

Asymmetrien in der Staatenwelt und die Herausforderungen des “konstruktiven Völkerrechts”

*Matthias Herdegen**

Karl Doehring hat seit jeher den Blick der Völkerrechtslehre für die Empirie geschärft, für die Heterogenität der Staatenwelt und der Wertvorstellungen, welche hinter der Staatenpraxis stehen. In seinem wertgebundenen Positivismus liegt ihm die voreilige Nachführung universeller Regeln an neue Machtverhältnisse und gewandelte Faktizitäten ebenso fern wie der semantische Formelkompromiss angesichts klarer Deutungskonflikte.¹ Diese Verankerung in empirisch rückgebundener Normativität ist für den Blick auf überkommene und frische Asymmetrien in der Staatenwelt von besonderer Bedeutung.

I. Die Heterogenität der Staatenwelt in neuem Licht

Das Abschmelzen des Ost-West-Konfliktes hat nicht nur zu tektonischen Verschiebungen in der Staatenwelt geführt. Dieser Prozess hat auch den Blick für das So-Sein der einzelnen Staaten und für ihr Innenleben geschärft. Zugleich stehen wir vor einer grundlegenden Neuordnung in der Hierarchie der Werte, welche die Staatenwelt als Rechtsgemeinschaft prägen.

In der Entwicklungsphase der UN-Charta und den Jahrzehnten danach bestimmten vor allem die Kriegsvermeidung und das Streben nach physischer Befriedung des bestehenden Staatengefüges, die Sicherung des militärischen Gleichgewichts zwischen den beiden “Supermächten” und ihren Satelliten sowie die zahlenmäßige Dominanz nicht- und halbdemokratischer Staaten und erst in zweiter Linie die Sorge um die Menschenrechte den Hintergrund für die universelle völkerrechtliche Entwicklung. Dieser Hintergrund erklärt, dass die überkommene Völkerrechtsordnung mit der UN-Charta als ihrem Herzstück auf einen Höchstwert fixiert ist: das Bestands- und Integritätsinteresse sowie die souveräne Gleichheit jedes einzelnen Staates ohne Rücksicht auf seinen Phänotyp.

Normative Ausprägung findet diese Fixierung auf die Stabilisierung des *status quo* in dem – formal verstandenen – Prinzip der souveränen Gleichheit (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta), dem strikten Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta), dem Interventionsverbot (Art. 2 Nr. 7 UN-Charta), der Doktrin *uti possedetis* und den immanenten Schranken des Selbstbestimmungsrechts der Völker.

* O. Professor für öffentliches Recht, Direktor des Instituts für Völkerrecht und des Instituts für öffentliches Recht an der Universität Bonn.

¹ K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, 9 ff.

Nur in diesem Kontext ist es überhaupt plausibel darstellbar, dass Staaten wie Syrien (bis Ende 2003) oder jetzt Angola im UN-Sicherheitsrat Verantwortung für den Weltfrieden tragen und Länder wie Zimbabwe und Kuba in der UN-Menschenrechtskommission mitwirken. Dass diese Mitwirkung einzelner Staaten als Ausfluss souveräner Gleichheit zunehmend kritisch thematisiert wird, ja zum existentiellen Strukturproblem des UN-Systems deklariert wird,² ist auch ein Indiz für erhebliche Gewichtsverschiebungen. In diesen Zusammenhang gehört auch die eindringliche Mahnung des amerikanischen Präsidenten, in einem neuen Nicht-Proliferationsregime keine besonderer Überwachung bedürftigen Staaten mit Aufsichtsfunktionen zu betrauen.³

Die Umwälzungen der letzten Jahre haben bestehende Asymmetrien verschärft und neue hinzutreten lassen, die das Völkerrecht vor neue Herausforderungen stellen: Erstens hat die beispiellose militärische Überlegenheit der USA das multipolare Modell eines Weltimperiums nachhaltig erschüttert.⁴ Die *National Security Strategy* der USA⁵ vom September 2002 ist auch die Antwort auf wiederholtes Versagen des Sicherheitsrates bei der Wahrung des Weltfriedens.⁶ Dieses Versagen deuten die USA und andere heute stärker als früher nicht als situationsbedingte Schwäche, sondern als Fehler im System. Dieses nicht konjunkturelle, sondern strukturelle Versagen wiegt heute stärker als zu Zeiten des militärischen Gleichgewichts. Hier bricht auch die Frage nach der Akzeptanz des UN-Systems auf, das kollektive Sicherheit allenfalls bei Konkordanz der großen geopolitischen Interessen gewährleisten kann.

