

Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts

Christian Walter*

Abstract	363
Einleitung	364
I. Steuerungskraft des Völkerrechts – Annäherungen an die Themenstellung	365
1. Steuerungstheorie vs. Governance-Theorie: Genese eines engen Steuerungs- begriffs	366
2. Der enge Steuerungs-begriff und das Völkerrecht	368
3. Konsequenz für die weiteren Überlegungen: Notwendigkeit eines erweiterten Steuerungs-begriffs	369
II. Völkerrechtliche Rechtserzeugung unter dem erweiterten Steuerungs-begriff	370
1. Normerzeugungsinstrumente	371
2. Mitwirkung bei der Gestaltung konkreter Norminhalte	374
3. Besondere Rolle von Gerichten und Expertengremien in institutionalisierten Vertragssystemen (insbesondere des internationalen Menschenrechtsschutzes)	375
a) Internationaler Menschenrechtsschutz am Beispiel der EMRK	375
b) Ähnliche Entwicklungen in anderen Bereichen	376
III. Neue Steuerungsinstrumente	378
1. <i>Soft Law</i>	378
2. Spezifische Überprüfungs- und Überwachungsverfahren	380
3. Einbeziehung von Privaten auf der Durchsetzungsebene	381
IV. Erweiterung des Kreises der Steuerungsobjekte – insbesondere um das Individuum	382
1. Individualsanktionen	383
2. Regulierung moderner Massenkommunikation	384
3. Nicht-staatliche Akteure im bewaffneten Konflikt	385
V. Ausblick: Das moderne Völkerrecht im Spannungsfeld von Effektivität, Legitimität und Rechtsstaatlichkeit	385
VI. Zusammenfassende Thesen	387

Abstract

Der Beitrag entwickelt in Auseinandersetzung mit der politik- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskussion einen für das Völkerrecht angemessenen Begriff der Steuerung durch Recht. Mit diesem Steuerungs-begriff wird im Anschluss die moderne völkerrechtliche Rechtserzeugung von

* Prof. Dr. *iur.*, Inhaber des Lehrstuhls für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Es handelt sich bei dem Text um die überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrags, der am 11.6.2015 auf dem 40. Österreichischen Völkerrechtstag in Bozen gehalten wurde. Für wertvolle Anregungen und Gespräche danke ich *Chun-Kyung Paulus Sub* und *Markus Vordermayer*.

der Initiative über die inhaltliche Gestaltung bis zum Inkraftsetzen analysiert. Besondere Aufmerksamkeit erfahren dabei Gerichte und andere Expertengremien in institutionell verdichteten Vertragsregimen, nicht-staatliche Akteure sowie Veränderungen bei den Steuerungsinstrumenten. Am Ende steht die Feststellung, dass die Steuerungskraft des Völkerrechts von der Legitimation der Rechtserzeugung und von der Gewährleistung rechtsstaatlicher Garantien in transnationalen Zusammenhängen abhängt.

Einleitung

Wenn die Steuerungskraft des Rechts thematisiert wird, dann geschieht das üblicherweise aus der Perspektive eines Krisenszenarios heraus.¹ Diagnostiziert wird nämlich in aller Regel ein Verlust an rechtlicher Steuerungsfähigkeit.² Das Programm des 40. Österreichischen Völkerrechtstags kommt ohne solche Krisenbeschwörungen aus. Der Obertitel ist im Indikativ und ohne Fragezeichen formuliert und auch den beiden Einleitungsreferaten ist mit der Suche nach den “Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts” eine neutrale und abwägende Perspektive vorgezeichnet.

Das ist wohlthuend unaufgeregt, enthebt aber nicht der Notwendigkeit, dem Thema nähere Konturen zu geben. Was ist also gemeint, wenn nach der Steuerungskraft des Völkerrechts gefragt wird? Anklänge an bekannte Grundprobleme des Völkerrechts sind unverkennbar: die behauptete oder tatsächliche Durchsetzungsschwäche etwa; *Goldsmith* und *Posner* mit ihrem “Limits of International Law” kommen in den Sinn.³ Man könnte auch versucht sein, noch einmal nach dem Geltungsgrund des Völkerrechts zu fragen. Aber diese Fragen werden soweit ersichtlich nirgends unter dem

¹ Vgl. *O. Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 4 f.

² Exemplarisch sei hingewiesen auf den Titel des Sammelbandes von *D. Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990.

³ *J. L. Goldsmith/E. A. Posner*, *The Limits of International Law*, 2005; aus der Fülle der Reaktionen siehe etwa *M. E. O’Connell*, *The Power and Purpose of International Law*, 2008, 103; *A. van Aaken*, *To Do Away with International Law? Some Limits to the Limits of International Law*, *EJIL* 17 (2006), 289; *P. J. Spiro*, *A Negative Proof of International Law*, *Ga. J. Int’l L. J.* 34 (2006), 445; *D. Golove*, *Leaving Customary International Law Where It Is: Goldsmith and Posner’s The Limits of International Law*, *Ga. J. Int’l & Comp. L.* 34 (2006), 333; *E. Swaine*, *Restoring and (Risking) Interest in International Law*, *AJIL* 100 (2006), 259; *A. T. Guzman*, *The Promise of International Law*, *Va. L. Rev.* 92 (2006), 533; *D. Gray*, *Rule-Skepticism, “Strategy”, and the Limits of International Law*, *Va. J. Int’l L.* 46 (2006), 563; *G. Norman/J. P. Trachtman*, *The Customary International Law Game*, *AJIL* 99 (2005), 541.

Stichwort der “Steuerung” oder der “Steuerungskraft” verhandelt und außerdem würde man sich damit doch auf weitgehend ausgetretenen Pfaden bewegen und letztlich die Steuerungskraft des Völkerrechts synonym setzen mit seiner Normativität oder Effektivität.

Will man den Gedanken der Steuerungskraft des Völkerrechts jenseits dieser traditionellen Pfade entfalten, so gilt es ein Konzept zu erarbeiten, das moderne Entwicklungen im Völkerrecht sachgerecht abbildet und zugleich auch einen Rahmen für die weiteren Themen des Österreichischen Völkerrechtstags 2015 bietet. Der Beitrag beginnt deshalb mit einer Annäherung an die Begriffe der Steuerung und der Steuerungskraft. Dabei wird zunächst in Auseinandersetzung mit der Diskussion um Steuerung und Governance in den Politikwissenschaften ein erweiterter Steuerungs-begriff entwickelt (I.). Im Anschluss wird untersucht, welche Akteure als Steuerungs-subjekte (also als Mitgestalter völkerrechtlicher Rechtserzeugung) in Betracht kommen (II.). In einem dritten Schritt werden traditionelle und neue Steuerungsinstrumente vor dem Hintergrund des erweiterten Steuerungs-begriffs analysiert (III.), bevor schließlich Veränderungen beim Kreis der Steuerungsobjekte betrachtet werden (IV.). In der Gesamtschau zeigt sich einerseits, dass und warum die Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts komplexer geworden sind als dies früher der Fall war. Außerdem rückt der Blickwinkel der Steuerung zwei allgemeine öffentlich-rechtliche Kernanliegen in den Vordergrund: die Legitimation von Hoheitsgewalt einerseits und ihre Begrenzung andererseits (V.). Am Ende steht eine Zusammenfassung in Thesen (VI.).

I. Steuerungskraft des Völkerrechts – Annäherungen an die Themenstellung

Im Folgenden wird unter Heranziehung der Steuerungsdiskussion in der Politikwissenschaft und im Verwaltungsrecht zunächst ein enger Steuerungs-begriff entwickelt (1.), der sich jedoch aufgrund der Spezifika des Völkerrechts als untauglich für die weitere Analyse erweist (2.) und deshalb erweitert wird (3.).

ZaöRV 76 (2016)

1. Steuerungstheorie vs. Governance-Theorie: Genese eines engen Steuerungsbegriffs

Obwohl ursprünglich der Wirtschaftswissenschaft entstammend hat der Begriff der "Steuerung" besondere Bedeutung zunächst vor allem in den Gesellschaftswissenschaften, der Soziologie, aber auch der Politikwissenschaft erlangt. Dort hat sich seit den 1980er Jahren eine eigene Steuerungstheorie herausgebildet.⁴ Ihr Thema ist die Steuerbarkeit wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Prozesse und die Steuerungsfähigkeit des politischen Systems.⁵ Entstanden ist die Steuerungstheorie in der rein innerstaatlichen Perspektive. Aber das muss einer Übertragung in den internationalen Kontext ja nicht prinzipiell entgegenstehen. Die Besonderheiten der Steuerungstheorie – und gerade auch des innerstaatlichen Entstehungskontextes – werden deutlich, wenn man sie in Beziehung setzt zu ihrer moderneren Fortsetzung: der Governance-Theorie. Sehr aufschlussreich ist insoweit ein Beitrag, in dem *Renate Mayntz*, Gründungsdirektorin des Kölner Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung und eine Vorreiterin der politikwissenschaftlichen Steuerungstheorie unter dem Titel "Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?" die Unterschiede herausarbeitet.⁶

Nach *Renate Mayntz* meint Steuern ein zielgerichtetes Handeln, das – wie jedes Handeln – einem Subjekt zuschreibbar und auf die Beeinflussung eines Steuerungsobjekts gerichtet sein muss. Steuerung nimmt mit der Unterscheidung zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt eine akteurorientierte Perspektive ein und "lenkt die Aufmerksamkeit zum einen auf die *Steuerungsfähigkeit der Akteure* und zum anderen auf die *Steuerbarkeit der Adressaten ihres Handelns* und erlaubt es, *systematisch zwischen beidem zu unterscheiden*".⁷

Im weiteren Text ihres Beitrags erläutert *Renate Mayntz*, dass und warum vor allem im Zuge der Europäisierung und Internationalisierung die Governance-Perspektive in den Vordergrund getreten ist. Jedenfalls für die politikwissenschaftliche Fragestellung nach der Steuerung der Gesellschaft insgesamt ist mit der zunehmenden Einbeziehung privater Akteure auf der Seite des Steuerungssubjekts, also beim Steuernden, die Unterscheidung

⁴ Siehe dazu *R. Mayntz*, Governance im modernen Staat, in: A. Benz/N. Dose (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung, 2. Aufl. 2010, 37 (38 f.).

