeln nicht mehr *qua* Zugehörigkeit zum Völkerrecht allein legitimiert werden – eine nicht unproblematische Entwicklung. Eines ist aber kaum zu bezweifeln: Die Konstitutionalisierungslehre muss sich der Legitimationsfrage stellen. Dies bleibt eine Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft für Gegenwart und Zukunft; zumal dann, wenn der Pluralismus der Rechtsordnungen auch zu einem Pluralismus der Legitimationsstränge führt.

<sup>80</sup> S. oben Anm. 13 und 14.

<sup>81</sup> So bereits Alvarez, Do Liberal States (Anm. 68), 183.

<sup>82</sup> EuG, *Yusuf/Rat und Kommission*, Urteil v. 21.9.2005, T-306/01, EuGRZ 2006, 592-618; ebenso *Kadi/Rat und Kommission*, Urteil v. 21.9.2005, T-315/01; *Ayadi/Rat*, Urteil v. 12.7.2006, T-253/02, ABl. C 224/36, EuGRZ 2006, 480; *Hassan/Rat und Kommission*, Urteil v. 12.7.06, Rs T-49/04, ABl. C 224/36; s. dazu nur Andreas von Arnald, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz, AVR 44 (2006), 201; Helmut Philipp Aust/Nina Naskke, Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte?, ZÖR 61 (2006), 587; für eine vollständige Grundrechtsüberprüfung Saskia Hörmann, Völkerrecht bricht Rechtsgemeinschaft?, AVR 44 (2006), 267; Ulrich Haltern, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO, JZ (2007), 537 (547); kritisch zum EuG auch Kirsten Schmalenbach, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ (2006), 349; befürwortend Christian Tomuschat, Case Note (*Kadi, Yusuf*), CMLR 43 (2006), 537. S. auch die Studie für das UN Office of Legal Affairs (mit einem Bericht über den letzten Stand der Diskussion bei den VN) von Bardo Fassbender, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, International Organizations LR 3 (2006), 437.

<sup>83</sup> Weiler (Anm. 14), 547 (553-561).

## V. Schluss: Der Beitrag der deutschen Völkerrechtswissenschaft

Am Schluss dieser *tour d'horizon* über die heutigen Ansätze der Völkerrechtswissenschaft müssen wir feststellen, keine fertigen Lösungen anbieten zu können. Wir haben mit der Konstitutionalisierungsthese begonnen und gesehen, wie sich das Feld in einer Weise aufgefächert hat, dass ein Zusammenbinden all dieser disparaten Elemente in einer Verfassung nicht möglich, ja gar nicht wünschenswert erscheint. Dabei haben wir einige Probleme der Legitimation des Völkerrechts nur gestreift, wie die Frage nach der internationalen Zivilgesellschaft, des Verhältnisses von internationaler und nationaler Rechtsordnung, des Aufstiegs Asiens, oder die Herausforderung des islamischen Fundamentalismus. Über die US-amerikanische Hegemonie habe ich bewusst nicht gesprochen, da sie schon – vielleicht vorschnell – als Problem von gestern erscheint.<sup>84</sup>

Worin kann nun der Beitrag der deutschen Völkerrechtswissenschaft liegen? Die deutsche Völkerrechtswissenschaft muss sich weiter öffnen: Gegenüber nichtstaatlichen Akteuren, deren Bedeutung für die Auslegung und Anwendung des Völkerrechts immer weiter wächst, gegenüber dem nichtatlantischen Raum, der nicht mehr nur über die Fortschritte des Westens in postkolonialer Weise belehrt, sondern in seiner Eigenständigkeit wahrgenommen und respektiert werden will, und schließlich gegenüber den Nachbarwissenschaften und -disziplinen, deren Sichtweise, wie wir gesehen haben, die Probleme der Völkerrechtswissenschaft nicht für uns lösen, aber sie uns vielleicht gerade im Vergleich mit anderen besser erfassen lassen. Die deutsche Völkerrechtswissenschaft sollte mit dem Pluralismus umzugehen lernen statt ihn zu bekämpfen: nicht der Aufbau neuer Hierarchien, sondern die Wechselbezüge der vorhandenen Ordnungsinstrumente sollten die Grundlage auch für die deutsche Völkerrechtswissenschaft sein. Dabei muss sie sich der von ihr maßgeblich beeinflussten Konstitutionalisierungsthese keineswegs schämen, im Gegenteil. Selbst wenn am Ende der Betrachtung keine "Weltverfassung" im eigentlichen Sinne steht, so bleiben die Beiträge der Schule zur Völkerrechtslehre unverzichtbar. Indem die Verfassungslehre Voraussetzungen und Grenzen einer Übertragung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte auf die internationalen Beziehungen deutlicher bestimmt hat, gibt sie den Weg frei, um jenseits der Frage nach der völkerrechtlichen "Verfassung" ein Eingehen auf ein Problem zu ermöglichen, das die Völkerrechtslehre im 21. Jahrhundert in Atem halten dürfte: Wie in der

---

<sup>84</sup> Dazu s. nur Michael Byers/Georg Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (2003); Nico Krisch, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, *EJIL* 16 (2005), 369; kritisch gegenüber dem Versuch, der USA eine Sonderrolle zuzugestehen, Luban (Anm. 13), 207 (236-248); Paulus (Anm. 40), 691 (724-726).



Abwesenheit einer einzigen alles bestimmenden und austarierenden Rechtsordnung eine globale Anarchie vermieden werden kann, die statt Freiheit und Gerechtigkeit doch nur das "Recht des Stärkeren" festschriebe. In diesem Sinne bleiben Völkerrecht und Völkerrechtswissenschaft so relevant, aber auch so umstritten wie je.

ZaöRV 67 (2007)