Zweitens besteht stärker als je zuvor eine ökonomische und militärische Asymmetrie zu Gunsten der Staaten, die dem Leitbild des eigenverantwortlich agierenden Individuums und demokratischer Willensbildung verpflichtet sind. Diese Asymmetrie katalysiert eine Deutung des Völkerrechts als Wertordnung.⁷ Dieses Wertordnungsverständnis bricht mit der absoluten Dominanz strikt verstandener Prinzipien wie dem Gewaltverbot und der souveränen Gleichheit. Der Schutz elementarer Menschenrechte und elementarer Lebensinteressen tritt hier gleichberechtigt neben das Integritätsinteresse der einzelnen Staaten.

Drittens tritt heute der Gegensatz zwischen demokratisch und freiheitlich verfassten Staaten und totalitären oder staatsreligiösen Ländern in seiner Bedeutung

² Sehr prononciert M. J. Glennon, *The UN-Security Council in a Unipolar World*, *Virginia Journal of International Law* 44 (2004), 91 ff. (110). Siehe auch W. Schäuble, *Lektionen aus der Krise*, *KAS- Auslandsinformationen* 4/03, 4 ff. (7).

³ Rede des US-Präsidenten George W. Bush vom 11. Februar 2002 an der National Defense University, *President Announces New Measures to Counter the Threat of WMD*, <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/02/20040211-4.html>>.

⁴ Siehe M. Byers / G. Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003.

⁵ <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>.

⁶ Siehe insbesondere Abschnitt V. der *National Security Strategy* (Anm. 5).

⁷ Hierzu M. Herdegen, *Völkerrecht*, 3. Aufl., 2004, 8 ff.

für die internationale Sicherheit weit deutlicher hervor als in den Zeiten der Ost-West-Polarität und deren konfliktdestabilisierenden Wirkung.

Viertens bestehen die sozialen Asymmetrien zwischen Industrieländern, Schwellenländern, Entwicklungsländern und völlig unterentwickelten Ländern in aller Schärfe fort. Das universelle Völkerrecht hat hierfür in jüngerer Zeit wenige hilfreiche Konzepte entwickelt.

Fünftens stellt sich die Frage, ob die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre bestehende Asymmetrien in der Staatengemeinschaft in irgendeiner Form aufnimmt oder weiter die ohnehin nur als *façon de parler* gepflegte Fiktion der gleichgewichtigen Mitwirkung aller Staaten bei der Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht und bei der Interpretation der UN-Charta bewahren soll.

Schließlich (sechstens) befördern Asymmetrien der Staatenwelt in der Wechselwirkung mit dem aufkommenden Wertordnungsdenken und dem immer dichteren Netz von kodifizierten Normen einen grundlegenden Wandel des Völkerrechts insgesamt: nämlich die Tendenz zu einem "konstruktiven Völkerrecht" (*constructive international law*), das stark von Abwägungsprozessen und der Extrapolation aus universell eindeutig konzedierten Normen lebt.

II. Die militärische Überlegenheit der USA und einseitige Prävention

Das gegenwärtige UN-System ruht auf der erlebbaren Fähigkeit, kollektive Sicherheit zu gewährleisten. Wenn der UN-Sicherheitsrat aufgrund unterschiedlicher politischer Präferenzen seiner ständigen Mitglieder diesem Anspruch im Rahmen des VII. Kapitels der UN-Charta nicht genügt, muss die einseitige Prävention eine zulässige Option bleiben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um die Abwehr existentieller Bedrohungen geht, die sich bei unsicherer Wahrscheinlichkeitsprognose aus einer substantiierten Risikoeinschätzung ergeben.⁸ Das plausible Risiko des jederzeit denkbaren Einsatzes von Massenvernichtungswaffen in den Händen eines unberechenbaren Regimes oder einer internationalen Terrororganisation trägt eine Erstreckung des Selbstverteidigungsrechts weit im Vorfeld eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs.⁹ Methodisch lässt sich eine solche Rechtfertigung auf eine teleologische Reduktion des Gewaltverbots ebenso stützen wie auf eine dynamische Interpretation des "naturgegebenen Rechts" auf Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta. Hier sei daran erinnert, dass gerade der klassische

⁸ *Ibid.*, 236 ff.

⁹ National Security Strategy of the USA (Anm. 5), *sub* V., 13 ff. Zustimmung etwa M. N. Schmitt, Preemptive Strategies in International Law, *Michigan Journal of International Law* 24 (2003), 513 ff. (535 f.); ablehnend R. Hofmann, International Law and the Use of Military Force Against Iraq, *GYIL* 45 (2002), 9 ff. (29 ff.); P. Minnerop, The Classification of States and the Creation of Status within the International Community, *Max Planck UNYB* 7 (2003), 79 ff. (158 ff.); D. Murswiek, Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht, *NJW* 2003, 1014 ff. (1016 ff.).

“*Caroline*”-Fall ein Paradigma einseitiger Prävention gegen Gewaltakte nichtstaatlicher Organisationen bildet.¹⁰

Bei aller verständlichen Kritik an der neuen Sicherheitsdoktrin der USA bleibt festzuhalten, dass sich diese Präventivdoktrin argumentativ in den Bahnen des Völkerrechts bewegt. Nur bei einer die Grenze sachlicher Kritik überschreitenden Deutung lässt sich die amerikanische Präventivdoktrin als Absage an völkerrechtliche Bindungen deuten.