⁵ *N. Dose*, Trends und Herausforderungen der politischen Steuerungstheorie, in: E. Grande/R. Prätorius (Hrsg.), Politische Steuerung und neue Staatlichkeit, 2003, 19.

⁶ *R. Mayntz*, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006, 11.

⁷ *R. Mayntz* (Anm. 6), 11 (12); Hervorhebung vom Verfasser.

zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt ins Schwimmen geraten. Gesellschaftliche Selbststeuerung wird das neue Thema. Dann ist aber – erneut: für die politikwissenschaftliche Perspektive – eine akteurszentrierte Betrachtung nicht mehr sinnvoll. Denn die Akteure lassen sich nicht mehr klar trennen. Das erklärt den mit der Governance-Debatte verbundenen Perspektivwechsel weg von den Akteuren (Steuernden und Gesteuerten) hin zu den Regelungszusammenhängen:

“Die Steuerungstheorie ist [...] von ihrer Genese her an eine kontinentaleuropäische Staatsvorstellung geknüpft. Bei ihr steht das handelnde Steuerungssubjekt im Vordergrund, bei der Governance-Theorie dagegen die Regelungsstruktur, eine Schwerpunktsetzung, die in beiden Fällen mit der Genese des Ansatzes zusammenhängt. Die Steuerungstheorie hat nie die Nabelschnur zur ‘Politik’ in einem relativ engen Sinn des Begriffs gekappt; sie lässt sich nicht von dem lösen, was von Anfang an mitgedacht wurde – Gesellschaftsgestaltung durch dazu legitimierte politische Instanzen. Die auf die Regelung öffentlicher oder kollektiver Sachverhalte bezogene Governance-Theorie kann umgekehrt ihre Herkunft aus der Wirtschaftswissenschaft nicht verleugnen: Sie schaut vor allem auf die Wirkung von verschiedenen Regelungsstrukturen und interessiert sich weniger für ihr Entstehen, das in ökonomischer Perspektive durch rationale Wahl oder den evolutionären Erfolg effizienter Regelungsformen bestimmt ist.”⁸

In dieser Gegenüberstellung meint Steuerung gestaltendes Eingreifen durch dazu legitimierte Instanzen, Governance dagegen Beobachtung und Analyse von Wirkungszusammenhängen. Definiert man Steuerung von dieser Entgegensetzung zu Governance her, so hat dies den Vorteil eines klar umgrenzten Steuerungsbegriffs, der zudem – aus juristischer Sicht – noch weiter dadurch präzisiert wird, dass als Steuerungsinstrument ein Rechtsakt verlangt wird. Für diesen Steuerungs begriff sind drei Elemente kennzeichnend: Erforderlich ist zunächst ein *Steuerungssubjekt* (der Akteur des Steuerungsvorgangs). Sodann bedarf es eines *Steuerungsobjekts* (als Adressat der Steuerung) und schließlich eines *Steuerungsinstruments*, dessen Inhalt vom Steuerungs subjekt bestimmt wird, mit dem es auf das Steuerungsobjekt einzuwirken trachtet und das gegenüber dem Steuerungsobjekt zu erlassen das Steuerungs subjekt auch legitimiert ist. Hieraus resultiert ein sehr anspruchsvoller (und insofern enger) Steuerungs begriff, der davon ausgeht, dass das Steuerungs subjekt das Regelungsziel allein festlegt und es notfalls auch gegen den Willen des Steuerungsobjekts durchsetzen kann. Kennzeichnend ist also die für den Adressaten verbindliche einseitige Setzung eines Rechtsakts.

⁸ R. Mayntz (Anm. 6), 11 (16).

Es ist offensichtlich, dass dieses Steuerungsmodell seinen Hintergrund im innerstaatlichen politischen System hat. Es orientiert sich am Parlamentsgesetz: Das Parlament ist das demokratisch zum gestaltenden Eingreifen ermächtigte Steuerungssubjekt, die aus den einzelnen Individuen bestehende Gesellschaft das Steuerungsobjekt und das Parlamentsgesetz der Rechtsakt, mit dem gesteuert wird.⁹

2. Der enge Steuerungs begriff und das Völkerrecht

Lässt sich dieses Modell überhaupt auf das Völkerrecht übertragen? Für das allein auf dem Staatenkonsens basierende Völkerrecht, wie es in der *Lotus*-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) seinen Ausdruck gefunden hat, muss man in der Tat festhalten, dass es diesem Steuerungs begriff nicht gerecht wird. Das liegt schlicht daran, dass es an einem von den Steuerungsobjekten gesonderten Steuerungs subjekt fehlt, das sich als eigenständiger Akteur begreifen ließe. In der *Lotus*-Entscheidung selbst ist der Konsens der Staaten unzweideutig als Legitimationsmodus angesprochen.¹⁰

Dahinter steht die Grundvorstellung, dass kein Staat gegen seinen Willen zum Steuerungsobjekt gemacht werden kann. Gerade dies wird aber von dem eben herausgearbeiteten Steuerungs begriff vorausgesetzt. In der traditionellen Perspektive fällt damit unabhängig von der Rechtsquelle die Unterscheidbarkeit von Steuerungs subjekt und Steuerungsobjekt immer schwer: Beim Vertrag sind die Gebundenen ohnehin die Vertragspartner selbst und beim Gewohnheitsrecht entsteht die Bindung aus der Rechtsüberzeugung und der Praxis wiederum der Gebundenen selbst. Ähnliches gilt für die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Für eine klare Unterscheidung von Steuerungsobjekt und Steuerungs subjekt und für ein gestaltendes, verbindliches Einwirken auf die Staaten als die Steuerungsobjekte ist in diesem Modell kein Raum.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Mit der Behauptung, das Völkerrecht der *Lotus*-Welt werde den Anforderungen eines engen Steuerungs begriffs nicht gerecht, wird keineswegs seine Normativität bestritten. Selbst-

⁹ Dieser Aspekt wird gegen die neuere verwaltungsrechtliche Steuerungs diskussion stark gemacht bei O. Lepsius (Anm. 1).

¹⁰ "The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed." PCIJ, Series A, Nr. 10, 1 ff. (18).

verständlich stabilisiert das aus den traditionellen Rechtsquellen fließende Recht Verhaltenserwartungen und schafft Rechtsklarheit. Darin liegt der Anspruch auf Gehorsam und damit auch ganz unzweifelhaft eine rechtliche Bindung. Auch wird nicht die Wirkungslosigkeit dieser rechtlichen Bindungen behauptet (etwa, weil letztlich doch politische oder ökonomische Faktoren den Ausschlag gäben). Die verhaltenslenkende Wirkung des Rechts auf den Adressaten wird also nicht in Abrede gestellt. Was aber fehlt, und allein darauf kommt es hier an, ist das *absichtsvolle Gestalten eines zu einseitigem Eingreifen befugten Akteurs*. Das Völkerrecht erlangt seine normative Verbindlichkeit eben ohne zentralisierte Rechtssetzungsinstanz. Völkerrechtlich ist das natürlich eine Binsenweisheit.¹¹ Trotzdem entsteht aus der Kontrastierung von Steuerungstheorie und Governance-Theorie eine interessante Perspektive, denn es zeigt sich, dass Völkerrecht schon zur Zeit des *Lotus*-Urteils Governance (without World Government) meinte und gerade nicht Steuerung (der Staaten durch World Government).

3. Konsequenz für die weiteren Überlegungen: Notwendigkeit eines erweiterten Steuerungsbegriffs

Aus dem bisher Gesagten folgt die Notwendigkeit, noch einmal über den in der Gegenüberstellung zu Governance entwickelten engen Steuerungs-begriff nachzudenken. Denn offenbar ist es nicht sinnvoll, mit einem solchermaßen eng konzipierten Steuerungs-begriff an das Völkerrecht heranzutreten. Sucht man nach Ansätzen für eine Ausweitung des Steuerungs-begriffs, so bietet es sich an, Anleihen bei der "Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft" zu nehmen, die sich selbst als Steuerungswissenschaft versteht, aber über den engen Steuerungs-begriff hinausweist.¹²

Bevor das geschieht, sei aber, im Vorgriff auf die nähere Analyse der Änderung der Rahmenbedingungen der Steuerungskraft des Völkerrechts, noch eine Beobachtung vor dem Hintergrund des engen Steuerungs-begriffs formuliert. Es gibt im modernen Völkerrecht tatsächlich einen Bereich, der

¹¹ Siehe statt anderer A. von Arnould, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2012, Rn. 434 f.