Selbstverständlich verlangt eine derartige Ausweitung einseitiger Prävention nach restriktiven Kriterien wie der Evidenz der völkerrechtswidrigen Bedrohung, die vorzugsweise durch eine Risikobewertung des UN-Sicherheitsrates bestätigt sein sollte.

Ohne eine derartige Ausweitung der Möglichkeit einseitiger Prävention droht die UN-Charta und das parallel laufende Völkergewohnheitsrecht zur Gewaltanwendung seine Akzeptanz, den “*pull to compliance*” zu verlieren. Schon Hans Kelsen hat diese Zusammenhänge deutlich gemacht:

“If the constitution of an international organisation abolishes or restricts the principle of self-help established by general international law, it must fulfil two requirements. It must guarantee first that any dispute not settled by agreement of the parties will be settled by the organisation; and second that, to the same extent as the individual member is deprived of its right of self-help, enforcement action of the organisation will actually take place. Otherwise the organisation constitutes, instead of an improvement, a dangerous deterioration of the legal status under general international law.”¹¹

Letztlich geht es hier wieder um die alte Symmetrie von rechtlicher Beschränkung und kompensierendem Schutz oder zumindest die Erlaubnis zum Selbstschutz. Diese Wechselbeziehung von *subjectio* und *protectio* hat Karl Doehring immer wieder als Grundlage für die Geltungskraft von Rechts- und Herrschaftsordnungen betont.¹²

III. Impulse für ein Wertordnungsdenken

Dank des Einflusses der westlichen Industriestaaten und der neuen Demokratien aus dem früheren Ostblock ist die Staatenwelt empfänglicher als je zuvor für die Anerkennung bestimmter Grundwerte, welche die moderne Völkerrechtsordnung prägen. Zu diesen Grundwerten gehören neben der Stabilität der zwischenstaatlichen Beziehungen und der Sicherung des physischen Friedens der Schutz der elementaren Menschenrechte und die Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen.¹³ Es sind diese Grundwerte, die im Sinne der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs wegen ihrer Bedeutung für die Völkerrechtsgemeinschaft “*the*

¹⁰ Schmitt (Anm. 9), 513 ff. (529 f.).

¹¹ H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, 270.

¹² Doehring (Anm. 1), 1 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 2000, 85 ff.

¹³ Herdegen (Anm. 7), 33 ff.

concern of all States" sind.¹⁴ Auf regionaler Ebene kommen binnendemokratische Standards hinzu. Rechtssoziologisch und rechtsvergleichend treffen sich in dieser Entwicklung kontinentaleuropäisches Wertordnungsdenken mit der teleologischen Verknüpfung von Rechtssätzen mit der Sicherung bestimmter Gemeinschaftswerte, wie sie einzelne Strömungen der US-amerikanischen Völkerrechtslehre (namentlich die sogenannte Schule von New Haven) betreiben.¹⁵

Die Bedeutung des Wertordnungsansatzes lässt sich kaum überschätzen. Denn dieser Ansatz öffnet herkömmlich formal strukturierte Prinzipien wie das Gewaltverbot einer Abwägung mit kollidierenden Werten. Vor allem entzieht dieser Deutungsansatz der absoluten Dominanz des Integritätsinteresses jedes einzelnen Staates die Grundlage. Nur so lässt sich die Völkerrechtsordnung als komplexe, in sich stimmige Wertordnung überhaupt erhalten.¹⁶

Allerdings: Wer dem wertbezogenen Ansatz folgt, muss sich auch seinen methodischen Problemen öffnen. Denn die Preisgabe strikt formaler Prinzipien auf dem Altar der Güterabwägung nährt Rechtsunsicherheit in einem schwer beherrschbaren Maße. Dies gilt vor allem deswegen, weil es an einem umfassenden Streitbeilegungsmechanismus mit einer obersten richterlichen Deutungsautorität fehlt. Diese Rechtsunsicherheit ist nicht nur ein Mangel. Denn sie äußert disziplinierende Wirkung auf die Protagonisten eines völkerrechtlichen Konflikts. Gerade dadurch kann sie dissuasive Wirkung, einen *chilling effect* auf die Bereitschaft zur Verletzung völkerrechtlicher Grundwerte entfalten.