¹² Näher E. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, Rn. 33 ff.; A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungswissenschaft*, Rn. 17 ff., in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, 1; programmatisch: G. F. Schuppert, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 65; A. Voßkuhle, *Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft*, *Verwalt.* (32), 1999, 45.

die Voraussetzungen des engen Steuerbegriffs erfüllt: Wo internationale Organisationen die Befugnis zur Setzung von Sekundärrechtsakten besitzen, und wo diese Befugnis entweder durch Mehrheitsentscheidung¹³ oder durch Organe mit reduziertem Mitgliederkreis¹⁴ ausgeübt wird, entsteht eine neue Form der Rechtsetzung, die den gerade beschriebenen anspruchsvollen Steuerbegriff erfüllt, weil ein unabhängiges Steuerungsobjekt vorhanden ist, welches die Möglichkeit besitzt, die Regelung einseitig verbindlich, d. h. notfalls auch gegen den Willen der Adressaten, durchzusetzen.

Nun aber zur Modifikation des Steuerbegriffs. In der Grundstruktur ist es sinnvoll an dem dreigliedrigen Modell festzuhalten, weil Steuerung schon begrifflich ein planvolles und gezieltes Vorgehen meint.¹⁵ Dafür ist die Unterscheidung von Steuerungsobjekt und Steuerungsgegenstand unerlässlich. Allerdings ist es nicht unbedingt erforderlich ein Gestaltungsmonopol des Steuerungsobjekts anzunehmen. Vielmehr hat am Steuerungsvorgang jeder teil, der (mit)gestaltend auf ihn einwirkt. Diese Modifikation erlaubt es vor allem, den Rechtserzeugungsprozess genauer in den Blick zu nehmen, als dies mit dem engen Steuerbegriff möglich ist. Nach dem so erweiterten Steuerbegriff wird im Folgenden unter Steuerung das (mit)gestaltende Einwirken auf das Entstehen eines Rechtsakts verstanden, mit dem ein Steuerungsobjekt auf ein Steuerungsgegenstand einzuwirken beabsichtigt.

II. Völkerrechtliche Rechtserzeugung unter dem erweiterten Steuerbegriff

Für die Betrachtung der völkerrechtlichen Rechtserzeugung aus der Perspektive der Steuerung bietet es sich an, dem Normentstehungsprozess zu folgen. Neben der Normerzeugungsinitiative (1.) werden vor allem Möglichkeiten der inhaltlichen Mitgestaltung der Norm diskutiert (2.). Besonders Augenmerk verdienen Gerichte und Expertengremien in institutionalisierten Vertragssystemen wie denjenigen des internationalen Menschenrechtsschutzes (3.). Dabei kann schon aus Zeitgründen nur exemplarisch

¹³ So z. B. der Rat der EU, Art. 16 Abs. 1 AEUV; weitere Beispiele in *M. Ruffert/C. Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 85 ff.; *M. Benzing*, International Organizations or Institutions, Secondary Law, MPEPIL, <<http://www.mpepil.com>>, Rn. 14 ff.

¹⁴ UN Sicherheitsrat, Art. 25, 48 UN Charta; siehe näher *M. Ruffert/C. Walter*, (Anm. 13), Rn. 90 ff.

¹⁵ *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft (Anm. 12), Rn. 20.

vorgegangen werden. Es sollen aber Beispiele sowohl für die Beteiligung unterschiedlicher Akteure, als auch für die Unterschiede zwischen den Rechtsquellen geliefert werden.

1. Normerzeugungsinitiative

Im Völkerrecht gibt es kein Initiativmonopol. Neben den Staaten, deren Beteiligung am gesamten Rechtserzeugungsprozess so selbstverständlich ist, dass sie keiner gesonderten Erwähnung bedarf, kann man Expertengremien wie die International Law Commission (ILC) nennen, die geradezu einen Kodifikationsauftrag hat (Art. 1 Abs. 1: “The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification.”).¹⁶ Erwähnt werden müssen in diesem Zusammenhang aber auch die Aktivitäten des Institut de Droit international (IDI) und der International Law Association (ILA), die schon früh auf die Kodifikation völkerrechtlicher Normen hingearbeitet haben.¹⁷ Aus der neueren Zeit sollte man auch Non-Governmental Organizations (NGOs) mit spezifischen Anliegen hinzunehmen, denen es gelungen ist, hinreichenden politischen Druck zu erzeugen, um bestimmte Kodifikationsprojekte anzustoßen. Zu denken ist etwa an die International Campaign to Ban Landmines (ICBL),¹⁸ die maßgeblich zum Zustandekommen der *Ottawa-Konvention* beigetragen hat und dafür ja auch mit dem Friedensnobelpreis ausgezeichnet wurde.

Unter dem erweiterten Steuerungs begriff lassen sich auch die Kläger in institutionell stark verdichteten Rechtsschutzsystemen wie dem der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreihei-

¹⁶ ILC Statute, UN Dok. A/RES/174 (II) v. 21.11.1947; siehe näher *A. Watts*, *The International Law Commission 1949-1998*, Bd. 1-3, 1999; *A. Pronto/M. Wood*, *The International Law Commission 1999-2009*, Bd. 4, 2010.

¹⁷ Zum Institut de Droit international: *G. Fitzmaurice*, *The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law*, RdC 138 (1973), 203; *P. Macalister-Smith*, *Institut de Droit international*, MPEPIL <<http://www.mpepil.com>>, Rn. 18 ff.; zur ILA: *J. Crawford*, *The International Law Association: from 1873 to the Present*, *Uniform Law Review* 2 (1997), 68; *M. Noortmann*, *The International Law Association and Non-State-Actors*, in: *J. d’Aspremont* (Hrsg.), *Participants in the International Legal System*, 2011, 233; *T. Stein*, *International Law Association*, MPEPIL <<http://www.mpepil.com>>, Rn. 9 ff.

¹⁸ *M. Schurtmann*, *The Challenges of Evaluating NGO “Success” in Cross-Border Rights Initiatives*, in: *R. Miller/R. Bratspies* (Hrsg.), *Progress in International Law*, 2008, 357 (360 ff.); *D. O’Dwyer*, *First Landmines, Now Small Arms? The International Campaign to Ban Landmines as a Model for Small-Arms Advocacy*, in: *Irish Studies in International Affairs* 17 (2006), 77.

ten (EMRK) als Initiatoren eines Rechtserzeugungsprozesses verstehen, denn sie liefern mit ihrem Verfahren zumindest prozedural den Anlass zu einer Neuinterpretation des zugrundeliegenden Vertrags. Auch inhaltlich können sie Anstöße zur Neuinterpretation liefern.¹⁹

Die bisher genannten Beispiele laufen auf die Schaffung (oder inhaltliche Änderung) vertraglicher Verpflichtungen hinaus. Hier leuchtet es relativ leicht ein, dass sehr unterschiedliche Akteure eine Entwicklung anstoßen können, die am Ende zur Unterzeichnung eines Vertragstextes führt. Wie aber sieht es beim Gewohnheitsrecht aus? Lässt sich insoweit überhaupt sinnvoll von rechtsgestaltender, also planvoller Normerzeugung sprechen?

Beim Versuch, Initiativen zur Bildung von Gewohnheitsrecht auszu-machen, potenzieren sich die Probleme noch einmal, die ohnehin schon ganz allgemein für seine Feststellung bestehen.²⁰ Dennoch lassen sich sehr deutliche Anhaltspunkte dafür finden, dass es auch im Bereich des Gewohnheitsrechts so etwas wie Rechtserzeugungsinitiativen gibt. Ein Beispiel liefert die Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichts zur Staatenimmunität.²¹ Die Entscheidung operiert hauptsächlich mit der Trennung von völkerrechtlicher und verfassungsrechtlicher Ebene, nimmt auf der völkerrechtlichen Ebene die Auslegung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) zum Inhalt der Staatenimmunität hin und verweigert ihr dann aber – innerstaatlich und allein aus verfassungsrechtlichen Gründen – die Gefolgschaft.²² Das italienische Verfassungsgericht macht dann aber Ausführungen zu den potenziellen völkerrechtlichen (!) Folgewirkungen seiner Entscheidung, in denen es sehr wohl eine Mitgestaltungsabsicht hinsichtlich der weiteren völkerrechtlichen Entwicklung zu erkennen gibt:

“It falls exclusively to this Court to ensure the respect of the Constitution and particularly of its fundamental principles, and thus to review the compatibility of the international norm of immunity of States from the civil jurisdiction of other States with those principles. The result is a further reduction of the scope of this norm, with effects in the domestic legal order only. *At the same time, however,*

¹⁹ Näher hierzu noch einmal unten, II. 3. a).

²⁰ Dazu näher *M. H. Mendelson*, *The Formation of Customary International Law*, RdC 272 (1998), 155 (179 ff.); siehe auch *M. Byers*, *Custom, Power and the Power of Rules*, 1999, 147 ff.; siehe auch die Entscheidung der ILC das Thema “Formation and Evidence of Customary International Law” in ihr Arbeitsprogramm aufzunehmen, siehe Report of the International Law Commission, Sixty-fourth session (7.5.-1.6. und 2.7.-3.8.2012); GAOR, Sixty-seventh session, Supplement Nr. 10 (A/67/10), Para. 268, dazu nochmals unten Anm. 28 und zugehöriger Text.

²¹ Siehe dazu den Beitrag von *S. Raffainer* in diesem Heft.

²² Italian Constitutional Court, Judgment Nr. 238 of 2014, Urteil v. 22.10.2014, englische Übersetzung, ILM 54 (2015), 474 ff. (486), Para. 3.5.

*this may also contribute to a desirable – and desired by many – evolution of international law itself.*²³

In ganz ähnlicher Weise kann man den Bericht der kanadischen Regierungskommission International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) als die Initiative für eine Neuinterpretation des Verhältnisses von Intervention und Souveränität und damit als den Anfang des Konzepts der Responsibility to Protect sehen.²⁴ Die ICISS selbst spricht bewusst von einem “emerging guiding principle”, gerade weil es an einem entsprechenden Gewohnheitsrecht fehle.²⁵ Die Absicht, mit dem Bericht auf die weitere Entwicklung mitgestaltend Einfluss zu nehmen, ist aber unverkennbar.²⁶

Die beiden Beispiele zeigen, dass es auch beim Gewohnheitsrecht sinnvoll ist, von einer planvollen Mitgestaltung bereits bei der Initiative zur Normerzeugung zu sprechen. Für die allgemeinen Rechtsgrundsätze scheint das dagegen schwierig. Hier dürften bei der Normerzeugung auf nationaler Ebene mögliche internationale Folgewirkungen (in Form der Entstehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes) zu weit entfernt sein. Allgemeine Rechtsgrundsätze lassen sich nur retrospektiv feststellend ermitteln, nicht aber prospektiv gestaltend erzeugen.

²³ Italian Constitutional Court (Anm. 22), 483 f., Para. 3.3 a. E.; das Verfassungsgericht versäumt es dabei nicht, darauf hinzuweisen, dass es italienischen Richtern schon einmal gelungen sei, den materiellen Gehalt des Immunitätsgrundsatzes einzuschränken: “The customary international norm of immunity of States from the civil jurisdiction of other States was originally absolute, since it included all state behaviors. More recently, namely in the first half of the last century, this norm undertook a progressive evolution by virtue of national jurisprudence, in the majority of States, up until the identification of *acta jure gestionis* (an easily understandable expression) as the relevant limit. And it is well known that this limit to the application of the norm of immunity was progressively established mainly thanks to Italian judges – the so-called ‘Italian-Belgian theory’. [...]”, Para. 3.3.

²⁴ ICISS Report, The Responsibility to Protect, 2001 <<http://www.responsibilityto-protect.org>>.

²⁵ ICISS Report (Anm. 24), Para. 2.26.

²⁶ Dies ist durch die Aufnahme des Konzepts in das Abschlussdokument des Weltgipfels 2005 (GA Res. 60/1 v. 16.9.2005, Para. 138 f.); SC Res. 1674 (2006) v. 28.4.2006; SC Res. 1973 (2011) v. 17.3.2011, Para. 4) und in mehrere Sicherheitsratsresolutionen (siehe insbes. SC Res. 1674 (2006) v. 28.4.2006; SC Res. 1973 (2011) v. 17.3.2011, Para. 4) ja auch gelungen. Zur gewohnheitsrechtlichen Entwicklung der Responsibility to Protect statt anderer C. Verlage, Responsibility to Protect, 2008, 52 ff.; M. Vashakmadze, Responsibility to Protect, Rn. 65 ff. in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, Bd. I, 3. Aufl. 2012, 1201; siehe auch die Beiträge in dem Sammelband P. Hilpold (Hrsg.), Die Schutzverantwortung (R2P). Ein Paradigmenwechsel in der Entwicklung des internationalen Rechts?, 2013.

2. Mitwirkung bei der Gestaltung konkreter Norminhalte

Auch bei der Mitgestaltung konkreter Norminhalte bewährt sich der erweiterte Steuerungs-begriff. Für den Bereich des *Vertragsrechts* ist die Regierungskonferenz das klassische Instrument zur Gestaltung des Vertragsinhalts. Das entspricht auch dem Verständnis des Vertrags, der am Ende eben zwischen Staaten geschlossen wird. Aber in Bezug auf die inhaltliche Gestaltung der Normen resultiert daraus gerade kein Monopol der Staaten. Erneut kann die International Law Commission (ILC) mit ihren Entwürfen als Beispiel dienen, man denke nur an die Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK). Aber auch neuere Entwicklungen werden erfasst. Wiederum kann das Beispiel der Verhandlungen über die Ottawa-Konvention herangezogen werden. Hier nahmen zwei Vertreter der International Campaign to Ban Landmines (ICBL) an den Verhandlungen teil, ohne Stimmrecht, aber mit Rederecht (at the discretion of the Chair).²⁷ Hierdurch werden nicht-staatliche Akteure (die betreffenden NGOs) zu Mitgestaltern der konkreten Norminhalte. Dementsprechend sind sie als Steuerungs-subjekte zu qualifizieren. Sie beabsichtigen, Einfluss auf das Verhalten der Steuerungsobjekte zu nehmen.

Blickt man auf den Bereich des *Gewohnheitsrechts*, so kann man zum einen erneut auf die bereits erwähnten Beispiele aus dem Bereich der Normsetzungsinitiative verweisen, denn sowohl die italienische Rechtsprechung zur Staatenimmunität als auch die Rolle des ICISS-Berichts lassen sich nicht nur als Beginn eines Normerzeugungsprozesses verstehen, sondern es wird ja zudem und zugleich Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung der neuen Norm genommen (bei der Staatenimmunität durch Vorschläge zur näheren Bestimmung der Grenzen und bei der Responsibility to Protect durch Vorschläge hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen und der potenziellen legitimen Intervenienten).

Daneben lässt sich aber auch die Diskussion um “practice” in der ILC aus den letzten Jahren heranziehen. Seit dem Jahr 2012 hat die ILC das Thema “Formation and evidence of customary international law” auf ihrer Tagesordnung. In den Berichten von Special Rapporteur *Sir Michael Wood* wird auch die Rolle internationaler Organisationen und nationaler Gerichte angesprochen. Es ist zwar eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Bedeutung der Praxis internationaler Organisationen spürbar, wenn es heißt, dass es primär auf die Praxis der Staaten als den “primary subjects of inter-

²⁷ N. Short, The Role of NGOs in the Ottawa Process to Ban Landmines, International Negotiation 4 (1999), 481 (486 f.).

national law” ankomme.²⁸ Dessen ungeachtet wird aber zumindest für Organisationen mit einem klar definierten “field of operations” durchaus die Möglichkeit anerkannt, dass “operational activities of the organization that are akin to activities undertaken by states” jedenfalls dann relevante Praxis sein können, wenn sie durchgeführt werden als “part of their overall mission or in fulfillment of a specific mandate”.²⁹ Ein konkretes Beispiel wären wohl Friedensmissionen der Vereinten Nationen (VN).

3. Besondere Rolle von Gerichten und Expertengremien in institutionalisierten Vertragssystemen (insbesondere des internationalen Menschenrechtsschutzes)

a) Internationaler Menschenrechtsschutz am Beispiel der EMRK

Eine eigene nähere Auseinandersetzung verdient die Rolle von Gerichten und Expertengremien im Rahmen institutionell stark verdichteter Vertragssysteme wie der EMRK. Entstanden sind diese Institutionen als Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen. An der Entscheidung *Demir und Baykara v. Türkei*, ein Verfahren, welches gewerkschaftliche Kollektivrechte aus Art. 11 Abs. 1 EMRK betraf, kann man studieren, wie stark sich die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewandelt hat. Der Gerichtshof hat in diesem Verfahren nicht nur seine bis dahin maßgebliche Rechtsprechung revidiert, derzufolge Art. 11 Abs. 1 EMRK keine Rechte von Gewerkschaften beinhaltet, sondern er hat darüber hinaus die Methodik seiner dynamischen Interpretation auf nicht weniger als 26 Randnummern erklärt.³⁰ Dabei wird deutlich, dass er sich als Verdichter und Beschleuniger der europäischen Grundrechtsentwicklung versteht, der bei seiner Auslegung die gesamte innerstaatliche Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten, unverbindliche Empfehlungen im Rahmen des Europarats und auch völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten berücksichtigt. Für unseren Zusammenhang ist dabei bemerkenswert, dass er aus-

²⁸ International Law Commission, Third Report on Identification of Customary International Law (2015), *Michael Wood*, UN Dok. A/CN.4/682 v. 27.3.2015, Para. 70 mit Verweis auf den 2. Bericht, International Law Commission, Second Report on Identification of Customary International Law, *Michael Wood*, UN Dok. A/CN.4/672 v. 22.5.2014, Para. 43.

²⁹ International Law Commission, Third Report (Anm. 28), Para. 76; Wiedergabe ohne Anführungszeichen und Nachweise.

³⁰ *Demir und Baykara v. Türkei*, 12.11.2008, Reports of Judgement and Decisions EGMR, 2008-V, Rn. 60 ff.

drücklich betont, dass es nicht darauf ankomme, dass der verklagte Staat selbst an sämtliche dieser Verpflichtungen gebunden sei.³¹ Man kann mit guten Gründen vertreten, dass dabei Rechtserzeugung durch Rechtsanwendung stattfindet. Der Gerichtshof hat sich hier weit von der Rolle eines Überwachungsorgans, dessen Aufgabe die Feststellung von Konventionsverletzungen in konkreten Einzelfällen ist, entfernt. Er versteht sich selbst als Hüter des Konventionswandels und bestimmt Umfang und Geschwindigkeit der Rechtsentwicklung in der Konventionsgemeinschaft.³² Unter der hier zugrunde gelegten Definition von Steuerung ist er damit klar als Steuerungssubjekt zu qualifizieren. Zugleich bleibt er auch Steuerungsobjekt insofern er selbst selbstverständlich auch den Bindungen aus der Konvention unterliegt. Unter dem Gesichtspunkt der Steuerungskraft verdient schließlich noch einmal hervorgehoben zu werden, dass für den Gerichtshof der fehlende Konsens der betroffenen Vertragspartei zu der insgesamt als maßgeblich angesehenen Rechtsentwicklung im Völkerrecht und im innerstaatlichen Recht einer erweiterten Auslegung der Konvention nicht entgegensteht.³³ Damit werden sogar die Voraussetzungen des engen Steuerungsbegriffs erfüllt, denn die Entscheidung setzt sich gegen einen entgegenstehenden Willen des Steuerungsobjekts durch.

b) Ähnliche Entwicklungen in anderen Bereichen

Eine ähnliche Bedeutung kommt dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) für die Weiterentwicklung und Konkretisierung von Normen des humanitären Völkerrechts zu. Dies lässt sich am Beispiel der "Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities"³⁴ illustrieren. Die "Guidance" dient der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention I-IV, Art. 51 Abs. 3 Zusatzprotokoll (ZP) I und Art. 4 Abs. 1 ZP II.³⁵ In ihr werden zehn Grundsätze entwickelt, die vor allem dazu dienen sollen, konstitutive Elemente der unmittelbaren Beteiligung an Feindseligkeiten zu benennen, die zeitliche Dauer des Verlusts von Schutz als Zivilisten zu konkretisieren und das Ausmaß der militärischen Kampfmaßnahmen durch Verhältnismäßigkeitserwägungen zu begrenzen.