In der deutschen Völkerrechtslehre hat Karl Doehring weit früher als andere eine Relativierung des Gewaltverbotes im Interesse anderer Grundwerte den Boden bereitet. Insbesondere hat Karl Doehring die humanitäre Intervention schon vor dem Kosovo-Konflikt mit der Figur der Nothilfe zu Gunsten geschundener Minderheiten auf eine tragfähige dogmatische Grundlage gestellt.¹⁷

Charme und zugleich Verführungskraft des Wertordnungsansatzes liegt in der dadurch ermöglichten Fortentwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen und dynamischen Auslegung der UN-Charta. Diese Dynamik macht die Rechtsfortbildung zum Gegenstand der Auslegung unter Verzicht auf überkommene Konsensbedingungen. Die Destillation bestimmter völkerrechtlicher Grundwerte als Abwägungsfaktoren operiert mit dem Zuspruch maßgeblicher, nicht notwendig mehrheitlicher Lehrmeinungen und mit der Rechtsanschauung gewichtiger, nicht notwendig mehrheitlicher Segmente der Staatengemeinschaft. Die quasi-universelle

¹⁴ So zu Verpflichtungen *erga omnes* IGH, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, 3 ff. (32, Nr. 33 f.). Der Internationale Gerichtshof rechnet hierzu beispielsweise "... the outlawing of acts of aggression, and of genocide ... the basic rights of the human person ...".

¹⁵ Hierzu Herdegen (Anm. 7), 34.

¹⁶ Vgl. K. A. Hondrich, *Weltmoral, Weltgewalt*, in: F.A.Z. vom 23. Juli 2003, 7: "Nur wenn das Gewaltverbot als Teil einer komplexen Moralordnung zu anderen Teilen in Widerspruch treten und übertreten werden kann, kann das Ganze weiter lebendig bleiben."

¹⁷ Doehring (Anm. 1), 447; ders., in: B. Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, 62 f.

oder auch nur klar mehrheitliche Praxis und Rechtsanschauung in der Staatenwelt verlieren ihre konstitutive Bedeutung.

Nur so ist es erklärbar, dass heute die Rechtfertigung humanitärer Intervention in der Völkerrechtslehre weithin als jedenfalls vertretbar gilt¹⁸, obwohl ihr weit über hundert Staaten auf dem Südgipfel von Kuala Lumpur erst im Jahre 2003 eine klare Absage erteilt haben.¹⁹ Nur so lässt sich auch erklären, dass Rechtsprechung und Völkerrechtslehre Einschränkungen der Immunität bei Menschenrechtsverletzungen in Erwägung ziehen oder gar befürworten, die erkennbar in Praxis und *opinio juris* der Staatenwelt keine hinreichende Grundlage haben.

Freilich fehlt es nicht an Stimmen, die an einem strikt verstandenen Gewaltverbot als einmal bei der Genese der UN-Charta getroffene Wertentscheidung festhalten und nur die in der UN-Charta ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen zulassen wollen.²⁰ Für diese statische Sichtweise streiten der Belang an größtmöglicher Rechtsklarheit, die Stärkung des Mechanismus kollektiver Sicherheit und der materielle Gehalt des Gewaltverbotes mit seiner humanitären Intention. Andererseits macht diese Argumentation nachfolgende Generationen zu Gefangenen einer vor einem halben Jahrhundert getroffenen Wertentscheidung – zu Lasten anderer, längst als gleichwertig anerkannter Völkerrechtswerte. Sie zwingt die Völkergemeinschaft ins Korsett von Verhaltenszwängen, von denen sich ein Großteil der Staatengemeinschaft und die mittlerweile schon überwiegende Völkerrechtslehre wegen deren Dysfunktionalität längst distanziert haben.

Bei allen Problemen ist ein wertbezogener Deutungsansatz schon wegen der formalen Rigidität, d.h. der faktischen Änderungsresistenz der UN-Charta unverzichtbar. Nur dieser Deutungsansatz sichert auf Dauer die Zukunftsfähigkeit der UN-Charta als *“living instrument”*.

IV. Der Blick durch den Staat auf seine Binnenstrukturen

Die ökonomische und militärische Überlegenheit des demokratisch und freiheitlich verfassten Segments der Staatengemeinschaft alimentiert Bestrebungen, die Staaten nach ihrem So-Sein zu klassifizieren.²¹ Neben die *“failed”* oder *“failing”*-

¹⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments, ABl. EG 1994 C 128, 225; D. Deiseroth, *“Humanitäre Intervention”* und Völkerrecht, NJW 1999, 3084 ff.; J. Delbrück, *Effektivität des UN-Gewaltverbotes*, Die Friedens-Warte 74 (1999), 139 ff.; Herdegen (Anm. 7), 241 ff.; Ch. Tomuschat, *Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts*, Die Friedens-Warte 74 (1999), 33 ff. Siehe auch zur möglichen Einschränkung des Gewaltverbots, Verfügung des Generalbundesanwalts vom 21.03.2003, JZ 2003, 908 ff. mit Anm. von C. Kreyß, JZ 2003, 911 ff.

¹⁹ Final Document of the XIII Conference of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement Kuala Lumpur, 24-25 February 2003, Nr. 16; <http://www.bernama.com/events/newnam2003/readspeech.shtml?declare/dc2502_final>.