³¹ EGMR (Anm. 30) – *Demir und Baykara*, Rn. 86.

³² Siehe dazu auch C. Walter, Der internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung, *ZaöRV* 75 (2015), 753 (763 f.).

³³ Siehe nochmals EGMR (Anm. 30) – *Demir und Baykara*, Rn. 86.

³⁴ Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, 2009, im Internet verfügbar unter <<https://www.icrc.org>>.

³⁵ Interpretive Guidance (Anm. 34), 12.

Die Rolle des IKRK bei der Erstellung und inhaltlichen Formulierung dieser Grundsätze wird kontrovers beurteilt. Das IKRK selbst weist im Vorwort und in der Einleitung der Guidance ausdrücklich darauf hin, dass allein Staaten in der Lage seien, verbindliche Regeln zu schaffen und dass die Guidance ausschließlich als Interpretationshilfe des bestehenden Rechts gedacht sei.³⁶ In der Literatur wird demgegenüber gerade von an der Ausarbeitung beteiligten Experten die Legitimation des IKRK zur Formulierung einer solchen Guidance vehement bestritten.³⁷ Auch inhaltlich sind bestimmte Aspekte umstritten geblieben.³⁸ Dies ändert aber nichts daran, dass die Studie die weitere Staatenpraxis erheblich beeinflusst und ihr insofern *persuasive authority* zuerkannt wird.³⁹

Für die im Umweltvölkerrecht in zahlreichen Bereichen mit eigenen Befugnissen ausgestatteten Conferences of the States Parties (COPs) lassen sich ähnliche Beobachtungen formulieren. Auch hier ist die formale Rechtsänderung auf die traditionellen Formen der Vertragsänderung beschränkt. Dennoch kommt den COPs eine wichtige Rolle bei der Rechtserzeugung zu, weil sie – notfalls mit Mehrheitsentscheidung – Änderungen zu den ihnen zugrundeliegenden Verträgen vorschlagen können und vor allem auch die für die Fortentwicklung der Vertragsregime so wichtigen Protokolle erarbeiten.⁴⁰ Es verwundert deshalb kaum, dass gerade unter dem Eindruck der Entwicklungen im Umweltvölkerrecht eine Theorie der Entstehung von Völkerrecht konzipiert wurde, die neben Staaten anderen Akteuren eine wichtige Rolle bei der Rechtserzeugung zuschreibt.⁴¹

³⁶ Interpretive Guidance (Anm. 34), 6 und 9/10.

³⁷ *W. Hays Parks*, Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect, *N. Y. U. J. Int’l L. & Pol.* 42 (2009/10), 769.

³⁸ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Philip Alston*, Addendum – Study on Targeted Killings, UN Dok. A/HRC/14/24/Add.6 v. 28.5.2010, Rn. 65 ff. mit Blick auf die Figur der “continuous combat function”; siehe dazu auch nochmals unten IV. 3.

³⁹ *A. von Arnould* (Anm. 11), Rn. 1191.

⁴⁰ Siehe hierzu *R. R. Churchill/G. Ulfstein*, Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law, *AJIL* 94 (2000), 623 (636 ff.); *J. Brunnée*, COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements, *LJIL* 15 (2002), 1.

⁴¹ *J. Brunnée/St. J. Toope*, International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law, *Colum. J. Transnat’l L.* 39 (2000), 19.

III. Neue Steuerungsinstrumente

Verfolgt man die dreigliedrige Steuerungskette weiter von der Normerzeugung zu den Steuerungsinstrumenten, so lassen sich auch dort zahlreiche Veränderungen feststellen, die sich wiederum mit einem erweiterten Begriff von Steuerung gut erklären lassen. Wesentliche Aspekte betreffen die zunehmende Verwendung von *soft law*-Instrumenten (1.), den Ausbau und die Weiterentwicklung von Überprüfungs- und Überwachungsverfahren zur Verbesserung der Durchsetzung von Völkerrecht (2.) und schließlich die Einbeziehung von Privaten auf der Ebene der Normdurchsetzung (3.).

1. *Soft Law*

Über die praktische Bedeutung und die Wirkungsweisen verschiedener Formen von *soft law* ist in den vergangenen Jahren intensiv diskutiert worden. Mit Ausnahme der unlängst erschienenen Studie von *Matthias Goldmann*⁴² besteht weitgehend Konsens, dass es sich bei *soft law* um einen Sammelbegriff handelt “for a variety of *non-legally binding* instruments used in contemporary international relations by States and international organizations”.⁴³ Die Perspektive der Steuerung macht hier zunächst einmal darauf aufmerksam, dass mit Blick auf die Zielerreichung (wenn man so will: das Steuerungsergebnis) viele Parallelen zwischen förmlich bindenden Rechtsnormen einerseits und Instrumenten des *soft law* andererseits bestehen. Diese Parallelen lassen sich sehr gut am *Kimberley*-Prozess zur Eindämmung der Finanzierung von militärischer Gewalt aus Rohdiamanten beschreiben.

Der *Kimberley*-Prozess entstand im Frühjahr 2000 auf Initiative einiger afrikanischer Staaten und arbeitet bis heute ausschließlich auf der Basis rechtlich unverbindlicher Resolutionen und Absprachen. Inzwischen hat er 54 Teilnehmer, die – wegen der Vertretung der 28 Mitgliedstaaten der Union durch die EU – insgesamt 82 Staaten ausmachen. Entscheidend ist, dass damit fast die gesamte Produktion von Rohdiamanten (99,8 %) erfasst wird.⁴⁴ Der *Kimberley*-Prozess arbeitet mit einem (erneut: rechtlich unverbindlichen) Zertifizierungsverfahren, das sicherstellen soll, dass Rohdiamanten

⁴² M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015, 394 ff., wo *soft law* ausdrücklich als Recht konzipiert wird.

⁴³ A. Boyle, *Soft Law in International Law-Making*, in: M. Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl. 2014, 118 – Hervorhebung vom Verfasser.

⁴⁴ Vgl. die Angaben unter <<http://www.kimberleyprocess.com>>.

nur bei Vorliegen eines entsprechenden Zertifikats gehandelt werden dürfen. Durch die Zertifizierungspflicht soll ausgeschlossen werden, dass sogenannte Konfliktdiamanten in den allgemeinen Handel kommen und so zur Finanzierung von Waffengewalt verwendet werden können. Entscheidende Regelung im Gesamtsystem ist der Ausschluss des Handels mit Diamanten, die aus Nichtteilnehmerstaaten kommen.⁴⁵ Durch diese Verpflichtung werden ab einer bestimmten Teilnehmerzahl die noch verbleibenden Nichtteilnehmer wirtschaftlich gedrängt, sich an dem System zu beteiligen.

Ein Vergleich mit der als völkerrechtlicher Vertrag rechtlich verbindlichen Regelung in Art. 4 Abs. 5 Basler Abfall-Übereinkommen⁴⁶ zeigt, dass dort der gleiche Anreizmechanismus gewählt wurde.⁴⁷ In beiden Fällen sind es letztlich ökonomische Anreizfaktoren, welche der jeweiligen Regelung Effektivität verleihen. Es ist zwar richtig, dass die Effektivität des *Kimberley*-Prozesses immer wieder in Zweifel gezogen wurde. Diese Zweifel bezogen sich aber weniger auf seine konzeptionelle Grundstruktur als rechtlich unverbindliche Konstruktion des *soft law*, sondern auf den Umstand, dass das System nicht konsequent genug gegen zu Unrecht ausgestellte Zertifikate und Teilnehmer mit einer entsprechend laschen Praxis vorgegangen sei.⁴⁸ Derartige Durchsetzungsschwierigkeiten stellen sich bei harten rechtlichen Verpflichtungen aber in gleicher Weise wie bei der *soft law*-Konstruktion des *Kimberley*-Prozesses.

Man muss die Unterschiede zwischen *soft law* und *hard law* nicht einebnen, um zu erkennen, dass die Perspektive der Steuerung überhaupt erst den Vergleich zwischen Regelungen wie denen des *Kimberley*-Prozesses und denen des Basler Abfall-Übereinkommens erlaubt. Das Steuerungsanliegen ist in beiden Fällen übereinstimmend und vor diesem Hintergrund können dann Einzelheiten der Ausgestaltung (etwa auf der Durchsetzungsebene) miteinander verglichen und so Vor- und Nachteile der jeweiligen Ansätze herausgearbeitet werden. Allein in dieser Vergleichsperspektive lässt sich ein Vorteil sehen.

⁴⁵ Section III des Certification Scheme lautet: "Each participant should: [...] (c) ensure that no shipment of rough diamonds is imported from or exported to a non-Participant; [...]".

⁴⁶ Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22.3.1980, BGBl. 1994 II, 2704.

⁴⁷ Die Vorschrift lautet: "Die Vertragsparteien erlauben weder die Ausfuhr gefährlicher Abfälle oder anderer Abfälle in eine Nichtvertragspartei noch deren Einfuhr aus einer Nichtvertragspartei."

⁴⁸ J. E. Nichols, A Conflict of Diamonds: The Kimberley Process and Zimbabwe's Marange Diamond Fields, *Den. J. Int'l L. & Pol'y* 40 (2012), 648 (668 ff.); L. Bruffaerts, A Diamantine Struggle: Redefining Conflict Diamonds in the Kimberley Process, *Int'l Aff. (London)* 91 (2015), 1085 (1087 ff.).

2. Spezifische Überprüfungs- und Überwachungsverfahren

Auch auf der Durchsetzungsebene sind neue Instrumente zu verzeichnen. Eine besonders wichtige Entwicklung ist hier die Einführung eines allgemeinen menschenrechtlichen Überprüfungsverfahrens für alle Mitglieder der Vereinten Nationen (Universal Periodic Review, UPR-Verfahren). Die Besonderheit des Verfahrens besteht in seinem universellen Charakter, der dafür sorgt, dass jeder Mitgliedstaat der Vereinten Nationen dem Überprüfungsverfahren unterliegt.⁴⁹ Es ist keine eigene Ratifikation oder auch nur Unterwerfungserklärung für die Anwendbarkeit des Verfahrens erforderlich. Die bloße Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen bewirkt seine Anwendbarkeit. Obwohl Resolution 60/251 der Generalversammlung über die Errichtung des Menschenrechtsrats kaum eine Rechtspflicht zur Mitwirkung begründen kann, scheint das Verfahren von allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen akzeptiert zu werden.⁵⁰ Damit wird ohne konkrete vertragliche Verpflichtung ein vergleichbarer Mechanismus errichtet, wie er in allen universellen Menschenrechtsschutzverträgen für die Vertragsparteien verbindlich vorgesehen ist.⁵¹

Der Menschenrechtsrat legte am 18.6.2007 im Anhang zu seiner Resolution 5/1 zur neuen Arbeitsstruktur die Einzelheiten des Verfahrens fest.⁵² Danach stützt sich die Überprüfung auf Informationen durch den betreffenden Staat (der hierzu einen Staatenbericht vorlegen kann, aber nicht muss), eine Materialsammlung von wesentlichen VN-internen Dokumenten (insbesondere von den vertraglichen Überwachungsorganen und den Spezi-

⁴⁹ Bzgl. Österreich: *H. Tichy/G. Doujak/K. Häusler*, Die Teilnahme Österreichs an der umfassenden periodischen Menschenrechtsprüfung durch den Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (UPR-Prozess), in: G. Hafner (Hrsg.), *Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte*, Liber Amicorum Wolfram Karl, 2012, 292; bzgl. Deutschland: *B. Schriewer*, *Shining a Light on the Human Rights Situation in Germany*, *GYIL* 56 (2014), 513.

⁵⁰ *C. Tomuschat*, *Universal Periodic Review: A New System of International Law with Specific Ground Rules?*, in: U. Fastenrath/R. Geiger/D.-E. Khan/A. Paulus/S. von Schorlemer/C. Vedder (Hrsg.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, 2011, 609 (611 f.).

⁵¹ Vgl. hierzu die Darstellung bei *M. Ruffert/C. Walter* (Anm. 13), Rn. 529 f.; siehe auch *W. Kälin/J. Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. 2013, Rn. 621 ff.

⁵² Resolution 5/1 v. 18.6.2007; zur Ausgestaltung des Verfahrens *D. Karrenstein*, *Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen*, 2011, 224 ff.; *E. R. McMahon*, *International Organizations and Peer Review: Assessing the Universal Periodic Review Mechanism of the United Nations Human Rights Council*, *AYIL* 17 (2009), 355; *W. Kälin*, *Ritual and Ritualism at the Universal Periodic Review: A Preliminary Appraisal*, in: H. Charlesworth/E. Larking (Hrsg.), *Human Rights and the Universal Periodic Review: Rituals and Ritualism*, 2014, 25; *R. West*, *Piercing the Veil of State Sovereignty – the Role of the Universal Periodic Review in the Enforcement of Human Rights*, *ILT* 32 (2014), 73.

alverfahren) und eine Sammlung zuverlässiger Informationen durch NGOs und unabhängige nationale Menschenrechtsinstitutionen.⁵³

Es bleibt aber ein wichtiges Charakteristikum des gesamten Verfahrens, dass am Ende keine abschließende Empfehlung oder Beurteilung durch den Menschenrechtsrat steht, sondern lediglich individuelle Positionen einzelner Mitglieder oder des überwachten Staats selbst dokumentiert werden. Damit bleibt es den betroffenen Staaten selbst überlassen, wie sie mit diesen Äußerungen umgehen wollen. Der UPR-Mechanismus setzt damit ganz auf weiche Anreiz-Mechanismen.

3. Einbeziehung von Privaten auf der Durchsetzungsebene

Bleibt man bei der Durchsetzungsebene, so lässt sich als ein drittes neues Element bei den Steuerungsinstrumenten die Einbeziehung Privater auch bei der Rechtsdurchsetzung benennen. Ihre Rolle unterscheidet sich dabei grundsätzlich von derjenigen auf der Ebene der Rechtserzeugung. Während bei der Rechtserzeugung lediglich unverbindliche Anstöße zur Normerzeugung oder unverbindliche Anregungen bei der Normgestaltung möglich sind,⁵⁴ hat das Umweltvölkerrecht mit dem Konzept des Umweltschutzes durch Verfahren echte individuelle Rechtspositionen hervorgebracht, die in behördlichen und gerichtlichen Verfahren im innerstaatlichen Recht geltend gemacht werden können.

Als Beispiel für diesen Ansatz lässt sich die Aarhus-Konvention über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25.6.1998 anführen. Die Aarhus-Konvention begründet auf völkerrechtlicher Ebene individuelle, vor allem verfahrensrechtliche Rechtspositionen, die im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten geltend gemacht werden können. Im Kern umfasst sie drei Teile, die jeweils solche individuellen Rechtspositionen beinhalten: In ihrer ersten Säule begründet sie einen Umweltinformationsanspruch; die zweite Säule weitet bestehende Partizipationsrechte in Verwaltungsverfahren aus und die dritte Säule sieht bezogen

⁵³ Siehe etwa *B. Schokman/P. Lynch*, Effective NGO Engagement with the Universal Periodic Review, in: H. Charlesworth/E. Larking (Hrsg.), *Human Rights and the Universal Periodic Review: Rituals and Ritualism*, 2014, 126.

⁵⁴ Siehe oben II. 1. und 2.

auf diese Informations- und Partizipationsrechte verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz vor.⁵⁵

Die Umsetzung der Aarhus-Konvention bereitet bis heute Schwierigkeiten, weil sie Rückwirkungen auf die Grundstruktur des verwaltungsgerichtlichen Individualrechtsschutzes in Deutschland hat.⁵⁶ Aus der Perspektive der Steuerungskraft des Völkerrechts ist diese Konzeption eines auf Verfahrensrechten basierenden Umweltrechts besonders interessant, weil sie mit der völkerrechtlichen Begründung von Individualrechtspositionen die Grenze zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht überschreitet und so das Individuum in den Dienst der Durchsetzung völkerrechtlicher Normen stellt. Der Private wird damit Teil des Steuerungsinstruments. Das ist gerade auch im Vergleich zum Menschenrechtsschutz als dem Paradebeispiel der Ausweitung der Völkerrechtssubjektivität auf das Individuum bemerkenswert, weil die durchzusetzende Rechtsnorm selbst nicht notwendig im Individualinteresse stehen muss. Im Gegenteil geht es beim Umweltschutz vielmehr um den Schutz eines klassischen Gemeinschaftsguts. Hieran zeigt sich besonders deutlich, dass die Individualisierung vornehmlich zum Zwecke der Durchsetzung erfolgt.

IV. Erweiterung des Kreises der Steuerungsobjekte – insbesondere um das Individuum

Mit der Rolle des Individuums bei der Durchsetzung umweltvölkerrechtlicher Standards ist bereits die Ausweitung des Kreises der Steuerungsobjekte angesprochen. In der klassischen Konzeption des Völkerrechts als ei-

⁵⁵ Zum Inhalt der Aarhus-Konvention im Überblick *M. Scheyli*, Die Aarhus-Konvention über Informationszugang, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in Umweltbelangen, AVR 38 (2000), 217.