²⁰ M. Bothe, in: W. Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, 2. Aufl. (2001), 615 ff. m.w.N.; R. Wolfrum, *The Attack of September 11, 2001, the Wars Against the Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict?*, Max Planck UNYB 7 (2003), 1 ff.

²¹ Hierzu P. Minnerop (Anm. 9), 79 ff.

*States*²² treten die Staaten mit markanter Distanz zu den Grundwerten der Völkerrechtsordnung: die *states of concern*. In dieser Klassifizierung äußert sich auch der hegemoniale Griff nach der Definitionsmacht. Unterstützung erhalten hat die wertende Differenzierung in der Staatenwelt von an sich unverdächtigster Seite: So unterscheidet John Rawls zwischen *reasonable liberal peoples, decent peoples, outlaw states, societies burdened by unfavorable conditions* und *benevolent absolutisms*.²³ Diese und ähnliche Begriffsbildungen leben von der erstmals in der Völkerrechtsgeschichte bestehenden Chance, normative Wertvorstellungen in universelle Standards für die staatliche Binnenstruktur umzusetzen. Im regionalen Rahmen weisen der Vertrag über die Europäische Union²⁴ (Art. 6 Abs. 1), die Charta von Paris²⁵ und andere OSZE-Dokumente sowie die OAS-Charta demokratischen Standards normative Bedeutung zu.²⁶

Schon gängige Münze ist die Verknüpfung demokratischer Standards mit den Menschenrechten, wie sie etwa die Wiener Erklärung der UN-Menschenrechtskonferenz von 1993 vornimmt.²⁷ In einer wertgebundenen Weise haben auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union von ihrer überlegenen Deutungsmacht bei der Anerkennung der Nachfolgestaaten des alten Jugoslawien im Lichte der jeweiligen Binnenstrukturen Gebrauch gemacht.²⁸

Heute ist der Zusammenhang von "good governance"²⁹ und internationaler Sicherheit in den Vordergrund getreten. Dies liegt auch an der Proliferation von Massenvernichtungswaffen und der Verstrickung totalitärer und staatsreligiöser Regime – und nur dieser – in den internationalen Terrorismus. Die Intervention zum Zweck des Regimewechsels ist nur die radikalste Folgerung aus diesen Zu-

²² Hierzu D. Thüerer/M. Herdegen/G. Hohloch, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: "The Failed State", Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 1996.

²³ J. Rawls, The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited", 2001, 3 ff.

²⁴ Maastrichter Vertrag über die Europäische Union von 1992, Satorius II Nr. 145; ABl. EG 1992 Nr. C 191, 1 ff.

²⁵ "Charta von Paris für ein neues Europa" vom 21. November 1990, EuGRZ 1990, 517 ff.

²⁶ J. Crawford, Democracy and International Law, BYIL 64 (1993), 113 ff.; G.H. Fox/B.R. Roth, Democratic Governance and International Law, 2000; T. M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance, AJIL 86 (1992), 46 ff.

²⁷ ILM 32 (1993), 1661, sub I. 8: "Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are independent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. In the context of the above, the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels should be universal and conducted without conditions attached. The international community should support the strengthening and promoting of democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms in the entire world."

²⁸ Standards der EU-Außenminister für die Anerkennung der Staaten in Osteuropa und in der früheren Sowjetunion, EA 47 (1992), D 120 = ILM 31 (1992), 1486.

²⁹ Hierzu den Beitrag von R. Dolzer, *Good Governance* und internationale Zuständigkeit [in diesem Heft].

sammenhängen zwischen der Binnenstruktur und der Friedensgeneigtheit von Staaten, die schon Kant in seiner Schrift "Zum ewigen Frieden" aufgezeigt hat.³⁰

Normative Bedeutung könnte die beharrliche Missachtung sicherheitsrelevanter Völkerrechtspflichten oder elementarer Menschenrechte (im Sinne eines *consistent pattern*) auf Tatbestandsebene für die Rechtfertigung kollektiver oder einseitiger Interventionen erlangen: nämlich als Grundlage für Vermutungen und Beweiserleichterungen.

Denkbar wäre auch eine Völkerrechtsentwicklung, die beim einseitigen Vorgehen gegen bestimmte Staaten zu einer Minderung der Unrechtsfolgen im Bereich der Staatenverantwortlichkeit führt (etwa bei Reparationsansprüchen). Dogmatisch ließe sich diese neue Kategorie gemilderter Rechtswidrigkeit auf den Gedanken der Verwirkung stützen, den Karl Doehring schon vor vielen Jahren als Element der allgemeinen Rechtsgrundsätze ins Licht gerückt zu einer operablen Größe gemacht hat.³¹

V. Soziale Asymmetrien

Für die meisten Menschen auf dem Globus ist auch heute noch das soziale und wirtschaftliche Ungleichgewicht die markanteste, für viele die einzig interessante Asymmetrie. Armutsbekämpfung und das Ringen um soziale Gerechtigkeit sind im universellen Völkerrecht kaum zu operablen Standards geronnen. Das "Recht auf Entwicklung" ist im ephemeren Reich nebulöser Begrifflichkeiten geblieben.³² Auch das moderne Konzept der "good governance" hat außerhalb spezieller vertraglicher Regelwerke (wie des Vertrages von Cotonou) noch keine festen Konturen gewonnen.