⁵⁶ Siehe aus neuerer Zeit z. B. *S. Schlacke*, Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-)Rechtsschutzes – Schutznormdoktrin und Verfahrensfehlerlehre erneut unter Anpassungsdruck, NVwZ 33 (2014), 11; *M.-J. Seibert*, Verbandsklagen im Umweltrecht – Aktueller Stand, Perspektiven und praktische Probleme, NVwZ 32 (2013), 1040; aus der schon etwas älteren Literatur *J. Ziekow*, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 29 (2010), 793; *J. Ziekow*, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Rechtsschutzes, NVwZ 26 (2007), 259; *C. Walter*, Internationalisierung des deutschen und europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts am Beispiel der Aarhus-Konvention, EuR 40 (2005), 302; *T. von Danwitz*, Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, NVwZ 23 (2004), 272; siehe auch die Beiträge in *W. Durner/C. Walter* (Hrsg.), Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention, 2005; umfassend monographisch *D. R. Klein*, Umweltinformation im Völker- und Europarecht, 2011.

nem ausschließlich zwischenstaatlichen Recht sind allein Staaten die Adressaten der Steuerung. Das hat sich inzwischen deutlich geändert. Das Individuum ist in vielen Bereichen als eigenes Völkerrechtssubjekt anerkannt, teilweise wird es inzwischen sogar als originäres Völkerrechtssubjekt qualifiziert.⁵⁷ Geht es um Steuerungsobjekte, so gerät das Individuum dabei nicht als Träger von Rechten, sondern vielmehr als unmittelbarer Adressat von Verpflichtungen in den Blick.⁵⁸ Besonders prominent drückt sich diese Pflichtenstellung im Völkerstrafrecht aus, dessen Straftatbeständen entsprechende völkerrechtlich begründete Unterlassenspflichten zugrunde liegen.⁵⁹ Für die völkerrechtliche Entwicklung insgesamt ist aber der steuernde Zugriff auf das Individuum jenseits der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der interessantere Bereich. Im Folgenden werden die Bereiche der Individualstrafaktionen (1.), der völkerrechtlichen Regeln über moderne Massenkommunikation (2.) und der Rolle von nicht-staatlichen Akteuren im bewaffneten Konflikt (3.) thematisiert.

1. Individualsanktionen

Ein Beispiel hierfür bilden Individualsanktionen des VN-Sicherheitsrats⁶⁰ aber auch anderer internationaler Akteure wie der Europäischen Union (EU) gegen Drittstaatsangehörige.⁶¹ Mit diesen Individualsanktionen werden unterschiedliche Steuerungsziele verfolgt. Soweit sie – wie in ihrer erstmals verwendeten Form nach den Resolutionen 1267 (1999) und 1333 (2000) – zur Terrorismusbekämpfung verwendet werden, soll tatsächlich auf das Verhalten des konkret betroffenen Individuums eingewirkt werden.

⁵⁷ A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014, 361 ff.

⁵⁸ A. von Arnould (Anm. 11), Rn. 1278.

⁵⁹ A. Peters (Anm. 57), 111 ff.

⁶⁰ Dazu statt anderer C. Feinangle, *The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?*, GLJ 9 (2008), 1513; M. Payandeh, *Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte*, ZaöRV 66 (2006), 41; A. Ciampi, *Security Council Targeted Sanctions and Human Rights*, in: B. Fassbender (Hrsg.), *Securing Human Rights?*, 2011, 98 (138 f.); J. A. Frowein, *The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law*, in: P.-M. Dupuy/B. Fassbender/M. N. Shaw/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, 785.

⁶¹ Siehe hierzu als Beispiele die Entscheidungen in Rechtsschutzverfahren gegen Individualsanktionen gegen Syrien: EuGH, Urteil v. 21.4.2015, Rs. C-605/13 P und C-630/13 P – *Issam Anbouba*; gegen Russland: EuG, Urteil vom 28.1.2016, Rs. T-331/14 – *Mykola Yanovych Azarov*.

Daneben werden gezielte Sanktionen aber zunehmend auch unmittelbar gegen Individuen eingesetzt, um damit die Verhaltensänderung eines Staates zu erreichen. Das gilt für Sanktionen gegen hochrangige Regierungsvertreter oder Personen, die dem Regierungsapparat politisch nahe stehen. Beispiele bilden die Sanktionen des Sicherheitsrats in der Libyen-Krise und im Streit um das iranische Atomprogramm.⁶² In allen genannten Fällen kommt Rechtsschutz beim Vollzug der Sanktionen zu spät, weil die betreffenden Maßnahmen bereits auf völkerrechtlicher Ebene individualisiert sind, die betreffenden Personen also bereits Adressaten des völkerrechtlichen Rechtsakts selbst und nicht erst eines staatlichen Umsetzungsakts sind.⁶³

2. Regulierung moderner Massenkommunikation

Ein weiterer Bereich, in dem Privatrechtssubjekte zunehmend einer Steuerung durch völkerrechtliche Normsetzung ausgesetzt sind, ist die Regulierung moderner Kommunikationsmittel. Hier wird seitens der EU der Anspruch erhoben, unionsrechtliche Datenschutzstandards auch gegenüber Privatrechtssubjekten in Drittstaaten durchzusetzen⁶⁴ und es stellt sich ganz allgemein die Frage, nach welchen Regeln staatlicherseits grenzüberschreitend auf private Daten zugegriffen werden darf.⁶⁵ Hier ist die Entwicklung zwar im Fluss, aber es ist absehbar, dass sich die Rechtsfragen in diesem Bereich ohne steuernden Zugriff auch auf Privatrechtssubjekte kaum angemessen lösen lassen werden.

⁶² Gegen Libyen: SC Res. 1970 (2011) v. 26.2.2011; SC Res. 1973 (2011) v. 17.3.2011; gegen den Iran: SC Res. 1737 (2006) v. 27.12.2006; SC Res. 1747 (2007) v. 24.3.2007; SC Res. 1803 (2008) v. 3.3.2008; SC Res. 1929 (2010) v. 9.6.2010.

⁶³ P. Schneider, Sanctioned until Proven Innocent – Reviewing the UN and EU Smart Sanctions Regime for Blacklisted Terror Suspects, in: M. Brozoska (Hrsg.), *European Peace and Security Policy: Transnational Risks of Violence*, 2014, 261; A. Orakhelashvili, The Impact of Unilateral EU Economic Sanctions on the UN Collective Security Framework: the Cases of Iran and Syria, in: A. Z. Marossi/M. R. Bassett (Hrsg.), *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, 2015, 3.

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – *Google Spain S.L.*; aus der Literatur dazu etwa J. Kübling, Rückkehr des Rechts: Verpflichtung von “Google & Co.” zu Datenschutz, *EuZW* 25 (2014), 527; N. Nolte, Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?, *NJW* 67 (2014), 2238.

⁶⁵ C. Walter, Cyber Security als Herausforderung für das Völkerrecht, *JZ* 70 (2015), 685 (690 ff.).

3. Nicht-staatliche Akteure im bewaffneten Konflikt

Als dritter Bereich sei der Umgang mit nicht-staatlichen Akteuren im humanitären Völkerrecht angesprochen. Hier berühren sowohl die Anwendung des humanitären Völkerrechts auf die Bekämpfung des grenzüberschreitenden Terrorismus als auch die Diskussion um die Figur der “direct participation in hostilities” unmittelbar die Rechtsstellung des Individuums. Wenn das IKRK in seiner Guidance die Mitgliedschaft in einer organisierten bewaffneten Gruppe für die Annahme einer “continuous combat function” ausreichen lässt,⁶⁶ wird eine solche Mitgliedschaft im Ergebnis mit dem Wegfall des Schutzes als Zivilist sanktioniert.⁶⁷

Die Entwicklung ist unter dem Gesichtspunkt der Steuerung durch Völkerrecht von großer Bedeutung, weil hierdurch das humanitäre Völkerrecht mehr und mehr zum zentralen Beurteilungsmaßstab für zulässige Mittel bei der Bekämpfung grenzüberschreitender Gewaltkriminalität wird.⁶⁸

V. Ausblick: Das moderne Völkerrecht im Spannungsfeld von Effektivität, Legitimität und Rechtsstaatlichkeit

Am Ende dieser zugegebenermaßen punktuellen *tour d’horizon* steht zunächst einmal eine recht banale Feststellung: Die Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts sind komplexer geworden. Wie sollte das auch anders sein, wenn sowohl die Zahl der Steuerungsobjekte als auch die der Steuerungsobjekte zugenommen hat? Zudem geht es ja nicht nur um eine quantitative Zunahme. Mit der Einbeziehung von internationalen Organisationen und Privaten kommen auch Akteure ins Spiel, die grundsätzlich anders strukturiert sind als Staaten. Das wirkt sich selbstverständlich komplexitätserhöhend aus.

Hinzu kommt, dass auch die Erwartungen an das Völkerrecht gestiegen sind. Es soll Lösungen für komplexe Fragen des grenzüberschreitenden Umweltschutzes, des transnationalen Wirtschaftslebens oder der weitgehend grenzenlosen modernen Massenkommunikation anbieten, es soll Frie-

⁶⁶ IKRK, Interpretative Guidance (Anm. 34), 33 ff.

⁶⁷ Aus diesem Grund kritisch: P. Alston (Anm. 38).

⁶⁸ M. Sassòli, Combattants et combattants illégaux, in: V. Chetail (Hrsg.), Permanence et mutations du droit des conflits armés, 2013, 151; C. Ryngaert, Non-State Actors in International Humanitarian Law, in: J. d’Aspremont (Anm. 17), 284; A. Roberts/S. Sivakumaran, Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law, Yale J. Int’l L. 37 (2012), 107.

den und Sicherheit in einer Welt schaffen, in der Bedrohungen zunehmend auch von nicht-staatlichen Gruppen ausgehen usw. Mit anderen Worten: Auch die Aufgaben und Anforderungen sind komplexer geworden.

Zugleich macht die Betrachtung unter dem Blickwinkel der Steuerung auf die gesteigerte Leistungsfähigkeit und Effektivität des Völkerrechts aufmerksam. Es ist bemerkenswert und verdient – ungeachtet zahlreicher Problemfelder, wie etwa dem Umgang mit nicht-staatlichen Akteuren im humanitären Völkerrecht, dem Sezessionsrecht, der Terrorismusbekämpfung etc. – besonders hervorgehoben zu werden, wie stark die Steuerungsinstrumente des Völkerrechts ausgebaut und verfeinert worden sind. Aber bleibt am Ende wirklich nur die wenig überraschende Erkenntnis, dass manches besser geworden ist, aber keineswegs alles gut, und dass selbstverständlich die weitere Anpassung und Verfeinerung der Steuerungsinstrumente eine kontinuierliche Aufgabe bleibt? Das wäre etwas wenig angesichts des Aufwands, der für die Untersuchung unter dem Blickwinkel der Steuerung getrieben werden musste.

Tritt man noch einmal einen Schritt zurück und fragt grundsätzlich nach den Folgewirkungen der Ausweitung sowohl des Kreises der Steuerungssubjekte als auch des Kreises der Steuerungsobjekte, so werden aber doch neue Herausforderungen für die Völkerrechtswissenschaft sichtbar. Die Ausweitung der Steuerungssubjekte stellt die Frage nach der Legitimation einer Steuerung durch Völkerrecht und die Ausweitung der Steuerungsobjekte, namentlich auf private nicht-staatliche Akteure, verlangt nach einer grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Einhegung völkerrechtlicher Steuerung. Mit dem allmählichen Wegbröckeln des staatlichen Konsenses als der zentralen Legitimationsgrundlage für immer weitere Teile des Völkerrechts ist eine Leerstelle entstanden, die bisher nur unzureichend gefüllt ist.⁶⁹ Hieraus erklärt sich, warum die Legitimation des Völkerrechts derzeit verstärkt wissenschaftliches Interesse erfährt.⁷⁰ Darüber hinaus provoziert der wach-

⁶⁹ Dazu demnächst *A. von Ungern-Sternberg*, Völkerrecht und Demokratie – Zur demokratischen Legitimation nationaler und internationaler Rechtserzeugung, 2016, § 5 II. (im Erscheinen).

⁷⁰ Siehe etwa *S. Wheatley*, *The Democratic Legitimacy of International Law*, 2010; *A. von Bogdandy*, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, *ZaöRV* 63 (2003), 853; zur Begründung eines Demokratiegebots für die internationale Rechtserzeugung, *A. von Ungern-Sternberg* (Anm. 69), § 5 III. 2.; allgemein zu Demokratiekláuseln als völkerrechtliche Vorgabe für die innerstaatliche Staatsorganisation siehe die Sammlung *F. Ehm/C. Walter* (Hrsg.), *International Democracy Documents*, 2015; aus der weiteren Literatur *G. H. Fox/B. R. Roth* (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, 2000; *N. Petersen*, *Demokratie als teleologisches Prinzip – Zur Legitimation von Staatsgewalt im Völkerrecht*, 2009; *F. Ehm*, *Das völkerrechtliche Demokratiegebot. Eine Untersuchung zur*

sende materielle Zugriff der völkerrechtlichen Steuerung auf das Individuum einen steigenden Bedarf an rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindestsicherung. Dass rechtsstaatliche und menschenrechtliche Standards nicht nur gegenüber den Staaten, sondern gegenüber dem Völkerrecht selbst durchgesetzt werden müssen, ist für das Völkerrecht eine Entwicklung von verfassungsrechtlicher Dimension, denn bei der Steuerung durch Völkerrecht wird Hoheitsgewalt ausgeübt und diese muss dann eben auch grundrechtlich und menschenrechtlich begrenzt werden.⁷¹

Auf dieser grundsätzlichen Ebene erinnert der Blickwinkel der Steuerung an zwei Grundfunktionen des öffentlichen Rechts, nämlich die Legitimation und die Begrenzung von Hoheitsgewalt. Damit wird ein Charakteristikum des Völkerrechts betont, das in der englischen und französischen Terminologie schon immer sehr viel präsenter war als in der deutschen: Völkerrecht ist internationales öffentliches Recht.⁷²

VI. Zusammenfassende Thesen

1. Aus der Gegenüberstellung von Governance-Theorie und Steuerungstheorie lässt sich zunächst ein enger Steuerungs begriff ableiten. Für diesen sind drei Elemente kennzeichnend: Ein Steuerungs subjekt, ein Steuerungs objekt und ein Rechtsakt, dessen Inhalt vom Steuerungs subjekt bestimmt wird, mit dem es auf das Steuerungs objekt einzuwirken trachtet und den gegenüber dem Steuerungs objekt zu erlassen das Steuerungs subjekt auch legitimiert ist. Hieraus resultiert ein sehr *anspruchsvoller (enger) Steuerungs begriff*, der davon ausgeht, dass das Steuerungs subjekt das Regelungsziel allein festlegt und es notfalls auch gegen den Willen des Steuerungs objekts durchsetzen kann. Kennzeichnend ist also die für den Adressaten verbindliche einseitige Setzung eines Rechtsakts. Das Völkerrecht der „*Lotus-Welt*“ kannte keine Steuerung in diesem engen Sinn und auch im modernen Völkerrecht gibt es nur wenige Bereiche, in denen Ansätze hierfür erkennbar sind.

schwindenden Wertneutralität des Völkerrechts gegenüber den staatlichen Binnenstrukturen, 2013.

⁷¹ C. Feinäugle, Hoheitsgewalt im Völkerrecht, 2011, 21 ff.

⁷² A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, in: A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law, 2010, 3 (17).

2. In der Grundstruktur ist es sinnvoll an dem dreigliedrigen Modell festzuhalten, weil Steuerung schon begrifflich ein planvolles und gezieltes Vorgehen meint. Dafür ist die Unterscheidung von Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt unerlässlich. Allerdings ist es nicht unbedingt erforderlich, ein Gestaltungsmonopol des Steuerungssubjekts anzunehmen. Vielmehr hat am Steuerungsvorgang jeder teil, der (mit)gestaltend auf ihn einwirkt. Diese Modifikation erlaubt es vor allem, den Rechtserzeugungsprozess genauer in den Blick zu nehmen, als dies mit dem engen Steuerungs-begriff möglich ist. Nach diesem (*erweiterten*) *Steuerungs-begriff* wird unter Steuerung das (mit)gestaltende Einwirken auf das Entstehen eines Rechtsakts verstanden, mit dem ein Steuerungssubjekt auf ein Steuerungsobjekt einzuwirken beabsichtigt.

3. Im *Völkerrecht gibt es kein Initiativmonopol*. Infolgedessen können sehr unterschiedliche Akteure einen Normerzeugungsprozess anstoßen. Die Spannweite reicht von reinen Privatpersonen (etwa als Beschwerdeführer in einem Verfahren, das zur Rechtsprechungsänderung führt) über Expertengremien (ILC, ILA-Committees) bis zu Staaten. Selbst beim Gewohnheitsrecht kommen nicht-staatliche Akteure als Initiatoren eines Normentstehungsprozesses in Betracht.

4. Auch bei der *Mitgestaltung konkreter Norminhalte* bewährt sich der erweiterte Steuerungs-begriff. Auf die konkrete Normgestaltung wirken erneut sehr unterschiedliche Akteure ein. Eine Beschränkung allein auf staatliche Stellen greift zu kurz, auch wenn am Ende für die Herstellung normativer Verbindlichkeit an der besonderen Rolle der Staaten kein Weg vorbei führt.

5. Besondere Betrachtung verdienen *Gerichte und andere Expertengremien* in institutionell verdichteten Vertragsregimen wie der EMRK. Jedenfalls für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte steht schon länger fest, dass neben seine ursprüngliche Rolle als Überwachungsorgan zur Feststellung von Konventionsverletzungen in konkreten Einzelfällen die Funktion eines Europäischen Grundrechte-Verfassungsgerichts getreten ist, zu der es auch gehört, Umfang und Grenzen der dynamischen Fortentwicklung der Konventionsinhalte zu steuern. Wo der Gerichtshof diese Funktion wahrnimmt, agiert er rechtserzeugend und damit als Steuerungssubjekt (gegebenenfalls sogar im Sinne des engen Steuerungs-begriffs).

6. Auch bei den *Steuerungsinstrumenten* lassen sich erhebliche Veränderungen feststellen. Das betrifft nicht nur den Ausbau von *soft law*-Mechanismen, sondern auch die Schaffung von (teil)institutionalisierten Vertragsregimen mit kreativen Anreizmechanismen (namentlich im Um-

weltvölkerrecht), die Einbeziehung privater Akteure und die Entwicklung von spezifischen Überwachungsverfahren.

7. Die wohl insgesamt bedeutendste Veränderung betrifft die *Ausdehnung des Kreises der Steuerungsobjekte auf Individuen und andere private nicht-staatliche Akteure*. Hieraus resultieren gewachsene Legitimationsanforderungen und ein gesteigerter Bedarf an rechtsstaatlichen Garantien. Die formale Zustimmung des Parlaments (bei der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge) vermag diese gewachsenen Legitimationserwartungen allein immer weniger zu erfüllen und der innerstaatliche Rechtsschutz setzt in der Steuerungskette zu spät an, wenn der Staat nur Mittler in einem Steuerungsvorgang ist, dessen Subjekt auf der Ebene des Völkerrechts angesiedelt ist.

8. Insgesamt sind die Grundlagen und Rahmenbedingungen der Steuerungskraft des Völkerrechts damit deutlich komplexer geworden. Die Erwartungen an das Völkerrecht sind gestiegen, aber seine Problemlösungskapazität hat auch zugenommen. In diesem Sinne ist das Völkerrecht durchaus effektiver geworden. Die zentralen Herausforderungen für den Erhalt der Steuerungskraft liegen deshalb weniger beim klassischen Thema der *compliance*, sondern bei der *Legitimation der Rechtserzeugung* und bei der *Sicherung rechtsstaatlicher Garantien in transnationalen Zusammenhängen*.