Immerhin hat der UN-Sicherheitsrat mit dem Bekenntnis zu einem positiven Friedensbegriff³³ seinem Auftrag auch eine soziale Dimension gegeben, die aber nur im Rahmen physischer Konflikte die Ebene des konkret Erlebbaren erreicht hat.³⁴ Bei der Bewältigung nationaler Schuldenkrisen harrt die existenzsichernde Komponente des Staatsnotstands immer noch befriedigender Klärung.³⁵

³⁰ I. Kant, Zum ewigen Frieden, 1795, I. Definitivartikel.

³¹ K. Doehring, Zum Rechtsinstitut der Verwirkung im Völkerrecht, in: K.-H. Böckstiegel/H.-E. Folz u.a. (Hrsg.), Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht, Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1988, 51 ff.

³² H.-J. Heintze, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, 384 ff.; C. Tomuschat, Das Recht auf Entwicklung, GYIL 25 (1982), 85 ff.

³³ Siehe die Erklärung des Präsidenten des UN-Sicherheitsrates vom 31. Januar 1992 (S/23500, VN 1992, 66 f.): "The absence of war and military conflict among States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security. The United Nations membership as a whole, working through the appropriate bodies, needs to give the highest priority to the solution of these matters."

³⁴ Siehe insbesondere die Sicherheitsratsresolution S/RS 794 (1992) mit der Feststellung "that the magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia, further exacerbated by the obsta-

Im Wirtschaftsvölkerrecht hat sich die Rücksicht auf existentielle Belange armer Länder auf der WTO-Konferenz in Doha eine Schneise gebahnt. So rechtfertigt jetzt die Bekämpfung schwerer Gesundheitskrisen Durchbrechungen des Patentschutzes nach dem TRIPS-Abkommen.³⁶

VI. Herausforderungen für die Rechtsquellenlehre

Die gegenwärtige Rechtsquellenlehre reagiert auf die bestehenden Asymmetrien in der Staatenwelt nach Bevölkerungszahl, Wirtschaftskraft und Wohlstand, militärischem Potential und Territorien mit wenig hilfreichen Abstraktionen: Die für Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderliche allgemeine Übung und korrelierende Rechtsüberzeugung brauchen nicht völlig universell zu sein, müssen aber doch den Konsens in der Staatengemeinschaft in quasi-universeller oder zumindest hinreichend repräsentativer Weise bekunden. Derartige Formeln gewinnen im völkerrechtlichen Diskurs zunehmend fiktive Züge.

Dies zeigt schon die erwähnte Diskussion über die Rechtfertigung humanitärer Intervention, Durchbrechungen der Immunität und die Zulässigkeit einseitiger Präventionsmaßnahmen.

In all diesen Fällen dürften die konstitutiven Elemente für die Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht einmal bei der Hälfte der Staatengemeinschaft feststellbar sein. So hat etwa das Urteil des *House of Lords* im *Pinochet*-Fall³⁷ weitab von einer schon vorher bestehenden gewohnheitsrechtlichen Basis die völkerrechtliche Entwicklung gewissermaßen aus eigener Kraft katalysiert. Immerhin zeigen die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Al-Adsani*³⁸ und die Judikatur des Straßburger Gerichtshofs sowie des Bundesgerichtshofs im Fall *Distomo*³⁹ das klare Bemühen, die Dynamik des Völkerrechts in verlässlichen Bahnen zu halten.

Heute lässt sich sagen, dass schon eine nur von einzelnen Staaten geübte und rechtlich verfochtene Staatspraxis jedenfalls die Geltung von Gewohnheitsrecht nachhaltig erschüttern kann, wenn sie in der Staatenwelt beachtliche Zustimmung findet und wenn ihr die Mehrheit der Staaten keine energische Ablehnung entgegensetzt. Dies gilt insbesondere dann, wenn dieser Rechtswandel von mehreren ständigen Mitgliedern des UN-Sicherheitsrates getragen wird und sich auf die Anerkennung durch ein beachtliches Segment der Völkerrechtslehre stützen kann.

cles being created to the distribution of humanitarian assistance, constitutes a threat to international peace and security."

³⁵ Hierzu M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2003), 283 f.

³⁶ Vgl. H. P. Hestermeyer, Flexible Entscheidungsfindung in der WTO - Die Rechtsnatur der neuen WTO-Beschlüsse über TRIPS und Zugang zu Medikamenten, GRUR Int. 2004, 194 ff.

³⁷ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, ILM 38 (1999), 581.

³⁸ EGMR, Urteil vom 21.11.2001, Appl. Nr. 35763/97 - *Al-Adsani v. the United Kingdom*.

³⁹ BGH, Urteil vom 26.06.2003, NJW 2003, 3488 ff.

Getragen wird der Rechtswandel hier gewissermaßen von einem “Mix” aus einer dynamischen Exegese der UN-Charta und anderer völkerrechtlicher Dokumente durch einen Teil der Völkerrechtslehre, aus Rechtsbehauptungen eines beachtlichen Segments der Staatengemeinschaft und einer signifikanten Praxis einzelner Staaten, die von der Staatenwelt teils mit Zustimmung, teils mit stillschweigender Hinnahme, teils mit milder Kritik und nur vereinzelt mit schroffer Ablehnung aufgenommen wird.

Prägnantestes Beispiel ist die humanitäre Intervention der NATO-Staaten zum Schutz der Zivilbevölkerung im Kosovo.⁴⁰ Hier zeigt sich auch die katalysierende Wirkung einer Resolution des UN-Sicherheitsrats, die in konstruktiver Weise auf einer rechtlich umstrittenen Aktion “aufbaut” (wie hier die Resolution 1244 [1999]).

Im Übrigen macht die Völkerrechtslehre schon heute bei vordergründig nur bestimmte Staaten (unmittelbar) interessierenden Regelungskomplexen Konzessionen an eine relativistische Betrachtung, etwa im See- oder Weltraumrecht.⁴¹ Mit einem im Sinne souveräner Gleichheit verstandenen Konsensprinzip ist dieser Relativismus nicht zu vereinbaren.

Umgekehrt vermag ein Staat selbst mit einer hegemonialen Position nicht immer aus eigener Kraft die Entstehung von Gewohnheitsrecht und nicht einmal die Bindung an neues *ius cogens* zu verhindern. Dies hat die Interamerikanische Menschenrechtskommission für die Androhung der Todesstrafe für Straftaten Minderjähriger im Fall *Domingues* – an die USA gerichtet – deutlich gemacht.⁴² Allerdings konnte die Kommission hier darauf verweisen, dass selbst die amerikanische Bundesregierung im Gegensatz zu manchen Einzelstaaten der USA die Todesstrafe für Delikte Minderjähriger verwirft. Dies ist gewissermaßen ein letzter Tribut an den widerstrebend an neu entstandenes Gewohnheitsrecht gebundenen Hegemon. Interessant ist auch, dass die Kommission die Hinrichtungspraxis Saudi-Arabiens, des Kongo, Pakistans, Nigerias, Jemens und des Iran gewissermaßen als *quantité négligable* behandelt. Die menschenrechtlichen Parias der Staatenwelt werden beim *standard setting* gewissermaßen ausgeblendet. Anderes gilt dann wieder beim Wirtschaftsvölkerrecht – hier werden Öl- und Tigerstaaten nicht nur gezählt, sondern auch gewogen. Im Atomwaffen-Gutachten hat der Internationale Gerichtshof den Asymmetrien zwischen Atommächten und anderen Staaten Tribut gezollt.⁴³

Festhalten lässt sich, dass heute bei der sich anbahnenden Entwicklung neuen Gewohnheitsrechts unter Führung gewichtiger Mitglieder der Völkergemeinschaft die Staaten wohl stärker als früher gehalten sind, ihre Ablehnung in nachhaltiger und klarer Weise zu bekunden.

⁴⁰ Tomuschat (Anm. 18), 33 ff.

⁴¹ W. Graf Vitzthum, in: Graf Vitzthum (Hrsg.) (Anm. 20), 426 ff.

⁴² Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 62/02, Merits Case 12.285, 22. Oktober 2002, *Michael Domingues v. United States*, para. 85.

⁴³ IGH, Gutachten auf Antrag der Generalversammlung der Vereinten Nationen, Urteil vom 8. Juli 1997, ICJ Rep. 1996, 226 ff., paras. 62 ff. = EuGRZ 1997, 235 (238 f.).

Ähnliche Überlegungen dürften für eine dynamische Auslegung der UN-Charta gelten, welche die Grenzen zur Rechtsfortbildung berührt oder überschreitet. Dabei kommt dem UN-Sicherheitsrat – gewissermaßen als Repräsentant aller UN-Mitglieder – im Rahmen des VII. Kapitels eine Konkretisierungs- und Auslegungsprärogative zu.⁴⁴

Für eine Differenzierung nach dem So-Sein der einzelnen Staaten sollte sich auch die Ermittlung und Konkretisierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts stärker öffnen. Gute Gründe sprechen dafür, den Verweis auf “*civilized nations*” im Sinne von Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des IGH-Statuts als Basis für eine selektive Betrachtung nationaler Rechtssysteme zu begreifen.⁴⁵ Danach beschränkt sich die Referenzgrundlage auf Rechtsordnungen mit einem Mindestmaß an menschenrechtlichen Gewährleistungen (über das *ius cogens* hinaus) und einen funktionsfähigen Rechtsschutz durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit.

VII. Aufkeimen eines “konstruktiven Völkerrechts”

Die Entwicklung von neuem Völkergewohnheitsrecht unter Abschwächung des Konsensprinzips, die wachsende vertragliche Kodifizierung von Völkerrechtsnormen und das aufkeimende Wertordnungsdenken führen zu einem grundsätzlichen Wandel der Völkerrechtsordnung. Das überkommene Völkerrecht lebt methodisch von der konsensgeleiteten Bestimmung des Gewohnheitsrechts nach der Empirie von Praxis und Rechtsbewusstsein sowie einer stark am Text haftenden Interpretation völkerrechtlicher Verträge. Hier zeichnet sich ein deutlicher Wandel hin zu einem neuen Typus von Völkerrechtssätzen ab, der auf einen Konkretisierungsprozess zurück geht: den Typus des “konstruktiven Völkerrechts” (*constructive international law*).

Dieser völkerrechtliche Typus lebt von

- dem stetigen Anwachsen auslegungsbedürftigen Vertragsrechts und Sekundärrechts internationaler Organisationen, das oft nach weiterer Konkretisierung verlangt oder bewusst unterschiedlichen Deutungen Raum gibt,
- der Anerkennung völkerrechtlicher Werte, die bei der Konkretisierung von Völkerrechtsnormen zum wechselseitigen Ausgleich und zur Abwägung drängen,
- der teleologischen Anpassung von Völkerrechtsnormen an neue Herausforderungen (wie den Kampf gegen den internationalen Terrorismus),
- der teleologiebestimmten Konkordanz konkurrierender vertraglicher Regelwerke und

⁴⁴ M. Herdegen, Der Sicherheitsrat und die autoritative Konkretisierung des VII. Kapitels der UN-Charta, in: U. Beyerlin/M. Bothe u.a. (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhard, 1995, 103 ff.

⁴⁵ Ähnlich D. Thüerer, Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitgedanke als Kraft der Veränderung?, ZaöRV 60 (2000), 557 (601).

- der deduktiven Sicherung innerer Stimmigkeit durch Syllogismen (wie Analogieschlüsse⁴⁶).

Aktuelle Operationsfelder für eine "konstruktive" Konkretisierung und damit Fortbildung von Völkerrecht bieten etwa (die bereits erwähnten) Bestrebungen zu einer teleologischen Reduzierung der Staatenimmunität und der Immunität von Amtsträgern bei schweren Menschenrechtsverletzungen, der in der Resolution 1441 (2002) des UN-Sicherheitsrats liegende Formelkompromiss⁴⁷, der Status der Angehörigen von in internationalen Terrorismus verstrickten bewaffneten Einheiten nach Genfer Recht⁴⁸ oder das ungeklärte Spannungsverhältnis zwischen Verpflichtungen nach dem Biosafety-Protokoll von Cartagena und WTO-Recht.⁴⁹

Vor allem bei der UN-Charta schafft eine wertgebundene und abwägungsoffene Interpretation ganz erhebliche Konkretisierungs- und Handlungsspielräume. Dies begünstigt vor allem bei Einschränkungen des Gewaltverbots im Rahmen einer Wertabwägung Staaten mit einer Oligopol- oder Hegemonialstellung. Hier entfalten sich die bestehenden Asymmetrien in der Staatenwelt wohl in der normativ brisantesten Weise.

Karl Doehring spricht in seinem großen Lehrbuch davon, dass hinter dem jeweils "geltenden" Völkerrecht die Wertvorstellungen der Rechtsanwender stehen.⁵⁰ So hängen Glanz und Elend der Asymmetrie in der Staatengemeinschaft letztlich an der Nähe der Protagonisten zu den Grundwerten unserer Völkerrechtsordnung.

⁴⁶ Der Verfasser verdankt Professor Ch. Tomuschat den Hinweis auf die Begriffsschöpfung "deduktives Völkerrecht". Von "deduktivem" Denken im Völkerrecht spricht auch R. Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 ff. (572).

⁴⁷ M. Bothe, Der Irakkrieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, AVR 41 (2003), 255 ff.; Hofmann (Anm. 9), 9 ff. (21 ff.).

⁴⁸ Hierzu: J. Yoo/J. Ho, The Status of Terrorists, Virginia J. of Intl. Law 44 (2004), 207 ff.; G. Nolte, Guantanamo und Genfer Konventionen: Eine Frage der *lex lata* oder *de lege ferenda*?, in: H. Fischer/U. Froissart/W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz, Festschrift Dieter Fleck, 2004, 387 ff.

⁴⁹ Herdegen (Anm. 35), 91 f.

⁵⁰ Doehring (Anm. 1), 11.